

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA PENAL

ESTADO ELECTRÓNICO 201

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
2023-2139-4	Consulta a desacato	JOHN JAIRO BOTERO CARDONA	NUEVA EPS	Declara nulidad	noviembre 16 de 2023
2022-0510-4	auto ley 906	CONCIERTO PARA DELINQUIR AGRAVADO	JHON JAIRO QUITIAN PÉREZ	Decreta preclusión por prescripción	noviembre 16 de 2023
2023-1634-4	auto ley 906	SECUESTRO EXTORSIVO AGRAVADO	JUAN CARLOS GIL GUTIÉRREZ	confirma auto de 1° Instancia	noviembre 16 de 2023
2023-2119-5	Decisión de Plano	CONCIERTO PARA DELINQUIR AGRAVADO	JUAN PABLO MUÑOZ CASTRILLÓN	se abstiene de resolver	noviembre 16 de 2023
2023-2103-5	Tutela 1ª instancia	LEÓN DARÍO ÚSUGA MANCO	JUZGADO 1° PENAL DEL CIRCUITO ESPECIALIZADO DE ANTIOQUIA Y OTROS	Inadmite acción de Revisión	noviembre 16 de 2023
2023-1933-5	Tutela 2ª instancia	EDGAR EMILIO GÓMEZ PATIÑO	SURA EPS Y OTOR	Revoca fallo de 1° instancia	noviembre 16 de 2023
2023-2156-6	auto ley 906	RECEPTACION Y OTROS	UBER RAUL DUARTE HERNANDEZ	Dirime conflicto de competencia	noviembre 16 de 2023
2023-2095-6	auto ley 906	HOMICIDIO Y OTRO	EIDA LUCIA CARTAGENA MONSALVE	Modifica auto de 1° instancia	noviembre 16 de 2023
2022-1630-3	sentencia 2ª instancia	FABRICACIÓN, TRÁFICO, PORTE O TENENCIA DE ARMAS DE FUEGO	JHONATAN ARLEY TABARES OROZCO	Confirma sentencia de 1° Instancia	noviembre 16 de 2023
2023-0220-3	sentencia 2ª instancia	ACTOS SEXUALES CON MENOR DE 14 AÑOS	CARLOS ARTURO OSPINA ZAPATA	Revoca sentencia de 1 instancia	noviembre 16 de 2023
2021-0790-1	sentencia 2ª instancia	ESTAFA	OLIVERIO DE JESÚS ARBOLEDA MONSALVE	Confirma sentencia de 1° Instancia	noviembre 16 de 2023

2023-1910-1	sentencia 2º instancia	CONCIERTO PARA DELINQUIR AGRAVADO	HERNANDO ANTONIO ARIAS BEDOYA	Confirma sentencia de 1º Instancia	noviembre 16 de 2023
2023-1981-1	sentencia 2º instancia	TENTATIVA DE HOMICIDIO	DAVID OROZCO BEDOYA	Confirma sentencia de 1º Instancia	noviembre 16 de 2023
2023-1287-6	sentencia 2º instancia	HURTO CALIFICADO Y AGRAVADO	EDUARDO ANTONIO LOPERA HENA	modifica sentencia de 1º instancia	noviembre 16 de 2023
2023-2053-1	auto ley 906	LESIONES PERSONALES	PAULA ANDREA TABORDA OSPINA	Declara nulidad	noviembre 16 de 2023
2017-1932-4	sentencia 2º instancia	ACCESO CARNAL VIOLENTO	NEYS WILDER GONZÁLEZ MARTÍNEZ	Revoca fallo de 1º instancia	noviembre 16 de 2023
2018-0585-4	sentencia 2º instancia	TENTATIVA DE ACCESO CARNAL VIOLENTO	ERNESTO DE JESÚS ZAPATA	Confirma sentencia de 1º Instancia	noviembre 16 de 2023
2023-0258-2	sentencia 2º instancia	HURTO CALIFICADO Y AGRAVADO	JOSÉ GUILLERMO NIETO MARTÍNEZ	Confirma sentencia de 1º Instancia	noviembre 16 de 2023

FIJADO, HOY 17 DE NOVIEMBRE DE 2023, A LAS 08:00 HORAS

**ALEXIS TOBÓN NARANJO
SECRETARIO**

DESEFIJADO EN LA MISMA FECHA A LAS 17:00 HORAS

**ALEXIS TOBÓN NARANJO
SECRETARIO**



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

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

N° Interno : 2023-2139-4
Auto de Tutela – Grado de Consulta.
Radicado : 05615310400320210003300
Incidentista: John Jairo Botero Cardona
Incidentado : NUEVA EPS
Decisión : Decreta nulidad

Proyecto discutido y aprobado en sesión de la fecha.
Acta N° 419

Sería del caso resolver el grado jurisdiccional de consulta del incidente de desacato mediante el cual el *Juzgado Tercero Penal del Circuito de Rionegro (Ant.)*, impuso como sanción por desacato, en contra de la Dra. ADRIANA PATRICIA JARAMILLO, Representante legal regional nor-occidente de Nueva EPS y del Dr. ALBERTO HERNÁN GUERRERO JÁCOME, Vicepresidente de salud de la misma entidad, sino fuera porque se advierte que, en el presente trámite se incurrió en irregularidad sustancial que afecta el derecho al debido proceso¹.

ANTECEDENTES Y ACTUACIÓN PROCESAL

Mediante fallo de tutela del 20 de abril de 2021 este Despacho amparó el derecho fundamental al mínimo vital del señor JHON

¹ En virtud de lo dispuesto en el artículo 35 del Código General del Proceso, la presente providencia, únicamente es suscrita por el Magistrado sustanciador.

N° Interno	2023-2139-4
Radicado	05615310400320210003300
Incidentista	John Jairo Botero Cardona
Incidentado	NUEVA EPS
Decisión	Decreta nulidad

JAIRO BOTERO, y ordenó en su parte resolutive lo siguiente:

“PRIMERO: Se CONCEDE el amparo por la vulneración al derecho fundamental del mínimo vital invocado por el señor JOHN JAIRO BOTERO CARDONA identificado con C.C. 15.385.658, en contra de la NUEVA EPS conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: En consecuencia, SE ORDENA a la NUEVA EPS que, en un plazo no mayor a ocho (8) días hábiles, realice lo pertinente, para cancelar el pago de las incapacidades generadas al señor JOHN JAIRO BOTERO CARDONA a partir del día 541...”

Después de notificarse en debida forma la sentencia de tutela, el señor Botero Cardona allegó memorial al juzgado de origen en el que manifestó que la entidad accionada no había dado cumplimiento a la sentencia de tutela pues no habían efectuado el pago de las incapacidades económicas que se encuentran pendientes.

En ese orden, el 09 de octubre de 2023, el Despacho de primera instancia requirió previo al inicio formal del incidente de desacato a la entidad, para que en el término de dos días acreditara el cumplimiento del fallo, so pena de dar apertura al respectivo trámite.

La accionada guardó silencio.

El 13 de octubre de 2023 se ordenó admitir el trámite incidental y correr traslado a la Dra. ADRIANA PATRICIA JARAMILLO (Representante legal regional nor-occidente) y al Dr. ALBERTO HERNÁN GUERRERO JÁCOME (Vicepresidente de salud) para que, dentro de los 02 días siguientes a la notificación del mismo auto, aportaran las pruebas que tuvieran en su poder o solicitaran las que estimaren pertinentes.

El día 17 octubre de 2023, Nueva EPS indicó que, el afiliado Botero Cardona cumplió los 541 el 10 de abril de 2018 y el fallo de tutela de primera instancia fue emitido el 08 de julio de 2021, es decir, 3 años después de que se cumplieran los 540 días.

En ese orden de ideas, las incapacidades ordenadas sufrieron el fenómeno de la prescripción, no siendo dable al actor pretender su reclamo cuando por efectos de la ley se ha extinguido su derecho.

Por otra parte, argumentó que, en el caso puntual, el fallo de tutela deriva del pago de incapacidades y como tal el responsable de su cumplimiento es el Director del Área de Prestaciones Económicas, esto es, el Dr. César Alfonso Grimaldo Duque.

A pesar de esa manifestación, el despacho de primera instancia omitió vincular al precitado funcionario y procedió a imponerle a la Dra. ADRIANA PATRICIA JARAMILLO y al Dr. ALBERTO HERNÁN GUERRERO JÁCOME cinco (05) días de arresto y multa de cinco (05) salarios mínimos legales; de manera posterior remitió el proceso a esta Corporación para surtir el grado de consulta.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia

Esta Sala es competente para conocer de la presente consulta, según lo dispuesto por el artículo 52, inciso 2 del Decreto 2591 de 1991, dado que la sanción impuesta por desacato debe ser consultada ante el respectivo superior funcional, calidad que la Sala ostenta respecto de la autoridad judicial que tramitó la tutela y el incidente.

2. Del debido proceso en el trámite incidental de desacato

El artículo 52 del Decreto 2591, de manera directa se ocupa de la figura del desacato y establece:

“La persona que incumpliere una orden de un juez proferida con base en el presente Decreto incurrirá en desacato sancionable con arresto hasta de seis meses y multa hasta de 20 salarios mínimos mensuales, salvo que en este decreto ya se hubiere señalado una consecuencia jurídica distinta y sin perjuicio de las sanciones penales a que hubiere lugar.”

Así, el afectado por la falta de materialización de una orden de tutela, tiene la posibilidad de asistir ante el juez de primera instancia, para petitionar su cumplimiento y asegurar la efectividad del derecho fundamental protegido, empero, este trámite, a pesar de lo expedito que resulta, no puede ser ajeno a la observancia del debido proceso y la garantía de defensa judicial.

Lo anterior se debe concretar en comunicar al presunto incumplido sobre la iniciación del trámite incidental y darle la oportunidad para que informe las razones por las que no ha satisfecho la orden constitucional, así, podrán practicarse pruebas que acrediten sus manifestaciones y en todo caso, la decisión final, también le debe ser debidamente notificada.

Adicionalmente, como el desacato encierra el ejercicio de un poder disciplinario del juez, para que proceda la imposición de una sanción, debe verificarse que el incumplimiento de la orden de tutela sea producto de la negligencia del obligado, es decir, que exista responsabilidad subjetiva, por lo tanto, el llamado a responder debe ser adecuadamente delimitado en el fallo que se tiene por desobedecido.

N° Interno	2023-2139-4
Radicado	05615310400320210003300
Incidentista	John Jairo Botero Cardona
Incidentado	NUEVA EPS
Decisión	Decreta nulidad

En el asunto que nos convoca, el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Rionegro mediante decisión del 20 de abril de 2021 amparó el derecho fundamental al mínimo vital del señor JHON JAIRO BOTERO, y ordenó a Nueva EPS realizarle el pago de las incapacidades generadas a partir del día 541.

Frente al incumplimiento de la accionada se interpuso incidente de desacato; ello motivó el requerimiento previo, y posterior apertura formal que concluyó en la sanción impuesta a la Dra. ADRIANA PATRICIA JARAMILLO (Representante legal regional nor-occidente) y al Dr. ALBERTO HERNÁN GUERRERO JÁCOME (Vicepresidente de salud) por 5 días de arresto y el pago de multa por valor de 5 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

En este punto, debe precisarse que, el 17 de octubre de 2023, como informe a la apertura del incidente de desacato, la entidad accionada manifestó al Despacho que, el funcionario responsable del pago de las incapacidades adeudadas es el Dr. César Alfonso Grimaldo Duque identificado con la CC N° 11202901, Director del Área de Prestaciones Económicas:

“Para el caso puntual que nos ocupa, el fallo de tutela deriva de un proceso de prestaciones económicas, (pago de incapacidades) y como tal el responsable de su cumplimiento es el Dr. CESAR ALFONSO GRIMALDO DUQUE, Director del Área de Prestaciones Económicas identificado con la CC N.11202901, que en atención a su cargo es el directamente responsable de “Controlar el proceso de pago de prestaciones económicas, incapacidades, licencias, entre otros”.

Quien podrá ser notificado en el correo electrónico secretaria.general@nuevaeps.com.co. Ahora bien, mediante auto que nos trae a la presente diligencia, se dispuso a requerir a la Dra. ADRIANA PATRICIA JARAMILLO HERRERA, en su calidad de Gerente Regional de NUEVA EPS y al doctor ALBERTO HERNAN GUERRERO JACOME en su calidad de Vicepresidente de Salud de Nueva EPS, no obstante, no son los colaboradores encargados de dar cumplimiento al presente fallo de tutela. Se reitera, es el Dr. CÉSAR ALFONSO GRIMALDO DUQUE.

N° Interno	2023-2139-4
Radicado	05615310400320210003300
Incidentista	John Jairo Botero Cardona
Incidentado	NUEVA EPS
Decisión	Decreta nulidad

En virtud de las consideraciones expuestas, no se estima viable que los operadores de justicia ante el incumplimiento de las ordenes de tutela, vinculen a colaboradores de NUEVA EPS, sin que sean funcionalmente responsables de dar cumplimiento a estas, debido a sus competencias...”

Lo anterior significa que, para el momento en el cual se profirió el auto que resolvía el incidente de desacato, existía un funcionario encargado del asunto que concita la atención de la Sala y, a pesar de ello, el Despacho de Conocimiento pretermitió vincularlo al trámite, impidiéndosele señalar los motivos por los cuales no se ha brindado cumplimiento al fallo constitucional.

Por tanto, así se declarará la nulidad de la actuación a partir del auto que decretó la apertura del incidente de desacato y se devolverá al Juzgado Tercero Penal del Circuito de Rionegro, a fin de que proceda a subsanar la irregularidad advertida, vinculando al trámite incidental al el Dr. César Alfonso Grimaldo Duque o a quien haga las veces de Director del Área de Prestaciones Económicas.

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

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR la nulidad de todo lo actuado a partir del auto del 13 de octubre de 2023, a través del cual, el Juzgado Penal del Circuito de Rionegro, aperturó el incidente de desacato.

SEGUNDO: REMITIR la actuación al Juzgado de origen, para que proceda con la vinculación del Dr. César Alfonso Grimaldo Duque o de aquella persona que, actualmente cumpla las funciones de Director del Área de Prestaciones Económicas.

N° Interno	2023-2139-4
Radicado	05615310400320210003300
Incidentista	John Jairo Botero Cardona
Incidentado	NUEVA EPS
Decisión	Decreta nulidad

TERCERO: NOTIFICAR a las partes, incluyendo a la accionante, conforme lo ordena el Decreto 2591 de 1991, informándoles que contra la presente decisión no procede ningún recurso.

NOTIFÍQUESE.

(Firma electrónica)
JOHN JAIRO ORTIZ ÁLZATE
Magistrado

Firmado Por:

John Jairo Ortiz Alzate

Magistrado

Sala 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: **32b88e1e569852acd68cdfddf512f628daf2f770be43f748aa782d5ac23a6d93**

Documento generado en 15/11/2023 05:21:03 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, quince (15) de noviembre de dos mil veintitrés (2023)

Nº Interno	: 2022-0510-4 Auto (Ley 906) - 2ª instancia.
CUI	: 05000310700120170006300
Procesados	: Jhon Jairo Quitian Pérez
Delitos	: Concierto para delinquir
Decisión	: Decreta preclusión por prescripción

Proyecto discutido y aprobado en sesión de la fecha.
Acta N° 418.

M.P. JOHN JAIRO ORTÍZ ÁLZATE

Procede la Sala a decretar la preclusión por prescripción de la acción penal, por el proceso que se adelantara en contra del señor JHON JAIRO QUITIAN PÉREZ por el delito de Concierto para delinquir agravado y por el que se le profiriera sentencia condenatoria, en virtud de solicitud de sentencia anticipada, por el Juzgado Tercero Penal del Circuito Especializado de Antioquia el 1° de octubre de 2018.

SÍNTESIS DE LOS HECHOS

Se desprende del plenario que, mediante Resolución Presidencial 158 de 2005, la cual fue prorrogada con posterioridad, fue reconocido RAMIRO VANOY MURILLO, como

Nº Interno : 2022-0510-4
Auto (Ley 906) - 2ª instancia.
CUI : 05000310700120170006300
Acusado : Jhon Jairo Quitian Pérez
Delito : Concierto para delinquir agravado

miembro representante del Bloque “MINERO” (A.U.C.), quien, a su vez, incluyó al ciudadano JHON JAIRO QUITIAN PÉREZ como integrante de la organización, quien manifestó su deseo de reincorporarse a la vida civil.

En consecuencia, el señor QUITIAN PÉREZ se presentó voluntariamente ante la Fiscalía y efectuó diligencia de versión libre el 19 de enero de 2006, de donde se extrae que se vinculó a las AUC al Bloque “MINERO” aproximadamente entre los años 2001 a 2006 como conductor del comandante “CUCO VANOY”.

RESUMEN DE LO ACTUADO

La Fiscalía 73 Especializada adscrita ante la Unidad Nacional para los Desmovilizados, el 17 de julio de 2013 declaró abierta la etapa de la instrucción. Para el 12 de octubre de 2016, el ente acusador escuchó en indagatoria al citado enjuiciado, quien manifestó su deseo de someterse a sentencia anticipada como autor del delito de Concierto para delinquir agravado; por lo que, en esa misma fecha se emitió resolución por medio de la cual le fue resuelta la situación jurídica al procesado por el comportamiento punible atrás aludido, absteniéndose de imponer medida de aseguramiento.

Posteriormente, el 31 de octubre de 2016, se llevó a cabo diligencia de formulación y aceptación de cargos con fines de sentencia anticipada. Así entonces, el 19 de enero de

Nº Interno : 2022-0510-4
Auto (Ley 906) - 2ª instancia.
CUI : 05000310700120170006300
Acusado : Jhon Jairo Quitian Pérez
Delito : Concierto para delinquir agravado

2017 el Juzgado Tercero Penal del Circuito Especializado asumió conocimiento; y el 1º de octubre de 2018 profirió sentencia condenatoria en contra de QUITIAN PÉREZ y le impuso la pena de treinta y tres punto cuatro (33.4) meses de prisión y multa mil cuarenta y uno punto sesenta y siete (1.041.67) SMLMV e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término de la sanción principal; le negó la suspensión de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria, considerando que la orden de captura se debía emitir una vez ejecutoriada la sentencia.

Así las cosas, el Juez de conocimiento mediante auto del 5 de febrero de 2021 declaró en firme y ejecutoriada la sentencia; no obstante, el 3 de febrero de 2022 la Corte Suprema de Justicia mediante decisión de acción tutela STP17388-2022 rad. 121286, impetrada por el señor QUITIAN PÉREZ, dejó sin efectos la constancia de ejecutoria de la fecha antes mencionada, y ordenó la contabilización de los términos de los 3 días de ejecutoria del fallo proferido por el Juzgado Tercero Penal del Circuito Especializado; por lo tanto, el procesado presentó recurso de apelación el cual fue concedido ante este Tribunal en el efecto suspensivo, mediante auto del 21 de abril de 2022.

CONSIDERACIONES

Es competente esta Corporación para desatar el recurso interpuesto por la Fiscalía, de conformidad con lo

Nº Interno : 2022-0510-4
Auto (Ley 906) - 2ª instancia.
CUI : 05000310700120170006300
Acusado : Jhon Jairo Quitian Pérez
Delito : Concierto para delinquir agravado

previsto en el art. 76, numeral 1º de la Ley 600 de 2000, dentro de los límites fijados por el objeto de la impugnación.

Desde esta perspectiva debería la Sala resolver la alzada impetrada por el señor JHON JAIRO QUITIAN PÉREZ, en virtud de la sentencia condenatoria proferida en su contra, si no fuera porque del examen riguroso del expediente, se ha llegado a la inequívoca conclusión que en el caso sometido a estudio ha prescrito la acción penal. Veamos.

El artículo 340 inc. 2º del Código Penal, Ley 599 de 2000, modificado por la Ley 733 de 2002, vigente para el momento de la comisión de la conducta punible, consagraba pena de prisión de seis (6) a doce (12) años, cuando el Concierto para delinquir se realizaba entre otros, para organizar, promover, armar o financiar grupos armados al margen de la ley; al respecto la norma dispuso:

Cuando el concierto sea para cometer delitos de genocidio, desaparición forzada de personas, tortura, desplazamiento forzado, homicidio, terrorismo, tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias sicotrópicas, secuestro, secuestro extorsivo, extorsión, enriquecimiento ilícito, lavado de activos o testaferrato y conexos, o para organizar, promover, armar o financiar grupos armados al margen de la ley, la pena será de prisión de seis (6) a doce (12) años y multa de dos mil (2.000) hasta veinte mil (20.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Ahora, el artículo 83 de la ley 599 de 2000, señala que la acción penal prescribirá en un tiempo igual al máximo de la

Nº Interno : 2022-0510-4
Auto (Ley 906) - 2ª instancia.
CUI : 05000310700120170006300
Acusado : Jhon Jairo Quitian Pérez
Delito : Concierto para delinquir agravado

pena fijada en la ley, si fuera privativa de la libertad, pero en ningún caso será inferior a cinco (5) años, ni excederá de veinte (20), salvo lo dispuesto en los incisos posteriores para otros delitos especiales, dentro de los cuales no se encuentra el que para este momento es objeto de análisis.

Así mismo, del texto original del art. 86 del Código penal, se desprende que los delitos cometidos bajo el procedimiento regulado por la Ley 600 de 2000, que:

La prescripción de la acción penal se interrumpe con la resolución acusatoria o su equivalente debidamente ejecutoriada.

En ese orden de ideas, en el presente caso tenemos que el delito objeto de estudio consagraba para el momento de la comisión de la conducta punible, entre los años 2001 a 2006, una pena máxima de 12 años de prisión, la cual conforme con la disposición anterior, a partir de la fecha en que se profirió la resolución de formulación y aceptación de cargos para sentencia anticipada, es decir, el 31 de octubre de 2016, contabilizaría un nuevo término de seis (6) años para la prescripción de la acción penal; término que se cumplió el 31 de octubre de 2022.

Debe aclararse que, aunque el delito de Concierto para delinquir agravado, si bien no se encuentra enlistado dentro del contexto normativo como crimen de lesa humanidad, cuando se relaciona directamente con comportamientos punibles que si

Nº Interno : 2022-0510-4
Auto (Ley 906) - 2ª instancia.
CUI : 05000310700120170006300
Acusado : Jhon Jairo Quitian Pérez
Delito : Concierto para delinquir agravado

albergan esa connotación, es decir, derivado de actividades desarrolladas al interior de grupos paramilitares cuyo actuar ha comprendido ataques sistematizados contra la población civil de forma generalizada, indiscriminada y permanente, adquieren las mismas consecuencias de universalidad, jurisdicción e imprescriptibilidad (véase, entre muchas otras, CSJ AP2230-2018 rad.45110 DE 30-05-2018; CSJ 39665-2012 de 07-11-2012; CSJ 36125 de 31-08-2011); sin embargo, con relación a esto último, la imprescriptibilidad solo opera en fase de indagación, lo que significa que una vez se da apertura a la instrucción, específicamente cuando se encuentra en firme y ejecutoriada la resolución de acusación o su equivalente, se empieza a correr el término prescriptivo conforme a los parámetros del art. 86 del CP.

Ahora bien, no puede dejar de desconocer esta Magistratura que, en los delitos considerados como de lesa humanidad, la línea jurisprudencial respecto de la contabilización de la prescripción de la acción penal desde la fase de instrucción, aún resulta imprecisa. Por una parte, en algunas decisiones la Alta Corporación ha reconocido que los términos prescriptivos deben seguir la regla establecida en el art. 86 del C.P., es decir, que la prescripción de la acción penal se interrumpe, en procesos adelantados bajo el trámite de la Ley 600 de 2000, con la ejecutoria de la resolución de acusación –o su equivalente–, y se vuelve a contar el término por un tiempo igual a la mitad del señalado en el artículo 83, el cual no podrá ser inferior a cinco (5) años, ni superior a diez (10) años (véase CSJ AP1804-2023, rad. 63953 del 28-06-2023; CSJ SP373-2023, rad. 63588 del 06-09-203). Pero por otra, en una decisión previa, a las que se acaban

Nº Interno : 2022-0510-4
Auto (Ley 906) - 2ª instancia.
CUI : 05000310700120170006300
Acusado : Jhon Jairo Quitian Pérez
Delito : Concierto para delinquir agravado

de citar, también llegó a referir la H. Corte Suprema de Justicia, que cuando se trata de conductas punibles que tienen la connotación de lesa humanidad, el término prescriptivo se debe contar una vez iniciada la fase instructiva y en firme la resolución de acusación, por un período de quince (15) años (CSJ SP081-2023, rad. 61472 del 15-02-2023). No obstante, esta Sala considera que, en virtud del principio de favorabilidad, debe prevalecer la primera de las interpretaciones.

Por lo tanto, no queda alternativa diferente a la Corporación, en este caso concreto, que la declaratoria de extinción de la acción penal, por haber finiquitado para el Estado el término previsto para ejercer el *ius puniendi*.

En consecuencia y por haberse presentado el fenómeno de la prescripción de la acción penal, se declarará la preclusión de la actuación, pues nos encontramos ante un evento de *“imposibilidad de continuar con el ejercicio de la acción penal”* al tenor de lo normado en el art. 39 de la Ley 600 de 2000.

En mérito de lo expuesto, **EL TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA**, en **SALA DE DECISIÓN PENAL**,

RESUELVE

PRIMERO: Decretar la **PRECLUSIÓN POR**

Nº Interno : 2022-0510-4
Auto (Ley 906) - 2ª instancia.
CUI : 05000310700120170006300
Acusado : Jhon Jairo Quitian Pérez
Delito : Concierto para delinquir agravado

PRESCRIPCIÓN, en las presentes diligencias.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, en firme esta decisión se ordena el archivo definitivo del presente proceso.

La decisión se notifica en estrados y contra ella procede recurso reposición.

CÚMPLASE.

LOS MAGISTRADOS,

JOHN JAIRO ORTÍZ ÁLZATE

RENÉ MOLINA CÁRDENAS

(Con salvamento de voto)

GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME

(Con aclaración de voto)

Firmado Por:

John Jairo Ortiz Alzate
Magistrado
Sala Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

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

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

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

Código de verificación: **360906bff4edf0943e7bcb869db247af3e07fdc48e525e52124b92c1e5be9403**

Documento generado en 16/11/2023 08:53:52 AM

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



TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA

SALA PENAL DE DECISIÓN

SALVAMENTO DE VOTO

De manera respetuosa procederé a enunciar las razones que me llevan apartarme de la decisión de mis compañeros de Sala de decretar la prescripción de la acción penal, en el delito de concierto para delinquir agravado con carácter de lesa humanidad¹:

- La Sala mayoritaria reconoce que el delito de concierto para delinquir relacionado con las actividades de los grupos paramilitares constituye un delito de lesa humanidad puesto que varias decisiones de la CSJ así lo han definido, por lo que se trata de una regla aplicable en el ordenamiento jurídico colombiano.
- A tal interpretación se le debe otorgar entonces todas las consecuencias que se derivan de la afirmación de esa especial connotación del delito de lesa humanidad. En concreto, para este evento, unos particulares términos de prescripción.
- Es cierto que, en las dos decisiones citadas² por la Sala Mayoritaria, la Sala penal de la CSJ no tuvo en cuenta esa especial connotación y señaló que luego de individualizada la persona como posible responsable de este tipo de delitos y ocurrida su vinculación, los términos de prescripción corresponden a los de los delitos ordinarios.

¹ El cargo con carácter de delito de lesa humanidad le fue expresamente leído en la formulación de cargos para sentencia anticipada y así fue aceptado por el procesado.

² CSJ SP rad. 63953 de 2023 y rad. 63588 de 2023.

Sin embargo, en ninguna de esas dos decisiones la Corte expuso las razones que le llevaron a esta última conclusión.

- Por el contrario, en la decisión 61472 de 2023, que soporta este salvamento de voto, la Sala Penal de la CSJ sí explicó de forma suficiente y puntual las razones por las que los delitos previstos en el inciso segundo del artículo 83 del C.P. - desaparición forzada, tortura, homicidio de miembro de una organización sindical, homicidio de defensor de Derechos Humanos, homicidio de periodista, desplazamiento forzado delitos de genocidio, lesa humanidad y crímenes de guerra-, no aplica la disposición final del inciso segundo del artículo 86 del C.P. en relación con el término de prescripción luego de producida la vinculación del procesado, sino un término de quince (15) años.
- Explícitamente la CSJ en esta decisión explicó: "En tratándose del inciso primero del artículo 83 del C.P., es claro que allí se determina el lapso máximo de 20 años de prescripción para la gran mayoría del plexo de delitos que integran el apartado sustantivo de esa codificación en la fase instructiva; empero, en el inciso segundo del mismo canon normativo, tras anunciarse una salvedad, la ley consagró un término de prescripción de 30 años, en la misma etapa, para algunas conductas, entre ellas, la desaparición forzada.

En ese contexto, deviene diáfano que las razones que llevaron al legislador a establecer un trato diferenciador, con asiento en la prolongación del término de prescripción, entre otros, para el delito desaparición forzada, en la fase instructiva, se constituye, de manera ineludible, en la misma argumentación que daría sustento a su ampliación en la etapa de juzgamiento, ubicándolo por encima del lapso de diez (10) años consagrado, se itera, para ilicitudes de otra estirpe, operando incomprensible que un delito de lesa humanidad

solamente encarnara tales efectos prescriptivos en la fase previa al juicio.

Conforme lo ha definido esta Corporación, los delitos de lesa humanidad son «*infracciones graves al derecho internacional de los derechos humanos, que ofenden la conciencia ética de la humanidad y niegan la vigencia de las normas indispensables para la coexistencia humana*»³; de ahí que el término de prescripción para la investigación y juzgamiento de estas conductas en el ordenamiento patrio, diste del mismo tratamiento que amerita tal instituto frente a los delitos comunes; (...)

- La Sala mayoritaria resalta que la Sala Penal del CSJ dejó ver dos soluciones distintas al mismo problema jurídico: El término de prescripción para los referidos delitos luego de individualizado y vinculado el procesado. Para solucionar el asunto y tomar partido por las decisiones que aplicaron los términos previstos en el inciso segundo del artículo 86 para delitos ordinarios a delitos especiales como los de lesa humanidad, mis compañeros acuden el criterio del principio de favorabilidad.

- El principio de favorabilidad es un criterio para decidir la norma a aplicar en relación con el tránsito de leyes en el tiempo. Puntualmente el principio de favorabilidad predica que, “si una ley posterior modifica favorablemente el tratamiento del delito, se aplica retroactivamente, de manera que constituye excepción al principio general de aplicación de las leyes hacia el futuro que deben ser valoradas y ponderadas juiciosamente por el operador jurídico cuando se trata de normas sustanciales o procesales en donde se encuentren en juego las garantías fundamentales del debido proceso -art. 29 CP”.⁴

³ CSJ SP, Sep. 21 de 2009, Rad. 32.022, criterio reiterado en CSJ SP9145-2015, jul. 15 de 2015, Rad. 45.795. (cita de la decisión en referencia)

⁴ Corte Constitucional Sentencia C- 225 de 2019.

De forma que el principio de favorabilidad no es un criterio pertinente para decidir entre dos posiciones jurisprudenciales opuestas.

- Si lo que quiso expresar la mayoría es que aplicaría la interpretación con efectos sustanciales más favorable al procesado, para decantarse por la posición jurisprudencial que da tratamiento de delito ordinario al delito de lesa humanidad en punto del término de la prescripción luego de su interrupción, frente a otra jurisprudencia que indica lo contrario, estimo que tal criterio no es el adecuado por dos razones.

- Las dos sentencias en que la Sala Penal de la CSJ realizó tal interpretación no explicó por qué se decantó por la aplicación de los términos destinados a los delitos ordinarios, tratándose de delitos de especial y gravísima naturaleza. La Sentencia de la misma Sala penal en la que se soporta este salvamento, incluso con el mismo ponente de una de las anteriores, sí otorga razones de peso para concluir que dada la especial naturaleza de los delitos el legislador optó por ampliar los términos de prescripción incluso en la investigación y el juzgamiento, luego de ocurrida la interrupción prevista en el artículo 86 del C.P. De forma que las sentencias a las que acudió la Sala mayoritaria no constituyen razón suficiente para decantarse por la inexplicada solución que allí se produjo.

- Los compromisos del Estado colombiano para la investigación y juzgamiento de los delitos de lesa humanidad que han sido ratificados por el país⁵ y aprobados judicialmente, implica procedimientos que

⁵ Sentencia C- 578 de 2002. Colombia hace parte de ese consenso internacional para la lucha contra la impunidad frente a las más graves violaciones a los derechos humanos. **Ese compromiso de Colombia se refleja en el hecho de ser parte de los principales instrumentos internacionales que recogen el consenso internacional en esta materia** y que han servido de base para la creación de la Corte Penal Internacional. A saber:

i) Convención para la Prevención y Represión del Genocidio de 1948, aprobada por la Ley 28 de 1959;

maximicen los compromisos allí adquiridos, de forma que la interpretación acerca de la prescripción de esa especie gravísima de delitos no puede ir en contravía de tales normas que hacen parte del bloque de constitucionalidad. La interpretación que acoge la Sala mayoritaria no explica las razones por las que se aparta de una interpretación sistemática de la regulación internacional en el especial tratamiento de conductas que han sido consideradas atentatorias de la dignidad humana como base nodal de las naciones civilizadas y como criterios obligatorios para los Estados, incluso, al margen de cualquier vínculo convencional.

De tal forma que no se debió prescribir la acción penal y en su lugar se debió estudiar de fondo las razones de la apelación. En estos términos dejo planteado mi desacuerdo con el proyecto aprobado.

RENÉ MOLINA CÁRDENAS
Magistrado

-
- ii) Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, aprobada por la Ley 22 de 1981;
 - iii) Convención contra la Tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, aprobada como legislación interna por la Ley 76 de 1986;
 - iv) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y Protocolo Facultativo aprobada por la Ley 74 de 1968;
 - v) Convención Americana sobre Derechos Humanos, aprobada por la Ley 16 de 1972;
 - vi) Los Cuatro Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, incorporados a nuestro ordenamiento interno mediante la Ley 5 de 1960: Convenio I, para aliviar la suerte que corren los heridos y enfermos de las fuerzas armadas en campaña; Convenio II, para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar; Convenio III, relativo al trato debido a los prisioneros de guerra; Convenio IV, relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra;
 - vii) Protocolo I Adicional a los Cuatro Convenios de Ginebra de 1949, aprobado como legislación interna por la Ley 11 de 1992;
 - viii) Protocolo II Adicional a los Cuatro Convenios de Ginebra de 1949, aprobado como legislación interna por la Ley 171 de 1994;
 - ix) Convención sobre la represión y castigo del Apartheid aprobada por la Ley 26 de 1987;
 - x) Convención Americana contra la Desaparición Forzada, incorporada a nuestro ordenamiento interno mediante la Ley 707 de 1994.

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: **ad088182bbfe8578893475a15ea97cf8c72bff009739fd51710a12a779914e91**

Documento generado en 15/11/2023 02:47:46 PM

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

ACLARACION DE VOTO

Sea lo primero indicar que considero acertada la conclusión planteada de la prescripción de la acción penal en el presente caso, pues la imprescriptibilidad para los delitos de *lesa humanidad*, como los que aquí nos ocupa que es un concierto para delinquir al hacer parte de una organización paramilitar, opera hasta el momento en que se logra la vinculación de la persona presuntamente responsable al proceso, por lo tanto el asunto medular que se discutió en la providencia es si el término por el que se debe contar la prescripción una vez vinculada el procesado lo es el ordinario de la ley 599 del 2000, la mitad de la pena máxima después de la resolución de acusación, que es la norma que rige el presente asunto, o la extraordinaria de la mitad de la máxima de la pena admita en dicha normatividad lo que da un guarismo de 15 años, conforme algunos lineamientos que la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en el pasado analizaron situaciones frente a otros delitos de *lesa humanidad*¹.

Al respecto como se avizora en la decisión que ahora acompaño en el pasado la determinación que la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, lo fue que se debía contar un término de prescripción especial, y bajo esa óptica en pretéritos momentos acompañe varias decisiones de las Salas de Decisión de las que hago parte que resolvieron en ese sentido. Sin embargo, como se advierte ahora hay nuevos pronunciamientos del Alto tribunal² en el que se considera que se debe aplicar ya en esta instancia procesal el término ordinario de prescripción, que para el presente caso visto que existió un sometimiento a sentencia anticipada será el de la mitad de la pena del concierto para delinquir esto es 6 años.

Ante la diversidad de nuevos pronunciamiento que versan sobre un asunto que aunque es procesal tiene una indiscutible relación con el derecho sustancial, pues fija cual es el límite que tiene el Estado para poder investigar y juzgar una persona, como se plantea en la decisión que ahora acompaño se escoge tomar la que resultan ser más favorable al procesado, destinatario de la ley penal, es por eso que abandono la posición que en el pasado compartí al rubricar otras decisiones que resolvieron de manera diferente asuntos como el que ahora nos ocupa y que visto la evolución jurisprudencial no puedo mantener.

GUSTAVO ADOLFO PINZON JACOME

MAGISTRADO.

¹ En Los últimos los radicados (CSJ SP081-2023, rad. 61472 del 15-02-2023

² Entre otros los radicados CSJ AP1804-2023, rad. 63953 del 28-06-2023; CSJ SP373-2023, rad. 63588 del 06-09-2023

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: **d1aefe871558ed9345828ce34bb33470a8e62b14079510bcd193f029fed1bbad**

Documento generado en 15/11/2023 04:20:35 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, quince (15) de noviembre de dos mil veintitrés (2023)

Radicado	2023-1364-4
CUI	0568661000002023-00001
Acusado	Juan Carlos Gil Gutiérrez
Delito	Secuestro extorsivo agravado
Asunto	Conexidad
Decisión	Confirma

Aprobado mediante Acta No. 415 de la fecha

ASUNTO

Procede la Sala a decidir sobre el recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía frente a la decisión del Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Antioquia por medio de la cual se negó solicitud de conexidad procesal.

ANTECEDENTES

Los hechos que derivaron se encuentran plasmados en el escrito de acusación de la siguiente manera:

“El día 16 de diciembre de 2021, en horas de la tarde, en la vía que comunica a los municipios de Entrerrios y Santa Rosa de Osos, el señor JUAN CARLOS GIL GUTIERREZ, previo acuerdo de voluntades con los acusados BRAYAN ALEXIS CEBALLOS CASTAÑO, JOHAN ESTEBAN PEREZ CANO, DUVER FERNEY CEBALLOS CASTAÑO, LUIS

Radicado	2023-1364-4
CUI	0568661000002023-00001
Acusado	Juan Carlos Gil Gutiérrez
Delito	Secuestro extorsivo agravado
Asunto	Conexidad
Decisión	Confirma

ALEJANDRO VALENCIA QUINTERO, KELLY JOHANA CASTAÑO RESTREPO, WILLMAR ANTONIO AMARILES JARAMILLO, contribuyó previamente, a la retención por un término de tres (03) horas aproximadamente del ciudadano HECTOR LEON QUERUBIN ALVAREZ con el propósito de exigir la entrega de dinero.

Según la denuncia de la víctima, para la fecha mencionada, se transportaba en una camioneta Toyota Hilux, por la vía que de Entrerrios conduce a Santa Rosa de Osos, cuando fue abordado por seis (06) hombres que se desplazaban en un vehículo tipo automóvil Mazda 323, quienes se subieron a su camioneta y lo condujeron hasta un lugar desolado, donde fue amordazado y torturado por un término de tres horas para que informara las claves de sus tarjetas bancarias.

Una vez obtuvieron los datos, lo arrojaron por un precipicio, donde lo siguieron golpeando y finalmente dejaron abandonado a su suerte, advirtiéndole que eso era, para que muriera lentamente, siendo rescatado al tercer día por personal del Cuerpo de Bomberos de Santa Rosa de Osos.

Como producto de esta retención, los plagiarios obtuvieron la suma de DOSCIENTOS TRES MILLONES OCHOCIENTOS NOVENTA Y OCHO MIL DOSCIENTOS OCHENTA PESOS M.L. (\$203.898.280), que fueron extraídos de sus cuentas bancarias y de algunas pertenencias que la víctima llevaba en el momento de los hechos, como un anillo, un celular y dinero en efectivo...”

Por esos hechos el 14 de julio de 2022 ante el Juzgado Promiscuo Municipal con función de control de Garantías de Entrerrios se le formuló imputación al señor Juan Carlos Gil Gutiérrez por el delito de secuestro extorsivo agravado en calidad de cómplice.

En audiencia del 23 de mayo de 2023, el Delegado fiscal solicitó ante el Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Antioquia la conexidad de esta investigación con el radicado **05 686 61 00079 2021 00084** que se tramita ante el Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Antioquia contra los ciudadanos Johan Esteban Pérez Cano, Kelly Johana Castaño Restrepo y Luis Alejandro Valencia Quintero por los punibles de hurto calificado y agravado, homicidio en grado de tentativa, secuestro extorsivo agravado, fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego de

Radicado	2023-1364-4
CUI	0568661000002023-00001
Acusado	Juan Carlos Gil Gutiérrez
Delito	Secuestro extorsivo agravado
Asunto	Conexidad
Decisión	Confirma

uso personal y fabricación, tráfico, porte o tenencia armas de fuego de las fuerzas armadas, al estimar que se trataban de procesos con identidad fáctica y jurídica.

El Despacho accedió a la pretensión, dispuso la conexidad de la actuación y ordenó la remisión de la carpeta ante el Juzgado Segundo homologo para que allí se continuara con la etapa de conocimiento.

Mediante auto de esa misma fecha, el Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Antioquia se rehusó a asumir el conocimiento de la actuación pues, en su criterio si el deseo del ente fiscal era que, el proceso seguido en disfavor de Juan Carlos Gil Gutiérrez se conexasa al que se sigue ante su despacho frente a otros ciudadanos, lo procedente era que, se realizara la solicitud de conexidad ante el despacho que preside, ello con la finalidad de analizar la posibilidad de tramitar ambos procesos bajo una misma cuerda procesal.

En su sentir, el despacho remitente se extralimitó en su competencia al decidir de fondo en el marco de una actuación sobre la que no se encuentra facultado.

En virtud de lo anterior, la actuación retornó al Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Antioquia, continuándose con el trámite correspondiente.

SOLICITUD



Radicado	2023-1364-4
CUI	0568661000002023-00001
Acusado	Juan Carlos Gil Gutiérrez
Delito	Secuestro extorsivo agravado
Asunto	Conexidad
Decisión	Confirma

En razón a esas consideraciones, en audiencia del 11 de julio de 2023 el delegado fiscal solicitó la conexidad de ambos asuntos, pero esta vez, requirió al despacho de conocimiento atraer las diligencias que se surten ante el Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Antioquia.

Considera que, de los hechos jurídicamente relevantes y de los elementos plasmados en ambos escritos de acusación se daría cuenta que se está judicializando el mismo accionar delincuencia, se trata de un delito desarrollado en coparticipación criminal, con unidad de víctima y comunidad de prueba por lo que considera que ambas diligencias deben de surtirse ante una misma cuerda procesal de conformidad a lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 51 del Código de Procedimiento Penal.

Pronunciamiento de la Defensa

Frente a ese requerimiento el abogado defensor indicó que la misma no resulta viable por cuanto, el despacho que debe asumir ambos procesos es el que primero haya recibido el escrito de acusación, y en este caso es el Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Antioquia.

DECISION DE PRIMERA INSTANCIA

Si bien en el presente asunto, el delegado fiscal señaló la causal en la cual se enmarcaba la conexidad no dio cuenta de los motivos por

Radicado	2023-1364-4
CUI	0568661000002023-00001
Acusado	Juan Carlos Gil Gutiérrez
Delito	Secuestro extorsivo agravado
Asunto	Conexidad
Decisión	Confirma

los cuales considera que, es el Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Antioquia y no el Despacho segundo homologo el que debe asumir el conocimiento de sendos asuntos.

En su sentir, de ninguna manera se encuentran superados los presupuestos para atraer el expediente en cuestión, sino que se cumplen para que, sea el Despacho homologo el que asuma las dos actuaciones.

Ambos despachos tienen igual jerarquía y en sendas diligencias se acusó por el delito de secuestro extorsivo agravado. El ítem que marca la diferencia es en el número de punibles a investigar, pues en el proceso que se tramita ante el Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Antioquia se investiga la presunta comisión de cinco punibles mientras que, en el que se tramita en su despacho sólo se impulsa por uno de ellos.

También resaltó que, en el presente asunto sólo se presentó acusación respecto de un ciudadano a quien se le formuló imputación el 14 de julio de 2022 y en el tramitado dentro del radicado **05 686 61 00079 2021 00084** hay 7 personas quienes además están con medida de aseguramiento vigente desde el 13 de julio de esa misma anualidad.

No se superan los presupuestos normativos que regulan esta figura y en virtud de lo anterior, no accedió a la petición de conexidad radicada.

Radicado	2023-1364-4
CUI	0568661000002023-00001
Acusado	Juan Carlos Gil Gutiérrez
Delito	Secuestro extorsivo agravado
Asunto	Conexidad
Decisión	Confirma

DEL RECURSO DE APELACIÓN

El delegado fiscal indicó que el Despacho de conocimiento reconoce que se cumplen con los requisitos para decretar la conexidad, pero no accede a su petición, desconociendo los derechos de las víctimas a la no re-victimización pues ello implicaría que deba exponer su declaración en dos escenarios.

Señaló que, lo procedente cuando el despacho homologó le regresó la actuación, es que no aceptara la devolución, sino que propusiera conflicto de competencia para conocer del asunto, sin embargo, que prefirió guardar silencio y continuar con el trámite procesal desconociendo los derechos de los intervinientes.

Se encuentra con facultades legales para solicitar la conexidad antes este Despacho, no es caprichosa sino que obedece al cumplimiento de los presupuestos legales.

Solicita se revoque la decisión y se ordene la conexidad bien sea ante el Juzgado Primero o al Segundo Penal del Circuito Especializado de Antioquia.

CONSIDERACIONES

Debe comenzar diciéndose que, el artículo 50 del Código de Procedimiento Penal fija el alcance general de la unidad procesal y prescribe que solo podrá adelantarse una actuación criminal por cada delito con independencia del número de autores y partícipes, y que los delitos conexos serán objeto de investigación y juzgamiento

Radicado	2023-1364-4
CUI	0568661000002023-00001
Acusado	Juan Carlos Gil Gutiérrez
Delito	Secuestro extorsivo agravado
Asunto	Conexidad
Decisión	Confirma

conjunto. También establece que la ruptura de la unidad procesal, a menos que se afecten las garantías constitucionales, no dará lugar a la nulidad. El artículo 51 dispone reglas relativas a los sujetos y a la oportunidad para solicitar la conexidad procesal y delimita los supuestos en que dicha conexidad se configura. El artículo 52 fija reglas para establecer la competencia de los jueces en el caso de los delitos conexos y, finalmente, el artículo 53 prevé las hipótesis en las que procede la ruptura de la unidad procesal. De la lectura de tales disposiciones se desprenden los rasgos centrales de las figuras allí disciplinadas.

La unidad procesal es entonces, una institución por virtud de la cual cada delito o cada grupo de delitos conexos, deben investigarse y juzgarse en una única actuación procesal.

Dicha figura, que evita multiplicidad de actuaciones penales por el mismo comportamiento o por varios delitos en relación de conexidad, contribuye a la realización (i) del derecho de defensa de las personas investigadas, acusadas o juzgadas en tanto asegura la concentración de sus esfuerzos en un único procedimiento, (ii) de los derechos de las víctimas al hacer posible que en único trámite puedan formular sus pretensiones de verdad, reparación y justicia, (iii) de la eficacia y celeridad del proceso penal, al optimizar los esfuerzos y recursos invertidos por las partes, intervinientes y autoridades judiciales en materia probatoria y (iv) de la seguridad jurídica y coherencia puesto que evita la adopción de decisiones contradictorias frente a los mismos hechos¹.

¹ Sentencia C- 471 de 2016

Radicado	2023-1364-4
CUI	0568661000002023-00001
Acusado	Juan Carlos Gil Gutiérrez
Delito	Secuestro extorsivo agravado
Asunto	Conexidad
Decisión	Confirma

En atención a los importantes propósitos que persigue la unidad procesal, debe declararse o aplicarse cuando se encuentren satisfechos los supuestos previstos en la ley, a menos que se configuren las condiciones de ruptura procesal. En efecto, de la interpretación conjunta de los artículos 50 y 53 de la Ley 906 de 2004 se desprende un mandato que impone, por regla general, la obligación de adelantar la investigación y juzgamiento de manera conjunta cuando se trate de un solo delito en el que participaron varias personas o de varios delitos conexos.

En el caso que ocupa la atención de la Sala, se tiene que, la Fiscalía se encuentra investigando la retención ilícita y el pedimento dinerario a cambio de la libertad del señor Héctor León Querubín Álvarez, conducta criminal que, de conformidad con el escrito de acusación tuvo escenario el 16 de diciembre de 2021.

En virtud de esos hechos se generaron dos radicados SPOA, uno de ellos identificado con el CUI **05 686 61 00079 2021 00084** impulsado contra Johan Esteban Pérez Cano, Kelly Johana Castaño Restrepo y Luis Alejandro Valencia Quintero el cual le correspondió por reparto al Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Antioquia y, por otra parte el radicado **05 686 61 00000 2023 00001** impulsado contra Juan Carlos Gil Gutiérrez que le correspondió por reparto al Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Antioquia.

Ahora bien, de conformidad con el artículo 51 de la misma normativa, al formular la acusación el fiscal puede solicitar al juez de conocimiento que se decrete la conexidad cuando:

“1. El delito haya sido cometido en coparticipación criminal.

Radicado	2023-1364-4
CUI	0568661000002023-00001
Acusado	Juan Carlos Gil Gutiérrez
Delito	Secuestro extorsivo agravado
Asunto	Conexidad
Decisión	Confirma

2. Se impute a una persona la comisión de más de un delito con una acción u omisión o varias acciones u omisiones, realizadas con unidad de tiempo y lugar.

3. Se impute a una persona la comisión de varios delitos, cuando unos se han realizado con el fin de facilitar la ejecución o procurar la impunidad de otros; o con ocasión o como consecuencia de otro.

4. Se impute a una o más personas la comisión de uno o varios delitos en las que exista homogeneidad en el modo de actuar de los autores o partícipes, relación razonable de lugar y tiempo, y, la evidencia aportada a una de las investigaciones pueda influir en la otra...”

En el presente asunto, ni la parte solicitante ni el Despacho discuten que, se cumplen los requisitos para decretar la conexidad pues, el punible que se investiga al parecer, fue cometido en coparticipación criminal (numeral 1) y en virtud de esos hechos se imputaron a varias personas de la presunta comisión de la conducta punible de secuestro extorsivo agravado, existiendo homogeneidad en el modo de actuar de los autores o partícipes. Aunado a ello se tiene que, de conformidad con los escritos de sendos expedientes, la evidencia que se aportará en ambas actuaciones, guarda semejanza. (numeral 4).

Ahora bien, teniendo en cuenta que, bajo una misma cuerda procesal se investiga el mismo accionar delincuencia, la regla de competencia que regula el asunto es la prevista en el artículo 52 de la Ley 906 de 2004:

“Competencia por conexidad. Cuando deban juzgarse delitos conexos conocerá de ellos el juez de mayor jerarquía de acuerdo con la competencia por razón del fuero legal o la naturaleza del asunto; si corresponden a la misma jerarquía será factor de competencia el territorio, en forma excluyente y preferente, en el siguiente orden: donde se haya cometido el delito más grave; donde se haya realizado el mayor número de delitos; donde se haya realizado la primera aprehensión o

Radicado	2023-1364-4
CUI	0568661000002023-00001
Acusado	Juan Carlos Gil Gutiérrez
Delito	Secuestro extorsivo agravado
Asunto	Conexidad
Decisión	Confirma

donde se haya formulado primero la imputación.

Cuando se trate de conexidad entre delitos de competencia del juez penal del circuito especializado y cualquier otro funcionario judicial corresponderá el juzgamiento a aquél...”

De conformidad con esas pautas se tiene que, el despacho ante el cual se eleva la solicitud de conexidad y el juzgado que se encuentra tramitando la investigación que se pretende atraer, son de la misma jerarquía y se trata de una investigación que cuenta con homogeneidad de territorio. Adicionalmente, la tercera regla correspondiente a la gravedad del delito se tiene que, sendas diligencias se tramitan por el punible de secuestro extorsivo agravado. Razón por la cual esas tres primeras premisas no resultan útiles con miras a resolver el caso en concreto.

Sin embargo, continuando con la cuarta regla para conocer del asunto en virtud del factor conexidad radica en el número de delitos que se investigan. Frente a este aspecto, deberá indicarse que, efectivamente en el proceso con Radicado 05 686 61 00079 2021 00084 se están judicializando los punibles de secuestro extorsivo agravado, fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones, hurto calificado y homicidio en grado de tentativa, mientras que, el SPOA 05 686 61 00000 2023 00001 únicamente se sigue por con la conducta punible que atenta contra la libertad.

Así las cosas, se advierte la improcedencia de la petición elevada por el representante del ente acusador pues, resulta evidente que, el radicado dentro del cual se eleva la petición de conexidad no es el llamado a atraer la carpeta que se tramita ante el Juzgado Segundo

Radicado	2023-1364-4
CUI	0568661000002023-00001
Acusado	Juan Carlos Gil Gutiérrez
Delito	Secuestro extorsivo agravado
Asunto	Conexidad
Decisión	Confirma

Penal del Circuito Especializado de Antioquia.

Y es que, difiere la Sala de la solicitud expuesta por el delegado del ente fiscal en el sentido de indicar que, en caso de estimarse que la competencia radica en el Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Antioquia debe remitirse el proceso por conexidad a esa judicatura pues, recuérdese que, de conformidad con la norma en comento, es la fiscalía la cual debe llevar a cabo la solicitud de conexidad y, tal y como lo manifestó el delegado en la audiencia de formulación de acusación la representante del ente fiscal que, tramita esas diligencias ante ese Despacho se rehúsa a adelantar la gestión.

Así lo manifestó a viva voz cuando la Judicatura en un primer momento le sugiere que, dialogue con la delegada fiscal que impulsa el radicado 05 686 61 00079 2021 00084 para que, se eleve la solicitud de conexidad en ese asunto:

“...Entiendo su postura señor Juez, que es la que yo comparto. Y le di traslado de la decisión a la homóloga, así como al director seccional ante el que yo interpuse el conflicto negativo de competencia, pero no fue acogida mi postura, entonces señor Juez, haré la petición respectiva. Yo no puedo intervenir en la decisión de mi homóloga de pedirla allá...” (Record: 00:07:10 sesión del 11 de julio de 2023)

En virtud de lo anterior, no puede esta Sala decretar la conexidad de ambos asuntos, máxime cuando no existe interés por parte de la delegada fiscal que se encuentra tramitando el proceso que sería el llamado a acoger las diligencias impulsadas contra el señor Juan Carlos, ese es un conflicto interno que debe resolverse al interior del ente fiscal resultando inadmisibles que, este tipo de dificultades sean trasladadas a la Judicatura, entorpeciendo el desarrollo de las

Radicado	2023-1364-4
CUI	0568661000002023-00001
Acusado	Juan Carlos Gil Gutiérrez
Delito	Secuestro extorsivo agravado
Asunto	Conexidad
Decisión	Confirma

diligencias y la celeridad con la cual, se estima, deben trazarse los asuntos penales.

Y es que, debe recordarse que, el asunto de la conexidad es un tema tan propio de esa parte procesal que, su reconocimiento procede incluso desde la fase de investigación. El hecho de que el artículo 51 se refiera a dos momentos procesales, el de la acusación y el de la audiencia preparatoria, en los cuales fiscalía y defensor pueden solicitarlo al juez, no implica que en las etapas previas la fiscalía pueda abstenerse de actuar en esa dirección. Ello es así, dado que el artículo 50 dispone, en su primer inciso, que por cada delito se adelantará una sola actuación procesal y, en el segundo, que los delitos conexos se investigarán y juzgarán conjuntamente.

Esta conclusión se apoya, adicionalmente, en la obligación a cargo del Fiscal de definir el programa metodológico (art. 207 de la Ley 906 de 2004) y en el que debe incluirse, entre otras cosas, la determinación de los objetivos en relación con la naturaleza de la hipótesis delictiva.

Así las cosas, si el deseo del ente fiscal es que, ambos asuntos se tramiten de forma conjunta deberá, en pro de los intereses de las víctimas y, conforme con esa unidad que debe caracterizar el proceder de sus delegados, elevar la solicitud ante el Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Antioquia, el cual recuérdese, tramita el asunto en el cual se encuentran enrostrados un mayor número de punibles.

En ese sentido se procederá a **CONFIRMAR** la providencia proferida

Radicado	2023-1364-4
CUI	0568661000002023-00001
Acusado	Juan Carlos Gil Gutiérrez
Delito	Secuestro extorsivo agravado
Asunto	Conexidad
Decisión	Confirma

el por el Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Antioquia.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR el auto proferido el 26 de julio de 2023 por el Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Antioquia mediante el cual se negó la solicitud de conexidad solicitada por el delegado fiscal.

SEGUNDO. Contra esta determinación, no procede recurso alguno.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LOS MAGISTRADOS,

JOHN JAIRO ORTIZ ÁLZATE

RENÉ MOLINA CÁRDENAS

GUSTAVO PINZÓN JÁCOME

Firmado Por:

John Jairo Ortiz Alzate
Magistrado
Sala 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: **9ae5f395ae7fb38c7730cce9e4501a9fe18ab64b85c04529486cae24834a12e7**

Documento generado en 16/11/2023 08:53:38 AM

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

Decisión de plano – definición de competencia

Procesado: Juan Pablo Muñoz Castrillón

Delito: Concierto para delinquir agravado y otro

Radicado: 05-887-60-00000-2023-00009

(N.I. TSA 2023-2119-5)



TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA PENAL DE DECISIÓN

Medellín, catorce (14) de noviembre de dos mil veintitrés

Magistrado Ponente

RENÉ MOLINA CÁRDENAS

Aprobado en Acta N° 116

Proceso	Decisión de plano - auto Interlocutorio Ley 906 de 2004
Asunto	Trámite de definición de competencia
Radicado	05-887-60-00000-2023-00009 (N.I. TSA 2023-2119-5)
Decisión	Se abstiene de resolver

ASUNTO

La Sala se pronuncia sobre la definición de competencia remitida por el Juez Promiscuo Municipal de Vegachí – Antioquia para conocer de una solicitud de sustitución de medida de aseguramiento presentada por la defensa de JUAN PABLO MUÑOZ CASTRILLÓN, procesado por el delito de concierto para delinquir agravado y otro dentro del asunto de la referencia.

Decisión de plano – definición de competencia

Procesado: Juan Pablo Muñoz Castrillón
Delito: Concierto para delinquir agravado y otro
Radicado: 05-887-60-00000-2023-00009
(N.I. TSA 2023-2119-5)

FUNDAMENTOS DE LA DECLARATORIA DE INCOMPETENCIA

Para lo que interesa a esta decisión, la defensa de MUÑOZ CASTRILLÓN presentó ante el Juzgado Promiscuo Municipal de Vegachí – Antioquia solicitud de sustitución de la medida de aseguramiento. Sin embargo, mediante auto escrito del 11 de octubre del año 2023, el Juez se declaró incompetente para resolver dicha petición al considerar que cuando los asuntos tienen que ver con grupos delictivos organizados (GDO) o grupos armados organizados (GAO), la competencia le asiste a los Juzgados de Control de Garantías Ambulante de Antioquia.

En razón de lo anterior, la diligencia le fue repartida al Juzgado Cuarto con Función de Control de Garantías Ambulantes de Antioquia, autoridad que el día 20 del mismo mes y año, también por auto escrito, devolvió el asunto al Juez Promiscuo Municipal de Vegachí, pues este no le impartió el trámite respectivo a la declaración de incompetencia, la que debía hacerse en audiencia y con pronunciamiento de las partes. Además, expuso algunos presupuestos normativos, legales y jurisprudenciales para definir la competencia.

En consecuencia, el Juzgado Promiscuo Municipal de Vegachí llevó a cabo audiencia el 7 de noviembre de la presente anualidad, oportunidad en la que el Juez efectuó un recuento de lo sucedido y dio la oportunidad a las partes para que manifestaran si tenían alguna objeción a su competencia.¹

Ante tal particularidad, la defensora expuso que radicó la solicitud ante tal Juzgado porque allí se celebró la imputación y consideró que era esa autoridad la competente para resolverla, sin embargo, si la posición del Despacho era que la competencia radicaba en otro Juzgado,

¹ Archivo “014Audio”, récord 00:08:18 a 00:09:25.

Decisión de plano – definición de competencia

Procesado: Juan Pablo Muñoz Castrillón
Delito: Concierto para delinquir agravado y otro
Radicado: 05-887-60-00000-2023-00009
(N.I. TSA 2023-2119-5)

aseguró al Juez: “*procederemos de acuerdo a lo que usted nos indique*”.²

Por su parte, el fiscal señaló que, al igual que la defensa, se acogería a lo que decidiera el Juez de Vegachí, quien en otras oportunidades resolvió remitir por competencia a los Juzgados con Función de Control de Garantías Ambulantes de Antioquia.³

Paso seguido, el Juez Promiscuo Municipal de Vegachí se declaró impedido por considerar que la competencia para resolver la citada solicitud estaba en cabeza del Juez Cuarto con Función de Control de Garantías Ambulante de Antioquia, pero como este ya le había devuelto el asunto, decidió remitirlo a esta Corporación. Una vez terminó de emitir dicha providencia, otorgó nuevamente la palabra a las partes para que se pronunciaran al respecto.⁴

En ese momento, la defensa expuso que solo le restaba pedir agilidad para solucionar su pretensión, dadas las condiciones de hacinamiento en las que se encontraba su representado. La fiscalía solo dijo que estaba a la espera de lo que resolviera el Tribunal. Así fue como el Juez finalmente dispuso remitir el asunto a esta Sala para dirimir el conflicto de competencia.⁵

CONSIDERACIONES DE LA SALA

La Sala anuncia que se abstendrá de decidir pues el Juez no debió remitir la actuación directamente ante esta Corporación.

² *Ibíd*em, récord 00:09:26 a 00:11:50.

³ *Ibíd*em, récord 00:11:58 a 00:13:15.

⁴ *Ibíd*em, récord 00:13:30 a 00:26:01.

⁵ *Ibíd*em, récord 00:26:02 a 00:27:21.

Decisión de plano – definición de competencia

Procesado: Juan Pablo Muñoz Castrillón

Delito: Concierto para delinquir agravado y otro

Radicado: 05-887-60-00000-2023-00009

(N.I. TSA 2023-2119-5)

La decisión que se anticipa se soporta en el trámite que debe darse a la definición de competencia, conforme a los artículos 54 y 341 del C.P.P., tema que ha sido objeto de análisis por parte de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia,⁶ autoridad que de manera reiterada ha sostenido que, antes de enviar las actuaciones ante la autoridad encargada de definir la competencia, se debe suscitar controversia o debate sobre esta, de modo que, **cuando el Juez y los sujetos procesales coincidan respecto al funcionario judicial que deba conocer el asunto, se le debe enviar directamente a aquel**, para que este determine si acepta o no la competencia. A propósito, la Corte se ha pronunciado así:

“El funcionario judicial debe instalar la audiencia correspondiente y en su desarrollo dar a conocer los motivos de su incompetencia para que los sujetos habilitados para intervenir los conozcan y se pronuncien sobre ellos.”⁷

En el mismo sentido reiteró:

“(...) el funcionario encargado del asunto deberá convocar y dar curso a la audiencia respectiva y, en su desarrollo, i) manifestar la incompetencia, ii) correr traslado a las partes e intervinientes para que se pronuncien sobre su declaración, y iii) ordenar el envío del proceso al juez competente, si todos están de acuerdo, o remitirlo a esta Corporación si se presenta controversia.”⁸

⁶ Sobre el tema, véase entre otras, SP CSJ AP2472-2023, radicado 64375 del 23 de agosto de 2023, M.P. Carlos Roberto Solórzano Garavito, AP2031-2023, radicado 64255 del 19 de julio de 2023, M.P. Diego Eugenio Corredor Beltrán, AP1999-2023, radicado 64111 del 12 de julio de 2023, M.P. Fabio Ospitia Garzón, AP1828-2023, radicado 63988 del 28 de junio de 2023, M.P. Fabio Ospitia Garzón, AP1648-2023, radicado 63893 del 7 de junio de 2023, M.P. Myriam Ávila Roldán, AP5104-2021, radicado 60395 del 27 de octubre de 2021, M.P. Gerson Chaverra Castro; SP CSJ AP2863-2019, radicado 55616 del 17 de julio de 2019, M.P. Luis Antonio Hernández Barbosa; radicado 58698 de 2021, AP216-2021 del 3 de febrero de 2021, M.P. Diego Eugenio Corredor Beltrán; radicado 59891 de 2021, AP3101-2021 del 28 de julio de 2021, M.P. Gerson Chaverra Castro; radicado 1159 de 2021, AP-2020 del 15 de julio de 2020, M.P. Jaime Humberto Moreno Acero; radicado 59331 del 2021, AP1293-2021 del 14 de abril de 2021, M.P. Luis Antonio Hernández Barbosa.

⁷ SP CSJ, AP1828-2023, radicado 63988 del 28 de junio de 2023, M.P. Fabio Ospitia Garzón.

⁸ SP CSJ, AP2472-2023, radicado 64375 del 23 de agosto de 2023, M.P. Carlos Roberto Solórzano Garavito.

Decisión de plano – definición de competencia

Procesado: Juan Pablo Muñoz Castrillón

Delito: Concierto para delinquir agravado y otro

Radicado: 05-887-60-00000-2023-00009

(N.I. TSA 2023-2119-5)

Ahora, en el presente evento no hubo discusión por parte de los sujetos procesales sobre la decisión del Juez Promiscuo Municipal de Vegachí de apartarse del asunto y considerar que el competente para asumirlo es el Juez con Función de Control de Garantías Ambulante de Antioquia.

Nótese que el Juez dio dos oportunidades a las partes para que se pronunciaran al respecto. En ambas el fiscal se limitó a manifestar que se adheriría a lo que decidiera el Juez de Vegachí o esta Sala. Por su parte, la defensa cuando se le dio por primera vez la palabra, concluyó que procedería conforme a lo que definiera el Juez de Vegachí, y así lo hizo en la segunda ocasión, pues después de escuchar los argumentos de este para declararse incompetente, no efectuó reparo alguno y solo pidió agilizar el trámite.

Así que, Juez y partes coincidieron en la solución al problema propuesto. Sin embargo, obviando tal circunstancia, desacertadamente se remitió el asunto a esta Sala.

El error advertido es consecuencia de la manera equivocada como el Juez de Vegachí dio trascendencia al pronunciamiento escrito del Juez Ambulante. Nótese que este último solo estaría habilitado para pronunciarse de fondo sobre la incompetencia propuesta por el primero, cuando dicha situación fuera el resultado de una providencia adoptada en audiencia y en presencia de las partes e intervinientes, pues así se garantizaría no solo la oralidad propia del sistema acusatorio, sino también la posibilidad de que aquellos expusieran su criterio frente al tema.

De ahí que no es este Tribunal la autoridad competente para pronunciarse, en este momento, en relación con la definición de competencia propuesta por el Juez Promiscuo Municipal de Vegachí,

Decisión de plano – definición de competencia

Procesado: Juan Pablo Muñoz Castrillón

Delito: Concierto para delinquir agravado y otro

Radicado: 05-887-60-00000-2023-00009

(N.I. TSA 2023-2119-5)

pues en estricto sentido, no se presentó entre las partes y el Juez una controversia en relación con la posible falta de competencia de este, por lo que debió el funcionario remitir las diligencias ante la autoridad judicial que estima competente para conocer el asunto.

Siendo así, esta Sala se abstendrá de resolver la definición de competencia planteada y ordenará remitir el expediente al **JUZGADO PROMISCOU MUNICIPAL DE VEGACHÍ – ANTIOQUIA** para que, de acuerdo con lo antes expuesto, adelante el trámite correspondiente.

Importa llamar la atención a las autoridades involucradas por la demora en el trámite del asunto, por lo tanto, deberá dársele especial prioridad a su resolución.

Por lo anterior, 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: ABSTENERSE DE DECIDIR la definición de competencia propuesta por el Juez Promiscuo Municipal de Vegachí – Antioquia.

SEGUNDO: REMITIR el expediente al Juzgado Promiscuo Municipal de Vegachí – Antioquia para que le imparta el trámite correspondiente al asunto de manera prioritaria.

TERCERO: INFORMAR de esta decisión a los sujetos procesales.

Contra esta decisión no proceden recursos.

Decisión de plano – definición de competencia

Procesado: Juan Pablo Muñoz Castrillón
Delito: Concierto para delinquir agravado y otro
Radicado: 05-887-60-00000-2023-00009
(N.I. TSA 2023-2119-5)

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: **9d30632aaff44c6f4dd09f380fa4008458cab4703945bccf7f98f91f94e7a7d5**

Documento generado en 16/11/2023 09:29:10 AM

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

Acción de Revisión

Sentenciado: León Darío Úsuga Manco

Delitos: Concierto para delinquir y otro

Radicado: 05000-22-04-000-2023-00669

(N.I. TSA 2023-2103-5)



TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA

SALA PENAL

Medellín, catorce (14) de noviembre de dos mil veintitrés

Magistrado Ponente

RENÉ MOLINA CÁRDENAS

Aprobado en Acta N° 116

Proceso	Acción de revisión
Sentenciado	León Darío Úsuga Manco
Delito	Concierto para delinquir y otro
Radicado	05000-22-04-000-2023-00669 (N.I. TSA 2023-2103-5)
Decisión	Inadmite

ASUNTO

La Sala se pronuncia en relación con la admisión de la acción de revisión promovida por el sentenciado León Darío Úsuga Manco.¹

¹ Consultado el sistema de gestión, se evidenció que fue condenado por el Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Antioquia.

CONTENIDO DE LA DEMANDA

De la exposición que hace el sentenciado en su escrito se extrae que considera vulnerados sus derechos fundamentales debido a una falta de defensa técnica en su proceso. Solicita una rebaja sustancial o la nulidad del proceso.

CONSIDERACIONES

Es competente la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Antioquia de conformidad con lo previsto en el numeral 3 del artículo 34 de la Ley 906 de 2004.

Es necesario indicar que la acción de revisión es un mecanismo de carácter excepcional que busca enmendar errores importantes de injusticia, contenidos en una sentencia debidamente ejecutoriada, al punto de hacer prevalecer el concepto de justicia material sobre el principio de la cosa juzgada, siempre que se demuestre alguna de las causales taxativas previstas en la ley.

Frente a esta clase de asuntos, la Corte Suprema de Justicia ha indicado que la acción de revisión es *"un instrumento de garantía que otorga el derecho a quien considere fundadamente que el fallo o la decisión definitiva que se haya emitido merece ser revisada para que, una vez ceda el principio de la cosa juzgada, pueda la misma jurisdicción ordinaria corregir el error que se pudo haber cometido, por cualquiera de las causas señaladas taxativamente en la ley"*.

En cuanto a la legitimación para presentar la acción de revisión, el artículo 193 de la Ley 906 de 2004 establece:

*“Legitimación. La acción de revisión podrá ser promovida por el fiscal, el Ministerio Público, el defensor y demás intervinientes, siempre que ostenten interés jurídico y hayan sido legalmente reconocidos dentro de la actuación materia de revisión. **Estos últimos podrán hacerlo directamente si fueren abogados en ejercicio. En los demás casos se requerirá poder especial para el efecto”.***

Entonces, es claro que la acción de revisión debe ser promovida por medio de un abogado, quien debe presentar una demanda especial que cumpla con los requisitos establecidos en el artículo 194 del Estatuto Procesal. Al respecto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, informó:

*“En este orden de ideas, si bien no se discute que el sentenciado tiene legitimidad para invocar la acción de revisión, **es imperativo que acuda mediante abogado titulado que tenga poder especial para ello**, quien deberá formular una demanda ajustada a los requisitos legalmente establecidos para su admisión, dado que, se trata de un proceso distinto al que culminó en las instancias.*

En este asunto no se cumple con la exigencia establecida en el artículo 193 C.P.P, esto es, la legitimidad para presentar la acción de revisión, por ser el propio condenado el que presenta esta acción y no un abogado como lo dispone la norma.

Aunque para la decisión que se perfila es suficiente con lo expuesto hasta el momento, importa destacar que en este caso tampoco se cumplen con otros de los requisitos contemplados en la citada disposición legal, la cual dispone:

“Artículo 194. INSTAURACIÓN. La acción de revisión se promoverá por medio de escrito dirigido al funcionario competente y deberá contener:

1. La determinación de la actuación procesal cuya revisión se demanda

con la identificación del despacho que produjo el fallo.

2. El delito o delitos que motivaron la actuación procesal y la decisión.

3. La causal que se invoca y los fundamentos de hecho y de derecho en que se apoya la solicitud.

4. La relación de las evidencias que fundamentan la petición.

Se acompañará copia o fotocopia de la decisión de única, primera y segunda instancias y constancias de su ejecutoria, según el caso, proferidas en la actuación cuya revisión se demanda".

La lectura del escrito presentado por León Darío Úsuga Manco permite evidenciar un desconocimiento de las causales de procedencia de la acción de revisión, sin concretar a cuál de ellas acudía para sustentar su solicitud.

Además, tampoco presentó la constancia de ejecutoria del fallo de condena, providencia que omitió identificar con precisión. A propósito, la Sala de Casación Penal en auto AP1027-2020 del 27 de mayo de 2020, radicado 52199, afirmó que el aporte de la constancia de la ejecutoria de la sentencia que se pretende rebatir constituye una exigencia legal inexcusable para promover la acción de revisión, toda vez que se hace necesario que exista certidumbre de su firmeza, es decir, que ha hecho tránsito a cosa juzgada.

Así las cosas, las omisiones mencionadas son suficientes para inadmitir la demanda de revisión propuesta.

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

RESUELVE

Acción de Revisión

Sentenciado: León Darío Úsuga Manco

Delitos: Concierto para delinquir y otro

Radicado: 05000-22-04-000-2023-00669

(N.I. TSA 2023-2103-5)

PRIMERO: INADMITIR la demanda de revisión presentada por León Darío Úsuga Manco.

Contra la presente decisión procede el recurso de reposición.

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: **44223f5de363cb97608bd362532eef8794a14d46f73d38a2ccaa9d6dd6aba444**

Documento generado en 16/11/2023 09:19:41 AM

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

Tutela segunda instancia

Accionante: Edgar Emilio Gómez Patiño

Accionado: Sura EPS y Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones

Radicado: 05 615 31 04 001 2023 00103
N.I TSA 2023-1933-5



TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA

SALA PENAL

Medellín, catorce (14) de noviembre de dos mil veintitrés

Magistrado Ponente

RENÉ MOLINA CÁRDENAS

Aprobado en Acta N° 116

Proceso	Tutela
Instancia	Segunda
Accionado	Colpensiones
Radicado	05 615 31 04 001 2023 00103 N.I TSA 2023-1933-5
Decisión	Revoca por carencia actual de objeto por hecho superado

ASUNTO

La Sala decide la impugnación presentada por Colpensiones en contra de la decisión proferida el 29 de septiembre de 2023 por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Rionegro Antioquia que concedió la protección de amparo solicitado.

Tutela segunda instancia

Accionante: Edgar Emilio Gómez Patiño

Accionado: Sura EPS y Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones

Radicado: 05 615 31 04 001 2023 00103

N.I TSA 2023-1933-5

FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN Y DECISIÓN IMPUGNADA

1. Expone el accionante que se encuentra afiliado al Sistema de Seguridad Social en Salud a Sura EPS y en Pensiones a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones. A la fecha le adeudan incapacidades del cuatro (4) de febrero de dos mil veintitrés (2023) al veintiocho (28) de marzo de dos mil veintitrés (2023), esto es: 0-34812117, 0-35232234, 0-35363635, 0-35688170, 0-35794115, 0-35966533, 0-36043098 y 0-36239825.

Resaltó que actualmente no está laborando, siendo necesario el pago de las incapacidades para satisfacer sus necesidades básicas. Solicita que se ordene el pago de las incapacidades mencionadas.

2. El Juzgado de primera instancia concedió el amparo. Ordenó a Colpensiones realizar el pago de las incapacidades solicitadas por el accionante.

DE LA IMPUGNACIÓN

El fallo proferido en primera instancia fue impugnado por Colpensiones. Adujo lo siguiente:

Tutela segunda instancia

Accionante: Edgar Emilio Gómez Patiño

Accionado: Sura EPS y Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones

Radicado: 05 615 31 04 001 2023 00103
N.I TSA 2023-1933-5

La tutela es improcedente, es un mecanismo residual que no puede ser elegido al arbitrio por los ciudadanos. Solo debe ser procedente cuando no exista otro mecanismo de defensa judicial, y excepcionalmente a pesar de existir, cuando sea utilizada para evitar un perjuicio irremediable.

Solicita se revoque la orden.

La Sala estableció comunicación con la parte accionante quien informó haber recibido el pago de las incapacidades solicitadas.¹

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia

Por ser la Sala superior funcional del juzgado de primera instancia, la reviste de competencia para decidir la impugnación presentada.

2. Problema jurídico planteado

La Sala determinará en esta oportunidad si se ha configurado un hecho superado en relación con la pretensión de amparo constitucional.

3. Solución del problema jurídico.

¹ “Constancia Auxiliar Judicial tutela 2023-1933-5”

Tutela segunda instancia

Accionante: Edgar Emilio Gómez Patiño

Accionado: Sura EPS y Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones

Radicado: 05 615 31 04 001 2023 00103

N.I TSA 2023-1933-5

La presente acción tenía por objeto que Colpensiones pagara las incapacidades adeudadas a Edgar Emilio Gómez Patiño.

Sin embargo, según información allegada por la parte accionante, ya se resolvió el amparo solicitado.

Durante el trámite constitucional Colpensiones realizó el pago de las incapacidades adeudadas al afectado. La Sala estableció comunicación con la parte accionante quien informó haber recibido el pago de las incapacidades solicitadas.

Colpensiones cumplió con la orden emitida en primera instancia. De esta manera, es claro que se ha configurado un hecho superado por carencia actual de objeto respecto de la pretensión constitucional.²

Siendo así, se REVOCARÁ el fallo impugnado por carencia actual del objeto por hecho superado.

² “La Corte Constitucional, en reiterada jurisprudencia, ha indicado que la carencia actual de objeto se configura cuando frente a las pretensiones esbozadas en la acción de tutela, cualquier orden emitida por el juez no tendría algún efecto o simplemente “caería en el vacío.(...)Este escenario se presenta cuando entre el momento de interposición de la acción de tutela y el fallo, se evidencia que como consecuencia del obrar de la accionada, se superó o cesó la vulneración de derechos fundamentales alegada por el accionante. Dicha superación se configura cuando se realizó la conducta pedida (acción u abstención) y, por tanto, terminó la afectación, resultando inocua cualquier intervención del juez constitucional en aras de proteger derecho fundamental alguno, pues ya la accionada los ha garantizado”. Corte Constitucional, sentencia T-038, del 1º de febrero de 2019.

Tutela segunda instancia

Accionante: Edgar Emilio Gómez Patiño

Accionado: Sura EPS y Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones

Radicado: 05 615 31 04 001 2023 00103

N.I TSA 2023-1933-5

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR el fallo de primera instancia proferido por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Rionegro Antioquia según lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: Una vez enteradas las partes de esta decisión, se remitirá el expediente a la Corte Constitucional, para la eventual revisión de la sentencia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

RENÉ MOLINA CÁRDENAS

Magistrado

GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME

Magistrado

Tutela segunda instancia

Accionante: Edgar Emilio Gómez Patiño
Accionado: Sura EPS y Administradora Colombiana de
Pensiones – Colpensiones
Radicado: 05 615 31 04 001 2023 00103
N.I TSA 2023-1933-5

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: **a592f1a0284fadedfb1346e7f58d2fe944cdc23cc64a7623c89d4b9c9adfe5037**

Documento generado en 16/11/2023 09:19:33 AM

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

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

Radicado: 0561560002942021 00067 **NI:** 2023-2156
Acusados: UBER RAUL DUARTE HERNANDEZ
Origen: Juzgado Tercero Penal del Circuito de Rionegro
Delito: Receptación y falsedad
Asunto: Definición de competencias
Aprobado por medios virtuales mediante acta No.189 de noviembre 16 del 2023

Magistrado Ponente: Dr. **Gustavo Adolfo Pinzón Jácome.** -

Medellín, noviembre dieciséis del dos mil veintitrés

1. Objeto del pronunciamiento

Resolver sobre la falta de competencia para conocer de esta actuación, visto que la Fiscalía considera que la misma debe adelantarse ante el Juzgado Penal del Circuito de Marinilla, lo que no es aceptado por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Rionegro donde se radicó la acusación.

2. Actuación procesal relevante

El día 25 de julio del año en curso al momento de instalarse la audiencia de acusación ante el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Rionegro, la Fiscalía planteo un conflicto de competencia con base en las siguientes consideraciones: (i) El señor Uber Raúl Duarte tiene residencia en el sector de La Variante del Municipio de San Carlos, y allí fue que se realizó allanamiento y orden de captura en su contra. (ii) En Rionegro se encontraron dos de los vehículos involucrados en el ilícito, a manos de terceras personas, en tanto esos vehículos

fueron entregados por Uber para que fueran explotados en plataformas, pero, del lugar de ubicación y arraigo se infiere que, los hechos de receptación se originaron en su casa, ubicada en San Carlos, Antioquia y es en razón a ello que la unidad fiscalía EDA que investigó los hechos remite a la fiscal de Marinilla, por tratarse de hechos ocurridos de San Carlos, municipalidad integrada al circuito de Marinilla. Es por esta razón que, es la fiscal de Marinilla la que presenta escrito de acusación en contra de los procesados en los Juzgados de Rionegro. (iii) Conforme los hechos, la acusación debió presentarse en el municipio de Marinilla por ser el lugar de residencia de Uber Raúl Duarte y el lugar donde receptaban los vehículos, por lo que, es el Juez Penal del Circuito de Marinilla el que tiene la competencia para dar trámite a esta causa.

Ante tal petición el Juez Tercero Penal del Circuito de consideró que, conforme el inciso segundo del artículo 43 del C.P.P. *“Cuando no fuere posible determinar el lugar de ocurrencia del hecho, este se hubiere realizado en varios lugares, en uno incierto o en el extranjero, la competencia del juez de conocimiento se fija por el lugar donde se formule acusación por parte de la Fiscalía General de la Nación, lo cual hará donde se encuentren los elementos fundamentales de la acusación”*, para el caso concreto y conforme los hechos jurídicamente relevantes plasmados en el escrito de acusación, se trata de una conducta que ocurrió en varios municipios y si alguno de esos hechos ocurrió en Rionegro, se tendría la competencia por factor territorial, así mismo por la naturaleza del delito y porque no se advierte que ninguno de los imputados sea aforado. Bajo estas consideraciones se desestimó la impugnación de competencia y ordenó remitir al Juzgado Penal del Circuito de Marinilla para que resolviera sobre el particular.

Al arribar la actuación a dicha dependencia judicial el pasado 1 de septiembre se consideró que conforme lo planteado por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en auto AP2807-2020, radicado 58.028 del 21 de octubre de 2020, como ya se había plantado un conflicto de competencia en audiencia visto que el juzgado de Rionegro no aceptó los planteamientos de la Fiscalía la situación debía ser dirimida por el superior esto es la Sala

Penal del Tribunal Superior de Antioquia, devolviendo la actuación al Juzgado Tercero Penal del Circuito de Rionegro, donde el pasado 7 de noviembre dispuso la remisión de la actuación al Tribunal Superior de Antioquia.

3. Para resolver se considera

Procederá la Sala a ocuparse de la presente definición de competencias.

Lo primero que debe resaltarse es que, como en efecto aquí se planteó una discusión sobre competencia en audiencia, el Juez que presidía la misma no aceptó los planteamientos de la Fiscalía lo acertado era remitir inmediatamente la actuación al superior para que resolviera el conflicto tal y como lo señaló la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en auto AP2807-2020, radicado 58.028 del 21 de octubre de 2020, en consecuencia, procedernos con la controversia planteada.

Indiscutiblemente el juez competente para conocer de un juicio lo será el del lugar de ocurrencia de los hechos conforme lo dispone el artículo 43 de la Ley 906 del 2004, en ese orden de ideas incuestionable es que en la acusación debe precisarse sin dubitación alguna el lugar de ocurrencia de los hechos a fin de poder fijar la competencia territorial. Ahora si el hecho se presenta en diversos lugares, será a elección de la Fiscalía General de la Nación donde se radicará la acusación.

En el presente asunto la Fiscalía tal y como se desprende de la relación de los hechos jurídicamente relevantes indicó que en la residencia del señor Uber Raúl Duarte tiene en el sector de La Variante del Municipio de San Carlos, se efectuó un allanamiento y se le dio captura por el delito de receptación, visto que en el municipio Rionegro se encontraron dos de los vehículos involucrados en el ilícito, a manos de terceras personas, y lo mismo ocurrió

con otro retenido en el municipio de Guarne en tanto esos vehículos fueron entregados por el señor Uber a terceras personas para que fueran utilizados en el transporte de pasajeros bajo plataformas de movilidad pero estando bajo el control del antes mencionado desde su residencia ubicada en el municipio de San Carlos, con lo evidente es que aunque efectivamente materialmente los automotores fueron incautados en un momento en las ciudades de Rionegro y Guarne cuando se encontraban trabajando para plataformas de transporte virtual, lo cierto es que los delitos de receptación y falsedad se consumaron en el municipio de San Carlos, pues allí fue donde el acusado vinculó dichas plataformas y desde allí es que mantenía el control de los mismos cuando se desplazaban por varios municipios del oriente antioqueño.

En ese orden de ideas, la competencia para conocer de la presente actuación recae en el Juez Penal del Circuito de Marinilla, pues dicho circuito judicial tiene competencia sobre el municipio de San Carlos y allí se consumaron las conductas materia de juzgamiento deberá entonces allí adelantarse la presente actuación, observando eso sí con preocupación cómo fue la misma fiscalía en su falta de atención que generó esta situación de conflicto que valga la pena resaltar por la falta de atención del Juzgado Tercero Penal del Circuito de Rionegro aunque se planteó desde el pasado mes de septiembre solo vino a remitirse a este Tribunal para el pasado 10 de noviembre del año en curso, prorrogándose indebidamente el término de esta actuación donde la acusación se presentó desde marzo del año en curso.

Infórmese al respecto al Juzgado Tercero Penal del Circuito de Rionegro.

Proyecto discutido y aprobado por medios virtuales.

Por 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 de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: Fijar la competencia para conocer de la presente actuación en el Juzgado Penal del Circuito de Marinilla.

SEGUNDO: Informar de esta determinación a los sujetos procesales y al Juzgado Tercero Penal del Circuito de Rionegro.

TERCERO: Regrese sin dilación alguna la actuación al Juzgado Penal del Circuito de Marinilla.

CUARTO: Contra lo aquí resuelto no procede recurso alguno

COMUNIQUESE Y CÚMPLASE

Gustavo Adolfo Pinzón Jácome
Magistrado Ponente

Edilberto Antonio Arenas Correa
Magistrado

Nancy Ávila de Miranda
Magistrada

Alexis Tobón Naranjo
Secretario

Firmado Por:

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

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

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

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

Código de verificación: **ef319c8d40af2e88448ab21e2d14a9251285b5e00d9dee9562c9d3a8828dda0e**

Documento generado en 16/11/2023 03:05:30 PM

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

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE ANTIOQUIA
SALA DE DECISIÓN PENAL

Proceso No.052096000000202300003 **NI: 2023-2095**
Procesada: EIDA LUCIA CARTAGENA MONSALVE
Delito: Homicidio y porte de armas
Motivo: Apelación de auto niega prueba sobreviniente
Decisión: Modifica
Aprobado acta No: 180 de noviembre 16 del 2023 Sala No: 6

Magistrado Ponente: **Gustavo Adolfo Pinzón Jácome.** -

Medellín, noviembre dieciséis de dos mil veintitrés

I. OBJETO DE LA DECISIÓN. -

Resolver el recurso de apelación interpuesto contra el auto emitido por el Juez Promiscuo del Circuito de Urrao que negó petición de prueba sobreviniente que eleva la Fiscalía en desarrollo de la audiencia preparatoria.

II. ANTECEDENTES PROCESALES RELEVANTES. -

En desarrollo de la audiencia preparatoria la Fiscalía informó que después de la acusación, tuvo conocimiento de la existencia de varios elementos de prueba que resultaban de especial interés para el esclarecimiento de los hechos, razón por la cual previo descubrimiento a la defensa reclama se decreten teniendo en cuenta que conforme las reglas que rigen para la prueba sobreviniente resultan posibles ordenar su práctica así solo hubiere sido posible ahora su descubrimiento. En concreto se refirió al testimonio de ROSA

ANGELICA GARCIA ORTIZ, de quien dio hacia parte del grupo delincuenciales tuvo conocimiento de la participación de la acusada en el homicidio investigado y la relación de esta con la víctima, a quien se le tomó entrevista el pasado 30 de mayo del año en curso después de su captura, y como quiera que ese elemento solo se conoce después de la acusación, pues se practicó dentro de una investigación en la ciudad de Medellín, es que ahora se presenta y se solicita se decrete su testimonio. Igualmente indica que dentro de otra investigación que se adelanta en una Fiscalía Especializada se tuvo conocimiento de unas interceptaciones telefónicas que obran en el informe de Investigadora HILDA CARO ZAPATA, analista de comunicaciones criminales, toda vez que, para el momento de hacer el descubrimiento probatorio y la acusación, se desconocía las labores que hizo dicha investigadora, para que ingresen las interceptaciones que consigna en un informe de campo del 14 de julio del 2022 línea 3146059185 teléfono de la señora EIDA LUCIA en la que se realizaban comunicaciones con la organización al margen de la ley. Indica que si bien es cierto la Fiscalía es solo una, cada despacho trabaja de forma autónoma y solo hasta ahora se pudieron conocer los resultados de tal actuación.

A tal pretensión se opone el señor defensor indicando que no se cumplen con los requisitos de la prueba sobreviniente que solo procede en la etapa del juicio y no en la acusación, y conforme a precisos y claros requisitos que la ley establece para este decreto excepcional de prueba.

III. PROVIDENCIA IMPUGNADA. -

El Juez de instancia, procedió a referirse a los requisitos para que la prueba sobreviniente proceda, señalando que en el presente caso no se cumple con las exigencias legales para su decreto, pues en primer lugar no se está en la etapa de juicio, y aquí se está frente a elementos materiales de prueba que no fueron descubiertos oportunamente.

IV. RECURSO DE APELACIÓN. -

La Fiscalía interpone el recurso de reposición y en subsidio el de apelación y señala que se encuentra en el escenario procesal idóneo para decretar esa prueba sobreviniente, considera que se dan todos los elementos propios para la solicitud y decreto de la misma, que en primer porque los mismos solo se vinieron a conocer después de la acusación, de otra parte no hay lugar a esperar al momento del juico para su solicitud, pues una vez conocidos por el Ente Instructor se descubren y como aún no se había efectuado la audiencia preparatoria, es que ahora se adiciona esta petición probatoria no incluida en el escrito de acusación, para que se decrete de manera sobreviniente visto que el momento del descubrimiento inicial ya venció. De otra parte, en otros casos similares el despacho si decreto como prueba sobreviniente, elementos de prueba que se recogieron después de la acusación.

Por su parte la defensa reclama la confirmación de la providencia impugnada, indica que no se cumplen con los requisitos para la prueba sobreviniente. El despacho negó la reposición, indicó que este no era le escenario de la prueba sobreviniente de otra parte no es un caso igual a otros resueltos por el despacho pues aquí si hay opción de la defensa, por lo mismo niega reponer y concede la apelación.

V. CONSIDERACIONES DE LA SALA. -

El asunto que concita el interés de la Sala es establecer si se reúnen los requisitos de ley para decretar la prueba sobreviniente que está reclamando la Fiscalía.

En lo que respecta a la prueba sobreviniente, el artículo 346 de la ley 906 de 2004, atribuye al juez de conocimiento la facultad de refutar aquellos elementos probatorios y evidencia física de los cuales concluya, no han observado el trámite de descubrimiento probatorio conforme al artículo 344 y 356 ibidem. Empero lo expuesto como regla general, se erige una excepción en caso de establecerse la omisión de los elementos aludidos *“por causas no imputables a la parte afectada”*, en efecto el aludido artículo 344 dispone:

“Sin embargo, si durante el juicio alguna de las partes encuentra un elemento material probatorio y evidencia física muy significativos que debería ser descubierto, lo pondrá en conocimiento del juez quien, oídas las partes y considerado el perjuicio que podría producirse al derecho de defensa y la integridad del juicio, decidirá si es excepcionalmente admisible o si debe excluirse esa prueba”.

Al respecto, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia ha interpretado el alcance que deviene de la norma en cita, en los siguientes términos:

“Existe, sin embargo, la posibilidad de que ya en el juicio oral alguna de las partes intervinientes solicite la práctica de una prueba, la cual podrá ser decretada por el Juez, si se reúnen las condiciones exigidas en el inciso final del artículo 344 del Código de Procedimiento Penal. Es decir, que ese medio de prueba solicitado se hubiere encontrado durante el desarrollo del juicio, que sea muy significativo por su incidencia en el juzgamiento y que, por ende, deba ser descubierto”.

“Un caso de esta naturaleza podría presentarse cuando de una prueba practicada en el juicio surja la necesidad de practicar otra; o cuando en desarrollo del juzgamiento alguna de las partes ‘encuentre’ o se entere sobre la existencia de un medio de conocimiento que antes ignoraba, por alguna razón lógica y atendible”.

“No clasifican dentro de este rango de pruebas excepcionales (encontradas o derivadas), aquellas que, conociéndose con antelación, o siendo evidentes y obvias, no se hubiesen enunciado ni descubierto en las oportunidades legales para ello, por causas atribuibles a la parte interesada en la prueba; entre ellas, incuria, negligencia o mala fe”¹.

En ese orden de ideas, para determinar si es meritorio otorgar el carácter de sobreviniente

a un medio probatorio, preliminarmente es necesario determinar si la inoportunidad en su descubrimiento obedece a causas atribuibles a la parte interesada, bien sea por incuria, negligencia o mala fe. De lo contrario, es decir, sin que concurra alguna causa atribuible a quien solicita la práctica de la prueba aludida, su admisión resulta posible.

Ha indicado también el Alto Tribunal, que:

“aunque el inciso final del artículo 344 alude a elemento material probatorio y evidencia física, tal enunciación no se refiere exclusivamente a los medios de convicción puntualizados en el artículo 275 de la misma Ley 906 de 2004, sino a todo aquel que tenga la potencialidad de convertirse en prueba una vez sea practicada en el juicio oral (tal el caso de los testigos cuya declaración se solicita), según los términos del artículo 377 ibidem, como lo entiende la misma disposición primeramente citada cuando en su parte final utiliza la expresión “prueba” para reiterar la excepcionalidad de su admisión en el evento de concurrir los presupuestos allí regulados.”²

En el presente caso, la Fiscalía apuntala su pedimento en señalar que después de la acusación, conoció nuevos elementos de prueba que ahora descubre y pide se decrete como prueba, lo que hace en el primer escenario al que comparece una vez los descubre esto es la audiencia preparatoria, y en concreto se refiere a una declaración recibida a ROSA ANGELICA GARCIA, a quien se le tomó entrevista el pasado 30 de mayo del año en curso después de su captura, y a unas interceptaciones telefónicas que obran en el informe de Investigadora HILDA CARO ZAPATA, analista de comunicaciones criminales del 14 de julio del 2022 línea 3146059185 teléfono de la señora EIDA LUICIA.

¹ sentencia del 30 de marzo de 2006. Rad. 24468.

² sentencia radicada 30645, de 4 de marzo de 2009. MP María del Rosario González de Lemos.

En el presenta caso la audiencia de acusación se verificó el pasado 30 de mayo del año en curso por lo tanto el pretender ahora que se admita que es sobreviniente una informe de interceptación telefónica que se efectuó el 14 de Julio del año 2022 no resulta admisible pues se trata de una información obtenida por la Fiscalía meses atrás, es cierto que la misma como lo menciona el Fiscal de esta causa se rindió dentro de otra investigación que adelanta una Fiscalía Especializada y que cada Fiscal trabaja de manera autónoma, sin embargo la Fiscalía General de la Nación es solo una y en su poder estaba meses atrás dicha información, por lo que no resulta admisible decir que no había podido por una justa causa conocer antes de la acusación en esta causa de la existencia de tales elementos. Ahora en cuanto a la declaración de la señora ROSA ANGELICA GARCIA, a esta se le recibe entrevista según informa la Fiscalía una vez es capturada en otra investigación el mismo día de la acusación , por lo que plausible es concluir que imposible le resultaba al Fiscal aquí delegado enterase de una actuación que simultáneamente se hacía con la acusación, por lo que si existe una causa justa para que no se hubiere informado de su existencia al momento de la audiencia de acusación, y como la Fiscalía no cesa en su labor de investigación por el hecho de que se presente el escrito de acusación admisible es entonces que una vez lo conozca como lo hizo en este caso lo enuncie en el siguiente escenario procesal por lo que sí es posible su decreto en la audiencia preparatoria.

Ahora que en efecto aún no se esté en el juicio, no encuentra la Sala motivo para diferir sobre si se resuelve hasta dicha instancia procesal la petición que hace la Fiscalía de una admisión de una prueba no incluida en la acusación, y que motivo como de prueba sobreviniente en su intervención en la audiencia preparatoria, pues precisamente su descubrimiento fue después de la acusación, siendo posible entonces entrar a analizar como aquí sea hace si ese descubrimiento tardío se justifica o no y por lo mismo si es procedente o no el decreto de prueba reclamado.

En ese orden de ideas la providencia materia de impugnación se modificará en el sentido de incluir como prueba de la Fiscalía a practicar en el juicio la declaración de la señora ROSA ANGELICA GARCIA.

Providencia discutida y aprobada por medos virtuales.

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

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR la providencia materia de impugnación en el sentido y que se tendrá igualmente como prueba de la Fiscalía en el juicio el testimonio de la señora ROSA ANGELICA GARCIA ORTIZ. En todo lo demás rige la providencia de primera instancia.

SEGUNDO: Contra esta providencia no procede recurso alguno.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Gustavo Adolfo Pinzón Jácome
Magistrado

Edilberto Antonio Arenas Correa
Magistrado

Nancy Ávila de Miranda
Magistrada

⁴ STP17113 del 22 de noviembre del 2022.

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: **2b5dc203702c08343362e84ce49f40b52babbf6becae2724c6f0798b3062275f**

Documento generado en 16/11/2023 03:05:24 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
Distrito Judicial de Medellín
Sala Penal

Magistrada ponente: **María Stella Jara Gutiérrez**

Radicación:	05615600000020210005101 (2022-1630-3)
Procedente:	Juzgado 3º Penal del Circuito de Rionegro, Antioquia
Procesado:	JHONATAN ARLEY TABARES OROZCO
Delitos:	Porte de estupefacientes
Motivo:	Apelación sentencia condenatoria
Aprobado:	Acta N° del 372 de octubre 27 de 2023
Decisión:	Confirma

Medellín, Antioquia, veintisiete (27) de octubre de dos mil veintitrés (2023)

Asunto

El propósito de esta providencia es decidir el recurso de apelación interpuesto por el abogado defensor contra la sentencia proferida el 28 de septiembre de 2022, por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Rionegro, Antioquia, por cuyo medio condenó a JHONATAN ARLEY TABARES OROZCO como autor responsable del punible de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes.

1. Hechos

Ocurrieron el 20 de agosto de dos mil veintiuno 2021, a las 9:10 a.m. en el marco de un allanamiento ordenado en un proceso adelantado por el delito de homicidio, pues, según una fuente humana en la finca 124 de la Vereda Las Brisas de Marinilla, Antioquia, y en la habitación 206 del hotel Manantial ubicado cerca a la galería de Rionegro, Antioquia, entre otras cosas, se almacenaba estupefacientes para ser distribuidos, entre ellos por JHONATAN ARLEY TABARES OROZCO.

En efecto, como resultado del allanamiento realizado en la habitación 206 del hotel Manantial, ubicado en la calle 55 No. 45-44 de Rionegro, Antioquia, alquilada por el señor JHONATAN ARLEY TABARES OROZCO, los integrantes del Cuerpo Técnico de Investigación, en adelante CTI, hallaron debajo de la almohada una bolsa plástica negra y en su interior otras tres bolsas transparentes con bolsas más pequeñas que contenía sustancia pulverulenta y rocas pequeñas, la cual al ser sometida a la Prueba de Identificación Preliminar Homologada dio positivo para cocaína con un peso neto de 190,2 gramos; además, se encontró un cuaderno con anotaciones relacionada con la venta de alcaloides, pues allí se indicaba el valor del gramo de cocaína en polvo y en roca como también de cada cigarrillo de marihuana conocido como bareto.

Igualmente, fue capturado JHONATAN ARLEY TABARES OROZCO, dentro del Hotel Manantial y mientras se dirigía a la habitación 206.

2. Actuación procesal

El 23 de agosto de 2021, ante Juzgado 1° Promiscuo con Funciones de Control de Garantías del municipio de Marinilla, Antioquia, la fiscalía le imputó cargos a JHONATAN ARLEY TABARES OROZCO como autor del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes tipificado en el inciso 3° del artículo 376 del Código Penal, en la modalidad de vender, cargos que no fueron aceptados por el señor TABARES OROZCO.

Después la fiscalía presentó escrito de acusación el 20 de octubre de 2021. Ese escrito fue asignado al Juzgado 3° Penal del Circuito de Rionegro donde se adelantó la audiencia de acusación, el 24 de noviembre de 2021, en ella le atribuyó cargos al señor JHONATAN ARLEY TABARES OROZCO en los mismos términos de la imputación. La audiencia preparatoria tuvo lugar el 13 de enero de 2022.

La audiencia de juicio oral se instaló el 13 de enero de 2022 y culminó el 28 de septiembre de ese mismo año. El Juzgado después de anunciar el sentido de fallo de naturaleza condenatoria ordenó correr el traslado del artículo 447 del Código de Procedimiento Penal.

3. Decisión impugnada

El A quo, luego de considerar reunidos los requisitos que para condenar exige el artículo 381 del Código de Procedimiento Penal, emitió sentencia de esa naturaleza en contra de JHONATAN ARLEY TABARES OROZCO en calidad de autor del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes tipificado en el inciso 3º del artículo 376 del Código Penal, en la modalidad de conservar para vender.

Señaló que por estipulación probatoria las partes ingresaron como probado al juicio oral: a) la plena identidad del acusado, en los términos que han sido establecidos en el acápite correspondiente b) qué en la habitación 206 del Hotel Manantial se incautó, el 20 de agosto de 2021, una sustancia que arrojó un peso de 192.2 gramos de cocaína y sus derivados.

Como pruebas de cargos analizó las siguientes:

El testimonio de Hernán de Jesús Morales Monsalve, investigador judicial del CTI, quien intervino en la realización del allanamiento en la que fue capturado JONATHAN ARLEY, originada en la información dada, el 12 de agosto de 2021 por una fuente humana indicó que en una finca en Marinilla y en la habitación del hotel Manantial de Rionegro, Antioquia, había una persona con estupefacientes, información relacionada con la organización criminal Los Pamplona. Se hizo verificación de los lugares y la presencia de Jonathan en el hotel, todas la personas señaladas y vinculadas a Los Pamplonas. La fuente indicaba que TABARES OROZCO era un “jíbaro” del sector de la Galería de Rionegro, Antioquia.

Que como investigador realizó labores de instrucción respecto de la organización Los Pamplonas, así estableció su estructura y organigrama. En los reportes, organigramas e informes había algunos integrantes con ese nombre; la fuente lo llevó a la finca y el hotel de Rionegro y efectivamente se encontraron los elementos que fueron incautados.

La declaración de Andrés Mauricio Ruiz Betancur, investigador del CTI dijo conocer a JONATHAN ARLEY TABARES OROZCO porque había sido capturado en inmediaciones de la Galería, en el hotel Manantial. Esa captura se llevó a cabo en una investigación dirigida por el Jefe de la Unidad en la que se expidieron dos órdenes de allanamiento, una en Marinilla y otra en el hotel de la Galería. El primer allanamiento fue el de la Finca en Marinilla y luego en el hotel, ambos en horas de la mañana.

Aseguró, en la habitación 206 del hotel Manantial aledaño a la Galería de Rionegro se incautaron estupefacientes empacados en bolsas plásticas pequeñas, un celular y un cuaderno con anotaciones relativas al expendio de estupefacientes. Dentro de una bolsa negra se hallaron las 170 bolsitas, con estupefacientes dentro el polvo o en piedra; además el cuaderno. En el cuaderno se indicaba el valor de cada dosis de cocaína, roca y bareto. La cocaína se halló en dos presentaciones: en polvo y en roca empacadas en bolsas pequeñas y tenían como distintivo una hoja de marihuana. Con este testigo se incorporó como prueba documental la libreta o cuaderno antes mencionado en donde, en efecto, se leían las anotaciones relacionadas con el valor de cada dosis de cocaína en polvo y en roca y de cada cigarrillo de marihuana o bareto.

El testimonio ofrecido por Diana Marcela Galeano quien laboró en el Hotel Manantial, ubicado en el sector de La Galería de Rionegro. El día de la diligencia de allanamiento se encontraba trabajando. Aseguró que ese día JONATHAN ARLEY TABARES OROZCO era huésped del hotel en la habitación 206, cuando llegaron los investigadores no estaba TABARES OROZCO y los investigadores

ingresaron a la habitación y hallaron la bolsa negra debajo de la almohada. Dijo no haber visto el cuaderno.

Relato de Rodolfo Arbeláez Ramírez, quien refirió que en Rionegro vivió desde 2017 hasta septiembre 22 de 2021, en el barrio El Pinar, frente al almacén Éxito. Distinguió a JONATHAN ARLEY TABARES en reuniones de fiestas entre julio y agosto del año anterior. Se reunían en La Galería, en los prostíbulos y de ahí iban a hacer fiestas en casas y fincas de conocidos en Marinilla y en varios apartamentos. La finca de Marinilla estaba ubicada por la parte de atrás de la bomba, se llama Las Mercedes. Mencionó que a Jonathan le decían "Calvin" y se dedicaba a guardar los estupefacientes y dijo lo que más se consumía en esas reuniones era perico.

No sabe cuanta cantidad de droga mantenía Jonathan, pero el consumo era bastante. Consumía mucho perico o derivados de la cocaína. A Jonathan le decían necesito tanto y él le entregaba. Jonathan le entrega la sustancia dosificada en una bolsa, algunas tenían un dibujo verde de una mata de marihuana y de otras marcas. Pagaba entre 40 y 50 mil pesos por 9 o 10 bolsas que consumía.

Asegura que la sustancia incautada a Jonathan era para una fiesta a celebrar el fin de semana. Cuando necesitaba droga lo llamaba y le hacía el pedido y él cuando tenía el estupefaciente lo "desembalaba" entregándole el encargo.

Testimonio de Igmarr Darío Jaramillo Agudelo, Técnico investigador del CTI dijo que conoció a JONATHAN ARLEY TABARES por un procedimiento de allanamiento realizado el 20 de agosto de 2021, en la habitación 206 del hotel Manantial, sector la Galería, de Rionegro. Afirma que llegaron al hotel pasadas las 9:00 am y esperaron a que este ingresara a la habitación para hacer el registro. La administradora dijo que el huésped de la habitación 206 era Jonathan Tabares.

Debajo de la almohada o el colchón encontraron una bolsa con sustancia vegetal, otra bolsa con sustancia pulverulenta, se halló un cuaderno con anotaciones que dan cuenta del tráfico de estupefacientes. Tabares presentaba los ojos morados. Esto es lo que recuerda de esa diligencia. Reconoció la fotografía de la evidencia incautada, el estupefaciente se encontraba debajo de la almohada y el cuaderno en una mesa de noche.

Como resultado del análisis de las anteriores pruebas aseguró el juzgado resultaba claro que, conforme los elementos que configuran el tipo penal de tráfico de estupefacientes, se debe distinguir la conducta de quién tiene sustancia para uso personal, a quien la tiene para destinarla al tráfico, para lo cual la corte ha definido la existencia de un elemento subjetivo especial, esto es la finalidad de tráfico.

Indica, además, JONATHAN ARLEY tenía en su habitación, la 206 del hotel Manantial, ese 20 de agosto 2021, cocaína y otros alucinógenos con fines de venta, en tanto tenía en su poder el cuaderno con anotaciones referidas a sustancia narcótica y valores y la declaración de Rodolfo Arbeláez Ramírez, quien conoce al procesado desde hace algún tiempo porque van a fiestas y le suministra sustancia narcótica cuando se “embalaba”; en las fiestas le vende hasta 10 bolsas por valor de \$40.000 a \$50.000.

Así, concluye, demostrado los elementos de la conducta punible de tráfico fabricación o porte de estupefacientes, tipificado en el inciso tercero del artículo 376 del Código Penal, en razón a la cantidad de la sustancia y en modalidad de vender o distribuir, se debe proferir condena en contra JONATHAN ARLEY TABARES OROZCO; como consecuencia de ello le impone 96 meses de prisión y multa de 124 smlmv.

De otra parte, negó los subrogados penales de la suspensión condicional de la pena y la prisión por expresa prohibición del artículo 68^a del Código Penal.

3. Apelación

La defensa, inconforme con la sentencia de primera instancia, interpone el recurso de apelación para que se revoque y, en su lugar, se absuelva a su representado, tras considerar que la prueba practicada en juicio oral no acredita más allá de toda duda que el acusado conservara con el fin de vender el alcaloide incautado.

Frente al interrogatorio que se le practicó al coordinador de la investigación Hernán de Jesús Morales Monsalve, manifestó que:

En un primer momento refirió que no conoce al señor JONATHAN ARLEY TABARES OROZCO, aunque lo relaciona con Los Pamplonas por información vaga que ofrece la fuente humana (Rodolfo Arbeláez Ramírez) y haber realizado investigación y análisis estructural de Los Pamplonas, no pudo establecer objetivamente su vinculación a esta u otra estructura criminal, amén de no contar con material fílmico, fotográfico u otro EMP-EF, que pueda señalar con verosimilitud la vinculación del señor JONATHAN ARLEY TABARES, a la actividad habitual de venta o tráfico de estupefaciente en la habitación 206 del hotel Manantial de Rionegro, donde se produjo la diligencia de allanamiento, registro y captura. A su vez la administradora del hotel en mención declaró que sólo se había hospedado un día al procesado y no recibió visitas que permitieran vislumbrar la actividad irregular al interior.

Frente al interrogatorio practicado al investigador Andrés Mauricio Ruiz, funcionario que llevó a cabo la diligencia de allanamiento y registro en la habitación 206 del hotel Manantial, indicó: Da cuenta del hallazgo de una sustancia estupefaciente en cantidad relacionada en el acta e informe rendido ante fiscalía, además de la incautación de una libreta de apuntes de la cual no se pudo establecer su pertenencia, de acuerdo a la información y escritura contenida, por carecer de prueba grafológica u otra que pudiera arrojar

conocimiento, además de no ser presentada por la fiscalía en audiencia de juicio oral.

Frente al libro de turismo y la versión rendida por la recepcionista del hotel Manantial, refiere que ella detalló no conocer al señor JONATHAN TABARES y solamente lo había visto un día antes cuando se registró en el hotel. Por lo que se deduce que su estadía fue casual, contrariando la versión de Rodolfo Arbeláez Ramírez y los investigadores del CTI, a quienes la fiscalía y el juez de primera instancia les confirió credibilidad, al considerar que el lugar era destinado al tráfico habitual de estupefacientes, en cabeza del hoy condenado.

Finalmente, frente a la prueba documental presentada en juicio, manifestó que:

De la libreta incautada en diligencia de allanamiento en la habitación 206 del hotel Manantial de Rionegro que contiene anotaciones relativas presuntamente al tráfico de estupefacientes, no amerita plantear discusión alguna, toda vez que la misma no fue presentada en audiencia de juicio y en tal sentido no se pudo realizar esa valoración probatoria que permitiera llevar al juzgador de instancia algún tipo de convencimiento, aparte de restar material probatorio a la fiscalía para demostrar la conservación con el fin de venta de la sustancia estupefaciente incautada.

Por lo anterior, reitera, la revocatoria de la condena impuesta a su prohijado por cuanto no se demostró, más allá de duda razonable la autoría del delito por el que fue acusado.

4. Consideraciones

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

Acorde con los argumentos del disenso propuesto por el recurrente en la alzada, considera la Sala mayoritaria que de los mismos se desprende el siguiente problema jurídico:

¿Si con las pruebas allegadas al proceso se logró demostrar si JHONATAN ARLEY TABARES RODRIGUEZ conservaba el estupefaciente incautado con el propósito de venderla o distribuirla y, por ende, si satisfacía el cumplimiento de los requisitos probatorios exigidos por el artículo 381 C.P.P., para que en contra del acusado se pudiera proferir una sentencia condenatoria por incurrir en la comisión del delito de tráfico de estupefacientes, consagrado en el inciso 3º del artículo 376 C.P. en la modalidad de almacenar con fines de venta?

Del análisis de las razones que motivaron la discrepancia del apelante con lo resuelto y decidido por el Juzgado de primer nivel, se desprende que la misma se encuentran circunscrita a la acreditación de la tipicidad del delito por el cual fue llamado a juicio JHONATAN ARLEY TABARES RODRIGUEZ, o sea el de tráfico de estupefacientes, consagrado en el inciso 3º del artículo 376 Código Penal, en la modalidad de conservar para vender, pues para el juzgado de primera instancia no solo se demostró que a este se le sorprendió en poder de los 190.2 gramos de cocaína sino que esa sustancia alcaloide la tenía para la venta en tanto se allegó prueba fehaciente y confiable que da cuenta de esa actividad por parte del procesado.

Contrario al planteamiento de la primera instancia, la defensa considera que la modalidad de conducta atribuida a su representado no se aportó prueba suficiente que permitan su acreditación en los términos del artículo 381 de Ley 906 de 2004, pues si bien a su representado se le halló el alcaloide incautado, no se probó que el propósito fuera venderlo, motivo por el cual sostiene la atipicidad de la conducta, en consecuencia, dice, debió aplicarse la duda probatoria proclamada como principio en el artículo 7 ibidem.

Lo anterior luego de valorar los testimonios de los investigadores del CTI Hernán de Jesús Morales Monsalve y Andrés Mauricio Ruiz Betancur a quienes no les consta esa actividad de tráfico de drogas por parte de acusado y no aportaron videos o fotografía que confirmaran la venta de estupefacientes. Tampoco aludió a este específico hecho la testigo Diana Marcela Galeano la administradora del Hotel Manantial de Rionegro, quien aseguró que el día del allanamiento en la habitación 206 era ocupada por el procesado a quien no conocía ni sabía si este se dedicaba al tráfico de sustancias alucinógenas. Sobre la libreta asegura no fue presentada en juicio y por esa razón no es prueba del proceso.

Entendida la divergencia en esos términos, resulta de especial importancia denotar que el artículo 372 del Código de Procedimiento Penal prevé que *las pruebas tienen por fin llevar al conocimiento del juez, más allá de duda razonable, los hechos y circunstancias materia del juicio y los de la responsabilidad penal del acusado, como autor o partícipe*. Todo ello bajo el entendido de que los extremos de la acusación podrán ser demostrados por cualquiera de los medios de convicción establecidos en el ordenamiento adjetivo, *o por cualquier otro medio técnico o científico, siempre y cuando no sea violatorio de derechos humanos*¹.

Asimismo, el artículo 381 de la Ley 906 de 2004 consagra que para emitir sentencia condenatoria se deberá erradicar cualquier rastro de duda acerca del delito y la responsabilidad del acusado, efecto para el cual el juez debe fundarse en las pruebas debatidas en el juicio. En su inciso final, esta disposición prevé que la sentencia de condena no podrá cimentarse exclusivamente en pruebas de referencia.

La presunción de inocencia está consagrada en la Ley 906 de 2004 en su artículo 7º, el cual expresa lo siguiente:

¹ Artículo 373 del Código de Procedimiento Penal.

«Presunción de inocencia e in dubio pro reo. Toda persona se presume inocente y debe ser tratada como tal, mientras no quede en firme decisión judicial definitiva sobre su responsabilidad penal».

«En consecuencia, corresponderá al órgano de persecución penal la carga de la prueba acerca de la responsabilidad penal. La duda que se presente se resolverá a favor del procesado».

«En ningún caso podrá invertirse esta carga probatoria».

«Para proferir sentencia condenatoria deberá existir convencimiento de la responsabilidad penal del acusado, más allá de toda duda».

Así, solo es posible acudir a la aplicación del principio in dubio pro reo cuando no se llega al convencimiento racional como consecuencia de la presencia de dudas sobre la materialidad o respecto de la responsabilidad del acusado, a condición de que, en todo caso, las incertidumbres o dudas tengan la entidad y suficiencia para crear perplejidad sobre tales aspectos, las cuales debe surgir de los medios de prueba reales y posibles en cada caso concreto.

Para resolver el problema jurídico propuesto de manera preliminar la Sala tendrá como cierto lo siguiente:

- ✓ Por medio de estipulación probatorio se ingresó como probado al juicio oral que la sustancia incautada, el 20 de agosto de 2021, en la habitación 206 del Hotel Manantial era cocaína y tenía un peso de 192.2 gramos.
- ✓ Con el acta de incautación y el álbum fotográfico incorporados al juicio oral con el investigador del CTI Andrés Mauricio Ruiz Betancur y las declaraciones del antes mencionado y del investigador Hernán de Jesús Morales Monsalve, también el de la señora Diana Marcela Galeano está acreditado que, el 20 de agosto de 2021, fue capturado JONNATHAN ARLEY TABARES RODRÍGUEZ en la habitación 206 del Hotel Manantial de Rionegro, Antioquia, al ser sorprendido portando una sustancia con características propias de estupefaciente, la cual resultó ser cocaína, con un peso neto de 192.2 gramos.

- ✓ La sustancia estupefaciente incautada excede los 100 gramos de cocaína y no es superior a los 2000 gramos.
- ✓ JONNATHAN ARLEY TABARES RODRÍGUEZ fue acusado y la fiscalía solicitó condena en su contra en calidad de autor del delito tráfico, fabricación o porte de estupefacientes descrito y sancionado en el inciso tercero del artículo 376 del Código Penal, en la modalidad de venta o almacenar con fines de venta.

Desde ya expresa la Sala mayoritaria, contrario a lo planteado por el confutador, que se probó más allá de toda duda con prueba regular y oportunamente allegada al proceso el propósito de JHONATAN ARLEY TABARES RODRÍGUEZ de vender los 190.2 gramos de cocaína encontrados en la habitación 206 del Hotel Manantial alquilada por él aquel 20 de agosto de 2021. Veamos:

El testigo Andrés Mauricio Ruiz Betancur, si bien es cierto no vio al procesado traficar sustancias alcaloides, como investigador tuvo conocimiento por una fuente humada de que el procesado estaba involucrado en esa clase de actividades. En desarrollo de la investigación, previa orden de la fiscalía avalada por el juez de garantías se llevó a cabo, el 20 de agosto de 2021, un allanamiento en la habitación 206 del Hotel Manantial de Rionegro, Antioquia, arrendada por JHONATAN ARLEY TABARES RODRÍGUEZ y donde además de los 190.2 gramos de cocaína se encontró un cuaderno con anotaciones relacionadas con la actividad de venta de estupefacientes. Sobre esa evidencia en la sesión de juicio oral de 25 de marzo de 2022 el testigo dijo:

Fiscal. *“¿Usted tuvo la oportunidad de observar el cuaderno que ustedes en ese allanamiento incautaron?”*

Testigo: *“Si, sí, claro, pude ver la libreta yo la incauté”*

Fiscal: *“¿A qué hace alusión esa libreta?”*.

Testigo: *“Es una libreta... si es básicamente una libreta pequeña eeh, con anotaciones, como dije anteriormente, relativa al tráfico de estupefacientes en términos de cantidad y de y de nombre de los elementos.”*

Fiscal: *“¿Por qué hace usted alusión y está usted tan seguro que se trata de un de unas anotaciones con relación al tráfico de estupefacientes?”*

Testigo: *“Básicamente por el vocabulario que se usa en las anotaciones si no mal recuerdo porque sabemos está en cadena de custodia, pero hacía alusión a a baretos, pues que es el término coloquial que se le da a los cigarrillos de marihuana, estaban en cantidades y en precios. Eeh estaba también el vocabulario relativo a la cocaína también en términos de cantidad y precios, básicamente es eso señor juez”*

Fiscal: *“¿Usted realizó otro acto de investigación con relación a ese cuaderno?”*

Testigo: *“Que recuerde, no”.*

Fiscal: *“¿Usted tomó fotografías en ese sitio?”*

Testigo: *“Si, sí, claro eso ese, el cuaderno se fotografió en su portada y en su contenido, en el lugar donde se incautó y se sacaron las respectivas fotocopias para anexar al informe, que no entiendo porque no llegaron al informe”.*

Fiscal: *“¿De tener usted esas fotografías las recordaría?”*

Testigo: *¿Sí, claro que sí.?”*

Fiscal: *¿Qué anotaciones recuerda que le tomó fotografías usted?”*

Testigo: *¿A las hojitas que tenía las anotaciones relativa al tráfico de estupefacientes, señor fiscal.”.*

Fiscal: *“¿De tenerlas presentes usted las reconocería?”*

Testigo: *“sí, son las mismas que se exhibieron, inclusive en la audiencia pasada.”*

Fiscal: *“¿Quién tomó las fotografías?”*

Testigo: *“Yo, yo las tomé”*

A partir del minuto a minuto 25:00 la fiscalía exhibe una fotografía de las evidencias halladas debajo de la almohada de la cama ubicada en la habitación 206 del Hotel Manantial de Rionegro, Antioquia, el día de marras. Se observan tres bolsas plásticas negras y dentro de cada una de ellas otras bolsas del mismo material y más pequeñas con contenido y un cuaderno o bloc de notas con

espiral. Tras la lectura del documento por parte del testigo se dice: BARETOS 4.000 5.000; BLACO COMBATE: 6.000 10.000, ROCAS PEQ: 10.000 15.000, ROCA PR. 15.000 20.000 se ve una raya negra y enseguida 70 BARETOS, 170 R COMBATE X 10, 100 ROCAS PEQ, 70 ROCAS ER.

Sobre las expresiones utilizadas en el cuaderno el testigo refiere que los baretos aluden a cigarrillos de marihuana, blanco a cocaína, la roca es cocaína precisamente en roca. En cuanto a las cifras está relacionadas con el valor con el que se comercializa la sustancia.

De la misma manera declaró el señor Rodolfo Arbeláez, de profesión cerrajero, quien conocía a JHONATAN ARLEY TABARES RODRÍGUEZ. Sobre el antes mencionado comentó que residió en el municipio de Rionegro, Antioquia, desde 2016 hasta el 22 de septiembre de 2022, vivía en el barrio El Pinar frente al Éxito. A JHONATAN ARLEY TABARES RODRÍGUEZ por eso lo distinguió con el alias de "Calvin" en unas fiestas de desorden en las que él participó, eso fue entre julio y agosto de 2021. Esas reuniones iniciaban en los prostíbulos de la Galería y de ahí salían a fiestas para apartamentos o fincas de conocidos de Rionegro para continuar con la juerga.

Al ser indagado sobre las actividades realizadas por el acusado, en el minuto a minuto 1:20:38 de la sesión de juicio oral del 25 de mayo de 2012 contestó lo siguiente:

"Haber en ese momento como yo lo conocí fue en son de rumbas y de cosas eh ahí a lo que se dedicábamos, se dedicaba él era a guardar los estupefacientes" haciendo referencia a perico o cocaína, la sustancia más consumida en esa clase de reuniones. Esa droga él la guardaba en los carros porque no se sabían dónde iban a terminar el festejo y sobre la cantidad aseguró no tener conocimiento solo dijo que era mucha porque el consumo era considerable.

Sobre la clase de sustancia alcaloide consumida en esas fiestas dijo era cocaína o perico suministrado por varias personas, entre ellas JHONATAN ARLEY TABARES RODRÍGUEZ.

Concretamente cuando al testigo se le preguntó si JHONATAN ARLEY le había suministrado estupefacientes contestó: *“En medio de las reuniones todos mantenían, si señor”*

Fiscal *“¿A usted le llegó a entregar JHONATAN en qué momentos estupefacientes?”*

Testigo: *“Cuando estábamos ingeridos de licor él le decía necesito y él le entregaba”*

Fiscalía: *¿En qué calidad se le entregaba ese estupefaciente a usted?*

Testigo *“¿En calidad de qué, de venta de qué”*

Fiscal: *“Si”*

Testigo: *“En la calidad era que eso se reunía un dinero para la fiesta y después ya cuando se terminaba la fiesta tocaba volver a reunirnos. Como el que llevaba el que la contabilidad”*

Fiscal: *“¿Quién le proveía, quien le suministraba a “Calvin” o a JHONATAN para él entregárselos o vendérselo a ustedes?”*

Testigo: *“Ahí no tengo idea de donde llegaba lo cierto es que pues era por el lado de Juan o de otras personas que no sé quiénes son, pero eso llegaba allá a la finca ... a las de Las Mercedes a la que fuéramos a tener la reunión.”*

Fiscal: *“¿Díganos, señor Rodolfo cómo les entregaba JHONATAN el estupefaciente a ustedes?”*

Testigo: *“Eso venía porcionado en una bolsa, una bolsa hermética... algunas tenían una mata y otras venían sin nada... un dibujito verdecito como si fuera una mata de marihuana”.*

Fiscal: *“¿que llevaba la contabilidad...?”*

Testigo: *“De pronto digo es que la persona encargada era él porque era el que menos se enloquecía, entonces a él lo encargaban como de llevar eso, porque era el que no lo botaba, ni lo regalaba y sabía a quien era el que le entregaba.”*

Fiscal: *“Quién, quien es esa persona que no se enloquecía?”*

Testigo: *"JHONATAN, que era como el más juicioso... allá el consumo de licor y sustancias era mucho, entonces la rumba era muy fuerte."*

Testigo: *"la última vez que estuve con él fue un día antes que lo capturaran, que ese día se le entregaron a él unas cosas porque teníamos una rumba al otro día y al otro día fue que a él lo capturaron".*

Fiscal: *"Díganos que sabe usted acerca de la captura de JHONATAN?"*

Testigo: *"Que el día, no recuerdo el día, pero el otro día en la mañana, que qué más que él estaba capturado".*

Fiscal: *¿Por qué lo capturaron?*

Testigo: *"Porque llegaron al hotel donde él estaba y le encontraron unos estupefacientes... allanaron el hotel... no recuerdo, el que hotel queda debajo de la plazoleta de la Galería, no recuerdo el nombre"*

Fiscal: *"¿decía que lo capturaron porque tenía estupefacientes?"*

Testigo: *"Si señor"*

Fiscal: *"Qué sabe usted de esos estupefacientes, de dónde procedían?"*

Testigo: *"Esos estupefacientes se había reunido pa, pa una fiesta que teníamos programada, pero no sé el procedimiento de eso de donde venía...no sabía que cantidad era, pero era bastantica porque debía ser bastantica porque era mucha gente... de una fiesta de fin de semana... ahí más que todo fue perico... era para un cumpleaños" .*

Defensor: *"¿JHOANTAN le llegó a venderle Droga?"*

Testigo, *"Cuando no había fiesta así, era al que acudía, porque a quién más"*

Defensa *¿Pero acudía para que le vendiera droga?*

Testigo: *"De lo que quedaba, si señor... cuando tenía me desembalaba"*

Luego el testigo aclaró que cuando JHONATAN tenía droga de la que le había quedado de la fiesta le vendía, previo contacto telefónico y en un encuentro donde estaba él o él iba hasta donde JHONATAN, finalmente aclaró que le compraba perico o cocaína en una bolsita y cada una de ellas costaba \$10.000,00.

La versión de los anteriores testigos y el documento o cuadernillo exhibido en audiencia ofrecen total claridad sobre la actividad de expendedor de cocaína por parte del procesado, pues los investigadores vieron y leyeron que lo escrito en una de las hojas del cuaderno se refería a sustancias estupefacientes,

cantidades y valor de cada dosis, tal y como fue hallada dentro de la bolsas plásticas durante el allanamiento.

De otra parte, con meridiana claridad Rodolfo Arbeláez comentó su participación en fiestas donde se departía licor y estupefacientes en altas cantidades y que el alcaloide era suministrado, entre otros, por JHONATAN, previo a ello realizaban un fondo común y este era el encargado de adquirir la droga y después llevarla a la fiesta y entregarla a los invitados, porque era el que “menos se enloquecía”. También refirió haberle comprado a JHONATAN cocaína de la que quedaba de las fiestas en dosis empacadas en bolsas por un valor cada una de \$10.000.00

Los anteriores testimonios son creíbles para la Sala mayoritaria, dado que fueron circunstanciados y claros, además, no fueron impugnados en su credibilidad en los términos del artículo 403 de la Ley 906 de 2004. Tampoco fue tachado de falso el cuaderno ingresado al proceso como prueba documental.

Entonces, tal como lo sostuvo el A quo, se probó mas allá de toda duda la responsabilidad del procesado en calidad de autor del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes del que trata el inciso tercero del artículo 376 de la Ley 599 de 2000, en la modalidad de vender, por tanto, la sentencia confutada será confirmada.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior de Antioquia, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad que la ley le ha conferido,

Resuelve:

1º. Confirmar la sentencia proferida el 28 de septiembre de 2022, por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Rionegro, Antioquia, por cuyo medio condenó a JHONATAN ARLEY TABARES OROZCO en calidad de autor del

delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes en la modalidad de conservar para vender y acorde con el inciso tercero del artículo 376 de la Ley 599 de 2000.

2°. Enviar copia de esta decisión al juzgado de instancia.

3°. Advertir que contra esta providencia procede el recurso de casación que podrá interponerse dentro del término legal.

Se notifica en estrados,

NANCY ÁVILA DE MIRANDA
Magistrada presenta salvamento de voto

MARÍA STELLA JARA GUTIÉRREZ
Magistrada ponente

ISABEL ÁLVAREZ FERNÁNDEZ
Magistrada

Firmado Por:

Maria Stella Jara Gutierrez
Magistrada
Sala Penal
Tribunal Superior De Antioquia

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

Firma Con Salvamento De Voto

**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: **aa79e18dfdb7d06bd2ebb3584aab4c82628525b6bbaeb6d4dd9c76aacd144f46**

Documento generado en 27/10/2023 05:14:36 PM

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

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

SALVAMENTO DE VOTO

Medellín, primero (01) de noviembre de dos mil veintitrés (2023)

Con un absoluto respeto por las providencias adoptadas por esta Sala, expreso mi voto disidente frente a esta decisión siendo su Magistrada Ponente la Doctora María Estella Jara Gutiérrez, por las razones que expongo a continuación:

Luego de analizar la prueba recaudada no existe ninguna evidencia en el sentido de que la intención del procesado fuera la de un suministro con fines de venta, recuérdese que en su testimonio, el señor Rodolfo Arbeláez Ramírez explicó que el sabía de la existencia de la droga incautada al procesado, porque *“Esos estupefacientes se habían reunido para una fiesta que teníamos programada, pero no el procedimiento, eso de dónde venía”*., pues a él se le daba a guardar por el ser el más juicioso, y si bien manifestó que aquel le vendía drogas, esa situación no quedó clara, pues también manifestó que su función era guardar la droga para las rumbas, hecho que al parecer todo el mundo sabía.

Ahora si bien, al parecer un informante anónimo le informó al investigador de policía *“para el día 12 de agosto de 2021, llega una fuente humana a mi oficina, me suministra una información de una finca en el municipio de Marinilla, y también suministra información que, en el Hotel Manantial, en una de las*

habitaciones, creo que es la 206, había una persona con estupefacientes y se verifico que efectivamente existen los inmuebles, esta fuente también nos había dado otras informaciones en años anteriores, entonces se veía como creíble, y se solicitó mediante un informe a la fiscalía seccional la orden de allanamiento y registro", también es cierto que según se vislumbró en una hora y media, el policial verificó la información que se le había suministrado por parte del sicofante, lo que a todas luces para la Suscrita no resulta ser congruente, pues ir hasta Marinilla, verificar la existencia de la finca así como la estancia del supuesto vendedor en el hotel, desdice las reglas la lógica, máxime cuando la misma administradora del hotel manifestó que con anterioridad al allanamiento no había asistido persona a preguntar por él.

Así lo dijo el testigo Hernán de Jesús Monsalve:

Es que la información que me suministraron era que en una finca había unos integrantes de una banda delincuencia de Rionegro que se llamaban los Pamplona, entonces me dijeron unos alias o unos nombres, yo fui con la fuente a esa finca, me mostro la finca y a esa finca se le hizo el allanamiento, y nuevamente paso con el hotel Manantial, se verifico que efectivamente existe, se hablaron con algunas personas de que si esta un muchacho de nombre Jhonatan, se verifico que si estaba y también se solicitó el allanamiento, entonces había una similitud de que en la finca de Marinilla habían 4 sujetos de los Pamplona, e igualmente estaba este sujeto Jhonatan en el hotel manantial en la habitación 206, todos ellos integrantes de los Pamplona.

Se pregunta así esta delegada si la contundencia de la labor a desarrollar, en aras de arrojar resultados positivos, debía

realizarse con tal ligereza, que no se logra entender la cronología en la que se efectuó la verificación de lo verbalizado por la fuente humana, esto es, el corto tiempo entre lo conocido y la solicitud del allanamiento.

Además de esa situación, resalta una anomalía que no puede pasar por alto para la Magistratura y fue lo señalado por la testigo de cargos Marcela Galeano, quien de manera contundente manifestó que el procesado se había registrado el día anterior a su captura, sin que se logró entender, el por qué la supuesta fuente anónima le informó al investigador de policía que en el lugar donde fue capturado tenía su residencia o ahí pernoctaba, situación que se desdice por lo depuesto por la testigo en mención.

Ahora, frente a la prueba documental contentiva en un álbum fotográfico, acreditada por el investigador Andrés Mauricio Ruiz en el juicio oral del 25 de marzo de 2022, es preciso traer a colación el artículo 344 de la ley 906 de 2004:

“Dentro de la audiencia de formulación de acusación se cumplirá lo relacionado con el descubrimiento de la prueba. A este respecto la defensa podrá solicitar al juez de conocimiento que ordene a la Fiscalía, o a quien corresponda, el descubrimiento de un elemento material probatorio específico y evidencia física de que tenga conocimiento, y el juez ordenará, si es pertinente, descubrir, exhibir o entregar copia según se solicite, con un plazo máximo de tres (3) días para su cumplimiento. La Fiscalía, a su vez, podrá pedir al juez que ordene a la defensa entregarle copia de los elementos materiales de convicción, de las declaraciones juradas y demás medios probatorios que pretenda hacer valer en el juicio. Así mismo cuando la

defensa piense hacer uso de la inimputabilidad en cualquiera de sus variantes entregará a la Fiscalía los exámenes periciales que le hubieren sido practicados al acusado. El juez velará porque el descubrimiento sea lo más completo posible durante la audiencia de formulación de acusación”.

Así las cosas, la defensa en la audiencia de juicio oral practicada el 28 de enero de 2022, manifestó su oposición frente a la incorporación de una prueba de la fiscalía contenida en un álbum fotográfico relacionando unas imágenes a color tomadas el día del procedimiento de allanamiento y registro, pues a él se le habían trasladado unas fotografías a blanco y negro, lo que no permitía apreciar detalladamente su contenido, el Juez no aceptó su oposición e indicó que sería un tema a debatir en el momento de la valoración probatoria, específicamente se mencionó:

“Fiscalía: Si es tan amable infórmele al señor juez de que se tratan esas fotografías, que ilustran.

Andrés Ruiz (testigo 2): La primera imagen es de Jhonatan en su habitación.

Juez: Señor fiscal, voy a entender que no lo ha hecho y debe hacerlo, que está solicitando que este juez acepte la incorporación como prueba documental de un álbum fotográfico.

Fiscalía: Claro que sí.

Juez: Entonces le corro traslado de esa solicitud al señor defensor.

Defensa: Señoría, la defensa si tiene que manifestar un aspecto que usted ha enunciado dentro de la presente audiencia, esas fotografías no son las que a mí me fueron descubiertas, a mí me fue descubierto un informe con unos anexos, y esos anexos son unas fotografías en blanco y negro, que aparecen dentro de esta situación, ninguna nota adicional que aparezca o que genere la viabilidad de que existía alguna fotografía diferente y autónoma dentro del proceso, por lo cual considero

que no es el mismo elemento material probatorio, que además debió estar en cadena de custodia.

Juez: Entiendo entonces que lo que se le está trasladando en este momento son unas fotografías a color

Defensa: Si

Juez: y que las que se habían descubierto eran a blanco y negro.

Defensa: Si.

Juez: ¿Pero hay alguna diferencia en cuanto al color, se trata de fotografías en lugares diferentes?

Defensa: No, es básicamente lo mismo si no que en unas dimensiones diferentes.

Juez: No se aceptará entonces la oposición de la defensa, y ya miraremos la idoneidad al momento de la valoración de la prueba, por lo pronto entonces se permite la incorporación como prueba documental, número 1 de la fiscalía del álbum fotográfico de unos elementos encontrados en el procedimiento."

Posteriormente, la defensa en el juicio oral del 25 de marzo de 2022, evidenció el traslado que la fiscalía realizó de la prueba documental contenida en el cuaderno con anotaciones:



Se observa así, la imposibilidad de echar de ver la información contenida en el cuaderno, quedando evidenciado en el contrainterrogatorio, cuando el investigador Andrés Mauricio no

¹ Revisar en el expediente digital el archivo "17ActaJuicioOralJhonatanTabares250322.pdf", minuto 35:09

pudo atender la solicitud del defensor de leer los valores contentivos en la imagen del cuaderno que le fue trasladado. El juez a la hora de establecer la condena, no valoró el elemento material probatorio traslado a la defensa, sino que valoró el álbum fotográfico a color que el fiscal presentó en la audiencia de juicio oral practicada el 25 de marzo de 2022 durante el interrogatorio que estaba rindiendo el investigador Andrés Mauricio Ruiz Betancur, donde se podían observar claramente unas anotaciones en letras y números, elemento que no había sido descubierto siguiendo los parámetros legales:



El a quo frente al cuaderno puntualmente indicó que:

“
(...)(i) el primero es el cuaderno con anotaciones, no hay duda de que esas anotaciones están referidas a sustancia narcótica y valores...”.³

A su vez refirió que:

“(...)Además de estos dos elementos señalados, el hecho de que en la finca ubicada en Marinilla, la cual fue allanada ese mismo 20 de agosto de 2021, fuera encontrada la cédula del señor Jonathan Tabares, al igual que una pistola traumática, cocaína, una paca

² Revisar en el expediente digital el archivo “15pruebaNro.1Fiscalia.pdf”

³ Revisar en el expediente digital el archivo “25SentenciaCondenaJhonatanArleyTabaresOrozco”

de marihuana, una enfelpadora y otros elementos relacionados con el tráfico de estupefacientes, aunado a que, en la diligencia de arraigo se determinó que esa finca era su lugar de residencia, resulta ser un dato indicador de la actividad permanente del acusado, relacionada con el tráfico de estupefacientes, circunstancia que no configura otro delito, sino que se trata de la misma conducta de tráfico de estupefacientes prolongada en el tiempo, ejecutada por el señor Tabares".⁴

En ningún momento se incorporaron al proceso los elementos materiales probatorios allanados en la finca ubicada en Marinilla, por ende, ningún provecho puede prestar en este caso en particular, porque se soportan en la valoración de elementos de convicción recaudados y/o practicados en otra causa penal, que no fueron pedidos y que tampoco pueden traerse como prueba trasladada, porque iría en contravía de los principios de contradicción e inmediación,⁵ figura que no está instituida Código Procesal Penal de 2004.

Ahora si en gracia de discusión se dan por sentadas esas postulaciones del a-quo, las mismas a más de generar certeza, permiten que campee la duda, pues el supuesto informante anónimo fue el que manifestó que el procesado residía en el hotel donde fue capturado, y el testigo de cargo Rodolfo Arbeláez Ramírez explicó que en esa finca en Marinilla era un rematadero donde las personas culminaban las fiestas, por lo que el hecho de que la cédula del procesado estuviera en ese lugar, no es indicativo de que perteneciera al andamiaje criminal del tráfico de sustancias estupefacientes.

⁴ Revisar en el expediente digital el archivo "25SentenciaCondenaJhonatanArleyTabaresOrozco"

⁵ CSJ AP3401-2017, AP1697-2019, 8 may. 2019, Rad. 53096, entre otras.

En ese orden, se considera que tanto la imagen 3 del álbum fotográfico que se recopiló el día del allanamiento y registro en la habitación 206 del hotel Manantial, como lo relacionado al allanamiento y registro de la finca en Marinilla, no debieron ser objeto de valoración probatoria para determinar la condena del señor Jhonatan Arley Tabares Orozco, puesto que vulneran tajantemente lo dispuesto en el artículo 344 de la ley 906 y la sanción no es otra más que el rechazo de conformidad con el artículo 346 ibidem:

*“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”.* Negrillas fuera de texto.

Por lo anterior, la fiscalía descubrió efectivamente el testimonio del investigador Andrés Mauricio Ruiz, sin embargo, con la incorporación del álbum fotográfico a color, se vulneró el derecho al debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política *“El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio”*. Si bien el investigador anexo unas anotaciones, estas fueron suscritas bajo su percepción, y el señor Jhonatan Arley Tabares Orozco tiene derecho a verificar que contiene específicamente el elemento incautado, lo cual como quedó demostrado en precedencia era imposible debido a la calidad de la imagen trasladada.

En esas condiciones, se tiene por probado que el procesado conservaba sustancia estupefaciente que superaba la prevista como dosis para el consumo personal, conforme a las definiciones del literal j) del artículo 2º de la Ley 30 de 1986; y, según se infiere razonablemente, se puede concluir que su intención era la de *compartir su consumo y/o suministrar* la droga a sus compañeros de rumba, situación habitual entre su camada de amigos.

Ahora bien, bajo el sentido las dos hipótesis referidas -consumo compartido y/o suministro a sus amigos de parranda, al margen de aquel era el que la guardaba por ser el más juicioso del grupo, actuaciones que pueden ser concurrentes o disyuntivas, como probables en relación con el suministro de la sustancia incautada, es que la Corte Suprema de Justicia planteó la posibilidad de que el exceso de los límites cuantitativos de la dosis personal de la sustancia llevada consigo podría responder, a más del consumo personal para la persona adicta o dependiente, a otros factores que igual no son representativos de afectación a la salud pública, entre los que se mencionó el consumo propio de carácter recreativo, el consumo de iniciados y de no iniciados, el abastecimiento para consumos futuros o el consumo en dosis compartidas:

[e]n el contexto de la nocividad específica de la sustancia de crear dependencia, que es el concreto cometido de protección a través del bien jurídico de la salud pública, el criterio atinente a los límites cuantitativos impuestos por el legislador al determinar la dosis para el uso personal, con frecuencia riñe con las condiciones personales del individuo, caso en el cual

entran en juego otros elementos atinentes, por ejemplo, al grado de dependencia, su tolerancia y necesidad, su condición de consumidor adicto, recreativo o primerizo y la posibilidad de abastecimiento en cantidades superiores o de dosis compartidas, lo que escapa a cualquier previsión legislativa.⁶

Con esa contextualización, se identifica, generalmente, con el riesgo o no de un consumo general e indiscriminado, por lo que quedan fuera del alcance de la prohibición penal diversas circunstancias que, miradas en concreto, no poseen la misma naturaleza del porte de una persona que se propone destinar la sustancia para satisfacer su deseo de consumir el estupefaciente como manifestación del ejercicio de su libertad individual y, concretamente, del derecho del libre desarrollo de su personalidad.

Conforme con lo dicho anteladamente, no comparte esta Magistratura lo expuesto por las mayorías, cuando se afirma "De otra parte, con meridiana claridad Rodolfo Arbeláez comentó su participación en fiestas donde se departía licor y estupefacientes en altas cantidades y que el alcaloide era suministrado, entre otros, por JHONATAN, previo a ello realizaban un fondo común y este era el encargado de adquirir la droga y después llevarla a la fiesta y entregarla a los invitados, porque era el que "menos se enloquecía". También refirió haberle comprado a JHONATAN cocaína de la que quedaba de las fiestas en dosis empaçadas en bolsas por un valor cada una de \$10.000.00", como quiera que fue el mismo Rodolfo Hernández quien en su deponencia clarificó:

Fiscalía: ¿díganos, señor Rodolfo, como les entregaba el estupefaciente el señor Jhonatan a ustedes?

⁶ Íbidem.

Rodolfo Arbeláez Ramírez: Eso venía porcionado en una bolsa hermética.

Fiscalía: ¿Esa bolsa hermética tenía alguna señal?

Rodolfo Arbeláez Ramírez: Algunas tenían una marca y otras venían sin nada

Fiscalía: ¿Esas marcas como eran, señor Rodolfo?

Rodolfo Arbeláez Ramírez: Un dibujito ahí verdecito como si fuera una mata de marihuana

Fiscalía: ¿Hablando de usted concretamente cuanto estupefaciente podría consumir en una noche?

Rodolfo Arbeláez Ramírez: En ese tiempo como yo estaba de adicto consumía de 8 a 10 bolsas.

Fiscalía: ¿de esas 8 a 10 bolsas cuanto cancelaba usted?

Rodolfo Arbeláez Ramírez: Cancelaba 50.000, 40.000, a veces ni se cancelaba, era como una forma de hacer un aporte para la otra rumba

Fiscalía: ¿Usted hablo de un contador, quien ese ese contador?

Rodolfo Arbeláez Ramírez: Contador no, no recuerdo.

Fiscalía: Que llevaba la contabilidad, dijo usted al inicio de la declaración.

Rodolfo Arbeláez Ramírez: De pronto es que llevaba la contabilidad era él porque era el que menos se enloquecía, a el le encargaban llevar eso porque era el que no lo botada ni lo regalaba, sabía quién era al que le entregaba.

Fiscalía: ¿quién era esa persona que no se enloquecía?

Rodolfo Arbeláez Ramírez: Jhonatan que era como el más juicioso. Ahí el consumo de licor y de sustancias era mucho, entonces ahí la rumba era muy fuerte

Fiscalía: Usted puede decirnos si recuerda fechas en las que compartió o departió con Jhonatan.

Rodolfo Arbeláez Ramírez: La última vez que yo estuve con él fue el día antes que lo capturaran, que ese día se le entregaron a él unas cosas porque tenía una rumba al otro día, y ese día fue que lo capturaron.

Así, de lo verbalizado por el testifical existe un elemento común a cada uno de esos propósitos, formulados en su momento por la Jurisprudencia a manera de ejemplo, no en orden taxativo: el portador, como consumidor habitual u ocasional, no se plantea la distribución de la sustancia a sujetos indeterminados; y, lleva consigo la droga para su consumo personal o para suministrarla y compartirla, sin ánimo de lucro, con un estrecho círculo de individuos con los que detenta una relación personal, permanente u circunstancial. De allí que la Corporación de

Cierre de la justicia ordinaria dejó planteados conceptos tales como la dosis de aprovisionamiento y la dosis para el consumo compartido, como circunstancias con características similares, desde el tipo penal, al consumo exclusivo y personal de las sustancias psicotrópicas⁷.

De ese modo, se subraya, en cada contexto es posible advertir situaciones como las de quienes adquieren sustancias estupefacientes destinadas para su exclusivo consumo personal o para compartir su ingesta con un grupo de amigos, allegados o conocidos, de manera ocasional y en un círculo íntimo (dosis compartida), sin que exista algún riesgo de difusión generalizada.

En rigor, diversos eventos en que las personas entregan estupefacientes o los comparten, pueden corresponder a formas de *suministro*, que, sin embargo, tampoco encajan dentro de la estructura típica del artículo 376 del Código Penal.

Se trata, por ejemplo, de relaciones entre personas que mantienen una estrecha comunidad de vida, siempre y cuando ese suministro del estupefaciente ocurra entre adultos, bajo una mutua voluntad y un definido propósito de quien la recibe para su exclusivo consumo, lo que es posible entenderlo como un criterio extensivo de la ausencia de tipicidad, en tanto se mantiene el espectro de la configuración constitucional del libre desarrollo de la personalidad de cada uno de ellos.

⁷

Íbidem.

De esa manera, en el presente caso, quedó claro que el encausado Jonathan Arley Tabares Rodríguez, sus amigos le habían dado a guardar la droga, para ser repartida el día que fue capturado en una fiesta, pues así había sido estipulado entre ellos, y que aquel por su comportamiento era el más apropiado para encargarse de su custodia y cuidado, en sentir del deponente, porque era el más juicioso en las fiestas.

Desatiende la Sala Mayoritaria el principio de derecho penal de acto, estableciendo la materialidad de la conducta y la responsabilidad del acusado, a través de la indebida valoración de los medios incorporados al plenario, en la medida que fue el mismo Arbeláez Ramírez, quien diáfananamente manifestó que la droga incautada a su compañero de parrandas, había sido recolectada el día anterior, para continuar con la fiesta, el mismo día que fue capturado *“La última vez que yo estuve con él fue el día antes que lo capturaran, que ese día se le entregaron a él unas cosas porque tenía una rumba al otro día, y ese día fue que lo capturaron”*, filtrando al mismo tiempo que *“Cancelaba 50.000, 40.000, a veces ni se cancelaba, era como una forma de hacer un aporte para la otra rumba”*. Siendo así, se tienen dos versiones distintas del mismo testigo, sobre la supuesta venta de la droga por parte del encausado.

Ahora, si tal vez hubo un momento en que aquel le vendió alucinógenos, ciertamente no lo es por la situación que en esta oportunidad se investiga, sino por la incautación que se le hizo en el hotel donde pernoctaba, droga decomisada y la cual fue recogida el día anterior a su captura, la cual fue dada a guardar para la rumba que continuaba al día siguiente, tal

como lo exteriorizó Rodolfo Arbeláez, droga que se compraba por un “aporte” que no “venta” realizaban todos los asistentes a los bacanales.

En ese orden, como se ha resaltado, la intención de conservar la sustancia por parte de Jhonatan Arley Tabares Orozco era para compartirla con sus amigos de parranda, cuestión que resultaría atípica, debido a la ausencia del elemento subjetivo diverso al dolo exigido para la tipicidad de la conducta, en tanto, de acuerdo a lo que fue probado en la actuación, el peligro generado para la salud es meramente individual y, por consiguiente, no alcanza el carácter público que caracteriza al bien jurídico protegido por el artículo 376 del Código Penal.

Y ello porque según lo ha explicado la Corte Suprema de Justicia, el suministro a la persona con quien se posee una estrecha relación vital, en cuanto sea un acto libre y voluntario e igualmente horizontal, se encuentra asociada a relaciones de confianza y responsabilidad mutua que hacen propio el peligro para la salud personal asumidos como parte de su vida común.

En suma, se considera como evidente que al procesado la alentaba el interés de suministrar la droga que le fue incautada entre sus amistades de rumba, en tanto resulta irrazonable por las incongruencias puesta de presente, que se quisiera hacer ver que aquel era distribuir de alucinógenos perteneciente a la estructura de “Los Pamplona”.

Además, los motivos fundados que dieron lugar para que la Fiscalía librara la orden de allanamiento y registro, tuvieron su

génesis en una información que un confidente le suministró al investigador de la Policía Judicial Hernán de Jesús Morales Monsalve, en el sentido que para el día 12 de agosto de 2021, fuente humana le proporcionó información de una finca en el municipio de Marinilla donde se hallaban estupefacientes, y en el Hotel Manantial en la habitación 206 del municipio de Rionegro, pernoctaba un ciudadano con alucinógenos para la venta.

Se reprocha que la identidad del delator se mantuvo en el anonimato, y por ende se desconoce de su real existencia, por cuanto en momento alguno fue convocado por el ente acusador para que compareciera al juicio a declarar en calidad de testigo, y la información que ese misterioso sujeto le brindó a la Policía Judicial fue allegada al juicio gracias al testimonio absuelto por el policial Morales Monsalve.

Frente a la captura en flagrancia del ahora procesado Tabares Rodríguez por efectivos de la Policía Judicial, tuvo lugar porque llegó a la habitación en la que se practicó la diligencia de allanamiento y registro, en el cual, como se sabe se encontró la droga ya mencionada.

Así, develados los errores de raciocinio en la decisión confutada, debió declararse que no se alcanzó el estándar de convencimiento para condenar, consistente en el conocimiento más allá de duda razonable, consagrado en la Ley 906 de 2004 (artículos 7º y 381), en razón a que debe concluirse en la atipicidad del comportamiento desplegado por Jhonatan Arley Tabares Rodríguez, por lo que lo procedente era REVOCAR la

sentencia condenatoria de primera instancia proferida el 09 de septiembre de 2022 por el Juzgado Tercero del Circuito de Rionegro, Antioquia.

Con estos respetuosos planteamientos dejo sentado mi salvamento de voto.

Con respeto,

Nancy Ávila de Miranda

**NANCY ÁVILA DE MIRANDA
MAGISTRADA**

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE ANTIOQUIA
SALA DE DECISIÓN PENAL

Magistrada Ponente
MARÍA STELLA JARA GUTIÉRREZ
Aprobado Acta No. xxx

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Medellín, Antioquia, veintisiete (27) de octubre de dos mil veintitrés (2023)

Radicación	051016000330202200069-01 [2023-0220-3]
Procedente	Juzgado Penal del Circuito de Ciudad Bolívar, Antioquia
Acusado	CARLOS ARTURO OSPINA ZAPATA
Delito	Actos sexuales con menor de 14 años
Objeto	Apelación sentencia condenatoria
Decisión	Revoca y absuelve
Aprobación	Acta No. 371, octubre 27 de 2023

ASUNTO POR RESOLVER

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el defensor de CARLOS ARTURO OSPINA ZAPATA, contra la sentencia proferida el 23 de enero de 2023, por el Juzgado Penal del Circuito Ciudad Bolívar, Antioquia, mediante la cual condenó a aquel como autor del delito de acto sexual con menor de 14 años agravado.

HECHOS

Los hechos fueron denunciados ante la Comisaría de Familia de Salgar, Antioquia, por parte del Comandante de la Estación de Policía del mismo municipio, a través de llamada telefónica donde alertaban sobre presuntos abusos sexuales de los que estaba siendo víctima el menor S.E.O.A., de 4 años, por parte de su progenitor CARLOS

ARTURO OSPINA ZAPATA, razón por la cual se inició investigación y se tomaron medidas para el restablecimiento de derechos del niño.

Se logró establecer que los hechos tuvieron ocurrencia en la Vereda las Brisas, sector Curva Cerrada y conocido como “Mierda Seca”, municipio de Salgar, Antioquia, en la residencia que compartían padre e hijo; en el periodo comprendido entre 2019 a 2022. Allí CARLOS ARTURO OSPINA ZAPATA dormía con S.E.O.A. y en las madrugadas lo despertaba para tocarle las nalgas con el pene y el niño lloraba del dolor. Cuando le preguntaban al hombre por qué el menor lloraba en las noches decía que debido a un dolor en un pie, y para evitar ser delatado le exigía al niño no contar a nadie lo que sucedía porque de hacerlo le pegaría con una correa.

Al menor se le realizaron valoraciones médicas y psicológicas y se dictaminó una incapacidad médico legal definitiva de quince (15) días, perturbación psíquica de carácter transitorio, por estrés postraumático con alto riesgo de heridas psicológicas profundas, trastorno de la autoestima y de la personalidad.

ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

Por lo hechos antes descritos en audiencia preliminar adelantada el 20 de mayo de 2022 ante el Juzgado Promiscuo Municipal de Salgar, Antioquia, en cumplimiento de funciones de control de garantías, después de declarar legal la captura, la Fiscalía General de la Nación le imputó a CARLOS ARTURO OSPINA ZAPATA la comisión, a título de autor, del delito de acto sexual con menor de 14 años agravado, de acuerdo con los artículos 209 y 211 numeral 5 del C.P., cargo que aquel no aceptó. Acto seguido, a petición de la Fiscalía, le impuso medida de aseguramiento no privativa de la libertad¹.

¹ Expediente digital carpeta garantías PDF No. 003.

El fiscal radicó escrito de acusación en fecha desconocida, documento que correspondió al Juzgado Primero Penal del Circuito de Ciudad Bolívar Antioquia², donde se adelantó la audiencia de formulación de acusación el dos de septiembre de 2022. En el acto, la Fiscalía acusó al procesado en los mismos términos de la formulación de imputación, esto es, por el delito de acto sexual con menor de 14 años agravado, acorde con el artículo artículos 209 y 211 numeral 5 del C.P.³.

La audiencia preparatoria se llevó a cabo el 19 de octubre de 2022, donde además de solicitar y decretar la pruebas las partes acordaron incorporar al juicio como probado la plena identidad del acusado y la minoría de edad de la víctima.

Por su parte, el juicio oral se adelantó en su integridad en sesiones llevada a cabo del 29 y 30 noviembre de 2022 y 23 de enero, luego de finalizado el debate oral el juzgado anunció una sentencia de condena en contra del acusado CARLOS ARTURO OSPINA ZAPATA por la comisión, a título de autor, del delito de acto sexual con menor de 14 años agravado, de acuerdo con los artículos 209 y 211 numeral 5 del C.P., enseguida, llevó a cabo la individualización de la pena, al tenor del artículo 447 del C.P.P., por último la lectura de la sentencia de condena.

EL FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Tras considerar reunidos los requisitos de la condena, consagrados en el artículo 381 de la Ley 906 de 2004, el *A quo* profirió sentencia condenatoria en contra de CARLOS ARTURO OSPINA ZAPATA, como autor del delito de acto con menor de 14 años agravado, con fundamento en lo siguiente:

² Expediente digital carpeta conocimiento documento No. 02

³ Expediente digital carpeta conocimiento documento No. 02

Luego de hacer un resumen del contenido de cada una de las pruebas practicadas en juicio oral, finalmente, valoró en conjunto el acopio probatorio, ejercicio del cual coligió demostrado el delito de acto sexual con menor de 14 años agravado y no el acceso carnal abusivo con menor de 14 años agravado, en tanto se probó lo siguiente:

Los hechos se conocieron por la información ofrecida por la hija de la cuidadora del menor a la Comisaría de Familia de Salgar, Antioquia, donde se inició el restablecimiento de derechos del niño y luego remitió el caso la fiscalía.

Luz Mary García Villa, encargada del cuidado del niño S.E.O.A., según ella por un lapso de unos cuatro meses del año 2022, época en la que convivió con el acusado y el pequeño S.E.O.A. por el sector de conocido como “Cueva Cerrada” o “Mierda Seca” ubicado en la vereda Las Brisas comprensión municipal de Salgar, Antioquia. Aseguró que en esa época padre e hijo dormían juntos en una habitación solos y ella en otro lugar. En las madrugadas escuchaba llorar al niño y al preguntarle al papá le decía que en razón a que al niño le dolía un pie; también comentó haberle visto el ano rojizo y maltratado cuando lo bañaba y le escuchó decir que el papá le hacía cosas.

Relato revestido de credibilidad debido a la gesticulación y forma de responder el interrogatorio y porque quedó claro que cuando Mary Luz García Villa, fue a visitarla a la casa donde vivía con el niño y al bañarlo notó que se negaba a dejarse porque le dolía la zona anal, viéndole irritado el ano y el pene.

Según el médico Juan Pedro Escobar Gil, en la primera consulta el pequeño S.E.O.A. presentó mutismo severo selectivo, para no defraudar a su progenitor, a quien le prometió no hablar del tema, en consecuencia no pudo examinarle las partes íntimas. En la segunda valoración llevada a cabo ocho días después, encontró el mismo

comportamiento en el infante, pero al exhibirle un dibujo (figura humana masculina) indicó gestualmente que el padre le tocaba las nalgas y el pene.

La psicóloga de la Comisaría de Familia y la psiquiatra María Alejandra Amaya Farfán, expresaron haber visto afectación psicológica en el niño S.E.O.A., sin que percibieran en el menor ideaciones fantasiosas o una actitud mendaz, cuando trazó o simbolizó en el dibujo expuesto por aquellos para una mayor empatía y establecer lo sucedido, los genitales del masculino y la parte anal, respecto del cual se quejaba y se negaba a dormir con su progenitor porque le “hacía cosas malas”. Remata diciendo que los hechos son reales y por esa vía se demuestra que el pequeño sí fue víctima de vejámenes sexuales en el ano y pene por parte del acusado.

Así concluyo, es real que el progenitor realizó actos sexuales consistentes en tocamientos con el miembro viril en la parte anal de su hijo menor S.E.O.A., acaecidos cuando dormían en la habitación de la vivienda en la vereda las Brisas de Salgar Antioquia, pero sin poder establecer en cuántas oportunidades, por ende, dice, no es posible atribuirle el concurso homogéneo sucesivo de dichas conductas.

Además, que se reúnen a satisfacción los elementos estructurales de la conducta endilgada por la fiscalía al implicado (Art. 9 Código Penal), en la tipicidad. A la par la antijuridicidad, por cuanto el comportamiento ejecutado por el acusado contravino normas penales, siendo socialmente reprochable, con repercusiones en el mundo fenomenológico, esto es, actos sexuales en contra del menor relacionado, quebrantándose el bien jurídico de la libertad, integridad y formación sexuales; y es culpable porque conocía lo que hacía, al ser una persona mayor de edad e imputable; por tanto, impone condena su contra de CARLOS ARTURO OSPINA ZAPATA, a la luz de lo dispuesto en el Art. 209 y 221 numeral 5 del Código Penal, en tanto

se reunieron los requisitos de la condena consagrados en el artículo 381 de la Ley 906 de 2004.

Como consecuencia de lo anterior, le impuso doce (12) años de prisión y la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por un lapso igual al de la pena de prisión.

Por último, por expresa prohibición del artículo 199 de la Ley 1098 de 2006 negó al sentenciado los subrogados penales de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria.

EL RECURSO DE APELACIÓN

La defensa, inconforme con la condena impuesta a su representado CARLOS ARTURO OSPINA ZAPATA como autor del delito de acto sexual con menor de catorce años, interpuso recurso de apelación, aduciendo las siguientes razones:

Considera que si no se probó el concurso, tampoco se acreditó la ocurrencia del hecho en una sola oportunidad.

Dice que aducir que la declaración del menor estuvo carente de información por su corta edad y que además no respondió o evadió respuestas, es negar lo dicho por el infante, pues a pesar de la hiperactividad mientras declaraba dijo reiteradamente que nadie lo había tocado.

Según lo observado en el video, mientras declaraba el menor respondió conforme le preguntaban, es decir, tenía la oportunidad de responder espontáneamente sin necesidad de mentir.

Por lo anterior, indica, surgen dudas acerca de lo sucedido con el menor S.E.O.A. y por ese motivo demanda la revocatoria de la sentencia de primera instancia y, en su lugar, se absuelva a CARLOS

ARTURO OSPINA ZAPATA del cargo endilgado, acto sexual con menor de 14 años agravado, garantizando así la presunción de inocencia.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

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 el defensor contra la sentencia de primera instancia, por haber sido esta proferida por un juez penal del circuito perteneciente a este distrito judicial.

Problemas jurídicos: De conformidad con lo reseñado, la Sala debe determinar si probó más allá de toda duda razonable que el acusado llevó a cabo la conducta de acto sexual con menor de catorce años agravado o si, como lo alega el apelante, no se acreditó la realización de ese punible ni la responsabilidad del acusado.

Sobre la regulación legal y jurisprudencial de la prueba de referencia. Con miras a resolver el problema jurídico planteado, lo primero es indicar que, el proceso penal es, en esencia, el escenario reglado en el cual un juez puede determinar si en un caso concreto se cometió una conducta punible, si ella es atribuible al procesado y, de ser ello así, cuál debe ser su consecuencia jurídica. Para tal fin, el juzgador debe valerse de las pruebas legalmente incorporadas a la actuación, cuyo propósito es, precisamente, llevar a su conocimiento los hechos y circunstancias materia de juzgamiento y los de la responsabilidad penal del acusado (art. 372 del C.P.P.).

Ahora, para proferir sentencia condenatoria, es necesario que, por intermedio de esas pruebas debidamente practicadas e integradas al proceso, el funcionario judicial haya logrado un conocimiento, más allá de toda duda razonable, acerca de la materialidad de la conducta punible y de la responsabilidad penal del acusado (art. 381 ídem).

En tal ejercicio epistemológico, además, por regla general, el juez solo puede tener en cuenta las pruebas practicadas en su presencia (art. 379 ídem). Así, toda declaración realizada por fuera del juicio oral, por cuyo intermedio las partes pretendan probar un hecho jurídicamente relevante, se considera prueba de referencia (art. 437 ídem) y, cuando es admisible, tiene asignado un menor valor suasorio, traducido en que, por sí misma, no es suficiente para fundamentar una sentencia condenatoria (inc. 2 art. 381 ídem).

La poca confiabilidad de la prueba de referencia se deriva de la afectación que produce en el derecho de confrontación, teniendo en cuenta que la parte contra la que se aduce no tiene la posibilidad de formularle al declarante preguntas tendientes a cuestionar su credibilidad y refutar sus afirmaciones. Es por ello por lo que la prueba de referencia es admisible solo de forma excepcional, en los casos contemplados expresamente en la regla procesal 438, según la cual:

“Únicamente es admisible la prueba de referencia cuando el declarante:

a) Manifiesta bajo juramento que ha perdido la memoria sobre los hechos y es corroborada pericialmente dicha afirmación;

b) Es víctima de un delito de secuestro, desaparición forzada o evento similar;

c) Padece de una grave enfermedad que le impide declarar;

d) Ha fallecido.

*e) **Es menor de dieciocho (18) años y víctima de los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales tipificados en el Título IV del Código Penal, al igual que en los artículos 138, 139, 141, 188a, 188c, 188d, del mismo Código**”.*

Las declaraciones realizadas por niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos sexuales fuera de audiencia y su incorporación en juicio como prueba de referencia. De acuerdo

con el último literal de la referida norma, las entrevistas rendidas por los menores que han sido víctimas de delitos sexuales son excepcionalmente admisibles como prueba de referencia. Ello, por supuesto, no significa que el juez pueda permitir su incorporación y valorarlas como cualquier otro elemento de convicción, pues tal clase de prueba obliga al necesario balance que debe procurarse entre los derechos de los niños víctimas de tales conductas y las garantías procesales del acusado.

De manera que, por regla general, si el agraviado acude a juicio no es posible aducir sus declaraciones anteriores como prueba de referencia y ello solo será procedente si, a pesar de presentarse al debate probatorio y atestar, en realidad, su disponibilidad resultó relativa en la medida que no se encontraba en plenas condiciones para rendir el testimonio. Así, por ejemplo:

*“es posible que para el momento del juicio oral el niño no esté en capacidad de entregar un relato completo de los hechos, **bien porque haya iniciado un proceso de superación del episodio traumático, porque su corta edad y el paso del tiempo le impidan recordar, por las presiones propias del escenario judicial (así se tomen las medidas dispuestas en la ley para aminorarlo)**, por lo inconveniente que puede resultar un nuevo interrogatorio exhaustivo (de ahí la tendencia a que sólo declare una vez), entre otras razones”.*⁴

Pero, además, la incorporación y valoración de una declaración anterior como prueba de referencia supone que la parte interesada haya solicitado su aducción en el escenario procesal correspondiente, esto es, la audiencia preparatoria si desde allí conocía las razones que permitían su admisión excepcional o el juicio oral si los motivos sobrevienen durante el debate probatorio.

En consecuencia, en los casos de delitos sexuales cometidos en contra de niños, niñas y adolescentes, corresponde al Fiscal valorar la situación de la víctima y decidir cómo llevará al juez el conocimiento

⁴ CSJ SP, 11 jul. 2018, rad. 50.637.

los hechos que considera constitutivos de una conducta punible, con miras a probar su teoría del caso sin dar al traste con los derechos del acusado. Para ello, deberá descubrir las entrevistas y declaraciones rendidas por el afectado y, si desde la audiencia preparatoria anticipa que su testigo solo estará disponible de manera relativa, por presentarse cualquiera de las situaciones ya referidas, solicitar en ese momento su admisión excepcional como pruebas de referencia. De otra parte, si es que es en el juicio en donde la víctima da señales de no encontrarse plenamente disponible para declarar, será allí en donde deba solicitar la admisión de la prueba referencial, cumpliendo las respectivas cargas argumentativas, de manera que la defensa pueda ejercer la contradicción sobre las exigencias para tal decreto y el juez cuente con los elementos necesarios para decidir el asunto, emitiendo un pronunciamiento expreso sobre la solicitud probatoria.⁵

Al respecto, desde hace varios años la Corte Suprema de Justicia tiene dicho que:

*“para la incorporación de una declaración anterior al juicio oral a título de prueba de referencia (...) (i) deben ser objeto de descubrimiento la declaración anterior y los medios que se pretenden utilizar en el juicio oral para demostrar su existencia y contenido; (ii) en la audiencia preparatoria la parte debe solicitar que se decrete la declaración que pretende incorporar como prueba de referencia, así como los medios que utilizará para demostrar la existencia y contenido de la misma; (iii) se debe acreditar la circunstancia excepcional de admisibilidad de prueba de referencia (artículo 438); y (iv) en el juicio oral la declaración anterior debe ser incorporada, según los medios de prueba que para tales efectos haya elegido la parte. Si la circunstancia excepcional de admisibilidad de prueba de referencia es sobreviniente, en el respectivo estadio procesal deben acreditarse los presupuestos de su admisibilidad y el juez decidirá lo que considere procedente”.*⁶

La valoración del testimonio de los niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos sexuales. Sumado a lo anterior,

⁵ CSJ SP, 20 may. 2020, rad. 52.045.

⁶ CSJ AP, 30 sep. 2015, rad. 46.153, reiterado en CSJ SP, 25 ene. 2017, rad. 44.950 y CSJ SP, 11 jul. 2018, rad. 50.637.

dígase que, frente al ejercicio valorativo de las declaraciones que en juicio rinden las menores víctimas de crímenes de tipo sexual, la Corte Suprema de Justicia ha precisado que:

“Para iniciar, oportuno es destacar que, actualmente, la sociedad y el Estado propenden por la reivindicación de los derechos de la víctimas, en particular de niños, niñas y adolescentes, que han sido objeto de abusos o ataques de índole sexual, exigiendo el análisis en contexto de los episodios en que se han dado, en los que, por lo general, las condiciones se tornan desfavorables a sus intereses, al tratarse de situaciones en donde la vulnerabilidad e ignorancia son factores aprovechados por el infractor para invadir su libertad sexual⁷.

Con esta perspectiva lo dicho por las víctimas no puede observarse como la simple contraposición a la versión que ofrece el victimario para exigirles más evidencias que sus afirmaciones si las mismas se adhieren a las circunstancias propias del medio y las condiciones en que éstas se desenvuelven, más, cuando el agresor genera o aprovecha ambientes de soledad en los que la ofendida difícilmente puede oponerse.

Es por esto que, el testimonio de la víctima, cuando supera las reglas de la sana crítica, cobra especial importancia, más, cuando en la mayoría de los casos, es sobre su propio cuerpo donde se ejecutan los actos libidinosos del invasor y no quedan huellas materiales del atentado sexual, como es el caso en estudio.

En tal sentido ha señalado la Corte⁸:

El testimonio de la víctima, por tanto, constituye la pieza fundamental para establecer la materialidad del delito y la responsabilidad del acusado. Obviamente, en los eventos en que quedan rastros físicos, el dictamen médico legal sobre las afectaciones en la integridad de la persona agredida es esencial para verificar la comisión del delito e incluso la responsabilidad, si se obtuvieron muestras biológicas del agresor.

Pero en los casos en los que no quedan huellas materiales, la versión de la víctima constituye el único elemento de juicio a partir del cual reconstruir lo sucedido, dificultad probatoria morigerada por la jurisprudencia de la Corte a través de la corroboración periférica de los

⁷ «Se entiende que la libertad sexual es (...) la facultad y el derecho que tiene toda persona humana para elegir, rechazar, aceptar y auto determinar el comportamiento sexual, cuyos límites serán los postulados éticos en que se funda la comunidad y el respeto de los derechos ajenos correlativos. En otras palabras la libertad sexual es la facultad que tiene la persona para auto determinarse y autorregular su vida sexual (...)» CSJ SP, 7 Sept. 2005, Rad. 10672.

⁸ CSJ SP, 6 ago. 2019, rad. 54.085.

hechos, metodología analítica que impone examinar los datos demostrados en el proceso que puedan hacer más creíble la versión de la persona afectada. En tal sentido, la Sala ha señalado:

En el derecho español se ha acuñado el término “corroboración periférica”, para referirse a cualquier dato que pueda hacer más creíble la versión de la víctima, entre ellos: (i) la inexistencia de razones para que la víctima y/o sus familiares mientan con la finalidad de perjudicar al procesado; (ii) el daño psíquico causado a raíz del ataque sexual; (iii) el estado anímico de la víctima en los momentos posteriores a la ocurrencia de los hechos; (iv) regalos o dádivas que el procesado le haya hecho a la víctima, sin que exista una explicación diferente de propiciar el abuso sexual, entre otros. (...).

Es claro que no es posible, ni conveniente, hacer un listado taxativo de las formas de corroboración de la declaración de la víctima, porque ello dependerá de las particularidades del caso. No obstante, resulta útil traer a colación algunos ejemplos de corroboración, con el único propósito de resaltar la posibilidad y obligación de realizar una investigación verdaderamente exhaustiva: (i) el daño psíquico sufrido por el menor; (ii) el cambio comportamental de la víctima; (iii) las características del inmueble o el lugar donde ocurrió el abuso sexual; (iv) la verificación de que los presuntos víctima y victimario pudieron estar a solas según las circunstancias de tiempo y lugar incluidas en la teoría del caso; (v) las actividades realizadas por el procesado para procurar estar a solas con la víctima; (vi) los contactos que la presunta víctima y el procesado hayan tenido por vía telefónica, a través de mensajes de texto, redes sociales, etcétera; (vii) la explicación de por qué el abuso sexual no fue percibido por otras personas presentes en el lugar donde el mismo tuvo ocurrencia, cuando ello sea pertinente; (viii) la confirmación de circunstancias específicas que hayan rodeado el abuso sexual, entre otros (SP1525-2016).”⁹ (Negrillas de la Sala).

Valor probatorio de la anamnesis de la valoración médico sexual. Sobre el particular, valga recordar que, de antaño, los varios pronunciamientos de la H. Corte Suprema de Justicia han precisado que la prueba pericial comporta una estructura dual, conformada por la base fáctica y la base técnico-científica, la primera de ellas, corresponde a los hechos o datos con que cuenta el perito para llevar a cabo la valoración encomendada y la segunda, hace referencia a “los principios científicos, técnicos o artísticos en los que fundamenta sus verificaciones o análisis y grado de aceptación” y que se determinan

⁹ CSJ SP, 11 mar. 2020, rad. 56.997.

como el fundamento que permite al profesional establecer las conclusiones sobre lo analizado, es decir, se trata de los elementos que sustentan la opinión entregada por el perito. Acerca de la base fáctica, también se ha señalado que la misma se compone, bien por hechos percibidos directamente por el perito, como cuando encuentra evidencia y analiza lesiones físicas existentes o, por hechos relatados por terceras personas o testigos, por tratarse de circunstancias que escapan a la percepción visual del profesional. Sobre estos últimos relatos la jurisprudencia de manera reiteradas ha dicho que constituyen prueba de referencia y por esa razón para ser valoradas deben ser incorporadas al proceso con estricto apego a lo previsto en el artículo 438 de Ley 906 de 2004.

Así lo precisó la Alta Corporación al reiterar un pronunciamiento previo:

*En la decisión SP2709-2018, de 11 de julio del año en curso, proferida dentro de la casación 50637, la Sala, al analizar esta temática, hizo claridad en el sentido de que el componente fáctico de la opinión pericial, cuando la experticia recaía sobre aspectos de esta índole, solía estar dado, (i) por hechos percibidos directamente por el perito, como cuando emitía opiniones sobre la causa de muerte de una persona a partir de la observación y análisis personal de las heridas causadas, o (ii) por datos o información fáctica suministrados por otros medios de prueba, como declaraciones de testigos. Al respecto, señaló:
(...)*

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

De lo anterior se concluye con suma claridad, que la anamnesis contenida en la prueba pericial no puede ser valorada por un funcionario judicial, a menos que la parte interesada haya solicitado que la misma se tenga como prueba de referencia, conforme los presupuestos previstos en el artículo 438 de la Ley 906 de 2004, o de lo contrario, tales manifestaciones no podrán ser consideradas pruebas. Así se concluyó en la providencia en cita.

En síntesis, la Sala ha venido insistiendo en precisar, (i) que los relatos sobre los hechos investigados, entregados por los menores de edad en las valoraciones de carácter sexual, psicológico o psiquiátrico, tienen la condición de declaraciones rendidas por fuera del juicio oral, y (ii) que si la parte pretende utilizar estos relatos para probar la existencia del hecho investigado, debe sujetarse en su descubrimiento, incorporación y valoración al trámite y reglas establecidas para la prueba de referencia

El caso concreto. Con tales bases normativas y jurisprudenciales, en el caso bajo estudio, como se reseñó, el apelante cuestiona que su prohijado haya realizado actos libidinosos en contra del menor S.E.O.A., pues alega que no se probó más allá de toda duda razonable la realización del delito de actos sexuales con menor de 14 años agravado como tampoco la responsabilidad atribuida a su representado a título de autor.

Con miras a establecer si ello fue así, lo primero es indicar que, en el *sub examine*, durante la audiencia preparatoria las partes a través de acuerdo probatorio resolvieron ingresar como probados los hechos plena identidad del acusado CARLOS ARTURO OSPINA ZAPATA y la minoría de edad S.E.O.A. Así se acreditó que para la época de los hechos el niño contaba con una edad de cuatro (4) años.

Como pruebas, a instancia de la Vista Fiscal, se decretaron: el testimonio de la Dra. María Victoria Castro Restrepo, Comisaria de Familia de Salgar, Antioquia, y las actividades administrativas realizadas en esa oficina en el marco del procedimiento de restablecimiento de derechos del menor; el testimonio del médico perito, Dr. Juan Pedro Escobar Gil, con quien se incorporaría el informe pericial de clínica forense; la declaración de la Dra. Sara Lizeth Arias, quien tuvo a cargo la valoración psicológica del niño; el testimonio de la perito, Dra. Lady Paola Gómez Díaz, profesional forense del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, quien valoró a S.E.O.A. y emitió un informe pericial en psicología forense realizado en septiembre de 2022, con el fin de determinar hallazgos y secuelas del posible abuso en el menor.

También, las declaraciones de: S.E.O.A.; el testimonio de las cuidadoras de S.E.O.A. para la época de los hechos, Mary Luz García Villa y Luz Mary de Jesús Villa Estrada y la del Intendente Alfonso Moreno Mancera.

Tanto la Comisaria de Familia, como Mary Luz García Villa y Luz Mary de Jesús Villa Estrada contaron en juicio oral lo que el menor les había dicho en cuanto al motivo por el cual lloraba en las madrugadas mientras dormía con el padre, lo propio ocurrió con la versión sobre los hechos brindada por los profesionales de la salud que intervinieron al menor en cuando a los contado por él sobre los hechos, con todo no fueron ni solicitadas ni decretadas como prueba de referencia, de manera que, como está acreditado, tampoco se justificó su admisibilidad excepcional bajo alguna de las causales contenidas en el artículo 438 de la Ley 906 de 2004.

En el juicio oral S.E.O.A. estuvo disponible física, pero no jurídicamente, en tanto el niño evidentemente nervioso, inquieto y desconcentrado unas veces respondía a las preguntas a él realizadas y en otras guardaba silencio, tal vez debido a su corta edad y por esa razón con dificultades de recordación o tal vez por padecimientos como consecuencia del abuso, ya que El Dr. Juan Pedro Escobar Gil de la ESE Hospital San José de Salgar Antioquia, dijo que en la primera valoración intentó abordar al niño y al preguntarle sobre los hecho se negó a hablar porque el padre se lo prohibía; que en el segundo examen lo notó más tranquilo, pero también se negó a hablar aduciendo que era por recomendación del progenitor. En el acápite de interpretación y conclusiones del dictamen el perito expresó:

“ANÁLISIS, INTERPRETACIÓN Y CONCLUSIONES: “...incapacidad médico legal DEFINITIVA QUINCE (15) DIAS. SECUELAS MEDICO LEGALES. Perturbación psíquica de carácter transitorio. POR RIESGO DE ESTRÉS POSTRAUMATICO, ALTO RIESGO DE

*HERIDAS PSICOLÓGICAS PROFUNDAS, TRASTORNO DE AUTOESTIMA Y DE LA PERSONALIDAD*¹⁰.

La psiquiatra María Alejandra Amaya Farfán del Instituto Nacional de Medicina legal y Ciencias Forenses de Medellín, refirió haber realizado peritación respecto del menor S.E.O.A. con la finalidad de establecer si el niño mentía. Informó, el menor no hizo un relato de los hechos esperable en su sentir, dada su corta edad, en tanto las etapas de desarrollo muestran esas dificultades en punto de a un relato coherente, como se podría establecer con una persona adulta.

Como viene de verse, desde los albores de la investigación se avizoraba la indisponibilidad jurídica del testigo por varias razones: la edad del niño (cuatro años) cuando ocurrieron los hechos, los síntomas notados en el infante al parecer consecuencia de un presunto abuso por el médico forense, la siquiatra y la sicóloga al valorarlo y la fidelidad del menor a las órdenes del padre de no contar lo sucedido.

Entonces, la fiscalía debió desde la audiencia preparatoria solicitar como prueba de referencia todos los dichos del menor dados fuera de la audiencia de juicio oral a la Comisaria de Familia, a las señoras Mary Luz García Villa y Luz Mary de Jesús Villa Estrada y a los profesionales de la salud que intervinieron en el caso, pues el relato dado por el niño sobre las circunstancias del hecho y el posible autor del mismo a los antes mencionados eran testimonios de oídas, además, por una razón, en sentir de la Sala mayoritaria, más contundente: los padecimientos del menor causados quizás por un abuso que recomendaban a gritos no presentarlo en juicio oral como testigo para evitar su revictimización, todo lo cual hacía viable la prueba de referencia, en los términos del artículo 438 literal e de la

¹⁰ Informe pericial de clínica forense No. 056420457601-00034-2022 data del 23 de marzo de 2022, signado por el médico Juan Pedro Escobar Gil de la ESE San José de Salgar Antioquia.

Ley 906 de 2004, pero como así no hizo, esas declaraciones se tornan ilegales -Art. 360 de la Ley 906 de 2004-, pues no cumplen con los requerimientos de postulación, decreto, contradicción y práctica de la prueba de referencia, en los términos del citado artículo 438.

Definido lo anterior, la Sala procederá a determinar si las pruebas debidamente incorporadas a la actuación, es decir, haciendo sustracción de las manifestaciones anteriores de S.E.O.A., llevadas a juicio por aquellos testigos como prueba de referencia invalida, permiten llegar al nivel de conocimiento necesario para sostener la sentencia condenatoria por el delito de acto sexual con menor de 14 años agravado.

Pues bien, en juicio el menor S.E.O.A. relató que los hechos por él denunciados ante el Comisaría de Familia de Salgar, Antioquia, no eran ciertos, es decir, se retractó. A sus escasos cinco (5) años y en tratamiento del estrés postraumático el niño dijo en audiencia de juicio oral que era hijo de Maribel y Arturo y vivía con ellos en la montaña, después dijo que con Carolina; también comentó no haber vivido con el padre, que nadie lo cuidaba y no haber sido manoseado.

Ante semejante respuesta de S.E.O.A. la fiscalía durante el conainterrogatorio no impugnó la credibilidad de esa retractación, teniendo a su alcance los dichos del niño fuera del juicio oral; tampoco agotó la posibilidad de ingresar esas versiones anteriores como testimonio adjunto.

Como resultado de este adverso panorama probatorio, para la Sala, contrario a resuelto por el *A quo*, no se probó más allá de toda duda razonable la materialidad ni del punible de acto sexual con menor de 14 años, tampoco la responsabilidad atribuida al procesado, por lo que se revocará la providencia recurrida y, en su lugar, se emitirá una sentencia absolutoria en favor de CARLOS ARTURO

OSPINA ZAPATA por el cargo que fue acusado y por el que fuera condenado.

Huelga aclarar que la absolución decretada en esta instancia está soportada en la duda insuperable que mana del acervo probatorio respecto de la acreditación de los requisitos de la condena previstos en el artículo 381 de la Ley 906 de 2004, como consecuencia de los graves errores cometidos por la Fiscalía durante la investigación y su participación como parte en el juicio oral, los cuales comprometieron el principio de objetividad consagrado en los artículo 15 y 115 *ibidem*.

Otras determinaciones: (i) Como consecuencia de lo anterior, se ordena de manera inmediata la libertad del procesado CARLOS ARTURO OSPINA ZAPATA, en los términos del artículo 449 de la Ley 906 de 2004 el cual expresa: “*De ser absuelto de la totalidad de los cargos consignados en la acusación el juez dispondrá la inmediata libertad del acusado, si estuviere privado de ella, levantará todas las medidas cautelares impuestas y librárá sin dilación las órdenes correspondientes.*” Por intermedio de la Secretaría de la Sala Penal de este Tribunal líbrese la correspondiente boleta de libertad, misma que deberá hacerse efectiva, siempre y cuando CARLOS ARTURO OSPINA ZAPATA no cuente con otro requerimiento judicial, pues de ser así deberá ser puesto a disposición de la autoridad requirente, tal como lo ordena el artículo 453 *ibidem*. (ii) Ejecutoriada la presente sentencia levántese toda medida cautelar impuesta a CARLOS ARTURO OSPINA ZAPATA como consecuencia de la imputación y comuníquese la sentencia en la forma dispuesta en el artículo 166 de la Ley 906 de 2004.

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. REVOCAR la sentencia de condena proferida por el Juzgado Penal del Circuito de Ciudad Bolívar, Antioquia, el veintitrés (23) de enero de dos mil veintitrés (2023), en contra de CARLOS ARTURO OSPINA ZAPATA, en su lugar, se le absuelve del cargo por el cual fue acusado.

SEGUNDO. Como consecuencia de lo anterior, se ordena de manera inmediata la libertad del procesado CARLOS ARTURO OSPINA ZAPATA, en los términos de los artículos 449 y 453 de la Ley 906 de 2004. Por secretaría de la Sala Penal de este Tribunal, líbrese de inmediato la boleta de libertad ante el centro de reclusión donde se halle privado de la libertad el procesado, la cual solo se hará efectiva si no es requerido por otra autoridad y levántese toda medida cautelar impuesta a CARLOS ARTURO OSPINA ZAPATA como consecuencia de la imputación y comuníquese la sentencia en la forma dispuesta en el artículo 166 de la Ley 906 de 2004.

TERCERO. 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)
NANCY ÁVILA DE MIRANDA
MAGISTRADA
Con Salvamento De Voto

(Firma electrónica)
MARÍA STELLA JARA GUTIÉRREZ
MAGISTRADA PONENTE

(Firma electrónica)
ISABEL ÁLVAREZ FERNÁNDEZ
MAGISTRADA

Firmado Por:

Maria Stella Jara Gutierrez
Magistrada
Sala Penal
Tribunal Superior De Antioquia

Nancy Avila De Miranda
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 003 Penal
Tribunal Superior De Antioquia - Antioquia
Firma Con Salvamento De Voto

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: **254289178ddbdbd70bda45899fc7c3f03be4e8325612f61f79b6889e4eea3248**

Documento generado en 27/10/2023 05:14:18 PM

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

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

SALVAMENTO DE VOTO

Medellín, primero (01) de noviembre de dos mil veintitrés (2023)

Con un absoluto respeto por las providencias adoptadas por esta Sala, expreso mi voto disidente frente a esta decisión siendo su Magistrada Ponente la Doctora María Estella Jara Gutiérrez, pues aunque le comuniqué por medio escrito a la Magistrada Ponente, cuáles eran mi reparos frente a la posición final, en definitiva no se tuvieron en cuenta en el proyecto final de sentencia, razones que expongo a continuación:

La presente causa da inicio por la información suministrada por la señora Luz Mary García Villa, encargada del cuidado del niño S.E.O.A, según ella por un lapso de unos cuatro meses (año 2022), entre éstos cuando se fue a vivir con el hoy acusado y el pequeño por el sector la curva cerrada o mierda seca en la vereda Las Brisas en Salgar Antioquia; comunicó que mientras ella dormía en la sala de la vivienda, padre e hijo lo hacían en una cama de la habitación y escuchaba en las madrugadas llorar al niño, pero no sabía por qué, el padre decía que le dolía un pie, no obstante, cuando bañaba al niño le veía la zona anal rojiza, decía que le dolía y le confesó que el padre le hacía cosas. Así lo verbalizó:

“el niño siempre me lloraba por las mañanas, por las noches yo oía que el niño lloraba como a la 1 o 2 de la mañana, y empezaba a llorar el niño, le decía hijo a usted que le pasa y él

me contestaba no es que me duele un pie, que yo no se qué, y entonces ya al otro día cuando el niño se levantaba me decía, no mami a mi no me dolía un pie, lo que pasa es que mi papa me decía que le dijera que me dolía un pie, porque entonces él me pegaba si yo le contaba, y mi papá, es que mi papá, yo me mantengo aburrida con él durmiendo, porque es que mi papá me hace cosas a mí, entonces el niño me contaba así y yo bueno. Entonces el día que la hija mía fue a mi casa con una amiga me llevó unas cosas de mercado con una parva y entonces yo le dije, venga hijo yo lo baño, entonces me dijo no yo no quiero que me bañe, es que a mi me duele mucho, es que yo no sé qué, yo le dije a donde, entonces el niño me decía por aquí, aquí atrás, y entonces el niño me contaba todo eso a mi, entonces el niño me decía que mantenía aburrido que porque el papá le hacía cosas, entonces yo le dije ah como así, entonces me decía yo no quiero dormir más con él, yo quiero dormir con usted, como yo no dormía con él, sino que él dormía era con el papá. Cuando eso el niño tenía 4 añitos”

(...)

Ellos dormían en la misma cama, ellos siempre han dormido juntos en la misma cama. Yo cuide el niño como cuatro meses allá en la trilladora y allá en lo que le dicen la curva cerrada como otros dos meses.

Al niño cuando yo lo bañaba le veía el penecito como muy rojo, yo no sé, y yo le preguntaba al papá que él niño porque estaría así, y decía que era por la orina, que era por fiebre o el calor, no sé”

Con esa testifical, quedó claro sí, que cuando su hija -Mary Luz García Villa- fue a visitarla a la casa donde vivía con el niño y al bañarlo comprobó que el niño se negaba porque le dolía su zona anal, la que observó enrojecida, igual que su pene, y el infante le dijo que el padre le hacía cosas, situación que fue corroborada por la misma señora García Villa¹, quien manifestó lo que escuchó de voz del menor, el cual cuando le contó lo sucedido, el infante le pidió “que no le contaran a mi papá, porque mi papá me iba a pegar, porque yo le tengo mucho

¹¹ Récord 36:51 de la diligencia de juicio oral.

miedo a mi papá”², adicionando que ella puso en conocimiento de la policía lo que estaba acaeciendo con el menor.

Asimismo, se escuchó en la vista pública al Intendente Alfonso Moreno Mancera y la comisaria de familia María Victoria Castro Restrepo, llamando la atención en la deponencia de esta última testigo referenciada, que cuando ingresa al niño al hospital de Salgar para el reconocimiento sexológico, aquel *“adopta comportamientos muy extraños, el niño inmediatamente ingresa a un mutismo, pero empieza a comportarse como un perrito, entonces empieza a morderme, a caminar como en cuatro que llamamos, como en los piecitos y en las manos, al abordarlo él médico con mucho cuidado él niño manifiesta que no puede contar las cosas malas que le hace el papá porque se lo llevan. Al abordarlo de nuevo él médico y preguntarle que donde son las cosas malas, el niño con el dedito señalaba su parte trasera, sin embargo, ese día no se logró abordar mucho más para preservar la integridad del niño, teniendo en cuenta que el comportamiento que estaba teniendo en ese momento que era un de perrito, por lo que entonces la suscrita procede a hacerle colocación el hogar de paso, mientras se busca la familia extensa y adelanta todos los trámites tendientes a la activación del código fucsia (...) el niño no verbaliza las situaciones, el niño dibuja lo que él decía que el papá le hacía, pero que no podía contar porque el papá lo castigaba y además porque se llevaban al papá”*³. Reveló que todo lo narrado quedó plasmado en la documentación correspondiente, además de una serie de entrevistas a las personas que refirieron inicialmente lo que pasaba con el menor, como quiera que con “ellas” fue más directo y les detalló mejor lo que sucedía con su padre, mientras dormían.

² Récord 50:01 de la diligencia de juicio oral.

³ Récord 16:50. Diligencia de juicio oral.

De igual modo, se informó a través del perito médico Juan Pedro Escobar Gil, que el niño en la primera consulta presentó un "mutismo severo selectivo", a la par que *"el menor en reiteradas ocasiones manifestó que no podía hablar del tema porque su padre le había hecho prometer que no podía decir nada, que él tenía que guardarle el secreto y no podría defraudar a su padre, pero cuando interrogó al paciente acerca de otros casos, pues de otros temas aparte de la cuestión para entablar cierta relación de confianza con E.S.E. para que pueda expresarse tranquilamente me responde con fluidez, con alegría, con tranquilidad, vuelvo a tratar de tratar el tema en cuestión y me encuentro ante la misma negativa, no puedo defraudar al papá, el me hizo prometer que no iba a decir nada, notó además un comportamiento extraño en el paciente, como si tuviese la necesidad de olfatear todo lo que está a su alrededor, lo cual me llama la atención, porque no es un comportamiento habitual en un paciente de su edad, el paciente no permite revisión de genitales en el primer encuentro"*⁴.

En una segunda valoración realizada por el galeno, ocho días después, halló el mismo comportamiento en el infante, el no querer hablar por la promesa que le habría hecho al padre, pero luego de exhibirle un dibujo - figura humana masculina - aunque no lo verbalizó, indicó que el padre le tocaba las nalgas y el pene, y al preguntársele sobre cuantas veces le había sucedido el hecho, manifestó que no podía hablar del tema. Al averiguar sobre, que más le hacia su papá, aquél responde que también le daba besos en el cuerpo.

Explicó el testigo perito que el hecho de no encontrar secuelas físicas no descarta la ocurrencia de un acto sexual, porque a

⁴ Récord 09:27 diligencia de juicio oral.

pesar de no encontrarse desgarros anales, ni recientes ni antiguos, se pudo haber producido una penetración con objetos de menor calibre, tipo dedo o algún otro objeto punzante.

Se escuchó, además, a la testigo perito en Psiquiatría, Dra. María Alejandra Amaya Farfán, quien manifestó de manera muy amplia, las alteraciones o caracteres sexuales que pudo tener el menor debido al medio en que se desenvuelve, por lo que en su sentir *“no es normal que un menor presente conductas, comportamientos, pensamientos o emociones sino los ha vivido, porque no hay como un menor incorpore esos conceptos por si solo, tendría que haberlos incorporado porque los vio, porque se los comentaron o porque los experimento, porque de lo contrario estas cosas no tendrían por qué presentarse a temprana edad”*. En este caso con el menor ESE había tenido conductas sexualidades con los muñecos, o usando uso *“de un muñeco teniendo su falo erecto”*.

Como conclusión, en su exposición explicó *“no encontrar en el momento en el cual estuve con él, elementos de fantasía, todavía no se estaba dando el inicio del juego simbólico esperable para un niño, hay que entender que la etapa preoperatoria en un niño va desde los 2 a los 7 años, y que ese juego fantasioso simbólico va a ser más adelante e irse construyendo con el paso del tiempo, sin embargo, como lo manifesté en el informe en el momento en que pude estar con él, no encontré elementos de fantasía, y dentro del expediente y la valoración por psicología y las historias clínicas que tenía en la foliatura tampoco se advierte sobre manipulación, mentira o fantasía del menor”⁵*

⁵ Récord 32:10 del juicio oral.

Esa anterior declaración se acompasa con la deponencia vertida por la psicóloga de la Comisaría de familia, quien avizoró afectación psicológica en el pequeño S.E.O.A, sin vislumbrar que tuviese ideaciones fantasiosas o que incursionara en el ámbito de la mentira, cuando trazó o simbolizó en el dibujo expuesto por aquella para una mayor empatía y establecer lo sucedido, los genitales del masculino y la parte anal, de la cual se quejaba dolerle, como las expresiones escuchadas por la cuidadora y otras, que no quería dormir más con su progenitor porque le “hacía cosas malas”, aspectos que se tuvieron por verídicos y que llevan a concluir a esta Magistratura, que en realidad el pequeño fue víctima de vejámenes sexuales -tocamientos indebidos en su parte anal y en el pene- por el procesado.

Bajo ese entendido, y tal como lo ha enseñado la Jurisprudencia de nuestro Órgano de Cierre⁶, las anteriores probanzas, en punto a lo valorado por cada uno de los profesionales que asistieron al infante, tienen la doble connotación de referenciales y directas; lo primero, en cuanto a las manifestaciones efectuadas por la persona entrevistada y, lo segundo, en relación con la percepción personal de lo sucedido por los profesionales en el curso de las entrevistas.

Es cierto que el testimonio del menor asistido por las profesionales respectivas, en aras de evitar cualquiera revictimización o vulneración de sus derechos fundamentales, no empecé, su corta edad, se recibió; sin embargo, no aportó

⁶ CSJ SP 934 DE 2020, Rad. 52045, reiterada en las decisiones CSJ SP2709-2018, rad. 50637; CSJ SP, 9 oct. 2019, rad. 50825.

como era de esperarse, elementos de juicio en orden a establecer qué le pudo suceder cuando vivía en la “montaña” con su progenitor, porque en su declaración se le observó jugando con los objetos que tenía en sus manos y al cuestionarse si alguien lo había tocado siempre dio respuesta negativa.

En el presente asunto, la Fiscalía optó por presentar en el juicio al menor presunta víctima del delito endilgado por manera que, durante la audiencia preparatoria, solicitó el testimonio de S.E.O.A., el cual fue decretado por el juzgador y, como es apenas obvio, no requirió la práctica de las declaraciones anteriores, como prueba de referencia, en tanto confió que el menor iría a reproducir lo que exteriorizó en exposiciones previas, no siendo necesario como lo expone la Sala Mayoritaria “la fiscalía debió desde la audiencia preparatoria solicitar como prueba de referencia las versiones del menor dados fuera de la audiencia de juicio oral a la Comisaria de Familia, a las señoras Mary Luz García Villa y Luz Mary de Jesús Villa Estrada y a los profesionales de la salud que intervinieron el caso, pues el relato dado por el niño sobre las circunstancias del hecho y el posible autor de los mismos a los antes mencionados eran testimonios de oídas”

Si bien en el juicio oral se presentó una clara situación de indisponibilidad relativa del referido testigo, evidenciada en un episodio de evidente mutismo selectivo (tal como lo determino el médico legista), en la medida que las respuestas al interrogatorio del ente acusador no tuvieron eco en el menor, guardando silencio frente a aquellos tópicos que pudieran representar alguna incriminación o exculpación respecto del procesado. Ese silencio generalizado no tiene otra explicación

que la presión que recibió, por vía indirecta, del enjuiciado, siendo claro su hermetismo.

Este panorama deja ver, con nitidez, que, en la oportunidad que S.E.O.A compareció a rendir testimonio en el juicio no estuvo realmente disponible para absolver el interrogatorio cruzado de las partes, debido a que solo respondió unas escasas preguntas en torno al tema de prueba, indisponibilidad que se pudo presentar o por el síndrome que padece, o por la manipulación indebida que sufrió por parte del procesado, las cuales fueron delatadas por el menor a Luz Mary García Villa, Mary Luz García Villa y observadas directamente por esta cuando lo abordaron acerca de lo que le sucedía, infante que le solicitó “que no le contaran a mi papá, porque mi papá me iba a pegar, porque yo le tengo mucho miedo a mi papá”^[1].

A pesar que durante el juicio, S.E.O.A negó mediante un escueto “no” que alguna persona la hubiere tocado, la sinceridad de esta negación está ciertamente en entredicho, pues la libertad con que declaró el menor se encuentra comprometida por las presiones exógenas que recibió de su padre, mismas que fueron avaladas en el fallo que revocó la decisión de primer grado.

No se puede, entonces pensar que el menor estaba inmerso en una fantasía, pues tal como lo indicó la testigo perito en Psiquiatría, Dra. María Alejandra Amaya Farfán, las alteraciones o caracteres sexuales que pudo tener el menor debido al medio en que se desenvuelve.

Y es que, en el asunto que se examina, el silencio y el lenguaje corporal evasivo del menor no son indicativos de una versión fantasiosa, sino de la comprobada manipulación de su testimonio por parte de su padre, lo cual es igualmente visible en el relato que el rindió antes las distintas personas que lo interrogaron sobre lo acaecido, en la medida que, al igual que en su primera salida procesal, se mostró renuente a dar las explicaciones del caso, negándose a precisar lo que le sucedía.

Es habitual que los niños por su misma condición, tratan de ser fieles a su familia, como se percibe ocurrió en este caso, donde el menor en algunos momentos manifestó que no podía contar lo sucedido porque traicionaba a su papá, porque aquel después le pegaba, además del miedo que le profesaba, actitud percibida por cada uno de las personas que conocieron de primera mano la situación, no obstante por algunos pasajes exteriorizó lo que su papá le hacía, esto es, la molestia que le venía causando la conducta del acusado.

Habría que agregar que las respuestas de los testigos, más de un menor que puede ser intimidado por la subordinación a la superioridad de los adultos y revictimizado al evocar un suceso que afectó su intimidad, depende también del contexto y la forma como es interrogado, máxime con los antecedentes que ya se venían presentando en el infante, sobre el negarse a contar lo sucedido.

A la luz de la jurisprudencia de la Corte Constitucional⁷ y de la Corte Suprema de Justicia⁸, se hizo hincapié en la necesidad de proteger los derechos de los niños que figuran como víctimas de delitos, especialmente cuando se trata de abuso sexual y otras conductas graves, explicando que:

Resulta diáfano que acorde con diversos tratados internacionales, la Constitución y múltiples normas contenidas en el ordenamiento interno, existe un mandato general válidamente fundado para que se garantice el restablecimiento de los derechos de los niños que hayan sido víctimas de delitos, cualquiera que sea su naturaleza y en especial aquellos contra la libertad, integridad y formación sexuales, situaciones que de suyo afectan gravemente sus derechos fundamentales ampliamente reconocidos.

Acorde con algunos de los matices de los derechos de las víctimas brevemente reseñados, donde se recalca la preponderancia no sólo del acceso efectivo a la administración de justicia, sino de la salvaguarda de la dignidad humana para prevenir la revictimización, y en consonancia con el interés superior de los menores de edad, como quedo visto, constitucionalmente y legalmente se ha recalcado la importancia de adoptar medidas dentro del proceso penal que no afecten a los niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos, en particular aquellas afligidas por execrables conductas de carácter sexual.

Bajo esos derroteros, ha sido un querer común internacional⁹ proteger a los menores de edad víctimas de delitos sexuales, atendiendo básicamente dos aspectos. En primer lugar, la corta edad de la víctima quien está en formación física y psicológica y, en segundo, la ignominiosa naturaleza de esos comportamientos sujetos a reproche penal, la cual afecta negativamente el desarrollo personal, moral y psíquico del agredido.

En tal sentido, hizo énfasis en los pronunciamientos proferidos en el plano internacional donde se resalta que los juicios por delitos sexuales pueden resultar tortuosos para las víctimas, lo que es incompatible con la obligación que tiene el Estado de brindar especial protección a los niños, principalmente cuando su edad y la naturaleza del delito hagan obligatoria la intervención en

⁷ T-117 de 2013

⁸ CSJ-SP, 28 Oct. 2015, Rad. 44056

⁹ Entre otros, el Tribunal Constitucional Español en varios pronunciamientos ha recalcado el trato preferente y cuidadoso que debe brindarse a los menores de edad víctimas de delitos sexuales, como se indicará con mayor profundidad más adelante.

bien de la protección de su dignidad, integridad y demás derechos reconocidos en el ordenamiento jurídico.

En este orden de ideas, consideró ajustado a la Constitución Política lo establecido en los tres primeros artículos de la Ley 1652 de 2013¹⁰, donde se regula la forma como debe tomarse la entrevista a los menores y se dispone que las versiones entregadas por éstos por fuera del juicio oral pueden ser admitidas como prueba de referencia, con lo que se evita su presencia en la fase de juzgamiento y, con ello, que el trámite procesal se convierta en otro escenario de victimización.

Además, la Corte Constitucional reseña las normas de carácter interno orientadas a garantizar los derechos de los niños víctimas de delitos sexuales, entre las que destaca la Ley 1098 de 2006 (Ley de Infancia y Adolescencia) y la Ley 1652 de 2013, y a renglón seguido resalta que “bajo tales supuestos, la Constitución y la ley especializada en la protección de menores de edad, imponen a la autoridad judicial tener presentes tales criterios,

¹⁰ Artículo 1°. Adiciónese el artículo 275 de la Ley 906 de 2004, Código de Procedimiento Penal, con el siguiente párrafo: También se entenderá por material probatorio la entrevista forense realizada a niños, niñas y/o adolescentes víctimas de los delitos descritos en el artículo 206A de este mismo código.

Artículo 2°. Adiciónese un artículo nuevo a la Ley 906 de 2004, Código de Procedimiento Penal, numerado 206A, el cual quedará así: Artículo 206A. Entrevista forense a Niños, Niñas y Adolescentes Víctimas de Delitos tipificados en el Título IV del Código Penal, al igual que en los artículos 138, 139, 141, 188a, 188c, 188d, relacionados con violencia sexual. Sin perjuicio del procedimiento establecido en los artículos 192, 193, 194, 195, 196, 197, 198, 199 y 200 de la Ley 1098 de 2006. por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia, cuando la víctima dentro de un proceso por los delitos tipificados en el Título IV del Código Penal, al igual que en los artículos 138, 139, 141, 188a, 188c, 188d, del mismo código sea una persona menor de edad. se llevará a cabo una entrevista grabada o fijada por cualquier medio audiovisual o técnico en los términos del numeral 1 del artículo 146 de la Ley 906 de 2004. para cuyos casos se seguirá el siguiente procedimiento: d) La entrevista forense de niños, niñas o adolescentes víctimas de violencia sexual será realizada por personal del Cuerpo Técnico de Investigación de la Fiscalía General de la Nación entrenado en entrevista forense en niños, niñas y adolescentes, previa revisión del cuestionario por parte del Defensor de Familia. sin perjuicio de su presencia en la diligencia. En caso de no contar con los profesionales aquí referenciados, a la autoridad competente le corresponde adelantar las gestiones pertinentes para asegurar la intervención de un entrevistador especializado. Las entidades competentes tendrán el plazo de un año, para entrenar al personal en entrevista forense. En la práctica de la diligencia el menor podrá estar acompañado, por su representante legal o por un pariente mayor de edad; e) La entrevista forense se llevará a cabo en una Cámara de Gesell o en un espacio físico acondicionado con los implementos adecuados a la edad y etapa evolutiva de la víctima y será grabado o fijado en medio audiovisual o en su defecto en medio técnico o escrito; f) El personal entrenado en entrevista forense, presentará un informe detallado de la entrevista realizada. Este primer informe deberá cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 209 de este código y concordantes, en lo que le sea aplicable. El profesional podrá ser citado a rendir testimonio sobre la entrevista y el informe realizado. Parágrafo 10. En atención a la protección de la dignidad de los niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos sexuales, la entrevista forense será un elemento material probatorio al cual se acceda siempre y cuando sea estrictamente necesario y no afecte los derechos de la víctima menor de edad, lo anterior en aplicación de los criterios del artículo 27 del Código de Procedimiento Penal. Parágrafo 2°. Durante la etapa de indagación e investigación, el niño, niña o adolescente víctima de los delitos contra la libertad, integridad y formación sexual, tipificados en el Título IV del Código Penal, al igual que en los artículos 138, 139, 141, 188a, 188c, 188d, del mismo código, será entrevistado preferiblemente por una sola vez. De manera excepcional podrá realizarse una segunda entrevista, teniendo en cuenta en todo caso el interés superior del niño, niña o adolescente.

Artículo 3°. Adiciónese al artículo 438 de la Ley 906 de 2004, un literal del siguiente tenor: e) Es menor de dieciocho (18) años y víctima de los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales tipificados en el Título IV del Código Penal, al igual que en los artículos 138, 139, 141, 188a, 188c, 188d, del mismo código.

entre otros, de modo que se garantice la satisfacción de sus intereses y se evite ponerlos en riesgo frente a eventuales nuevos actos de agresión”.

Así, es claro que en los planos legislativo y jurisprudencial, desde hace varios años existe consenso frente a la necesidad de evitar que en los casos de abuso sexual los niños sean nuevamente victimizados al ser interrogados varias veces sobre los mismos hechos y, principalmente, si son llevados como testigos al juicio oral, lo que puede convertir para ellos el procedimiento en el escenario hostil a que hacen alusión el Tribunal Constitucional de España y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en las decisiones citadas por la Corte Constitucional en la sentencia C-177 de 2014 atrás referida¹¹.

A pesar de la tendencia proteccionista ampliamente desarrollada por la jurisprudencia en las sentencias atrás referidas, es posible que el niño víctima de abuso sexual sea presentado como testigo en el juicio oral, tal y como sucedió en el caso que ocupa la atención de la Sala. Ante situaciones como esta, cabe preguntarse si las declaraciones rendidas por el menor antes del juicio oral son admisibles como prueba para todos los efectos. La Sala considera que sí, por las siguientes razones:

En primer término, por la vigencia del principio pro infans, de especial aplicación en atención a la corta edad de la víctima y la naturaleza de los delitos investigados, tal y como se destaca en la jurisprudencia atrás referida. Aunque el principal efecto de la aplicación de este principio es que el niño no sea presentado en el juicio oral, el mismo adquiere especial relevancia cuando el menor es llevado como testigo a este escenario, porque una decisión en tal sentido incrementa el riesgo de que sea nuevamente victimizado y, en consecuencia, obliga a los funcionarios judiciales a tomar los correctivos que sean necesarios para evitarlo.

Lo anterior por cuanto es posible que para el momento del juicio oral el niño no esté en capacidad de entregar un relato completo de los hechos, bien porque haya iniciado un proceso de superación del episodio traumático, porque su corta edad y el paso del tiempo le impidan recordar, por las presiones propias del escenario judicial (así se tomen las medidas dispuestas en la ley para aminorarlo), por lo inconveniente que puede resultar un nuevo interrogatorio exhaustivo (de ahí la tendencia a que sólo declare una vez), entre otras razones. Todo esto hace que su disponibilidad como testigo sea relativa, razón de más para concluir que las declaraciones rendidas antes del

¹¹ La Corte hizo alusión, entre muchas otras, a la sentencia C57 del 11 de marzo de 2013, emitida por el Tribunal Constitucional de España, donde se relaciona la línea del tribunal ibérico sobre este aspecto. Además, trajo a colación varios pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, entre ellos el emitido en el caso Gani contra España.

juicio son admisibles bajo los requisitos y limitaciones propios de la prueba de referencia.

Lo contrario sería aceptar que el niño víctima de abuso sexual, presentado como testigo en el juicio oral (en contravía de la tendencia proteccionista ya referida), esté en una situación desventajosa frente a otras víctimas que, en atención a su edad y a la naturaleza del delito, fueron interrogados una sola vez, generalmente poco tiempo después de ocurridos los hechos, y su declaración fue presentada como prueba de referencia, precisamente para evitar que fueran nuevamente victimizados.

Por lo tanto, la Sala concluye que las declaraciones rendidas por fuera del juicio oral por un niño víctima de abuso sexual, son admisibles como prueba, así el menor sea presentado como testigo en este escenario.

Asimismo, en lo que se refiere a la garantía constitucional consagrada en el artículo 33 de la Carta Política y a la entrevista forense del menor víctima de delitos sexuales, se apuntaló:

La Jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia ha reconocido que la garantía constitucional consagrada en el artículo 33 Superior constituye una prebenda procesal del imputado que implica para quien va rendir el testimonio que el funcionario judicial haga la advertencia de la garantía instituida a favor del procesado, pero sobre todo que no se obligue a declarar en consideración a los lazos familiares, actividades profesionales y al derecho de no autoincriminarse. el deber que imponen la Constitución y la Ley, que debe ser cumplido por el funcionario judicial al momento de recepcionar el testimonio es el de no obligar, constreñir, forzar, presionar u obligar al testigo a declarar en contra de las personas contenidas en el artículo 33 Superior. Por consiguiente, lo trascendente es que durante el acto judicial no sea transgredido el derecho fundamental, vale decir, que se respete la garantía. Por consiguiente, el alcance de la excepción al deber de declarar, la Corte Suprema tiene por sentado que lo fundamental, para garantizar su cabal respeto, es no obligar a la persona a testificar, sino velar porque lo haga en forma libre y voluntaria, razón por la cual no resulta trascendente el olvido de ponerle de presente el derecho a no declarar.

ENTREVISTA FORENSE DEL MENOR VICTIMA DE DELITOS SEXUALES-
Declaración libre y espontánea del menor sobre los hechos materia de investigación

La entrevista forense a la víctima en el proceso penal es un elemento central al inicio de la actividad investigativa, ya que de

la información obtenida de esta fuente primaria, la autoridad judicial se podrá formar una visión de los hechos, las personas que participaron, las posibles motivaciones y un sinnúmero de antecedentes que le servirán para comenzar a desarrollar hipótesis de trabajo, y con ellas dar las instrucciones preliminares a los organismos auxiliares para que se efectúen las primeras diligencias investigativas. El objetivo de llevar a cabo una entrevista es obtener información veraz, en tiempo, modo y lugar de los hechos motivos de investigación esto debe llevarse a cabo dentro de un ámbito de respeto y dignidad, en el que se tenga en cuenta por el entrevistador el nivel de desarrollo cognoscitivo, lingüístico, de razonamiento, de conocimiento y emociones del niño, entendiéndolo la prioridad que tienen los derechos de los niños. Es evidente que la diligencia de entrevista, interrogatorio y conainterrogatorio arrojan datos significativos que demuestran las condiciones clínicas en las que quedó el menor-víctima por causa del delito consumado contra su humanidad, se evalúan sus miedos, temores, angustias, sueños, pesadillas, desafectos y trastornos a nivel sexual, entre múltiples situaciones, por lo cual requiere de una ambiente especial y favorable acorde con los principios del interés superior del menor. Es por ello que se requiere de pautas constitucionales y legales, que en determinados eventos se hace necesario valorar con plenos efectos las entrevistas o versiones rendidas previamente, dado el daño que puede causar obligar a que el menor acuda a la audiencia (aún con las posibilidades de Cámara Gesell y la mediación de profesionales que los asistan) o se le pida recordar el evento traumático.

En suma, es claro que los testimonios de los testigos de cargo se convierten en referenciales frente a los actos ejecutivos constitutivos del punible, pero no fueron utilizados por la Juez para probar esos hechos, sino para analizar la coherencia externa de lo que en su momento exteriorizó el menor, al dar cuenta de manera directa de la forma como asumieron la revelación de la conducta delictiva y todo lo que surgió alrededor de esa situación, sin que se aprecie yerro alguno en la valoración de la prueba.

No en vano se ha dicho que la sana crítica impone al juzgador la carga de ponderar la trascendencia de lo relatado frente a

los elementos centrales del hecho percibido, presentándose en este caso uniformidad, entre aquello que el menor exteriorizaba y lo percibido de manera directa por los testigos de cargo, como por ejemplo, el que el menor reiterara que no podía decir nada, que le tenía miedo a su papá, o su mutismo selectivo cuando se le tocaba el tema de su progenitor, o como explicar los gritos que escuchaba la señora Luz Mary García Villa quien comunicó mientras dormía en la sala de la vivienda, padre e hijo lo hacían en una cama de la habitación y escuchaba en las madrugadas llorar al niño a media noche, y al preguntarle al día siguiente sobre el por qué lloraba el padre decía que le dolía un pie, no obstante, cuando bañaba al niño le veía la zona anal rojiza, señalaba que le dolía, confesándole que su padre le hacía cosas; o cuando se advirtió por parte de la Psiquiatría, Dra. María Alejandra Amaya Farfán, el menor tenía conductas sexualidades con los muñecos, o usando uso “de un muñeco teniendo su falo erecto”; o lo vivido directamente por el galeno Juan Pedro Escobar Gil, quien al examinarlo presentó un “mutismo severo selectivo”, a la par que *“el menor en reiteradas ocasiones manifestó que no podía hablar del tema porque su padre le había hecho prometer que no podía decir nada”*.

Por eso es necesario que el fallador, al momento de apreciar el testimonio, determine cuáles son esos elementos principales que serán invariables y cuáles son los agregados. Esa es una realidad ya indagada en los procedimientos legales que a nadie debe sorprender, lo importante es que las pruebas analizadas en su conjunto arrojen certeza racional con respecto a la

responsabilidad del implicado y que la misma sea más allá de toda duda razonable.

Ahora bien, si la fiscalía construye una hipótesis que explique con suficiencia el comportamiento del acusado como punible y que no logró ser refutada dentro de su esencia lógica, ni luego de ser cotejada con todos los medios de prueba, es obvio que la aplicación del principio de duda a favor del reo no procederá.

Como ello no se presentó en el caso en cuestión, la consecuencia necesaria debió ser la condena del acusado.

Con estos respetuosos planteamientos dejo sentado mi salvamento de voto.

Con respeto,

Nancy Ávila de Miranda

**NANCY ÁVILA DE MIRANDA
MAGISTRADA**

TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA DE DECISIÓN PENAL

Medellín, ocho (08) de noviembre de dos mil veintitrés (2023)

Proyecto discutido y aprobado en sesión de la fecha, Acta 239

PROCESO: 05 192 61 00100 2014 80158 (2021 0790)
DELITOS: ESTAFA
ACUSADOS: OLIVERIO DE JESÚS ARBOLEDA MONSALVE
PROVIDENCIA: SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

La Sala procede a resolver lo pertinente frente al recurso de apelación interpuesto por la defensa del procesado, en contra de la sentencia del 30 de abril de 2021 emitida por el Juzgado Promiscuo Municipal de Santo Domingo (Antioquia), mediante la cual condenó al señor OLIVERIO DE JESÚS ARBOLEDA MONSALVE por hallarlo responsable del delito de ESTAFA.

ANTECEDENTES

Se dice en las diligencias que el 21 de julio de 2014, siendo las 05:30 horas, el señor OLIVERIO DE JESÚS ARBOLEDA MONSALVE le canceló al señor NELSON HUMBERTO LÓPEZ SIERRA, la suma de \$13.350.000 en billetes de \$50.000 falsos, como producto de un negocio de ganado, cuando acordaron la venta de varias novillonas y terneros por dicho valor.

Por estos hechos, el 11 de septiembre de 2017, ante el Juez Promiscuo Municipal de San Roque (Antioquia) fue realizada audiencia en la cual se declaró persona ausente al señor OLIVERIO DE JESÚS ARBOLEDA MONSALVE. El 9 de octubre de 2018, conforme con la ley 1826 de 2017, la Fiscalía entregó el traslado del escrito de acusación al apoderado judicial del implicado.

El proceso pasó al Juzgado Promiscuo Municipal de Santo Domingo (Antioquia) en donde la audiencia concentrada fue celebrada el 19 de febrero de 2019. El juicio oral se desarrolló los días 10 de marzo de 2020 y 2 de febrero de 2021.

LA DECISIÓN OBJETO DE ALZADA

El A quo consideró que la Fiscalía logró demostrar más allá de toda duda, la responsabilidad penal del acusado por el delito de Estafa.

Señaló que con las pruebas allegadas se vislumbra claramente la actitud asumida por el acusado toda vez que, por medio de artificios o engaños, indujo a la víctima a que le vendiera el ganado, con la falsa promesa de que le pagaría de contado y valiéndose de engaños, procedió a pagar el ganado con un dinero falso, aprovechando la oscuridad del día (5 a.m.) y de la ingenuidad y confianza depositada en él por el vendedor.

Agregó que lo esgrimido por la defensa no es de recibo, pues el principio de la mismidad fue debidamente demostrada frente al dinero entregado a la Fiscalía como el que fue entregado para el estudio al experto documentólogo, conservando en todo el proceso la respectiva cadena de custodia.

LA IMPUGNACIÓN

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

Manifiesta que, dentro del debate probatorio en audiencia del juicio oral, la Fiscalía no logró acreditar la mismidad de los billetes que entregó el denunciante al momento de formular denuncia en las instalaciones de la SIJIN del municipio de Cisneros y los que fueron objeto de experticio técnico por parte del intendente Heider López Robles en informe de fecha 30 de septiembre de 2014, porque:

Al momento de declarar el señor Nelson Humberto López en audiencia de juicio oral dijo que entregó los billetes, sin indicar cuántos y el número de serie de los mismos.

A lo largo del debate probatorio, la Fiscalía no practicó prueba alguna que estableciera quién recibió los billetes que fueron objeto de la prueba técnica, cuántos billetes recibió, ni los números de serie de los mismos.

No es cierto que la perito documentóloga Alejandra Restrepo haya recibido por parte del intendente Heider López Robles el informe de laboratorio 0028, ya que en la declaración rendida en juicio oral manifestó que en el mes de marzo de 2020 recibió un correo electrónico donde la citaban para que expusiera el informe rendido por el intendente Eider López, porque éste se encontraba pensionado, e igualmente también declara que solicitó una copia del informe al archivo el cual le fue entregado.

No es cierto que la perito haya declarado que se conservaron todos los protocolos de cadena de custodia de los billetes, pues en ningún momento dentro del interrogatorio rendido ante la Fiscalía se menciona la palabra cadena de custodia, ni se hace alusión alguna a ese tema.

Valora el fallador una prueba que no fue introducida al juicio oral como es rótulo de la cadena de custodia, pues en ningún momento del interrogatorio rendido por la perito se mencionó la palabra rótulo de cadena de custodia, ni mucho menos se introduce como prueba documental por intermedio de la perito.

En ningún momento del debate probatorio en audiencia de juicio oral, la Fiscalía aborda el tema de la cadena de custodia para probar la mismidad de los billetes que entregó la víctima al momento de presentar su denuncia y los que fueron objeto de peritaje.

2. La señora Fiscal 041 Local, como sujeto no recurrente sostiene que:

Bajo los principios de publicidad, contradicción e inmediación se dio el debate probatorio. La defensa en su oportunidad guardó silencio, no contrainterrogó al perito, ni objetó o se opuso, ni contradijo testimonio alguno.

La perito fue muy clara en señalar que tuvo conocimiento del caso en el año 2020 cuando fuera citada para el juicio, momento en el cual solicitó copia del informe del análisis de los billetes, por eso con toda propiedad, durante el juicio, refirió cuál fue el elemento analizado por el laboratorio para la época de los hechos, en qué condiciones ingresó al laboratorio. Es decir, se refirió a un total de 267 billetes allegados a

la sección de documentología y analizados con todas las técnicas de rigor. Se logró introducir como prueba número 1 de la Fiscalía, el informe de laboratorio de fecha 30 de septiembre de 2014 signado por el INT. HEIDER LÓPEZ ROBLES a través del cual en el acápite número 2 se aborda el tema de la forma en qué fue allegado el elemento “debidamente embalado y rotulado con su respectiva cadena de custodia”.

Con el testimonio del perito quedó demostrado que efectivamente los 267 billetes allegados a su dependencia para estudio documentológico a través de la SIJIN y los cuales fueron entregados por la misma víctima durante su acto de denuncia, resultaron no tener ninguna característica de originalidad y autenticidad. La perito narró que con el número de noticia criminal solicitó el informe al archivo.

Solicita confirmar la sentencia de primera instancia.

CONSIDERACIONES

El problema jurídico planteado en esta ocasión se limita a determinar si la Fiscalía arrimó o no al juicio oral, prueba suficiente para obtener un conocimiento más allá de toda duda sobre la ocurrencia del hecho y la responsabilidad del acusado.

Para el A quo, las pruebas practicadas permiten afirmar la comisión del delito de Estafa por parte del señor Oliverio de Jesús Arboleda Monsalve. En tanto, el recurrente sostiene que la Fiscalía no logró acreditar la mismidad de los billetes que entregó el denunciante al momento de formular la denuncia en las instalaciones de la SIJIN del

municipio de Cisneros con respecto a los billetes que fueron objeto de análisis pericial. Por tanto, considera que no se demostró la ilicitud.

Para resolver, la Sala escuchó atentamente los registros de lo ocurrido en el juicio oral y pudo concluir que al señor defensor no le asiste razón en su crítica frente a la sentencia objeto del recurso de apelación.

El Ente Acusador se comprometió a demostrar que el señor Oliverio de Jesús Arboleda Monsalve obtuvo provecho para sí con perjuicio ajeno, al inducir en error por medio de artificios y engaños al señor Nelson Humberto López Sierra, logrando que éste le entregara un ganado por valor de \$13.350.000, al simular un pago y entregarle 267 billetes falsos.

Tales hechos fueron claramente demostrados en el juicio con los testimonios de la víctima, Nelson Humberto López Sierra, su hermano, Conrado Antonio López Sierra, y su cuñado Óscar Hernán Castrillón Madrid, quienes tuvieron conocimiento directo de la comisión de la ilicitud, pues recibieron la propuesta del señor Oliverio de Jesús para venderle el ganado y personalmente se lo entregaron en horas de la madrugada cuando el acusado simuló el pago y entregó la suma de \$13.350.000 pesos, en billetes de \$50.000 que resultaron falsos.

Los testigos a las pocas horas se dieron cuenta de que los billetes eran falsos y el señor Nelson Humberto López manifestó que fue a una cooperativa para consignar parte de ese dinero y comprobar su autenticidad y allí claramente le señalaron que los billetes no servían y por ello formuló la respectiva denuncia.

Estas declaraciones fueron claras, circunstanciadas, coherentes y contundentes en señalar al señor Oliverio de Jesús como el autor de la conducta punible, quien se aprovechó de la confianza en él depositada, por el conocimiento que ellos tenían de su persona y actividades en la vereda, al igual que aprovechó la hora de la madrugada para que la víctima no alcanzara a distinguir bien los billetes que le estaba entregando como forma de pago. Incluso, los testigos expresan que pocos días después ubicaron al señor Oliverio, quien simplemente se comprometió a pagarles el ganado y luego desapareció de la región.

Por lo anterior, ninguna duda existe sobre la ocurrencia de la ilicitud y la responsabilidad penal del acusado.

Ahora, el señor defensor en sus alegatos critica la actividad probatoria de la Fiscalía, porque no preguntó a la perito sobre la cadena de custodia de los billetes objeto de la experticia y porque tampoco acreditó el número y serie de los billetes que la víctima entregó al formular la denuncia y menos, quién se los recibió en las instalaciones de la policía judicial. Pero olvida el togado que la autenticidad de las evidencias no solo se demuestra con el protocolo de la cadena de custodia, sino que por la libertad probatoria que rige en nuestro sistema procesal penal, cualquier otro medio sirve para tal objetivo, incluso, prueba indiciaria. Y en el presente caso, el señor Nelson Humberto López Sierra fue muy claro en señalar que entregó la suma de \$13.350.000 en billetes de \$50.000 a la policía judicial y fue por solicitud de la policía judicial de Cisneros que el perito Heider López Robles rindió su dictamen dirigido a un funcionario de la policía judicial de ese municipio, en el proceso con Código Único de Investigación que identifica a este asunto, y en el que consta que analizó 267

billetes en denominación de \$50.000, eso es, exactamente la cantidad de supuesto dinero que fue entregado por la víctima para el estudio.

En consecuencia, se 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, resuelve **CONFIRMAR** la sentencia de fecha, naturaleza y origen atrás indicados, conforme a lo anotado en la parte motiva de esta providencia.

Conforme con lo anunciado en la parte motiva de esta providencia, se declaran desiertos los recursos interpuestos y que no fueron sustentados.

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

CÓPIESE, CÚMPLASE Y DEVUÉLVASE

EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA
Magistrado

NANCY ÁVILA DE MIRANDA
Magistrada

(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: **4f44e06e2f46ab6142ad3a60a4c515471f362ef1f6928f72a9198b45012c7bd6**

Documento generado en 09/11/2023 02:12:55 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, ocho (08) de noviembre de dos mil veintitrés (2023)

Proyecto discutido y aprobado en sesión de la fecha, Acta 239

PROCESO: 05 034 60 00323 2019 00096 (2023 1910)

DELITOS: CONCIERTO PARA DELINQUIR

EJERCICIO ILÍCITO DE ACTIVIDAD

MONOPOLISTICA DE ARBITRIO RENTÍSTICO

ACUSADOS: HERNANDO ANTONIO ARIAS BEDOYA

LUZ HELENA ATEHORTÚA BEDOYA

GLADYS ELENA MONTOYA

BREIDER ALONSO ARIAS ATEHORTÚA

JINETH ALEXANDRA GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ

PROVIDENCIA: SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

La Sala procede a resolver lo pertinente frente al recurso de apelación interpuesto por la defensa de los procesados HERNANDO ANTONIO ARIAS BEDOYA, LUZ HELENA ATEHORTÚA BEDOYA, BREIDER ALONSO ARIAS ATEHORTÚA Y JINETH ALEXANDRA GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, en contra de la sentencia del 22 de septiembre de 2023 emitida por el Juzgado Penal del Circuito de Andes (Antioquia), mediante la cual condenó a HERNANDO ANTONIO ARIAS BEDOYA, LUZ HELENA ATEHORTÚA BEDOYA, GLADYS ELENA MONTOYA, BREIDER ALONSO ARIAS ATEHORTÚA y JINETH ALEXANDRA GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ al hallarlos responsables de los delitos de CONCIERTO PARA DELINQUIR y EJERCICIO ILÍCITO DE ACTIVIDAD MONOPOLÍSTICA DE ARBITRIO RENTÍSTICO.

ANTECEDENTES

Se dice en las diligencias que desde noviembre de 2019 con cierta permanencia en el tiempo se estructuró una organización delictual, dedicada a la comercialización de rifas ilegales en el suroeste antioqueño con asiento la localidad de Andes, Antioquia, hasta el 24 de septiembre de 2020 cuando fueron capturados los ciudadanos HERNANDO ANTONIO ARIAS BEDOYA, LUZ HELENA ATEHORTÚA BEDOYA, GLADYS ELENA MONTOYA, BREIDER ALONSO ARIAS ATEHORTÚA y JINETH ALEXANDRA GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, miembros de esa organización al margen de la ley.

Por estos hechos, el 25 de septiembre de 2020, ante el Juez Primero Promiscuo Municipal de Andes (Antioquia) fueron celebradas las audiencias de legalización de captura, formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento. En esa oportunidad los procesados aceptaron los cargos endilgados.

El proceso pasó al Juzgado Penal del Circuito de Andes (Antioquia), en donde el 22 de septiembre de 2023 se dictó la sentencia condenatoria.

LA DECISIÓN OBJETO DE ALZADA

El A quo encontró sustento para emitir un fallo condenatorio, teniendo en cuenta los elementos materiales probatorios presentados por la fiscalía y la aceptación de cargos que hicieran los procesados.

Y en lo que interesa para desatar la alzada, consideró que por tratarse de aceptación de cargos basta con un mínimo inferencia de autoría y tipicidad, el cual se tiene colmado y la retractación solo es viable ante vulneración de garantías fundamentales o vicios del consentimiento. La defensa en ningún momento dio un argumento serio de cara a desdecir de la legitimidad en cuanto al allanamiento, el cual se dio con la cabal aquiescencia de la labor defensiva antecedente y bajo una debida orientación y asesoramiento de todos y cada uno de los imputados. No se advirtió en el primigenio control del allanamiento afectación alguna de derechos en lo que a la debida información en torno a las prerrogativas que en términos del artículo 8º procedimental, le asistían a los imputados. También observó que la pena de multa si fue mencionada por la Fiscalía en la imputación y el ofrecimiento de una rebaja de pena por el allanamiento.

LA IMPUGNACIÓN

El señor defensor de los procesados, inconforme con la decisión, interpuso y sustentó oportunamente el recurso de apelación.

En resumen, sus argumentos son los siguientes:

- Se vulneró el debido proceso por afectación sustancial y vulneración al derecho de defensa ante la falencia de hechos jurídicamente relevantes por su indebida construcción y falta de elementos dogmáticos del tipo del concierto para delinquir y ausencia de

elementos materiales dogmáticos directos frente al sujeto activo del tipo penal descrito en el artículo 312 del Código Penal.

- Se desconoció la línea jurisprudencial existente, pues el señor Fiscal al momento de verbalizar los hechos jurídicamente relevantes divagaba, generándose una actuación en abstracto, pues nunca particularizó en tanto del delito de concierto para delinquir, ni del ejercicio ilícito de actividad monopolística de arbitrio rentístico. Es deber de la Fiscalía hacer denotar las circunstancias de tiempo, modo y lugar de la ocurrencia de los hechos. La Fiscalía se apartó del estricto reclamo legal y jurisprudencial, pues se dedicó a dar a conocer los elementos con los que contaba, la información legalmente obtenida y la forma en génesis como se dio la apertura del proceso de indagación. Sustentó su intervención en esos elementos y hechos meramente indicadores, que le daban a conocer que existía en el Suroeste Antioqueño, especialmente en el municipio de Andes (Antioquia) un grupo de personas que se dedicaban a la venta de rifas, pero no delimitó como lo exige la ley y la jurisprudencia, estos hechos jurídicamente relevantes, pues por más que indica que dichos eventos de ventas de rifas se daban desde el mes de diciembre de 2019 al 24 de septiembre de 2020, adolece la intervención por la referencia puntual de circunstancias de tiempo modo y lugar, además de especificaciones mínimas que le permitieran a los procesados en atención a su defensa material y técnica poderse defender de lo endilgado. La información dada fue ambigua y abstracta, además de confusa. No se entiende cual fue la participación de cada uno de ellos en el punto del delito de concierto para delinquir y del tipo del artículo 312, ya que se hizo en su momento fue una relación de unos hechos indicadores de cómo funcionaba la venta de rifas sin precisar cuál o cuáles y de estas eran adelantadas por los encartados, incluso de

manera desordenadas, al punto que dos de los defensores de algunos procesados en ese momento, reclamaron claridad frente a los dos tipos penales imputados en atención a un visible y posible non bis in ídem.

- Pretende que se decrete la nulidad de lo actuado desde la audiencia de imputación de cargos.

- Hubo un indebido ofrecimiento en la audiencia de imputación de cargos que llevó a la aceptación de cargos vía allanamiento.

- No hubo claridad a efectos de la aceptación de cargos sobre la pena de prisión del delito, la pena de multa y los márgenes de movilidad de punibilidad definitiva de cada pena principal.

- Tanto el debido proceso como la defensa técnica se vieron afectados con la aceptación temprana de los cargos, pues si la defensa hubiese auscultado en los elementos que se trasladaron y con los que la Fiscalía soportaba su teoría acusatoria, se hubiese podido determinar sin lugar a dudas la insuficiencia probatoria de éstos. No se busca retractar la aceptación de cargos por estrategia y sin fundamento, sino simplemente ajustar a lo prometido erróneamente en audiencia de imputación. La defensa, la Fiscalía y el mismo Despacho con función de control de garantías estaban en la obligación de dejar claro la consecuencia final de dicha aceptación, no solo en la merma punitiva de la pena principal de prisión, sino de la indiscutible sanción con pena de multa y en qué margen porcentaje podía llegar a presentarse.

- No se dejó claro a los procesados que se iba a dar una sanción de multa. El Fiscal de turno y la Juez de control de garantías lo establecieron en grado de “posibilidad” y que hoy en la sentencia está en grado de realidad.

- Se hace necesario decretar la nulidad, pues no se dejó claridad que la multa era una pena principal y que no se daría en grado de posibilidad, sino como cierta y que esta tendría la misma consecuencia de merma o parecida a la que el juez de conocimiento le diera a la pena de prisión. Si se les hubiera explicado no habrían aceptado los cargos o se hubiesen programado mental, social y/o económicamente para ello.

- No es un mero formalismo, pues la consecuencia de la aceptación de cargos sustentada en un equívoco ofrecimiento, no es un simple formalismo capaz de subsanarse con una simple explicación. Se les dio a entender que la pena de multa no se impondría o que posiblemente se impondría, lo cual no es posible, pues esa posibilidad no existe al tener el tipo penal del artículo 312 del Código Penal pena de multa.

- En forma subsidiaria solicita se impruebe la aceptación de cargos y se declare nula la sentencia, para que la Fiscalía continúe con el desarrollo de la acción penal.

- Se pregunta si los elementos probatorios o de prueba allegados por el ente acusador y valorados por el A quo traen consigo la clara realidad fáctica y el alcance probatorio para derruir el principio de la presunción de inocencia de los procesados, más aún si con el valor

probatorio de estos elementos se decanta el estándar probatorio exigible para condenar a un ciudadano.

- La sentencia está impregnada de un vicio en la actividad judicial representado en un error de hecho en atención a que la decisión tomada, dista de la valoración clara, lógica y palpable de pruebas con suficiencia, pues se deriva de la insuficiente demostración de la verdad por parte del sujeto activo, asimismo por falta de elementos de juicio de prueba idóneos, pues lo único que es evidente en el proceso es la apatía y ausencia total de actuación investigativa por parte del Ente Acusador que llevasen a establecer la realidad de ocurrencia de los hechos que originaron la decisión judicial, hechos que desde su inicio fueron inadvertidos. Se cuenta con informes de investigador de campo que dan cuenta de una labor de inspección a procesos judiciales y otras actuaciones sin vinculación clara y directa de sus defendidos en el delito, además de entrevistas que hasta donde pudo visualizar la defensa, deja ver a testigos que en nada relacionan a sus defendidos, por el contrario, indican no saber muchas eventualidades. Se deja ver en un proceso información derivada de fuentes no formales, información que al igual que las pruebas de referencia no cumplen con el estándar exigido para derruir la presunción de inocencia del procesado.

- La decisión recurrida adolece de principio a fin de las condiciones mínimas de la motivación judicial. Se muestra meramente formal, suplida con indicaciones breves que referencian la posible ocurrencia de unos hechos, que se insiste no alcanzan a establecerse como hechos jurídicamente relevantes. Se observa seria disparidad con la línea constitucional, legal y jurisprudencial ampliamente decantada para que se condene ante cualquier tipo de evento conductual infractor

de la ley y más en los casos específicos del presumible delito que se juzgaba, disparidad que aleja la decisión de la motivación material.

- Adolece la decisión de dos implicaciones necesarias al momento de motivar completamente la decisión, esto es, la justificación inter y la justificación externa, pues la conclusión en nada imprime el resultado derivado de la aplicación de premisas del silogismo, así como de la elección de premisas de las cuales derivó su conclusión. La decisión se aleja claramente de la coherencia, pues no se muestra lógica en su resultado. El ente acusador fijó el objeto del litigio en unas particularidades no probadas y en consecuencia las dio el A quo por probadas, lo que muestra un sesgo en la decisión del fallador.

- Sostiene que condenar a sus representados imponiéndoles una pena principal de multa frente a la que se les clarificó iba a estar en su sentencia y la consecuencia de ello, o como es el caso, habiéndoles indicado que esta se daría en el presupuesto de posibilidad, ubica al juez en una sanción no acorde con lo negociado y prometido por el Ente Acusador y confirmado judicialmente en audiencia preliminar, dejando en una desventaja de comprensión y reacción frente a las consecuencias de aceptar anticipadamente los cargos.

CONSIDERACIONES

En primer lugar, debe advertirse que el Juzgado de Control de Garantías en donde se desarrollaron las audiencias preliminares no remitió todos los audios de dichas piezas procesales, pues cuando la Sala constató los registros pudo percibir que no quedó grabado parte

de lo actuado (a pesar de solicitar su complementación, lo pedido no pudo ser atendido por el juzgado de instancia). No obstante, esta irregularidad resulta intrascendente, pues no se discute que las audiencias en todos sus componentes fueron realmente celebradas y el acta correspondiente suscrita por la Juez, certifica claramente lo ocurrido, lo cual no es discutido por ninguna de las partes.

Ahora, en cuanto a lo que es tema del recurso de apelación, la Sala pudo constatar que los registros correspondientes existen y pudieron escucharse en su totalidad, por lo cual no existe ningún impedimento para desatar el recurso de alzada dando respuesta de fondo a cada una de las inquietudes del recurrente.

El problema jurídico planteado en esta ocasión invita a la Sala a analizar varios temas: Los hechos jurídicamente relevantes informados por la Fiscalía al momento de realizar la imputación; el ofrecimiento que realizara el Ente Acusador y los imputados para la decisión de aceptar o no los cargos y la información que se les suministró; los elementos materiales probatorios presentados como evidencia mínima para soportar el allanamiento a cargos; y la motivación de la sentencia.

1. Los hechos jurídicamente relevantes:

El recurrente sostiene que la Fiscalía no cumplió con la línea jurisprudencial existente sobre el tema y por tanto, no realizó una adecuada relación de los hechos jurídicamente relevantes. Obvió señalar cuál fue el papel que cada uno de los procesados realizó en las conductas punibles que le fueron imputadas y le faltó claridad en muchos aspectos.

Para resolver, la Sala escuchó atentamente los registros de lo ocurrido en la audiencia de formulación de imputación y de una vez dirá que al señor defensor de los procesados no le asiste razón en sus críticas, porque se pudo constatar que el Ente Acusador cumplió cabalmente con la tarea de informar de una manera sucinta y con un lenguaje comprensible los cargos objeto de imputación. Tanto así que todas las partes intervinientes manifestaron que entendieron claramente los hechos y la calificación jurídica realizada. Los procesados tuvieron la asesoría de sus defensores y a viva voz expresaron que entendieron los cargos formulados. Si bien los defensores presentaron a modo de crítica su entendimiento en cuanto a que podía vulnerarse el principio de la non bis in ídem, la situación fue explicada y aclarada en el transcurso de la diligencia.

El señor Fiscal si bien hizo alusión a elementos materiales probatorios y medios de conocimiento no expresó su contenido específico, sino que los señaló para indicar cómo se obtuvo el conocimiento de los hechos que estaba narrando. Y si bien se extendió en explicaciones innecesarias, en lo sustancial dejó claros todos y cada uno de los hechos jurídicamente relevantes, esto es, las conductas que se adecuan a los tipos penales imputados y las circunstancias de tiempo, modo y lugar suficientes para el entendimiento de lo imputado.

Habló de una organización, un grupo de personas que acordaron la comisión de delitos, concretamente el delito de ejercicio de actividad monopolística de arbitrio rentístico, y específicamente la actividad de hacer rifas sin las autorizaciones correspondientes. Actividad realizada por un grupo de personas (30 o 40) en forma repetida en el tiempo, esto es con periodicidad, comercializando diferentes rifas en el Suroeste Antioqueño, con ejecución permanente en el tiempo, esto es,

son rifas establecidas en forma constante en los diferentes municipios, con nombres como antioqueñita, bono de fortuna, con fechas y premios establecidos Explicó que la organización estaba liderada por el señor HERNANDO ANTONIO ARIAS BEDOYA, a quien se le conoce como el patrón.

Indicó que los dineros obtenidos por las ventas de las boletas correspondientes a las rifas se recaudaban en diferentes sitios y se llevaban al señor Hernando Arias.

Frente al tiempo de realización de las conductas, señaló que la Fiscalía lo limitada desde el momento en que se tuvo la información en el año 2019, específicamente en diciembre, y hasta el momento de las capturas de los procesados.

Agregó que los hermanos Arias Atehortúa y sus esposas enviaban el material (las boletas de las rifas impresas) desde Medellín a los municipios para comercializar las boletas, esto es, hacer las rifas ilegales.

El señor Fiscal dejó claro que las personas a quienes les estaba imputando en este momento las conductas punibles, eran las cabezas de la organización y tenían vendedores a su cargo, se encargaban de la distribución por zonas del material para la comisión de la ilicitud.

El señor Fiscal también explicó en qué consistía cada una de las conductas punibles enrostradas y por qué se imputaba dos ilicitudes, el concierto para delinquir y el ejercicio de actividad monopolística de arbitrio rentístico. Calificó las conductas y leyó los tipos penales correspondientes para el conocimiento de los imputados.

Por ello, para la Sala es claro que el acto de imputación se realizó conforme con los presupuestos de ley y los hechos jurídicamente relevantes fueron debidamente delimitados, pues para el delito de concierto para delinquir bastaba con señalar la existencia de un grupo de personas que acuerdan cometer delitos indeterminados, esto es, con vocación de permanencia en el tiempo. Incluso, no se requiere que cometan ningún delito para que el hecho punible se estructure. Frente a este hecho se señaló con claridad quienes conformaron el acuerdo y el tiempo durante el cual estuvieron ejecutando el objeto del pacto, esto es, desde diciembre de 2019 hasta las capturas de los procesados. Y frente al otro delito, se dijo en forma concreta en qué consistía la actividad realizada, cómo se ejecutaba, en que espacio y tiempo y por quiénes. Frente a los acusados se les señaló como las cabezas de la organización, esto es, los encargados de coordinar la actividad realizada, esto es, la venta de boletas para las rifas sin autorización en los municipios del Suroeste Antioqueño, para lo cual contaban con otras personas o trabajadores.

Así las cosas, la Sala no observa ninguna vulneración al debido proceso o al derecho de defensa, todas las partes que participaron en el acto de comunicación que es la imputación, comprendieron las conductas enrostradas y así lo hicieron saber a viva voz en la audiencia, por lo cual le asistió razón a la Juez de Control de Garantías al impartirle legalidad al acto.

2. La aceptación de cargos.

El señor Fiscal previo a la manifestación de los procesados, en la formulación de imputación explicó con claridad los hechos y la

calificación jurídica de las conductas. Leyó las normas penales que contienen los tipos penales objeto de la imputación y, por tanto, señaló con claridad que el delito de Ejercicio Ilícito de Actividad Monopolística de Arbitrio Rentístico tenía aparejada una pena de 6 a 8 años de prisión y multa de 500 a 1000 SMLMV.

Por tanto, los procesados tenían claridad sobre cuáles eran los delitos imputados y las consecuencias en caso de emitirse una sentencia condenatoria.

Igualmente, el señor Fiscal al momento de mencionar la posibilidad de aceptar los cargos en una forma libre, consciente y voluntaria, les indicó que, por ello, obtendrían una rebaja de la pena hasta el 50%, pero que le correspondía al Juez de conocimiento determinarla. De la misma forma explicó sobre la posibilidad de ser acreedores al sustituto penal de la suspensión condicional de la ejecución de la pena por no existir prohibición legal y porque conforme con lo que apreciaba la pena a imponer lo permitiría, para lo cual ejemplarizó lo que ocurriría con la pena de prisión.

Puede verse fácilmente, que con la información suministrada por el Ente Acusador y teniendo en cuenta que los procesados contaban con la asesoría de sus respectivos defensores, la aceptación de cargos que ellos manifestaron fue un acto voluntario, consciente, libre y debidamente informado.

El recurrente se duele, porque en la información se afirmó sobre la posibilidad de pagar una multa, lo que considera indujo en error a sus patrocinados al momento de aceptar los cargos, porque no debió mencionarse la multa en términos de probabilidad, sino que era una

realidad, pues el artículo 312 del Código Penal la establece como pena principal. Pero el togado no atina a señalar cómo esa variante idiomática pudo producir en sus representados algún error para ser compelidos a allanarse a los cargos formulados por la Fiscalía.

Es claro que al momento de la formulación de imputación y en la información suministrada por la Fiscalía a los imputados les quedó claro que el delito contenido en el artículo 312 del Código Penal consagraba además de la pena de prisión, la pena de multa.

Y fue la señora Juez quien, buscando claridad para los procesados, les informó que si bien podrían ser acreedores a una rebaja de pena equivalente al 50% de la sanción y que no existía prohibición legal para que el Juez de conocimiento analizara la concesión de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, existía la posibilidad de que ellos tuvieran que pagar la multa. Es claro que la Juez habló en esos términos partiendo del hecho cierto que la multa era una pena consagrada en la ley y que iba a ser impuesta, pero que ante el sustituto penal era posible exigir el pago de la misma, pero que tal situación no le correspondía a ella determinarlo sino al juez de conocimiento.

Lo importante aquí es que los procesados tenían conocimiento de las penas a la que serían acreedores en caso de emitirse en su contra una sentencia condenatoria y en ningún momento se les ocultó las consecuencias que ello tendría y menos se les prometió que alguna pena no sería impuesta, por tanto, carece de todo sustento las apreciaciones del recurrente.

3. Las pruebas que sustentan la terminación anticipada del proceso.

Para la Sala, es claro que cuando se termina en forma anticipada la actuación, ya sea por aceptación de cargos o por preacuerdo, es deber de la Fiscalía presentar ante el Juez un mínimo probatorio que sustente la existencia de las conductas punibles imputadas y la responsabilidad de los acusados, lo cual se verá reforzado por la confesión que implica el aceptar los cargos. Pero esos medios de conocimiento no son del mismo tenor y tampoco tienen el alcance de pruebas como las producidas en el debate oral en el juicio, pues las partes decidieron en forma consciente, voluntaria y libre renunciar al debate probatorio.

El mínimo de prueba está constituido por información legalmente obtenida, entrevistas, declaraciones juradas, evidencias o cualquier otro medio que permita obtener el conocimiento de la posible existencia del hecho punible y la responsabilidad de los imputados, que encuentran contundencia ante la aceptación de los cargos.

Por ello, no le asiste razón al recurrente cuando pretende hacer un debate sobre los elementos materiales probatorios presentados por la Fiscalía como si se tratase del resultado de un debate en un juicio público, concentrado y bajo el principio de la inmediación. En el presente caso, la existencia de la organización dedicada a cometer las ilicitudes objeto de la imputación se demostró con información, entrevistas y evidencias obtenidas durante la investigación. Allí se evidenció que en los municipios del Suroeste Antioqueño un grupo de personas hacía rifas sin autorización legal, en forma periódica, lográndose incluso el decomiso del material utilizado en dicha actividad ilícita. Y la responsabilidad de los procesados se ve claramente comprometida con el contenido de las interceptaciones

telefónicas, que fueron también actos de investigación legalmente realizados y llevados a través de informes al conocimiento del juzgador.

4. Motivación de la sentencia.

No le asiste razón al recurrente en las críticas frente a la motivación de la sentencia objeto de alzada, pues la Sala puede observar que el Juzgador abordó todos los temas que eran indispensables para la emisión de la providencia. No requería hacer un profundo análisis de los medios de conocimiento, pues como lo dejó claro, su labor era constatar el mínimo probatorio desprendido de los elementos presentados por la Fiscalía que fueron aceptados por las partes ante la renuncia a controvertirlos en juicio oral. Igualmente, dio respuesta a la solicitud de nulidad, señalando que no encontró vulneración a garantías fundamentales o vicios del consentimiento. Otra cosa es que el recurrente no comparta los argumentos expuestos por el fallador y, por tanto, haya acudido a interponer el recurso de apelación.

En consecuencia, al encontrar la decisión impugnada conforme con la ley y la realidad procesal, la Sala la confirmará.

Con fundamento en lo expuesto, el Tribunal Superior de Antioquia, Sala de Decisión Penal, administrando Justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley, resuelve **CONFIRMAR** la sentencia de fecha, naturaleza y origen atrás indicados, conforme a lo anotado en la parte motiva de esta providencia.

La decisión aquí tomada queda notificada en estrados y contra ella procede el recurso de Casación, el cual debe ser interpuesto dentro de

los cinco días siguientes a su notificación, de acuerdo con lo establecido en el artículo 98 de la ley 1395 de 2010.

CÓPIESE, CÚMPLASE Y DEVUÉLVASE

EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA
Magistrado

NANCY ÁVILA DE MIRANDA
Magistrada

(EN PERMISO)
MARÍA STELLA JARA GUTIÉRREZ
Magistrada

TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA - SALA PENAL

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: **a17e574447f014f17ad535c5bfaccfa53f8de773c397b3f7a6ecae7c36175ad2**

Documento generado en 09/11/2023 02:12:43 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, ocho (08) de noviembre de dos mil veintitrés (2023)

Proyecto discutido y aprobado en sesión de la fecha, Acta 239

PROCESO: 05 376 60 00339 2020 00002 (2023 1981)
DELITOS: TENTATIVA DE HOMICIDIO
ACUSADOS: DAVID OROZCO BEDOYA
 CAMILO BEDOYA OROZCO
PROVIDENCIA: SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

La Sala procede a resolver lo pertinente frente al recurso de apelación interpuesto por la defensa de los procesados en contra de la sentencia del 28 de septiembre de 2023 emitida por el Juzgado Penal del Circuito de La Ceja (Antioquia), mediante la cual condenó a los señores DAVID OROZCO BEDOYA y CAMILO BEDOYA OROZCO por hallarlos responsables del delito de TENTATIVA DE HOMICIDIO.

ANTECEDENTES

Se dice en las diligencias que el 1º de enero de 2020 en horas de la mañana, en la carrera 6 C Nro 13AD-26 barrio Ciudadela, del municipio de La Ceja (Antioquia) se presentó una riña, en la cual los señores DAVID OROZCO BEDOYA y CAMILO BEDOYA OROZCO le propinaron varias puñaladas al señor JOSÉ ALONSO CARDONA

VILLEGAS, causándole graves lesiones que le pusieron en peligro su vida.

Por estos hechos, el 2 de enero de 2020, ante el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de La Ceja (Antioquia) fueron celebradas las audiencias de legalización de captura, formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento.

El proceso pasó al Juzgado Penal del Circuito de La Ceja (Antioquia) en donde el 21 de julio de 2022 la Fiscalía formuló la acusación. La audiencia preparatoria tuvo lugar el 24 de noviembre de 2022, y el 6 de julio de 2023 ante el Juez, las partes presentaron un preacuerdo que fue aprobado por el Juez.

LA DECISIÓN OBJETO DE ALZADA

El A quo encontró sustento para emitir un fallo condenatorio, teniendo en cuenta los elementos materiales probatorios presentados por la fiscalía y la aceptación de cargos que hicieran los procesados.

Y en lo que es objeto de apelación, sostuvo que Cabe destacar que la Corte Suprema de Justicia en Sentencia Radicado 35.943 de 22 de junio de 2011, recogió cualquier clase de discusión que pudiera existir sobre los supuestos para conceder la prisión domiciliaria, conforme a la Ley 906/04, artículo 314-1,2,3,4,5, la Ley 750 de 2002 y el artículo 38 del C. P., rectificando y unificando su criterio en el sentido de que el aspirante a esta clase de mecanismo sustitutivo debe cumplir a cabalidad con los supuestos bien sea de la Ley 750 de 2002, como

con los del artículo 38 del C. P., que para la actualidad fue modificado por el artículo 22 de la Ley 1709 de 2014.

Explicó que en el caso del señor Camilo Orozco, pese al importante rol familiar y social que tiene en su familia, no es padre cabeza de familia, toda vez que la madre de los niños puede velar por el cuidado de ellos, o incluso la familia extensa, no se demostró una deficiencia sustancial de ayuda de su compañera permanente u otro miembro del grupo familiar, nótese que la señora Heidy, madre de los niños no es una persona con discapacidad para asumir el rol protector de sus hijos. Por ello, la sanción debe ser en establecimiento penitenciario.

Además, al ser sentenciado por el delito de homicidio en modalidad de tentativa, ello en principio impide conforme a la ley 750 de 2002, la concesión del mecanismo sustitutivo, no se advierte un motivo especial en este caso para inaplicar la norma de cara a un derecho constitucional.

En, el caso de señor David Orozco Bedoya ocurre igual, se acreditó que es padre de S.O.R y de S.O.R. ambos menores de edad, que convive con su compañera permanente y madre de sus dos hijos la señora Neidy Juliana Rivera, a su vez, que es él quien provee económicamente el hogar con su trabajo en el sector de la construcción y que la señora Neidy es ama de casa. Se verifica en los documentos aportados por la defensa, que se trata de una familia unida donde el señor David es quien ejerce ese rol económico. En el informe sociofamiliar entregado por la Comisaria de Familia de la Ceja, se verifica que la señora Neidy Juliana, cuenta con varios hermanos ubicados en municipios del oriente, pero no se informa cuántos ni dónde viven, y cuál sería su capacidad de ayuda, también que cuenta

con su señora madre Nubia Amparo Botero, quien vive en el municipio de la Ceja y trabaja por días en labores domésticas. Igualmente se pone de presente que el niño S.O.R., presenta una situación médica a nivel psicológico que requiere de atención y apoyo afectivo y emocional por su madre y padre.

En la situación del señor David, tampoco se puede desconocer su importante rol en el seno de su familia, máxime cuando se trata de un niño con 8 años y una niña con apenas 18 meses de vida, que pueden verse afectados emocionalmente o en sus roles familiares por la ausencia temporal de su padre. No obstante, no tiene la calidad de padre cabeza de familia, en tanto en su núcleo también está su compañera permanente, la señora Neidy Juliana Rivera, de quien no se demuestra alguna situación de discapacidad para asumir el rol protector de sus hijos, asimismo está demostrado la existencia de familia extensa por vía materna, pero no se acreditó que ellos tengan una deficiencia sustancial de ayuda para ambos menores de edad. En ese sentido, no se cumplen los requisitos de ley para ser considerado padre cabeza de familia y sustituir la pena de prisión, además la sentencia se profiere por delito de homicidio en modalidad de tentativa, lo que en principio genera su improcedencia conforme a la ley 750 de 2002, y no se advierte un motivo especial en este caso para inaplicar la norma de cara a un derecho constitucional.

LA IMPUGNACIÓN

El señor defensor de los procesados, inconforme con la decisión, interpuso y sustentó oportunamente el recurso de apelación.

Sostiene que en audiencia de individualización de pena y sentencia realizada el día 2 de agosto de 2023 en la petición de prisión intramural a prisión domiciliaria, por parte de la defensa se argumentó y se demostró que los señores DAVID OROZCO BEDOYA y CAMILO BEDOYA OROZCO acreditan la calidad de padres de cabeza y jefes de hogar.

Considera que el A quo no analizó en su conjunto las pruebas aportadas. Frente al señor Camilo Orozco Bedoya, la madre de los niños no trabaja y es el procesado quien sale a laborar para responder por la manutención y alimentación de la familia. Se demostró que no recibe ninguna ayuda económica de su mamá ni de sus hermanos menores, toda vez que su familia es de bajos recursos y tienen sus propias responsabilidades y obligaciones. No está de acuerdo con que el A quo manifiesta que uno de los padres debe tener una incapacidad, cuando en realidad los temas que fueron abordados y lo que se indicó en la petición es proteger derechos fundamentales, como el trabajo, la subsistencia, la unidad familiar y la protección a la niñez.

Con respecto al señor David Bedoya Orozco sostiene que en la petición no se mencionó sobre incapacidad de la madre de los menores, se solicitó y demostró al A quo que se protegiera el derecho al trabajo para que el señor David Orozco Bedoya continúe suministrándoles la manutención de forma permanente a los menores, ya que la señora Neidy Juliana se encarga de las labores del hogar y el cuidado permanente de sus hijos, también se pidió protección al derecho de la subsistencia y la unidad familiar para que no se afecta la composición de la familia y no se desintegre. Se busca es la

protección de los derechos fundamentales de los niños, toda vez que el señor David Orozco ha cumplido permanentemente con la manutención de sus hijos. La señora Neidy Juliana Botero no tiene ninguna red de apoyo por vía materna, pues su familia no cuenta con suficientes ingresos económicos. Tampoco cuenta con red de apoyo para el cuidado personal de sus hijos.

CONSIDERACIONES

Teniendo en cuenta las limitaciones del Juez de Segunda instancia al momento de desatar la alzada, la Sala sólo se ocupará del tema propuesto por la parte recurrente, limitado a determinar si los señores David Orozco Bedoya y Camilo Bedoya Orozco son o no acreedores al sustituto penal de la prisión domiciliaria.

Analizado el tema en discusión, la Sala de una vez dirá que al togado de la defensa no le asiste razón en sus críticas y la decisión de primera instancia debe ser confirmada.

Es claro y no es discutido por el recurrente, que por la naturaleza de una de las ilicitudes objeto de la sentencia, esto es, el delito de tentativa de homicidio, existe prohibición legal contenida en la ley 750 de 2002 para conceder la prisión domiciliaria bajo el concepto de padre o madre cabeza de familia.

Esta posición ha sido reiterada por la Honorable Corte Suprema de Justicia y basta con citar una de sus providencias para percatarse de ello¹:

Además, por si fuera poco, el recurrente olvida que dentro de la línea jurisprudencial desarrollada por la Sala de Casación Penal a partir de la SP jun. 22, Rad. 35.943 del 2011, estableció que los requisitos de la prisión domiciliaria fijados en los incisos 2° y 3° del artículo 1° de la Ley 750 de 2000, se encontraban vigentes. Esto, en contraposición de decisiones anteriores, que sostenían que el artículo 314-5 del C.P.P., en concordancia con el artículo 461 de la misma normatividad, habían derogado tácitamente las denominadas exigencias subjetivas, al condicionar la prisión domiciliaria únicamente a la demostración de la calidad de mujer cabeza de familia². Cambio jurisprudencial que el censor omite al configurar sus alegatos.

En cuanto a la calidad de padre cabeza de familia, es necesario anotar los presupuestos que deben tenerse en cuenta conforme con la jurisprudencia de la Honorable Corte Constitucional y la Honorable Corte Suprema de Justicia.

En efecto, en decisión del 24 de noviembre de 2021, Radicado 60212, M.P. Dr. Luis Antonio Hernández Barbosa, la Sala de Casación Penal de la Honorable Corte Suprema de Justicia recordó:

Al realizar un recuento de la jurisprudencia de la Corte relacionada el subrogado penal de la prisión domiciliaria como madre o padre cabeza de familia, el Ad quem precisó que para su concesión deben concurrir todos los presupuestos establecidos en la ley. Igualmente, indicó que la finalidad de este subrogado penal es la protección integral de los menores cuando la persona que ha sido privada de su libertad es la única que puede brindarles los requerimientos físicos, morales y de cuidado personal para su desarrollo adecuado.
(...)

Con apoyo en las sentencias C184-03 y SU388-05 de la Corte Constitucional, el Ad quem aclaró el concepto de mujer cabeza de familia –concepto extendido por vía jurisprudencial al hombre que esté en la misma situación— y los presupuestos indispensables para

¹ Ver C.S.J. Decisión del 15 de septiembre de 2021. Radicado 58.530.M.P. Dr. José Francisco Acuña Vizcaya

² CSJ-SP, 25 sep. 2019, Rad. 54.587.

reconocer tal condición, como son: i) que se tenga a cargo la responsabilidad de hijos menores o de otras personas incapacitadas para trabajar; (ii) que esa responsabilidad sea de carácter permanente; (iii) no sólo la ausencia permanente o abandono del hogar por parte de la pareja, sino que aquélla se sustraiga del cumplimiento de sus obligaciones como padre; (iv) o bien que la pareja no asuma la responsabilidad que le corresponde y ello obedezca a un motivo verdaderamente poderoso como la incapacidad física, sensorial, síquica o mental o, como es obvio, la muerte; (v) por último, que haya una deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros de la familia, lo cual significa la responsabilidad solitaria de la madre para sostener el hogar. De igual manera, recordó que la Corte Constitucional estableció que la mera circunstancia del desempleo y la vacancia temporal de la pareja, o su ausencia transitoria, por prolongada y desafortunada que resulte, no constituyen elementos a partir de los cuales pueda predicarse que una madre tiene la responsabilidad exclusiva del hogar en su condición de madre cabeza de familia.

Por lo indicado, la Sala tiene claro que la calidad de padre o madre cabeza de familia debe demostrarse con prueba clara y suficiente que permita concluir sin duda alguna que el procesado es la única persona que puede brindar el cuidado al menor de edad que está a su cargo o a las personas incapacitadas y no solo para el suministro económico, sino para el cuidado integral, físico, psicológico y moral. De tal suerte que la detención de la persona implica el estado de abandono del menor o del incapacitado.

El señor defensor durante el trámite aportó diferentes elementos de conocimiento, pero visto el material probatorio arrimado para la toma de la decisión, la Sala observa que con él no se logra demostrar la calidad de padre cabeza de familia del procesados, pues es un hecho cierto que los menores a su cargo cuentan con sus madres para su cuidado, por lo que la privación de la libertad de los sentenciados no implica el abandono de los niños. Además, que como se advirtió existe prohibición legal para conceder el sustituto solicitado.

Visto lo anterior, 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, resuelve **CONFIRMAR** la sentencia de fecha, naturaleza y origen atrás indicados, conforme a lo anotado en la parte motiva de esta providencia.

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

CÓPIESE, CÚMPLASE Y DEVUÉLVASE

EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA
Magistrado

NANCY ÁVILA DE MIRANDA
Magistrada

(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: **abe8c6c4b926d7d24cf721ff3a0aa676c5e09e36709fd5bad488ca78f8cb8fd4**

Documento generado en 09/11/2023 02:12:49 PM

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

Radicado: 053186100127201800244 N.I. 2023-1287
Condenado: EDUARDO ANTONIO LOPERA HENAO
Delito: Hurto Calificado y Agravado y concierto para delinquir
Decisión: Revoca

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE ANTIOQUIA

SALA DE DECISIÓN PENAL

Radicado: 053186100127201800244 **N.I.** 2023-1287
Condenado: EDUARDO ANTONIO LOPERA HENAO
Delito: Hurto Calificado y Agravado y concierto para delinquir
Decisión: Revoca
Aprobado Acta No. 177 de noviembre 9 del 2023 **Sala No:** 6

Magistrado Ponente: Dr. Gustavo Adolfo Pinzón Jácome. -

Medellín, noviembre nueve de dos mil veintitrés. -

1. OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO. -

Resolver el recurso de apelación interpuesto por la defensa del señor EDUARDO ANTONIO LOPERA HENAO, contra la sentencia emitida por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Rionegro, el 21 de junio del año en curso.

2. HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE.

Fueron narrado así en la sentencia de primera instancia:

“El día 10 de diciembre de 2020, procedió la Fiscal a dar lectura textual a los hechos plasmados en el escrito de acusación, luego de las aclaraciones solicitadas por la Defensa y la judicatura, verbalizó nuevamente los hechos jurídicamente relevantes bajo los siguientes términos. Se habla de tres conductas punibles endilgadas al señor EDUARDO ANTONIO LOPERA HENAO. La primera por un HURTO CALIFICADO por los # 1 y 3 del art. 240 Y AGRAVADO por el # 10 del art. 241 por hechos acaecidos en la finca “La Beta” de la vereda Guapante del municipio de Guarne el 04 de agosto

de 2018 donde EDUARDO ANTONIO LOPERA HENAO ingresó a la finca del señor LUIS EFRÉN MONTOYA en compañía de otras personas de forma clandestina violentando el inmueble y las herraduras, hurtándose 9 cabezas de ganado valuadas en CATORCE (\$14'000.000) MILLONES DE PESOS. Ello en concurso con una segunda conducta de USO DE DOCUMENTO FALSO atendiendo a que el señor EDUARDO ANTONIO LOPERA HENAO, en compañía de otras personas, usaban unas guías que no eran originales para poder desplazar los semovientes y presentar ante el requerimiento de las autoridades. Finalmente, refiere que el CONCIERTO PARA DELINQUIR es debido a una investigación que venía haciendo la SIJIN desde años anteriores, atendiendo a un organigrama de la banda "Los Cantaletos" anteriormente conocida como "Los Marulos", que se dedicaban al hurto continuo de ganado en fincas en municipios como Santa Rosa, Guarne, San Rafael y San Roque entre los años 2013 y 2018."

3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

Después de relatar los hechos, el acaecer procesal, así como los alegatos de clausura presentados por la Fiscalía y la defensa, efectuó un resumen del sentido del fallo de carácter condenatorio, para después continuar haciendo alusión a cuáles son los requisitos normativos requeridos para emitir una sentencia condenatoria, establecidos en los artículos 7°, 372 y 381 del Código de Procedimiento Penal, para luego pasar a indicar cuales fueron las conductas punibles enrostradas al señor EDUARDO ANTONIO LOPERA HENAO, las cuales respondieron a los delitos de Hurto calificado y agravado por la violencia sobre las cosas, y la coparticipación criminal, en concurso con el delito de uso de documento público falso y concierto para delinquir simple, refiriendo que dichas conductas se encuentran probadas con el material de prueba recaudado en el juicio.

Hace alusión a que la plena identidad del procesado fue estipulada por las partes, así como que acudió a la audiencia pública el Intendente RAMIRO MENESES CAPACHO, de la Policía Nacional, quien dio cuenta de denuncia efectuada por el señor EFREN, de un ganado que le fue hurtado en vereda del municipio de Guarne, y que al revisar las camas del municipio se pudo evidenciar que el ganado hurtado fue transportado en un camión

de estacas, el cual fue igualmente visto en el municipio de Guatapé, siendo plenamente identificado, pudiéndose conocer que el mismo era manejado por el señor ALEXANDER CANO CANO, quien con posterioridad estos hechos con ocasión a un interrogatorio al indiciado entrega información acerca de la participación de EDUARDO ANTONIO LOPERA HENAO, a quien conocía con el alias de "*Cantaletos*", y de otras personas más en el grupo delincriminal "*Los Cantaletos*", anteriormente conocidos como "*Los Marulos*" que se dedicaban al hurto de ganado en varios municipios de Antioquia. Refiere el Juez de instancia, que con el testimonio de MENESES CAPACHO, se ingresan tres pruebas documentales, dos álbumes fotográficos que muestran el camión en el que se transportaban los semovientes, así como el cuadro estructural de la banda delincriminal, así como fueron escuchados otros agentes de Policía que apoyaron la investigación como lo fueron DIEGO MIGUEL BANDA ROMAN, quien se encargó de realizar reconocimiento fotográfico a ALEXANDER CANO CANO, a JUAN GABRIEL LONDOÑO DAVID, quien hizo alusión a que recibió denuncia de ALEXANDER CANO CANO, por el hurto de un camión gris marca FOTON, mismo en el cual se movilizaba el ganado hurtado. Se escuchó el testimonio de LEIDER ALEX MARIQUE MUÑOZ, quien tomó interrogatorio al indiciado a JOSE ALEXANDER CANO CANO, y de JUAN CARLOS ALVAREZ BETANCUR, quien para la fecha de los hechos se desempeñaba como comandante de la Estación de Policía de San Roque, quien dio cuenta de un hurto de ganado que se perpetró en el municipio el 28 de septiembre de 2018, con el mismo modus operandi que el aquí investigado, incluso usando el mismo camión gris marca fotón, que en los otros hurtos antes referidos.

De igual forma comparecieron al juicio el señor LUIS EFREN MONTOYA RUIZ, quien afirmó que hace aproximadamente 3 años fue víctima de un hurto de 8 novillas y un toro, valuados en quince o dieciséis millones de pesos, mismas que se encontraban en la finca La Beta, de la vereda Guapante del municipio de Guarne, que supo por información de la policía que en dicho hurto se había utilizado un camión tipo jaula el cual quedó registrado en las cámaras de seguridad del municipio.

Por su parte concurrió la señora LUZ MAGALY CAÑOLA, quien para los años 2016-2019 fue Secretaria de Agricultura del municipio de Maceo, quien dio cuenta de que una guía de transporte de ganado era falsa, por cuanto no fue expedida por ningún funcionario a

su cargo, ni contaba con el código asignado al municipio por el ICA, y además el nombre del municipio en la guía decía MACEOS, cuando los formatos de su municipio se encuentran estandarizados con el nombre MACEO.

Finalmente comparece el señor JOSE ALEXANDER CANO CANO, quien da cuenta de que conducía un camión marca Fotón, gris, de placas TJY 984, que conoció a un señor de nombre Antonio, a otro que le decían “Cantaleta”, y a otro “Cabezón”, a quienes les transportó en varias ocasiones ganado, durante junio a noviembre de 2017, comentó que los conoció en La Minorista. Indica que el ganado lo recogía entre las 2 y 3 de la madrugada, que quienes le indicaban donde debía recogerlo eran Antonio y “Cantaleta”, que también estos le hacían entrega de las guías de movilización del ganado por si lo paraba la policía, y que incluso en varias ocasiones fue detenido por la Policía y que mostrando dichas guías lo dejaban continuar.

Efectuó reconocimiento fotográfico, señalando en la imagen numero 4 a quien conocía como “Cantaleta”.

Y Finalmente hace alusión a la prueba de descargo, que consistió en la declaración del señor ANTONIO MARIA VASQUEZ LOAIZA, quien estuvo capturado desde el 22 de noviembre de 2015 por el delito de hurto de ganado, junto a otras personas que confirmaban la banda delincuencial conocida como “Los Marulos”, entre quienes estaban Argemiro Marulanda, alias “Marulo”, Oscar Mario Jiménez, Alias “Rata Mona”, Leo, hermano de Oscar Jiménez, Saúl Ríos y Eduardo Lopera a quien dijo haber conocido en La Minorista, y haber estado involucrado en esa oportunidad por haber comprado un ganado al parecer robado, pero que no hacia parte de la organización, luego se llamó “Los Cantaletos”, por cuanto en esa oportunidad no se capturó a JHON JAIRO MORENO, alias “Cantaleta”, quien continuo delinquiendo, y de quien dijo es de baja estatura, delgado, blanco, pelo suave, entre los 40 y 45 años de edad, él es netamente paisa. Le dicen “Cantaleta” porque alega mucho.

Una vez analizado el acervo probatorio, el Juez de instancia otorga pleno valor probatorio a lo dicho por el testigo JOSE ALEXANDER CANO CANO, por cuanto da cuenta de la

existencia de la organización delincencial, así como de la existencia en el tiempo y de la forma en la que realizaban el hurto del ganado, haciendo uso de guías de movilización falsas.

Así mismo afirmó que EDUARDO ANTONIO LOPERA HENAO, se encargaba de coordinar el transporte del ganado, se encargaba de darle el anticipo del transporte, así como de suministrarle las guías de movilización, junto a otras personas que de igual forma participaban; incluso comentó que este lo acompañaba en ocasiones al interior del camión a recoger el ganado, y que respondía al remoquete de "*Cantaleta*", reconociéndolo en diligencia de reconocimiento fotográfico, y que pese a no conocer su nombre, lo idéntica como "*Cantaleta*" y dicha fotografía se corresponde a la persona que se encuentra siendo procesada.

Refiere que junto a las demás pruebas que ingresaron al juicio, pese a tratarse de testimonios de acreditación, pudo arrimar al grado de convencimiento requerido para condenar, por cuanto el testimonio de CANO CANO, resulta ser relevante y no es un testimonio contradictorio y carente de motivos para señalar falsamente al acusado, por lo que le otorga pleno valor a lo referido por éste respecto de la participación de EDUARDO ANTONIO LOPERA HENAO, en la comisión de las conductas punibles de hurto agravado y calificado, uso de documento público falso, y concierto para delinquir por cuanto fue acreditada la misma.

Refiriendo el fallador respecto a la teoría que intentó probar la defensa respecto de que EDUARDO ANTONIO LOPERA HENAO, no era alias "*Cantaleta*", sino que era el señor JHON JAIRO MORENO, de acuerdo a lo dicho por su testigo el señor ANTONIO MARIA VASQUEZ, que ello no quedo probado ante la existencia del reconocimiento fotográfico efectuado por el testigo CANO CANO, que señaló al procesado como una de las personas que lo contrataba para transportar el ganado que se probó era robado, así como suministraba la licencia de transporte de los semovientes y hacia parte de la organización criminal "*Los Cantaletos*", no importando si es o no alias "*Cantaleta*", por ello emite sentencia condenatoria en disfavor de LOPERA HENAO, imponiendo una pena privativa de la libertad por el concurso de conductas punibles de 132 meses de prisión e inhabilitación

para el ejercicio de derechos y funciones públicas por igual termino, por los delitos de hurto calificado y agravado, uso de documento público falso y concierto para delinquir.

4. DEL RECURSO DE APELACIÓN.

Refiere inconformidad con la forma en la que se valoró la prueba por cuanto considera que se hicieron apreciaciones por parte del Juez de instancia que no se extraían de la prueba.

Indica respecto del testimonio dado por el Intendente de la Policía RAMIRO MARTINEZ CAPACHO, al ser este quien recibió la denuncia que da apertura a la noticia criminal por el delito de hurto de ganado, no puede darse por probado el paso del camión con el cual se transportaba el ganado supuestamente hurtado por parte de un grupo de personas que conformaban una banda delincencial y que utilizaban guías de movilización de ganado falsas para evitar los retenes de la Policía, por cuanto del álbum fotográfico arrimado al Juicio, contentivo de 14 fotos, no pudo verificarse con claridad ni el camión, ni que personas iban al interior del mismo, ni características del ganado, incluso ni la placa del camión, la cual para conocerse debió efectuarse un cuadro a cuadro de las imágenes, pues eran ilegibles, así como la presencia de las supuestas motocicletas que acompañaban el camión; razón por la cual considera que la manifestación efectuada por el fallador es errada, de que una vez perpetuado el hurto un camión tipo estacas con ganado quedó registrado en las cámaras de vigilancia de un sector conocido como el acopio, ubicado en la vereda Yolombal de Guarne, y que ese mismo camión, posteriormente es observado en las camas de seguridad del municipio de Guatapé, y que con dichas imágenes y la placa del camión pudo conocerse que el dueño del mismo era el señor ALEXANDER CANO CANO, pues de esa prueba no puede colegirse ello, pues se afirma por la judicatura sin dubitación alguna, que el vehículo ingreso y salió del área donde se cometió el hurto de ganado del cual fue víctima el señor EFREN MONTOYA, cuando de la prueba presentada no se evidencia eso.

Se queja el recurrente de la labor investigativa realizada por la Policía Nacional, respecto de los hechos aquí investigados, misma que se encontraba en cabeza del señor MARTINEZ CAPACHO, pues de una investigación penal anterior, que le fuera adelantada a su prohijado en el año 2014 por hurto de ganado, es que efectúa un álbum fotográfico para que el señor ALEXANDER CANO CANO, identificara a EDUARDO ANTONIO LOPERA HENAO, alias *Cantaleta*, como integrante de la organización delincriminal *Los Cantaletos*, dedicados al hurto de ganado, cuando dicho remoque corresponde a otra persona diferente, pues considera que los derechos fundamentales del señor CANO CANO, fueron violentados, por cuanto no contó con el acompañamiento de un profesional del derecho, aun mas cuando se obtuvo de este al parecer un documento público falso – guía de movilización de ganado- que debía tener un tratamiento diferente al ser un elemento con el que se podía auto incriminar, por lo que solicita el recurrente se deseche el testimonio dado por éste, así como la prueba documental obtenida con el mismo y todo lo que se derive de la versión dada por el mismo sea anulada y no ser tenida en cuenta.

Refiere que en el presente asunto, la Policía Nacional, recepcionó un interrogatorio al indiciado – ALEXANDER CANO CANO- sin las garantías suficientes, como lo es el acompañamiento de un abogado, siendo esta una situación que paso por alto el juez de instancia, así como que el reconocimiento fotográfico no haya contado con orden expedida por un Fiscal, y que al haber sido ese reconocimiento tan precario por cuanto la descripción física que dio el testigo fue contradictoria, al momento que se realiza la captura del señor EDUARDO ANTONIO, se debió realizar un reconocimiento en fila de personas y no se hizo, ello con el fin de dar claridad y verificar si en efecto la persona señalada en el álbum fotográfico correspondía a la persona que el testigo reconocía como "*Cantaleta*".

Comenta que no fue tomado en cuenta por la judicatura la falta de identificación y claridad respecto de la persona que el testigo CANO CANO, señala como "*Cantaleta*", pues no solo el testigo de la defensa ANTONIO MARIA VASQUEZ, refirió que alias "*Cantaleta*" era JHON JAIRO MORENO, sino que la descripción dada por ALEX CANO, en el

interrogatorio al indiciado no se corresponde con la descripción de su prohijado, pues se dijo que era de tes trigueña, y es de tez blanca, se dijo que era de estatura baja, cuando el señor LOPERA HENAO, mide 1.70 metros, se dijo que era una persona de aproximadamente 45, 50 años de edad, cuando el procesado cuanta con 65 años, siendo estas situaciones importantes que fueron pasadas por alto, al no existir una certeza acerca de si en efecto la persona que señala el testigo como "*Cantaletos*" es el enjuiciado.

Respecto a los demás testimonios que fueron escuchados en el juicio por parte de la Fiscalía refiere que los mismos no dan cuenta de la responsabilidad de su prohijado en las conductas acusadas, y que el único señalamiento directo que se hace es por el testigo ALEXANDER CANO CANO, de quien como ya dijo es un testigo poco claro, con el cual no es posible emitir una sentencia de condena.

Por lo anterior, solicita se revoque la sentencia condenatoria proferida en disfavor del señor EDUARDO ANTONIO LOPERA HENAO, y en su lugar se profiera una de carácter absolutorio.

5. CONSIDERACIONES DE LA SALA

El tema de estudio para la Sala según se desprende de la apelación lo es si en efecto se logró demostrar la responsabilidad del acusado en el delito endilgado, por cuanto existieron serias falencias en la investigación y el testigo principal no fue claro en la descripción morfológica que dio del procesado, y del remoquete con el que conoce a éste, entregando serias dudas acerca de si en efecto el señor EDUARDO ANTONIO LOPERA HENAO, hacia parte de la organización delincriminal "*Los Cantaletos*", dedicados al hurto de ganado.

Al respecto debe señalarse que la única prueba que podría incriminar directamente al señor EDUARDO ANTONIO LOPERA HENAO, en la participación en grado de coautor de la conducta punible hurto calificado y agravado, por el hecho puntual del hurto de 9 cabezas de ganado, propiedad del señor EFREN MONTOYA, cometido el 4 de agosto de 2018, en la finca La Beta ubicada en la vereda

Guapante del municipio de Guarne, haciendo uso de guías de movilización falsas, como integrante de la organización delincriminal conocida como *"Los Cantaletos"* dedicada al hurto de semovientes por varios municipios de Antioquia, es el testigo JOSE ALEXANDER CANO CANO, por cuanto resultó ser la persona a quien contrataron para transportar en varias ocasiones ganado hurtado, dando cuenta de la hora en la que efectuaba generalmente dicho transporte, siendo entre las 2:00 y las 3:00 de la madrugada, señaló además conocer a alias *"Cantaletto"*, *"don Antonio"*, *"Balin"* y *"Cabezón"*, como personas con las que se reunía para acordar los términos del transporte y además indicó que *"Don Antonio"*, y *"Cantaletto"*, generalmente eran quienes le entregaban el adelanto del dinero para el transporte, así como las guías de movilización del ganado.

Cabe señalar, que este testigo efectuó un reconocimiento fotográfico, el cual fue incorporado al Juicio, en el cual señala a la persona ubicada en la fotografía número 4, que tal y como fuera advertido por el Juez de instancia, corresponde al señor EDUARDO ANTONIO LOPERA CARDONA, pero así mismo, es importante indicar, que el testigo CANO CANO, fue claro en referir que no conocía el nombre de la persona a quien señalaba, por cuanto lo conocía con el remoque de *"Cantaletto"*.

Resulta de vital relevancia para la Sala, una vez escuchado los audios del juicio, que al señor ALEXANDER CANO CANO, le fue impugnada su credibilidad, por cuanto en diligencia de interrogatorio al indiciado que rindió en una oportunidad anterior, realizó una descripción morfológica diferente a la del aquí acusado, por cuanto en dicha oportunidad refirió respecto de la persona a la que él llama *"Cantaletto"* así: *"es bajito, orejón, cara delgada, trigueño, cabello corto amonado, como pelo de rata, delgadito, crespo, ojos claros, mantiene cadena de plata, reloj amarillo, en ocasiones lo he visto de gorra, es el encargado de entregar los anticipos, la licencia"*; y refiere que *"Cantaletto"*, es una persona entre los 45 y 55 años de edad.

Siendo este uno de los puntos más resaltados por la defensa del procesado, pues afirma que su prohijado es un hombre de 65 años de edad, de estatura 1.70 metros, de tez blanca, no pudiéndose constatar por la Judicatura ello, por cuanto si bien efectuaron como estipulación probatoria la plena identidad del procesado, no se allegó ningún documento que pudiera soportar la misma y en la cual este Despacho pudiera verificar los rasgos físicos del señor LOPERA HENAO, así como su estatura y

edad, por lo que no puede afirmarse tal y como lo hace la defensa, que la descripción ofrecida por el testigo en nada se compadece con la morfología del señor EDUARDO ANTONIO LOPERA HENAO, siendo entonces una situación que queda sin corroborar.

De otra parte, llama la atención de la Sala el hecho de que el testigo haya referenciado en juicio que tuvo la oportunidad de compartir con el supuesto "*Cantaleta*", alrededor de 4 meses, y que lo tuvo frente a frente en múltiples oportunidades, sin conocer cuál era su nombre, y que, además, el testigo de descargo el señor ANTONIO MARIA VASQUEZ, refiriera que alias "*Cantaleta*" era otra persona, el señor JHON JAIRO MORENO. Vale la pena resaltar, que el testimonio de ANTONIO MARIA VASQUEZ, no fue impugnado por parte de la Fiscalía, ni mucho menos se controvertió la existencia de una persona con el nombre de JHON JAIRO MORENO, al interior de la banda delincriminal conocida como "*Los Cantaletos*" y que respondiere a ese alias, pues nótese además, como dentro del organigrama de la estructura delincriminal incorporado como prueba documental al juicio, se tiene que es conformada por 6 personas, cuando se afirmó por parte del testigo de descargo quien hizo parte de la banda "*Los Marulos*", que posteriormente se llamó *Los Cantaletos*, por cuanto JHON JAIRO, alias "*Cantaleta*", al no haber sido capturado continuo con la labor criminal, era conformada por aproximadamente 12 personas.

De la demás prueba que fue incorporada al proceso, debe indicarse que la misma no incrimina a EDUARDO ANTONIO LOPERA HENAO, por cuanto se trata de testimonios de Agentes de la Policía Nacional, que participaron de una u otra manera en la investigación de hurto de semovientes en varios municipios de Antioquia, pero ninguno de ellos manifestó haber capturado a LOPER HENAO, al interior del camión que fue identificado como el camión en el cual se transportaba el ganado una vez hurtado, el cual era propiedad del señor JOSE ALEXANDER CANO CANO, e igualmente conducido por este; nótese como gran parte del acervo probatorio lo componen álbumes fotográficos que lo que muestran son un camión de estacas con las características del camión propiedad del señor CANO CANO, el cual era manejado a altas horas de la noche, al parecer transportando ganado, pero en dichas imágenes no se aprecia al señor EDUARDO ANTONIO LOPERA HENAO, a bordo del camión; así mismo, resulta importante señalar, que pese a que el procesado compareció al juicio, no fue señalado por los testigos de cargo, que comparecieron a la vista pública, valga la pena resaltar que no fue tampoco señalado por quien afirmó haber tenido un contacto directo por alrededor de 4

meses con él, esto es, JOSE ALEXANDER CANO CANO, en la audiencia no indicó que quien se encontraba presente en la diligencia era la misma persona que lo había contratado y con quien se reunía a concretar los detalles del transporte de semovientes.

No comparte la Sala las afirmaciones realizadas por el Juez de instancia, respecto a que encuentra probada la participación y responsabilidad del señor LOPERA HENAO en los hechos ocurridos el 4 de agosto del 2018, por el hurto del ganado de la finca “La Beta”, así como del concierto para delinquir, por hacer parte de una organización delincriminal conocida como “*Los Cantaletos*”, dedicada al hurto de semovientes en diferentes municipios de Antioquia, así como del uso de documento público falso, por el uso de guías de movilización de ganado al parecer falsas, pues así como fuera advertido por el fallador, la gran mayoría del acervo probatorio arrimado al proceso se trató de testigos de acreditación, con los cuales se incorporaron sendas pruebas documentales, que valoradas en conjunto por la Sala no otorgan el grado de convencimiento requerido para emitir un fallo de condena, al ser simples indicios que sumados no conforman prueba ni siquiera suatoria, y aunados a las declaraciones de los demás testigos que como ya se advirtió no efectuaron un señalamiento directo del señor EDUARDO ANTONIO LOPERA HENAO, como coautor de las conductas punibles que le fueron endilgadas.

No desconoce la Sala que los indicios como elementos de convicción para llegar al grado de convencimiento necesario para condenar no han desaparecido por la entrada en vigencia de la Ley 906 del 2004, pero los mismos desde tiempo atrás han sido clasificados en graves, leves y levísimos, los que se pueden inferir de los eventos probados en desarrollo del juicio, no pueden ser catalogados como graves, visto que los que tienen tal connotación en palabras de la Corte Suprema de Justicia “*se asigna el calificativo de grave o vehemente al indico contingente cuando el hecho indicante se perfila como la causa más probable del hecho indicado*”¹ y los aquí arrimados, no permiten establecer como efectivamente probable que en efecto el aquí procesado es la persona señalada como “*Cantaleta*”, integrante de una banda delincriminal dedicada al hurto de semovientes con la utilización de guías de movilización falsas, por lo mismo no podemos concluir

¹ Corte Suprema de Justicia sentencia del 8 de mayo de 1997. M.P. JORGE ANIBAL GOMEZ GALLEGU.

como se hace en el fallo materia de apelación que en efecto se probó más allá de la duda, la autoría y responsabilidad del acusado en la conducta punible materia de acusación.

Aún más, cuando existieron serias contradicciones entre lo dicho por JOSE ALEXANDER CANO CANO, testigo de la Fiscalía, y lo dicho por ANTONIO MARIA VASQUEZ, testigo de la defensa, solo quedan dudas acerca de si el procesado responde al remoquete de “*Cantaletto*”, pues quien tenía el deber jurídico de probarlo no lo hizo; La Fiscalía, se quedó corta con la promesa efectuada al inicio del juicio de probar que el procesado era coautor de las conductas acusadas, por lo que a la Sala no le queda otro camino más que revocar el numeral primero de la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Rionegro, por no contar con los elementos de prueba necesarios para mantener la condena, pues no se logró derribar la garantía constitucional de presunción de inocencia que cobija al procesado, por cuanto una vez practicados los medios de prueba quedó en el ambiente un sin número de dudas respecto a la identidad de la persona conocida como *Cantaletto*, si en efecto se corresponde o no con el señor EDUARDO ANTONIO LOPERA HENAO, si este era o no la persona con la que el señor JOSE ALEXANDER CANO CANO se reunía para concretar los detalles del traslado del ganado hurtado, de si era éste quien en ocasiones acompañaba a CANO CANO, al interior del camión, de si era él quien le entregaba al testigo CANO CANO, las guías de movilización de ganado falsas, dudas que deberán ser resueltas en favor del señor EDUARDO ANTONIO LOPERA HENAO, ello en aplicación al principio de *indubio 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.

Al respecto la Corte Constitucional al precisar el alcance del principio del *indubio 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.”²

Así las cosas, la conclusión a la que se debe arribar no puede ser la plasmada en la sentencia objeto de apelación, pues la misma no surge del convencimiento más allá de toda duda y por lo mismo la determinación a tomar no puede ser otra que la de entrar a revocar los numerales del primero al cuarto de la sentencia recurrida y disponer en consecuencia la absolución de EDUARDO ANTONIO HENAO LOPERA, debiéndose entonces cancelar las anotaciones y requerimientos que existan en contra del referido, visto que no hay constancia procesal de que en efecto se hubiere librado orden de captura en contra para el cumplimiento de la pena impuesta en la sentencia que ahora se revoca.

Ahora bien, en lo que respecta a la compulsa de copias ordenada por el Juez Tercero Penal del Circuito Especializado de Antioquia, para que se investigue la posible participación del señor JOSE ALEXANDER CANO CANO, en los hechos aquí investigados, considera la Sala que dicha determinación es acertada, por lo que mantendrá el numeral quinto de la sentencia objeto de apelación.

La presente providencia se discute y aprueba por medios virtuales.

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

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR los numerales primero al cuarto de la sentencia materia de impugnación y en consecuencia disponer la absolución de EDUARDO ANTONIO LOPERA HENAO, de los cargos formulados por la Fiscalía General de la Nación por los delitos de Hurto calificado y agravado,

² Sentencia C 782 del 2005 M.P. ALFREDO BELTRAN SIERRA.

concierto para delinquir y uso de documento público falso, conforme a lo señalado en el cuerpo motivo de esta sentencia.

SEGUNDO: En consecuencia, se cancelaran las anotaciones y registros que pesen sobre el referido LOPERA HENAO en razón del proceso que cursó en su contra y la sentencia de primera instancia. En caso que el Juzgado de Primera Instancia, hubiere ya librado orden de captura se deberá cancelar la misma.

TERCERO: CONFIRMAR el numeral quinto de la sentencia apelada, en lo que respecta a la compulsión de copias ordenada con destino a la Fiscalía General de la Nación, para que investigue la posible participación del señor JOSE ALEXANDER CANO CANO, en los hechos aquí investigados.

CUARTO: Contra la presente sentencia procede el recurso extraordinario de casación, que deberá interponerse dentro de los 5 días siguientes (artículo 98 ley 1395 de 2010) a la notificación de esta providencia a todos los sujetos procesales.

NOTIFIQUESE 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: **bdd3dc6e75151b85b6b2f69e0dc62e7e9d2f4c4f84caf8bcf1b924a39aef8487**

Documento generado en 09/11/2023 10:48:51 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, diez (10) de noviembre de dos mil veintitrés (2023)

Proyecto discutido y aprobado en sesión de la fecha, Acta 243

PROCESO: 05 686 60 00347 2020 00170 (2023 2053)

DELITO: LESIONES PERSONALES

ACUSADA: PAULA ANDREA TABORDA OSPINA

PROVIDENCIA: DECISIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA

La Sala procede a resolver lo pertinente frente al recurso de apelación interpuesto por la defensa de la procesada, en contra de la sentencia del 04 de octubre de 2023 emitida por el Juzgado Promiscuo Municipal de Donmatías (Antioquia), mediante la cual condenó a la señora PAULA ANDREA TABORDA OSPINA al hallarla responsable del delito de LESIONES PERSONALES.

ANTECEDENTES

Se dice en las diligencias que el 13 de septiembre de 2020 a eso de las 20:25 horas, en el barrio Marianito del municipio de Donmatías (Antioquia) la señora PAULA ANDREA TOABORDA ESPINOSA en medio de una pelea, lesionó con arma corto punzante a la menor de 13 años S.I.E.S y a la señora LEIDY JOHANA ESPINOSA SOSSA.

La menor S.I.E.S percibió que la señora PAULA estaba agrediendo a su mamá, propinándole una puñalada en la espalda y por ello, se dirigió a hacerle el reclamo y recibió de ella una puñalada en la frente y otra en el cuello. Las lesiones a la menor S.I.E.S. causaron una incapacidad médica de 10 días y como secuela deformidad física que afecta el rostro de carácter permanente. Y a la señora LEIDY JOHANA una incapacidad de 15 días y secuela: deformidad física que afecta el cuerpo de carácter permanente.

Por estos hechos y bajo el trámite abreviado, el 26 de mayo de 2023 la Fiscalía corrió traslado del escrito de acusación.

La audiencia concentrada se llevó a cabo el 15 de agosto de 2023.

LA DECISIÓN OBJETO DE ALZADA

El A quo encontró sustento para emitir un fallo condenatorio, teniendo en cuenta los elementos materiales probatorios presentados por la fiscalía y la aceptación de cargos que hiciera la procesada.

Impuso una pena de 42 meses y 20 días de prisión y multa de 46.20 smlmv. Pero por la aceptación de cargos otorgó una rebaja equivalente a la tercera parte, por lo cual la sanción se estableció en 28 meses y 13 días de prisión y multa de 30.8 smlmv.

Expresó que no podía dejarse de lado que en el escrito de acusación del que se dio traslado el 26 de mayo de 2023 y con soporte en el cual se formuló la acusación, al momento de realizarse la descripción de

los hechos jurídicamente relevantes se dice que las víctimas del hecho punible que se tipifica fueron dos: S.I.E.S. y LEIDY JOHANA ESPINOSA SOSSA. También se dejó conocer que presuntamente se habría infringido el bien jurídico protegido al generarse lesiones personales en la integridad de cada una de ellas, que dejaron secuelas diferentes, por lo que se impondrían penas diferentes por cada uno de los hechos. No obstante, se acusó por una sola conducta punible, aunque presuntamente se vulneró el bien jurídico protegido de dos personas.

Explicó que la tipificación dada por la Fiscalía solo es procedente respecto al evento que resultó afectada la integridad corporal de la joven S.I.E.S., conforme con el material probatorio. No se dejó consignado cuáles serían las consecuencias del actuar de la procesada ante las lesiones padecidas por LEIDY JOHANA ESPINOSA SOSSA, ello porque en el escrito de acusación del cual se dio traslado no se dio aplicación a lo previsto en el artículo 31 del C.P.

Consideró que el yerro no afecta el proceso penal con respecto a la aceptación unilateral de cargos de la procesada en lo tocante al delito de lesiones personales generantes de deformidad física permanente que afecta el rostro por el que se acusó donde resulta como víctima S.I.E.S.

Decidió entonces romper la unidad procesal y compulsar copias para que se investigue la conducta punible con relación a la señora LEIDY JOHANA ESPINOSA SOSSA.

Expresó que dentro del traslado previsto en el artículo 447 del C.P.P. la señora Fiscal pidió se pronuncie el Despacho frente a la posible

aplicación del artículo 314 del C.P.P. y se tenga en cuenta que la acusada es madre cabeza de familia, pidiendo se sustituya la detención preventiva por una menos invasiva, siempre y cuando se establezca la vida familiar, social e individual de la señora PAULA ANDREA. Igualmente, señaló que la defensora de la procesada solicitó se le conceda o reconozca el subrogado penal, sin especificar concretamente cuál, y sustenta su petición en lo previsto en el artículo 314 del C.P.P. argumentando que la procesada es madre cabeza de familia y que no puede afectarse al menor.

Negó los sustitutos penales teniendo en cuenta expresa prohibición del artículo 199 de la ley 1098 de 2006, toda vez que la víctima es una menor de edad.

Igualmente, negó el sustituto de la prisión domiciliaria, porque no se acreditó la calidad de madre cabeza de familia de la procesada.

LA IMPUGNACIÓN

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

En resumen, sus argumentos son los siguientes:

- Previo a la audiencia concentrada, en conversaciones con la fiscalía y el representante de víctimas, se había planteado la terminación del proceso de manera anormal, ya fuera por Preacuerdo, Allanamiento o Principio de Oportunidad. Sin embargo, antes de iniciar la audiencia descartaron tanto el Preacuerdo como el Principio de Oportunidad,

dado que, analizando los presupuestos exigidos para dichas figuras procesales, no lograban encuadrarse normativamente.

- Se procedió a plantearse la opción del Allanamiento, como figura claramente de aceptación de responsabilidad, pero siempre planteando la hipótesis de una sanción que no diera cuenta de la ejecución de la pena intramural y si domiciliaria a través de la figura del subrogado, dado que la procesada es madre cabeza de familia. Fue en esos términos que se le brindo asesoría a su prohijada y bajo ese concepto fue que su defendida Paula Andrea decidió allanarse, siempre con su asesoría de que estuviera tranquila que con el subrogado no estaría un solo día en la cárcel.

- La procesada presentó elemento materiales probatorios, pero al parecer esto no fue suficiente para probar dicha situación según lo dice la juez de conocimiento, y que, a pesar de no existir oposición por las demás partes procesales, como defensora no se percató de que los documentos aportados por su prohijada probaran tal hecho sin generar ninguna duda en el fallador. Por su ligereza se confió en que, al no existir tal oposición, incluso coadyuvada por las partes la petición, no era necesario solicitar a su defendida otros documentos que dieran cuenta más certera del hecho de que la misma es madre cabeza de familia.

- Sí se solicitó el subrogado, solo que no se apoyó con la norma concreta, y se utilizó o se citó el Art. 314 que está referido a la sustitución de la detención preventiva. Pero tanto, la Fiscal como la defensa hicieron alusión al subrogado, en esta dialéctica se hizo un juego de palabras, que, en un momento dado, no concretaron.

- Con su actuar ligero y sin haber sido lo suficientemente exhaustiva, se le violó a su prohijada por su parte, (sin dolo) el adecuado derecho a una defensa técnica y desde luego se le vulneró el derecho de defensa y el debido proceso a Paula Andrea Taborda Ospina, dado que le aseguró que bajo la premisa de ser madre cabeza de familia y entendiendo el delito y el allanamiento, si bien iba a ser condenada, no iría a la cárcel, pues ese era su mayor temor, teniendo en cuenta que eso implicaba dejar a su hijo menor solo, frente a lo que también se refirió el representante de víctimas en la audiencia.

Por lo anterior, solicita se imparta NULIDAD A LA AUDIENCIA DE ALLANAMIENTO A CARGOS, llevada a cabo el día 20 de septiembre de 2023, por el Juzgado Promiscuo Municipal De Don Matías y las demás etapas subsiguientes y se pueda retomar nuevamente desde la Audiencia Concentrada.

CONSIDERACIONES

El problema jurídico planteado en esta ocasión invita a la Sala a determinar si la aceptación de cargos manifestada por la ahora sentenciada fue emitida bajo premisas erradas en cuanto a las consecuencias jurídicas que de allí se desprendían y por lo cual puede o no considerarse inválida.

Para resolver, la Sala escuchó atentamente los registros de la audiencia concentrada en donde la procesada manifestó la aceptación de cargos y pudo constatar que ella aceptó todos los cargos que le

fueron endilgados por la Fiscalía conforme con el escrito de acusación que le fue entregado al momento del traslado respectivo.

Tanto la señora Fiscal como la Juez advirtieron que no se había aludido al artículo 31 del Código Penal, por tratarse de un concurso de hechos punibles, pero durante el transcurso de la audiencia no se realizó la corrección respectiva, por lo cual la aceptación de cargos quedó conforme como se había enunciado en el escrito de acusación.

Igualmente, puede percibirse al minuto 1:14:12 del registro que cuando a la procesada se le preguntó si conocía las consecuencias en disfavor por la aceptación de cargos, manifestó que no, por lo cual la señora Juez realizó un receso para que la defensora se comunicara con la procesada y le explicara.

La juez le preguntó a la defensora si hizo contacto con la procesada y si le dio la asesoría, a lo cual manifestó que sí. Luego, preguntó por las consecuencias a la señora Paula Andrea y dijo que por la aceptación tendría beneficios, que iba a recibir una rebaja de pena, que iba a ser condenada a 42 o más meses de prisión.

La señora Juez le insistió para conocer si ella estaba informada sobre las consecuencias de la aceptación de cargos y le preguntó si sabía que le quedaría un antecedente, que la sentencia sería necesariamente condenatoria.

También le preguntó si le explicaron algo sobre los subrogados penales y dijo que sí. Entonces le pidió que explicara qué le habían dicho sobre cómo iba a cumplir la pena y señaló que la iba a pagar intramural (minuto 1:26:28). La Juez le insistió si estaba de acuerdo

con eso y la señora Paula Andrea después de quedarse callada un momento, terminó diciendo que insistía en la aceptación de cargos.

Como puede apreciarse fácilmente, no le asiste razón a la señora defensora en sus críticas, porque como lo manifestó expresamente la procesada al momento de aceptar los cargos, era consciente que la pena que le impusieran tenía que descontarla en forma intramural. Por tanto, no se evidencia en los registros que la aceptación de cargos estuviera condicionada al otorgamiento de algún sustituto penal.

No obstante, como el tema propuesto es la debida información que tuvo la señora Paula Andrea Taborda Ospina para la aceptación de cargos, la Sala observa que existe otro aspecto que debe analizarse y que está vinculado en forma inescindible con la argumentación de la defensa para solicitar la nulidad del allanamiento a cargos y es que a la señora Paula Andrea no se le informó en forma adecuada que se trataba de dos hechos punibles totalmente diferenciables y que por cada uno de ellos recibiría una sanción penal, que podría aplicarse lo previsto en el artículo 31 del Código Penal, lo que implicaría un incremento de pena sobre la sanción de mayor entidad prevista en la ley.

Desde el inicio de la audiencia concentrada ese tema ya estaba advertido por los sujetos procesales y a pesar de ello no se corrigió y no se le informó adecuadamente la situación a la señora Paula Andrea.

La solución dada por el A quo, esto es, decretar la ruptura de la unidad procesal, no es la adecuada, porque no puede desconocerse que la acusación incluía los dos hechos y en los términos presentados por la

Fiscalía fue que la procesada decidió aceptar los cargos, por lo cual salta a la vista la falta de información veraz y precisa para que la acusada pudiera tomar la decisión de aceptar los cargos. Era indispensable que la señora Fiscal corrigiera la calificación jurídica de los hechos y así la señora Paula Andrea tuviera la oportunidad de aceptar los cargos conociendo en forma clara, precisa y veraz las consecuencias que de ello se desprenden.

Por lo anterior, la Sala decretará la nulidad de lo actuado desde el inicio de la audiencia concentrada, para que se hagan las correcciones pertinentes y con una adecuada información la señora Paula Andrea Taborda Ospina puede decidir si acepta o no los cargos endilgados.

Con fundamento en lo expuesto, el Tribunal Superior de Antioquia, Sala de Decisión Penal, resuelve **DECLARAR LA NULIDAD DE LO ACTUADO** a partir del inicio de la audiencia concentrada prevista en el artículo 542 del Código de Procedimiento Penal.

La decisión aquí tomada queda notificada en estrados y contra ella no procede recurso alguno.

CÓPIESE, CÚMPLASE Y DEVUÉLVASE

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: **445f863027b9fcfd79e2564c5e53b0647d4a161192101d034d59d107cd630335**

Documento generado en 10/11/2023 01:23:25 PM

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

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

Medellín, diez (10) de noviembre de dos mil veintitrés (2023)

Radicado : 2017-1932-4
Sentencia (Ley 906) - 2ª Instancia.
CUI : 058376100499200800220.
Acusado : Neys Wilder González Martínez.
Delito : Acceso carnal violento.
Decisión : Revoca

Proyecto discutido y aprobado en sesión de la fecha.
Acta N° 413

M.P. JOHN JAIRO ORTIZ ÁLZATE

ASUNTO

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación que interpusiera la defensa del acusado NEYS WILDER GONZÁLEZ MARTÍNEZ, contra la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Turbo (Ant.), el 11 de agosto de 2017, a través de la cual fue declarado penalmente responsable por la comisión del delito de Acceso carnal violento y se le condenó a la pena de ciento cuarenta y cuatro (144) meses de prisión y a la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término de la pena principal; además se le denegó los mecanismos sustitutivos de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria.

Radicado N° : 2017-1932-4
Sentencia (Ley 906) - 2ª Instancia.
CUI : 05 837 61 00499 2008 00220
Acusado : Neys Wilder González Martínez
Delito : Acceso carnal violento

SÍNTESIS DE LOS HECHOS

Se desprende del escrito de acusación que, en el mes de octubre de 2008, y en dos ocasiones, el señor NEYS WILDER GONZÁLEZ MARTÍNEZ abusó sexualmente de la menor S.V.P. quien para ese momento contaba con 15 años de edad. El primer episodio se presentó en una tienda de videos denominada "Turbo Laser" ubicada en el municipio de Turbo (Ant.), sitio hasta donde GONZÁLEZ MARTÍNEZ condujo a la joven con el pretexto de invitarla a una gaseosa, pero una vez allí, la ingresó a un cubículo supuestamente para ver una película y procedió accederla carnalmente vía vaginal sin su consentimiento y bajo intimidación. El segundo hecho, se presentó el 30 de octubre de 2008, cuando NEYS WILDER llegó sobre las 11:00 a.m. aproximadamente a la institución educativa donde estudiaba la menor, y la hizo subir a su motocicleta bajo la amenaza de mostrarle a la madre de aquella un vídeo en el que estaban sosteniendo relaciones sexuales, dirigiéndose con la joven a una residencia donde finalmente la accedió de nuevo en contra de su voluntad.

ACTUACIÓN PROCESAL

En la respectiva audiencia ante el Juez de control de garantías realizada el 6 de febrero de 2014, se le formuló cargos a NEYS WILDER GONZÁLEZ MARTÍNEZ por un concurso homogéneo del delito de Acceso carnal violento, cargo al que no se allanó.

Radicado N° : 2017-1932-4
Sentencia (Ley 906) - 2ª Instancia.
CUI : 05 837 61 00499 2008 00220
Acusado : Neys Wilder González Martínez
Delito : Acceso carnal violento

Posteriormente, el 5 de junio de 2014 se llevó a cabo la audiencia de formulación de acusación y el 15 de julio siguiente, la preparatoria. Así las cosas, el juicio oral se desarrolló en sesiones del 24 de septiembre de 2014, el 9 de febrero de 2015, y después de múltiples aplazamientos, continuó el 19 de febrero, 10 de marzo, 27 de mayo, 21 de septiembre, 1 de noviembre, 12 de diciembre de 2016, 27 de febrero y 5 de junio de 2017, fecha en la que concluyó con sentido de fallo condenatorio. La lectura de la sentencia tuvo lugar el 11 de agosto siguiente, la cual fue impugnada por la defensa, concediéndose el recurso 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, una vez culminado el juicio oral, a la pena antes señalada al acusado NEYS WILDER GONZÁLEZ MARTÍNEZ, respecto de la conducta punible de Acceso carnal violento, sobre la base del convencimiento más allá de toda duda razonable en cuanto a su responsabilidad penal, derivada asimismo de la configuración de todas y cada una de las categorías estructurales del delito, como conducta típica, antijurídica y culpable, y bajo consideración que la prueba testimonial allegada a la actuación, constituida básicamente por la declaración de la menor víctima S.V.P., de su progenitora TERESA MARIA PADILLA, así como del médico legista CARLOS OQUENDO MORENO y de la psicóloga CECILIA ENRIQUEZ VALENCIA, daba cuenta con suficiencia demostrativa, de

Radicado N° : 2017-1932-4
Sentencia (Ley 906) - 2ª Instancia.
CUI : 05 837 61 00499 2008 00220
Acusado : Neys Wilder González Martínez
Delito : Acceso carnal violento

la existencia de las aludidas ilicitudes y de la responsabilidad frente a las mismas por parte del citado GONZÁLEZ MARTÍNEZ.

Explicó el fallador que, en el presente caso, se encontraba probado el elemento de la violencia, el cual fue de carácter moral, ya que el procesado; por una parte, engañó a S.V.P. utilizando artimañas y haciéndole creer que iban a ver una película, vulnerando así su principio de confianza; y por otra, la obligó a tener relaciones sexuales con él, bajo la amenaza de exhibir un vídeo a los padres de aquella. Aclaró igualmente que los testigos de la defensa no lograron desvirtuar la existencia de los hechos, dado que no fueron testigos presenciales de éstos.

FUNDAMENTOS DE LA ALZADA

La defensa dentro del término legal establecido presentó escrito de apelación, anunciando su desacuerdo con el fallo proferido en primera instancia. Argumentó lo siguiente:

- Las pruebas debatidas en el juicio oral no dieron cuenta de la responsabilidad penal de su defendido.
- La conducta es atípica, dado que las relaciones sexuales entre su representado y la presunta víctima fueron consentidas, por lo tanto, no se puede hablar de “violencia”.
- Aunque se hizo referencia a que los dos hechos se presentaron en dos lugares diferentes, es decir, en una video tienda

Radicado N° : 2017-1932-4
Sentencia (Ley 906) - 2ª Instancia.
CUI : 05 837 61 00499 2008 00220
Acusado : Neys Wilder González Martínez
Delito : Acceso carnal violento

y en la residencia “Sandra”, la propia víctima manifestó que los hechos ocurrieron en el primer lugar. Por lo que no quedó plenamente establecido realmente donde ocurrieron los sucesos.

- Tampoco se demostró el tiempo en qué se produjeron los dos hechos, pues desde la imputación de cargos, se dijo que había una diferencia de 20 días entre un hecho y otro, pero en el juicio la menor refirió que la diferencia fue de 2 a 3 días. Si los acontecimientos hubiesen ocurrido como se plantearon, la víctima no hubiere olvidado cuándo se presentaron, más aún porque se supone que ese había sido su primer encuentro sexual.

- En el dictamen sexológico no se encontró huellas de violencia física, por lo que difícilmente se puede hablar de la existencia de una violencia moral. En este examen no se encontró huellas traumáticas recientes, lo que indica que los desgarros eran antiguos. Por lo tanto, esta valoración no permite deducir la existencia de la violencia.

- La joven le manifestó al médico CARLOS OQUENDO que éste le dijo que hablará con la mamá para ser su novio, por lo que no se puede obviar esa manifestación; aunado a que el profesional de la medicina refirió primero que la menor le habló de unas fotos y después habló de un vídeo. Además, la madre de la menor en su declaración afirmó que su hija conocía a su defendido.

- No se probó la existencia del presunto video con el que su representado supuestamente constriñó a su prohijado. Además del testimonio de la menor se desprende que ellos se veían de

Radicado N° : 2017-1932-4
Sentencia (Ley 906) - 2ª Instancia.
CUI : 05 837 61 00499 2008 00220
Acusado : Neys Wilder González Martínez
Delito : Acceso carnal violento

forma constante y permanente. Adicionalmente, la joven negó en su declaración haber visto algún tipo de aparato electrónico con el que el procesado hubiera podido grabarla, y como éste mismo lo dijo en juicio, no tenía un celular con cámara.

- Existen incoherencias en la versión de S.V.P. Se vislumbra inconsistencia en el testimonio de la joven con relación a sí le informó a su representado la hora de salida del colegio, toda vez que éste indicó que ese día ella lo llamó y le dijo que salía temprano de la institución, así que el procesado fue y la recogió delante de todo el mundo, sin ocultarse. Por otra parte, no es normal que una mujer que nunca ha tenido relaciones sexuales se vaya con un desconocido. De igual manera, la menor en su declaración manifestó que cuando el procesado se la llevó para una habitación de la video tienda, ella gritó, sin embargo, el señor EFRAÍN ALBERTO QUIROZ quien era la persona que atendía el sitio, explicó que el lugar tenía unas divisiones improvisadas y que era usual que se escuchara el ruido que se hacían en las habitaciones. Por lo tanto, aunque se reconoce la existencia de la relación sexual, no medió la violencia.

- Con relación al primer suceso, no resulta lógico que su representado supuestamente con una mano le tapara la boca a la víctima y con otra le quitara la ropa y luego la penetrara. Además, el testigo de la defensa refirió que no vio salir a la joven angustiada del sitio de video. Asimismo, respecto del segundo hecho, JOSÉ BERRIO LEMUS quien fuera el administrador de la “residencia Sandra” refirió que tanto su prohijado como la joven llegaron juntos al hotel y no alcanzó a notar ninguna actitud extraña en aquella, ni antes ni después de salir de la habitación.

Radicado N° : 2017-1932-4
Sentencia (Ley 906) - 2ª Instancia.
CUI : 05 837 61 00499 2008 00220
Acusado : Neys Wilder González Martínez
Delito : Acceso carnal violento

- Las psicólogas que valoraron a la joven no eran expertas en psicología forense o clínica.

- Del contexto social y familiar de la joven de 15 años se desprende que tenía suficiente conocimiento para determinar que era una relación sexual, además la adolescente no le habló a la psicóloga YACIRA de abuso, sino de relación sexual.

- No se logró demostrar las consecuencias psicológicas que quedaron en la joven por el supuesto ataque violento, ni los cambios en su comportamiento. No se comprobó que la menor fuera amenazada, constreñida o intimidada. Además, tampoco se estableció que hubiese sido coaccionada en el primer hecho, más aún cuando en ese momento no existía ningún video.

- En el testimonio de la madre de la menor también se encuentran inconsistencias como, por ejemplo, la hora en que la joven salía del colegio; tampoco indicó la progenitora cuáles fueron los amigos de la adolescente que le informaron que a la niña se la había llevado por la fuerza un desconocido; ni se estableció cómo pudo identificar al agresor de su hija; asimismo la madre desconoce lo que le pasó a su descendiente en el primer hecho. Además, la presunta víctima manifestó sentir miedo hacía su madre.

- No fue probado el dolo de su representado.

Por lo anterior, considera que ante las dudas que sobresalen en este proceso, se proceda a revocar la decisión de

Radicado N° : 2017-1932-4
Sentencia (Ley 906) - 2ª Instancia.
CUI : 05 837 61 00499 2008 00220
Acusado : Neys Wilder González Martínez
Delito : Acceso carnal violento

primera instancia y en su defecto se emita una sentencia de carácter absolutorio procediendo a cancelar la orden de captura que funge en contra de su representado.

TRASLADO A LOS NO RECURRENTES

Surtido el término del 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 la defensa, 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.

Desde esta perspectiva debe la Sala determinar si la sentencia condenatoria que se revisa comporta una decisión ajustada al haber procesal, o si, como lo plantea el impugnante, fue sustentada en una prueba de cargo que genera dudas sobre la responsabilidad del acusado frente al punible que se le atribuye.

Su posición nos lleva a incursionar en el análisis del acervo probatorio, que sirvió de fundamento al Juez primario para condenar al señor NEYS WILDER GONZÁLEZ MARTÍNEZ, con miras a determinar si el mismo, en términos del artículo 381 de la Ley 906 de 2004, permite llegar al convencimiento más allá de toda

Radicado N° : 2017-1932-4
Sentencia (Ley 906) - 2ª Instancia.
CUI : 05 837 61 00499 2008 00220
Acusado : Neys Wilder González Martínez
Delito : Acceso carnal violento

duda razonable sobre su responsabilidad frente al injusto que se le atribuye.

No obstante, antes de iniciar con el análisis de la valoración probatoria, se hace preciso advertir que en aquellos casos en los que la víctima del delito es una mujer sometida a violencia, bien sea por hallarse en circunstancias de debilidad manifiesta, bajo un régimen de poder o superioridad masculina, relaciones de opresión, entre otros, no se puede desconocer que existe un mandato de protección reforzada de la mujer, como sujeto en especial condición de vulnerabilidad.

Y es que en el presente caso nos encontramos, que los hechos que derivaron en este proceso ocurrieron en una adolescente, S.V.P. quien, para octubre de 2008, contaba con 15 años, asimismo de acuerdo con lo referido por la profesional de la psicología CECILIA ENRIQUEZ VALENCIA, quien en juicio refirió que el contexto familiar de la menor era de mucha pobreza, dichas circunstancias le permiten advertir a esta Magistratura, que posiblemente podríamos estar frente a un delito cometido en contra de una mujer, menor de edad, que bien pudo haberse hallado en una circunstancia de debilidad manifiesta o de opresión respecto de su agresor. Por lo tanto, es un deber de la Judicatura, tal y como lo ha dicho en reiteradas oportunidades la H. Corte Suprema de Justicia (véase entre otras, algunas recientes: CSJ SP3773-2022, rad.54239 de 02-11-2022; CSJ SP403-2021, rad.51848 del 17-02-2021; CSJ SP931-2020, rad. 55406 de 20-05-2020) expresar su reproche y censura a estos hechos constitutivos de violencia que atentan contra

Radicado N° : 2017-1932-4
Sentencia (Ley 906) - 2ª Instancia.
CUI : 05 837 61 00499 2008 00220
Acusado : Neys Wilder González Martínez
Delito : Acceso carnal violento

la dignidad e igualdad de las mujeres, siendo nuestro deber incorporar criterios de género para solucionar los casos. Lo anterior se explica por el Alto Tribunal expresamente de la siguiente forma (CSJ SP 3274-2020 rad. 50587 de 02-09-2020):

En efecto, en reciente decisión esta Corporación se encargó de fundamentar con toda claridad que, en el ámbito del razonamiento probatorio, los funcionarios judiciales están vinculados por el enfoque de género, en la medida en que no pueden acudir a la utilización de estereotipos y prejuicios para tomar sus decisiones, so pena de incurrir en un error por falso raciocinio al incorporar en su valoración falsas reglas de la experiencia como lo son aquellas construidas con el empleo de preconceptos machistas sobre el comportamiento que, desde una perspectiva patriarcal, deben o deberían asumir las mujeres frente a la amenaza de una agresión sexual,

(...) De otro lado, sin que ello represente en modo alguno una variación no controlada del carácter lógico-epistémico de la valoración de la prueba común en todos los procesos, la perspectiva de género debe permitir en el juicio del fallador la adecuada contextualización de los hechos, a partir de la misma prueba, que posibilite advertir patrones de desigualdad de poder y escenarios de subordinación en la ejecución de los actos de agresión que puedan resultar jurídicamente relevantes.

No obstante, tal y como también se aclara en la mencionada Jurisprudencia, lo anterior no significa que la perspectiva de género reduzca los derechos y garantías del procesado en términos de proteger principios como la presunción de inocencia, el debido proceso y una valoración probatoria objetiva.

Radicado N° : 2017-1932-4
Sentencia (Ley 906) - 2ª Instancia.
CUI : 05 837 61 00499 2008 00220
Acusado : Neys Wilder González Martínez
Delito : Acceso carnal violento

Así entonces, aclarado lo anterior y pasando al análisis probatorio, lo primero que habrá que decir es que a esta instancia ninguna duda la embarga en cuanto a la ocurrencia de las dos relaciones sexuales en las que participaron S.V.P. y el procesado, y que justamente originaron este proceso; ni tampoco que exista discusión alguna sobre el espacio temporal ni mucho menos respecto del lugar en que éstas acaecieron.

Como bien lo ha aceptado el mismo recurrente y lo corroboró el procesado en juicio y así fue ratificado también por la declaración que rindiera la víctima, resulta cierto que entre el señor GONZÁLEZ MARTÍNEZ y la joven S.V.P. se presentaron dos encuentros sexuales. De igual manera, de acuerdo con lo que estos dos mencionaron en sus testimonios hubo una diferencia de pocos días entre un encuentro y otro –para S.V.P. entre 2 a 3 días y para el procesado de 15 a 20 días– lo que permite inferir conforme con la valoración médica practicada a la joven, que aquellos ocurrieron durante el mes de octubre de 2008, siendo el último de ellos, el día 30, fecha en la que se hizo la valoración sexológica a la adolescente, pues además ello se desprende con claridad porque fue el mismo procesado quien adujo que horas después de ocurrido el segundo y último encuentro fue que se produjo su captura.

Asimismo, esta Colegiatura tampoco encuentra que exista discusión, contrario a lo planteado por el impugnante, respecto a los lugares en donde se produjeron las actividades sexuales, porque tanto NEYS WILDER como S.V.P. fueron unísonos al afirmar, que la primera relación ocurrió en un cuarto pequeño de una sala de video de películas que contaba con un televisor y dos

Radicado N° : 2017-1932-4
Sentencia (Ley 906) - 2ª Instancia.
CUI : 05 837 61 00499 2008 00220
Acusado : Neys Wilder González Martínez
Delito : Acceso carnal violento

sillas, descripción que coincide con la que explicara la persona que atendía en aquel momento el local comercial, el señor ELKIN ALBERTO QUIROZ y vio llegar a la presunta pareja ese día. Por otra parte, respecto del sitio en donde se presentó la segunda relación, se tiene que, aunque la presunta víctima ni el acusado mencionaron el nombre lugar, son coincidentes, porque S.V.P. afirmó que se trató de un sitio localizado en la misma parte del anterior lugar, pero en esta oportunidad dijo que se trataba de una habitación más grande; mientras que el procesado refirió que el segundo hecho, ocurrió en una residencia, lugar al que conforme con el administrador del sitio, el señor JOSÉ BARRIO LEMUS, llegaron las dos personas antes mencionadas.

Adicional a lo anterior, se le recuerda al defensor que fue objeto de estipulación probatoria en la audiencia de juicio oral celebrada el 12 de diciembre de 2016, los lugares de ocurrencia de los hechos; por ende, ese aspecto no admite ningún tipo de debate probatorio. Por lo tanto, pese a lo manifestado por el deponente, en el presente caso, tanto las circunstancias de tiempo y lugar resultan incuestionables.

Así entonces, la discusión se debe concentrar es en torno a si en el presente caso, existe certeza más allá de toda duda razonable, respecto de la forma en que ocurrieron los hechos, y, por ende, si en el caso en concreto, en los encuentros sexuales entre S.V.P. y NEYS WILDER GONZÁLEZ MARTÍNEZ medio intimidación y/o engaño para que la joven accediera a tener relaciones íntimas con el procesado. Y es que en el *sub judice*, estamos ante dos versiones diferentes. Por una parte, la de la joven S.V.P. quien

Radicado N° : 2017-1932-4
Sentencia (Ley 906) - 2ª Instancia.
CUI : 05 837 61 00499 2008 00220
Acusado : Neys Wilder González Martínez
Delito : Acceso carnal violento

manifestó que las relaciones sexuales no fueron consentidas; y por otra, la del procesado, quien insiste en que entre él y S.V. existía una relación de amistad previa, con cuatro o cinco salidas ocasionales, y en dos de las cuales, ocurrieron las relaciones sexuales de forma voluntaria por parte de la mencionada joven.

No obstante, antes de entrar a valorar los testimonios tanto de la presunta víctima, como el del acusado, vale la pena aclarar, contrario *sensu* al argumento esbozado por el Juez de primera instancia, que lo que la menor contara a terceras personas sobre los detalles de cómo fue presuntamente abusada, es decir, lo que le dijo a su madre, la señora TERESA MARÍA PADILLA GALARCIO, al médico legista, CARLOS OQUENDO MORENO, a las psicólogas YACIRA CÓRDOBA MENA y CECILIA ENRÍQUEZ VALENCIA, pormenores que fueron revelados en juicio por estos testigos, no pueden valorarse más allá de lo que la misma S.V.P. expresó al comparecer al juicio dando su versión sobre los hechos, porque de lo contrario, se convertiría en prueba de referencia inadmisibles.

Tampoco se le otorgará ningún valor probatorio a la entrevista de S.V.P. que rindiera a la psicóloga CÓRDOBA MENA y que fue incorporada a través de esta profesional, porque, aunque la menor acudió a juicio como testigo, en el desarrollo de su testimonio, no se utilizó esta declaración anterior ni para impugnar su credibilidad, ni para refrescar su memoria, ni menos aún fue incorporada como prueba de referencia (sobre esta cuestión en un asunto similar, véase CJS SP086-2023, rad. 53097 del 15-03-2023).

Radicado N° : 2017-1932-4
Sentencia (Ley 906) - 2ª Instancia.
CUI : 05 837 61 00499 2008 00220
Acusado : Neys Wilder González Martínez
Delito : Acceso carnal violento

Así las cosas, se tiene conforme con la declaración que rindiera la presunta víctima, tal y como se ha venido anotando, la joven fue reiterativa en afirmar que fue abusada en dos oportunidades por el procesado, de quien nunca dijo su nombre, más allá de referirse a “ese señor”. Manifestó S.V.P. que el primer suceso ocurrió un día –sin mencionar cuál– en el que se dirigía hacia la casa de una compañera de estudio a hacer tareas, cuando un sujeto desconocido –refiriéndose al procesado– la abordó en una motocicleta, y ella sin más, y sin recordar el por qué, se subió al automotor; sin embargo el acusado no la llevó a la casa de su amiga, sino que se dirigió con ella a un sitio de películas, la ingresó a un pequeño cuarto que tenía dos sillas y un televisor, y allí él, la tomó por la fuerza y la accedió con el pene en su vagina; explicó que aunque gritó, el procesado le tapó la boca; también dijo que ella golpeó la pared, pero fue inútil; asimismo que el acusado no le rasgó la ropa y que ella lloró durante todo el acto; sin embargo, cuando salió del sitio no expuso su fuerte llanto, solo su tristeza.

En cuanto a la segunda situación, refirió S.V.P. que a los 2 o 3 días, cuando se dirigía hacia su colegio y sobre las 5:00 a.m. aproximadamente, se topó de nuevo con el acusado, quien le preguntó sobre la hora de salida del centro educativo, y aunque le dio una que no se correspondía y le dijo que egresaría al medio día, sobre las 11:00 a.m. cuando se disponía a marcharse para su casa y con miedo de que él estuviera por allí, observó como el procesado la estaba esperando y le dijo que se debía ir con él, porque de lo contrario le mostraría un vídeo a su mamá donde se observan teniendo relaciones sexuales, así entonces se sintió obligada a montarse en la motocicleta del procesado, quien en esta oportunidad

Radicado N° : 2017-1932-4
Sentencia (Ley 906) - 2ª Instancia.
CUI : 05 837 61 00499 2008 00220
Acusado : Neys Wilder González Martínez
Delito : Acceso carnal violento

la llevó al mismo sitio, pero a una habitación más grande, lugar donde aquel insistió en sus amenazas y la accedió carnalmente; advirtiéndole que cuando salieron de ese sitio y ella llegó a su casa, vio como sus amigas del colegio le estaban contando a la mamá que un hombre se la había llevado.

Contrario a lo narrado por S.V.P., NEYS WILDER GONZÁLEZ MARTÍNEZ, quien también dio cuenta de los dos encuentros sexuales con la joven, explicó que no era ningún desconocido para S.V., y que antes de los hechos comenzaron a conversar, y desde el primer día él le dio su número de teléfono dado que la adolescente le indicó que no la podía llamar al fijo porque su mamá era muy estricta; así entonces era S.V.P. quien lo llamaba. También indicó el procesado, que salieron entre cuatro a seis veces, y en dos de ellas, contando con el consentimiento de S.V. sostuvieron las relaciones sexuales, aclarando que se veían de forma esporádica dado que la menor le explicó que su madre no la dejaba tener novio.

Respecto del primer encuentro, NEYS WILDER manifestó que S.V. le dijo que se había excusado con su madre diciéndole que iba a hacer una tarea con una amiga, cuando en realidad iba a encontrarse con él. Ese día según relata el acusado, pasó a buscar a la joven en el mismo sitio donde se habían conocido –al parecer cerca del domicilio de la menor– y el procesado la invitó a ver una película, pero le explicó cómo era el sitio al que iban, sin que ella opusiera ningún tipo de resistencia, manifestando que se trataba de una sala de videos, S.V. eligió la película, les asignaron un pequeño cuarto y mientras transcurría el filme él

Radicado N° : 2017-1932-4
Sentencia (Ley 906) - 2ª Instancia.
CUI : 05 837 61 00499 2008 00220
Acusado : Neys Wilder González Martínez
Delito : Acceso carnal violento

comenzó a besarla y finalmente tuvieron relaciones sexuales con el asentimiento de la joven.

Posterior a ese episodio, relató GONZÁLEZ MARTÍNEZ que se siguieron llamando, y días después, S.V. le comunicó que saldría más temprano del colegio, es decir, entre 10:30 y 11:00 a.m. –horario que coincide con el que dijo S.V.P. haber salido ese día–, así que decidió pasar a buscarla y cuando la vio, él le hizo señas con la cabeza y ella se acercó, una vez allí, el procesado le sugirió a la joven que se fuera a cambiar el uniforme para que pudieran salir, pero ésta se negó porque de pronto no podía hacerlo, así que le entregó a sus compañeras del colegio los cuadernos y se marchó con él. Narró el testigo que, en esa ocasión fueron a una residencia –de la que no mencionó el nombre ni dónde estaba ubicada– y tuvieron un segundo encuentro sexual bajo el consentimiento de la menor. Explicó que finalizado el acto llevó a la joven cerca de su domicilio, y horas más tarde cuando él se encontraba realizando una diligencia fue capturado por la policía, mientras que la madre de S.V.P. le gritaba que era un abusador, logrando a su vez observar, como las amigas a las que la joven le había entregado en horas de la mañana el material escolar, lo señalaban.

Así las cosas, es notoria la contradicción entre estos dos testigos con relación a la voluntariedad o no de los encuentros sexuales; sin embargo, habrá que decir desde ya, que cotejado el testimonio de S.V.P. con las demás pruebas obrantes en el proceso, esta Sala advierte que no existe elementos que permitan inferir que las relaciones sexuales sostenidas entre S.V.P y GONZÁLEZ

Radicado N° : 2017-1932-4
Sentencia (Ley 906) - 2ª Instancia.
CUI : 05 837 61 00499 2008 00220
Acusado : Neys Wilder González Martínez
Delito : Acceso carnal violento

MARTÍNEZ, estuvieron mediadas por la violencia física o psíquica. Por el contrario, tal y como lo veremos en las siguientes líneas, es indiscutible que, en efecto, la menor sentía miedo hacía su madre respecto de las relaciones o amistad que pudiera tener con los hombres. Veamos:

De acuerdo con el dictamen emitido por el médico legista CARLOS OQUENDO MORENO, quien le realizó valoración médico-sexológica a S.V.P. el 30 de octubre de 2008, este profesional de la salud determinó que la joven presentaba un himen desgarrado, sin signos de traumas recientes localizados a las 7 y a las 4 del cuadrante del reloj, lo que resultaba indicativo de un desgarramiento antiguo. Según las conclusiones que dijo el experto había llegado, no resultaba posible determinar si en el presente, se trató de un acceso consentido o no, dado que según advirtió en el caso de S.V.P. no encontró huellas de trauma, dolor, hematomas o secreciones, por lo que en su impresión diagnóstica existía la duda sobre si hubo o no violación.

Asimismo, según la psicóloga de la Comisaría de Familia, YACIRA CÓRDOBA MENA, quien tuvo la posibilidad de entrevistar a la menor, indicó que se le dificultaba concluir si S.V.P. tenía o no claridad con relación a si consintió o no la relación o si estaba siendo subyugada por el procesado. Asimismo, la psicóloga CECILIA ENRIQUEZ VALENCIA más allá de advertir que durante la valoración observó que la joven estaba muy asustada y le dio recomendaciones acerca del autocuidado, simplemente refirió que este tipo de valoraciones solían tornarse muy subjetivas, por lo tanto,

Radicado N° : 2017-1932-4
Sentencia (Ley 906) - 2ª Instancia.
CUI : 05 837 61 00499 2008 00220
Acusado : Neys Wilder González Martínez
Delito : Acceso carnal violento
.

no dio ninguna apreciación que resultara relevante para este proceso.

Y es que, aunque se reconoce que S.V.P. fue enfática en su declaración cuando afirmó que fue obligada, engañada y amenazada por GONZÁLEZ MARTÍNEZ para tener relaciones sexuales con éste en las dos oportunidades referidas. Y adicionalmente si bien, la profesional de la psicología ENRÍQUEZ VALENCIA hizo alusión a que advertía temor en la joven cuando hablaba del tema; los testigos de descargo que atendieron los establecimientos de comercio donde se presentaron los encuentros sexuales, fueron unísonos al advertir que no observaron ningún comportamiento extraño en la adolescente, por el contrario, vieron a la presunta víctima y al acusado actuar como si fueran una pareja.

Así, ELKIN ALBERTO QUIROZ quien fue la persona que atendió al acusado y a la presunta víctima en la video tienda, aseveró que los vio llegar con normalidad, que incluso fue S.V.P. quien eligió la película, por lo que una vez seleccionada, el testigo les asignó el cubículo, y no escuchó ningún ruido extraño ni tampoco pedido de auxilio por parte de aquella, pues de haber sucedido una situación anormal como gritos, llanto o golpes en la pared, por el tipo de estructura del lugar, se hubiera percatado de ello, porque las divisiones eran muy endeables, y por el contrario vio salir a la joven con normalidad y sin advertir ninguna alteración de su parte. Y es que, conforme a la sana lógica, no resulta para nada contrario a la realidad la explicación otorgada por este testigo, pues es común que, en este tipo de espacios, la arquitectura sea frágil, por los que

Radicado N° : 2017-1932-4
Sentencia (Ley 906) - 2ª Instancia.
CUI : 05 837 61 00499 2008 00220
Acusado : Neys Wilder González Martínez
Delito : Acceso carnal violento

los pedidos de ayuda o sonidos de llanto resultarían fácilmente perceptibles para cualquier persona medio común.

En un sentido similar, se pronunció el señor JOSÉ BERRIO LEMUS administrador de la residencia donde ocurrió el segundo encuentro sexual, quien manifestó que ese día atendió a NEYS WILDER, a quien había visto solo en una ocasión más, y lo vio como ingresó al sitio con una joven que portaba un uniforme de Colegio, observando en aquella, una actitud tranquila tanto al ingreso como a la salida, afirmando incluso que, cuando se retiraron de la habitación y como el baño quedaba por fuera, la adolescente ingresó a éste con total normalidad y simplemente comenzó a arreglar su cabello, sin que percibiera ningún tipo de alteración en aquella.

Se desprende entonces de estos dos testigos, que ninguno de ellos observó ninguna actitud extraña en la menor, cuando se acercó y salió de los establecimientos de comercio junto con el procesado. Y es que esta Magistratura no cuenta con elementos para restar credibilidad a sus dichos, porque de sus declaraciones en juicio, no se interpreta que exista ánimo de favorecer a GONZÁLEZ MARTÍNEZ, dado que con éste no les asistía ningún vínculo de amistad, más allá de ser un cliente esporádico de sus negocios, como para que además los dos declarantes, mintiesen sobre una situación tan grave como la que es objeto de este proceso.

Por otra parte, con relación a la declaración de la madre de la joven, la señora TERESA PADILLA GALARCIO, se tiene que ésta explicó que unas amigas de S.V.P. fueron a ponerla

Radicado N° : 2017-1932-4
Sentencia (Ley 906) - 2ª Instancia.
CUI : 05 837 61 00499 2008 00220
Acusado : Neys Wilder González Martínez
Delito : Acceso carnal violento

sobre aviso respecto a que, cuando iban saliendo del colegio, a su hija se la había llevado un hombre desconocido en una motocicleta. No obstante, esa afirmación por sí sola no es suficiente para dar por sentando la existencia del constreñimiento de GONZÁLEZ MARTÍNEZ hacía S.V.P., dado que ninguna de las compañeras de la institución educativa que la vieron montarse a la motocicleta, acudieron a juicio para dar cuenta de la situación amenazante en la que se encontraba su amiga.

Pero es que, aunado a todo lo dicho hasta el momento, también llama la atención de esta Sala que S.V.P. quien, para la fecha de la ocurrencia de los hechos, contaba con 15 años, en el primer encuentro que dijo había tenido con el procesado, accediera a marcharse con éste en una motocicleta pese a que nunca lo había visto antes, sin que en su declaración supiera explicar qué fue lo que la llevó a darle confianza a este desconocido. Adicionalmente, tal y como lo reconociera S.V., y su madre, –coincidiendo también con lo dicho por el acusado– en aquella época a la joven le asistía una relación de temor hacía su progenitora, pues incluso como lo afirmara la misma señora PADILLA GALARCIO, ella le advertía con frecuencia a su hija “que no se metiera con un hombre que no le diera nada”, por lo que no resulta extraño que S.V. no hubiese tenido la suficiente confianza para darle a conocer la relación con el acusado.

Es así, como en ninguno de los dos supuestos, se puede afirmar con ánimo de certeza más allá de toda duda razonable que S.V.P. fue obligada mediante coacción física o emocional a tener relaciones sexuales con el procesado.

Radicado N° : 2017-1932-4
Sentencia (Ley 906) - 2ª Instancia.
CUI : 05 837 61 00499 2008 00220
Acusado : Neys Wilder González Martínez
Delito : Acceso carnal violento

Adicionalmente esta Magistratura no puede pasar por alto que, si bien a GONZÁLEZ MARTÍNEZ le fueron imputados cargos por un concurso homogéneo de accesos carnales violentos, en la acusación no se hizo referencia al concurso de delitos, y en la sentencia de primera instancia, solo se le condenó por un solo hecho, sin que se hiciera mención por cuál de ellos estaba siendo condenado, pero es que, como se acaba de indicar, en ambos sucesos existe un manto de duda respecto de la configuración del elemento normativo del tipo penal.

Así las cosas, bajo estos criterios es claro que, contrario a lo considerado por la primera instancia, se acreditaron circunstancias que permiten considerar que la joven S.V.P. no estaba siendo coaccionada por el procesado cuando tuvieron sus dos encuentros sexuales; sumado al hecho que no hay pruebas de corroboración; por lo que en el presente caso, se generan una dudas razonables que impiden que se alcance el conocimiento necesario para predicar que los hechos atribuidos por la Fiscalía al acusado NEYS WILDER GONZÁLEZ MARTÍNEZ, consistentes en que éste accedió carnalmente a S.V.P en contra de su voluntad, realmente ocurrieron.

Así las cosas, con las pruebas practicadas en el juicio no puede llegarse en términos del artículo 381, Ley 906 de 2004, al convencimiento más allá de toda duda razonable sobre la existencia de los hechos atribuidos al acusado NEYS WILDER GONZÁLEZ MARTÍNEZ, por lo cual, en el caso concreto, y contrario a las conclusiones del *A quo*, habrá de prevalecer su presunción de inocencia.

Radicado N° : 2017-1932-4
Sentencia (Ley 906) - 2ª Instancia.
CUI : 05 837 61 00499 2008 00220
Acusado : Neys Wilder González Martínez
Delito : Acceso carnal violento

En consecuencia, resulta imperativo revocar la providencia de primera instancia, y en su lugar, **ABSOLVER** al acusado de los cargos que le fueron endilgados por el ente acusador. Por ende, se dispondrá su libertad inmediata.

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: REVOCAR el fallo de la fecha, naturaleza y procedencia anotadas y en su lugar **ABSOLVER** al señor **NEYS WILDER GONZÁLEZ MARTÍNEZ**, de las condiciones civiles y personales descritas en autos, de los cargos que por el delito de Acceso carnal violento que le fueron formulados por la Fiscalía General de la Nación, según las razones consignadas en la parte motiva de esta providencia.

Como consecuencia, se ordena la libertad inmediata del citado **GONZÁLEZ MARTÍNEZ**, siempre y cuando no sea requerido por otra autoridad.

SEGUNDO: SE SIGNIFICA que frente a esta decisión procede el recurso extraordinario de casación, el cual deberá ser interpuesto dentro de los cinco (5) días siguientes a la

Radicado N° : 2017-1932-4
Sentencia (Ley 906) - 2ª Instancia.
CUI : 05 837 61 00499 2008 00220
Acusado : Neys Wilder González Martínez
Delito : Acceso carnal violento
.

última notificación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 98, Ley 1395 de 2010. En tanto surta ejecutoria la presente decisión, **SE DISPONE** sea retornada la actuación al Juzgado de origen, a fin de que se proceda con el archivo de las diligencias.

Quedan las partes notificadas en estrados.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

LOS MAGISTRADOS,

JOHN JAIRO ORTIZ ÁLZATE

RENÉ MOLINA CÁRDENAS

GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME

Firmado Por:

John Jairo Ortiz Alzate
Magistrado
Sala 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: **181bf82343494cf08575977ee160cf4399336f9150738f940cd59dab183ee8a2**

Documento generado en 10/11/2023 01:44:51 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, diez (10) de noviembre de dos mil veintitrés (2023)

Nº Interno : 2018-0585-4
2º instancia Incidente de reparación
integral
CUI : 05-887-60-00355-2010-80357
Acusado : Ernesto de Jesús Zapata
Delito : Tentativa De Acceso Carnal Abusivo
Con Menor de 14 Años
Decisión : Confirma

Proyecto discutido y aprobado en sesión de la fecha.
Acta N° 412

M.P. John Jairo Ortiz Álzate

Procedente del Juzgado Penal del Circuito de Yarumal–Antioquia–, llega a conocimiento de esta Sala el recurso de apelación interpuesto por el defensor, en contra de la providencia del 03 de abril 2018, mediante la cual la Juez de primera instancia puso fin al incidente de reparación integral y declaró civilmente responsable al señor ERNESTO DE JESÚS ZAPATA, condenándolo al pago de perjuicios, con ocasión de la condena en el proceso penal adelantado en su contra por el delito de Tentativa de acceso carnal abusivo con menor de 14 años.

ANTECEDENTES

A través de sentencia del 03 de abril de 2018, se declaró penalmente responsable al citado ERNESTO DE JESÚS ZAPATA por el delito de Tentativa de acceso carnal abusivo con menor de 14 años.

Una vez ejecutoriada la sentencia condenatoria, se promovió el incidente de reparación integral por parte de S.A.Z.O quien fue reconocida como víctima directa.

El 05 de febrero de 2018 se dio inicio al trámite de incidente de reparación integral, el apoderado de las víctimas en el trámite de estas diligencias presentó su pretensión indemnizatoria; se fijó fecha para la audiencia de práctica de pruebas, solicitada por la representación de la víctima, audiencia que se llevó a cabo el día 03 de abril de 2018, misma fecha en la que tuvo lugar la lectura de la correspondiente sentencia.

Frente a dicha decisión, se interpuso por parte del defensor recurso de apelación, el cual fue debidamente sustentado en tiempo oportuno.

PROVIDENCIA IMPUGNADA

En la sentencia respectiva, la Juez *A quo* declaró civilmente responsable al sentenciado ERNESTO DE JESÚS ZAPATA por el delito de tentativa de Acceso carnal abusivo con menor de 14 años.

La Juez de primera instancia después de analizar las pruebas aportadas y los testimonios recepcionados en el incidente de reparación integral, indicó que la menor S.A.Z.O, se encontraba habilitada para aplicar como víctima por el delito de tentativa de Acceso carnal abusivo con menor de 14 años.

No obstante, explicó la falladora de primer grado, que habría lugar a condena por perjuicios morales subjetivados, conforme lo demostró la representante de víctima, pues ello se acreditó a través de la sentencia aportada como prueba trasladada. En el mismo sentido consideró que se había demostrado el daño moral subjetivo con el testimonio de la señora LUZ MARIELA BETANCUR, quien relató que la niña presentaba miedos, y de allí se vislumbró que la menor no le gustaba salir y vivía temerosa. Prueba que en ningún momento fue controvertida o negada por alguna de las partes.

Por otra parte, insistió la falladora que la representante de víctimas presentó como prueba trasladada la sentencia del proceso penal donde había resultado condenado el incidentado, y, por el contrario, el defensor no presentó ninguna.

Argumentó la *A quo* que, de acuerdo con la prueba allegada, quedó probada la existencia del daño moral, sin que se hiciera necesario acudir a un perito para su acreditación, porque tal y como se deduce del artículo 97 del Código Penal, el Juez podrá indemnizar una suma equivalente de moneda nacional hasta de 1.000 SMLMV, y lo podrá hacer teniendo en cuenta factores como la naturaleza de la conducta y la magnitud del daño causado.

Asimismo, también explicó la Juez de primera instancia que los perjuicios morales son aquellos que afectan el fuero interno de la víctima o perjudicado, los cuales se traducen en la tristeza, el dolor, la congoja o aflicción, además tal y como lo ha explicado la jurisprudencia, los perjuicios subjetivados no tienen regulación probatoria.

Finalmente concluyó que, frente al reconocimiento de los perjuicios morales subjetivados, ninguna duda le asistía respecto a que se produjo un daño a la víctima debido a la conducta punible cometida en su contra, sin que pueda cuestionarse el hecho de que las actuaciones desplegadas por el declarado penalmente responsable pudieron generarle un sentimiento de angustia, aflicción y miedo. Así entonces, reconoció a la incidentante perjuicios por este concepto, equivalentes a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes para el 2010, es decir, por un total de (\$51.515.000) pagaderos en 12 cuotas mensuales iguales a favor de la víctima S.A.Z.O.

SUSTENTACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN

El defensor manifestó su inconformidad con el fallo de primera instancia, al considerar que los elementos materiales probatorios solo hicieron referencia a una declaración donde se menciona que la menor tuvo miedo, y fue solo con eso solamente que se estableció el daño, pero esa declaración solo se había realizado en el proceso penal. Dentro del incidente de reparación no se estableció el miedo referenciado y tampoco los argumentos que la pretendiente presentó para solicitar el perjuicio moral; toda vez que esta no tuvo elementos que lo indicaran.

Adicionalmente, en la sentencia condenatoria no se hizo referencia en ningún momento al miedo referenciado, el cual es la base de este nuevo proceso, por lo que no se puede tener en cuenta la prueba trasladada que se allegó al incidente.

Aunado a lo anterior, el defensor se opuso a la conclusión de primera instancia, toda vez que, en su sentir, se necesitaba de elementos materiales probatorios para condenar, y en este proceso, no los hubo, aparte de la prueba trasladada. No compareció un perito que hiciera referencia a esos perjuicios morales y que demostrara el dolor padecido.

Por todo lo anterior, solicita que se revoque la sentencia de fondo en el trámite de incidente de reparación, y no se condene al pago de perjuicios morales subjetivados por cien (100) SMLMV para el 2010, un total de (51.515.000).

TRASLADO NO RECURRENTE

El representante de víctimas hizo énfasis que los perjuicios morales subjetivados se define como el sentimiento de angustia, miedo, tristeza, depresión y otras afecciones. Adicional son perjuicios que no hay que probarlos porque nadie puede valorar el dolor padecido por otro.

Por otra parte, el Ministerio Público como no recurrente manifestó que la prueba valorada, es una prueba trasladada, la cual ya fue practicada en contra del señor ERNESTO

DE JESÚS ZAPATA, por lo tanto, era posible que se anexara al incidente de reparación integral, sin que se requiera de ninguna otra persona.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Es competente la Sala para decidir el recurso de apelación interpuesto por la defensa, en contra de la decisión atrás reseñada, de conformidad con el numeral primero del artículo 34 de la Ley 906 de 2004.

Se desprende del escrito de impugnación, que el recurrente pretende que se analice la sentencia del trámite incidental, con el objetivo de que se acceda a su pretensión de revocar la decisión con la cual se condenó al pago de perjuicios morales subjetivados al señor ERNESTO DE JESÚS ZAPATA.

Para dilucidar el asunto en estudio, hay que mencionar inicialmente que el artículo 97 del C.P, dispone lo siguiente:

Indemnización por daños. En relación con el daño derivado de la conducta punible el juez podrá señalar como indemnización, una suma equivalente en moneda nacional, hasta mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales. Esta tasación se hará teniendo en cuenta factores como la naturaleza de la conducta y la magnitud del daño causado. Los daños materiales deben probarse en el proceso.

Según esta norma, el Juez tiene la facultad para

determinar dentro de los límites que el mismo artículo le otorga, la cuantía para la indemnización por daños, observando ciertos factores como la naturaleza de la conducta y la magnitud del daño causado, que adicional a éstos se encuentren demostrados dentro del proceso.

Es sabido que el delito como fuente de obligaciones genera el deber de reparar aquellos perjuicios que se demuestren causados, y pudiendo ser éstos de orden material o inmaterial. Así, el artículo 2341¹ del Código Civil se estipula: “El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o delito cometido”.

En el trámite incidental, deben ser reparados dos clases de daños (véase sentencia C- 344/17, los materiales y los morales; entendido el primero como aquel que afecta al patrimonio del perjudicado; mientras los segundos, como los que inciden en cualquiera de las esferas de la persona, es así como los perjuicios morales se pueden catalogar como el dolor o el miedo sufridos por la víctima. A su vez los perjuicios morales se clasifican en objetivables y subjetivables, (véase sentencia SP- 6029/17), el primero refiere a los perjuicios inferidos a una persona en su patrimonio; mientras el segundo hace alusión a la esfera afectiva o interior de la persona. Se aclara que en el presente caso solo se hizo referencia a estos últimos, por tal motivo, en lo que sigue solo nos referiremos a los perjuicios morales subjetivos.

Partiendo de este presupuesto objeto de la impugnación, este es, el derecho que tiene quien reclama un perjuicio moral subjetivado, en el desarrollo del trámite del incidente de reparación integral se aportó una prueba trasladada consistente en la sentencia condenatoria proferida en contra del señor ZAPATA, para efectos de acreditar los perjuicios que se le habían causado a la víctima, de donde se extrajo el testimonio de la señora LUZ MARIELA BETANCUR VÁSQUEZ cuidadora de la menor, quien había manifestado que la menor sentía miedo, no le gustaba salir después de lo sucedido y se sentía temerosa.

Se hace preciso aclarar que la determinación del perjuicio moral subjetivo, que es el aquí se reclama, se deja al arbitrio del Juez, que es quien tiene el deber de fijar el valor de la indemnización, en tanto que la afectación del fuero interno de la víctima impide la valoración pericial por inmiscuir sentimientos tales como, tristeza, dolor, congoja o aflicción.

Al respecto, el defensor refirió que el fallo de primera instancia se fundamentó en una prueba trasladada para condenar, de la cual nunca se dio traslado a la parte, para que pudiera contradecir o refutar, ni tampoco los perjuicios fueron tasados por un perito. No obstante, esta Sala considera que la prueba trasladada y allegada a este proceso, resulta suficiente para establecer los perjuicios morales subjetivados reclamados, dado que la prueba fue determinante, en tanto, se trató de la sentencia condenatoria proferida en contra del señor ERNESTO DE JESÚS ZAPATA, y de la valoración que de la prueba allí hizo, se desprende que la menor presentó alteraciones emocionales, como por ejemplo

miedos y temor a salir, como producto de lo que le había sucedido con el procesado.

El artículo 174 del Código General del Proceso establece lo siguiente:

Las pruebas practicadas válidamente en un proceso pueden trasladarse a otro en copia y serán apreciadas sin más formalidades, siempre que en el proceso de origen se hubieren practicado a petición de la parte contra quien se aducen o con audiencia de ella. En caso contrario, deberá surtirse la contradicción en el proceso al que están destinadas. La misma regla se aplicará a las pruebas extraprocesales. La valoración de las pruebas trasladadas o extraprocesales y la definición de sus consecuencias jurídicas corresponderán al juez ante quien se aduzcan.

No obstante, en el trámite incidental el defensor no aportó ninguna prueba, observando esta Magistratura que se dio un adecuado manejo al proceso, porque al defensor se le dio la oportunidad procesal de presentar pruebas, mismas que el apoderado de ese momento renunció.

Respecto de la estimación hecha por el Juez de primera instancia del daño moral subjetivo sin la participación de un perito en el proceso, como se dijo antes, resulta facultativo del fallador su determinación. Así se desprende del artículo 97 del Código penal:

En relación con el daño derivado de la conducta punible el juez podrá señalar como indemnización, una suma

equivalente, en moneda nacional, hasta mil (1000) salarios mínimos legales mensuales. Esta tasación se hará teniendo en cuenta factores como la naturaleza de la conducta y la magnitud del daño causado.

Ubicándonos en el caso en concreto, se tiene que el Juez de primera instancia se basó en la prueba trasladada de la sentencia condenatoria del señor ERNESTO DE JESÚS ZAPATA, confirmando que la menor sufrió unos perjuicios morales, como consecuencia del delito de tentativa de Acceso carnal abusivo del cual fue víctima. Frente a este asunto entonces, es claro, que tal y como lo determinó la *A quo* que, la víctima sufrió unos perjuicios derivados del miedo por la conducta delictiva cometida por el señor ERNESTO DE JESÚS ZAPATA, los cuales deberán ser reparados, tal y como lo determinó la primera instancia, resultando razonables los perjuicios tasados por el fallador.

Por lo expuesto, y al revisar la prueba trasladada y aportada al trámite incidental, el Tribunal Superior de Antioquia confirma la decisión del *A quo* donde se condena por perjuicios morales subjetivados, por el equivalente a (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes para la fecha de los hechos 2010, diferido a 12 cuotas iguales a la víctima S.A.Z.O.

Estimando esta segunda instancia que la tasación de los perjuicios morales subjetivados decretados por la Juez de primera instancia, resulta razonable y por ello no se modificará la decisión a ese respecto.

Finalmente, respecto al aporte planteado por los no recurrentes habrá de señalarse que, en efecto, le asiste razón al no recurrente cuando indica que puede condenarse al pago de este concepto, toda vez que estos perjuicios morales subjetivados no hay que probarlos. No obstante, que la prueba trasladada si es permitida como prueba en este proceso de incidente de reparación integral de naturaleza civil, toda vez que está articulada en el código general del proceso artículo 174.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA, SALA DE DECISIÓN PENAL**, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley:

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la decisión del 3 de abril de 2018, del Juzgado Penal del Circuito de Yarumal (Ant.), dentro de la actuación de referencia que condenó al sentenciado ERNESTO DE JESÚS ZAPATA, al pago de cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes a la ocurrencia de los hechos, diferido a 12 cuotas iguales, a favor de la víctima S.A.Z.O por concepto de perjuicios morales subjetivados.

La presente decisión queda notificada en estrados y contra la misma no procede recurso alguno.

CÚMPLASE.

LOS MAGISTRADOS,

JOHN JAIRO ORTIZ ÁLZATE

RENÉ MOLINA CÁRDENAS

GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME

Firmado Por:

John Jairo Ortiz Alzate
Magistrado
Sala 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: **924d27dce653c784de6abb04655c67f51055e3d39c3935ea7466c7afd61e342a**

Documento generado en 14/11/2023 02:32:34 PM

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

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



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

M.P. NANCY ÁVILA DE MIRANDA

RADICADO: 0557960002912020-00228
INTERNO: 2023-0258-2
DELITO: HURTO CALIFICADO Y AGRAVADO
PROCESADO: JOSÉ GUILLERMO NIETO MARTÍNEZ
DECISIÓN: CONFIRMA



Medellín, diez (10) de noviembre de 2023
Aprobado según acta Nro. 121

1. ASUNTO

Se pronuncia la Corporación sobre el recurso de alzada interpuesto por el delegado de la Fiscalía, contra el fallo proferido el 19 de diciembre de 2022, por el Juzgado Promiscuo Municipal de Yondó - Antioquia, en virtud del cual se absolvió al señor JOSÉ GUILLERMO NIETO MARTÍNEZ, por la conducta punible de HURTO AGRAVADO Y CALIFICADO.

2. HECHOS

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

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

“Que el día 16 de julio de 2020, en el Municipio de Yondó (Antioquia) en la vereda Las Américas sobre el Km 1.3 de la vía, dentro de una obra en construcción en la Nueva Subestación Yondó 34.5/13.2 Kv, a eso de la 01:30 de la madrugada Marlon Cogollo alias “El Ñato” y José Guillermo Nieto Martínez ingresaron portando un arma de fuego tipo revolver, intimidando y amenazando al guardia de seguridad José Miguel Tangarife Rodríguez quien fue amarrado de manos y pies, violentaron las puertas de la obra, permitiéndole así el acceso a un vehículo a la bodega donde permanecieron en ella aproximadamente una (01) hora donde fueron hurtados un (01) carrete de cable CU2/0 AWG monopolador desnudo de 500 metros y un cable CU4/AWG monopolador desnudo de 445 metros los cuales tenían un valor aproximado de \$22.000.000.”

3. ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

Ante el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Puerto Berrio con Funciones de Control de Garantías, se surten las audiencias preliminares, iniciando el 06 de mayo de 2022, donde se legaliza la captura por orden judicial, traslado de escrito de acusación e imposición de medida de aseguramiento en su lugar de residencia en disfavor de JOSÉ GUILLERMO NIETO MARTÍNEZ.

El escrito de acusación fue radicado ante el Juzgado Promiscuo Municipal de Yondó, el día 13 de mayo de 2022, y por auto del 16 de mayo de 2022, se fija fecha para la audiencia de acusación, la cual se lleva a cabo el 11 de octubre de 2022, después de varios aplazamientos.

El día 10 de noviembre de 2022 se dio inicio a las audiencias de Juicio Oral, el procesado no se allanó a los cargos formulados; también la fiscalía y la defensa contractual presentaron su teoría del caso, presentando el testimonio de JOSÉ MIGUEL TANGARIFE y

desistiéndose por parte de la fiscalía el del funcionario de la Sijin HÉCTOR MIGUEL HERRERA CHÁVEZ.

En una segunda sesión del 13 de diciembre de 2022 se hace recepción del testimonio del señor LEONARDO GUARDIA LEON solicitado por la fiscalía, y de EVER ORTIZ JIMENEZ, NUBIA ASTRID MARTINEZ, DIANA MARIA OROZCO FUENTES, KARINA LARA TABORDA y JOSÉ GUILLERMO NIETO por parte de la defensa, desistiéndose de los de CLAUDIA ARRIETA SALDARRIAGA, AIDE DEL CARMEN LARA TABORDA Y JOSE MANUEL MIRANDA RESTREPO.

Por último, el 15 de diciembre de 2022, se presentan alegatos de conclusión por la fiscalía y la defensa del procesado, y posteriormente el A quo emite sentido del fallo de carácter absolutorio.

4. LA DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juez de primera instancia registra los datos que permiten identificar al acusado, realiza enseguida una breve reseña de los fácticos y un resumen de los alegatos presentados en juicio por parte de la Fiscalía, la representación de víctimas y la defensa.

Manifiesta el Juez de Primera Instancia, que, teniendo en cuenta el relato del señor JOSÉ MIGUEL TANGARIFE RODRÍGUEZ, víctima del suceso y único testigo de los hechos, al hablar acerca de la participación directa del señor NIETO MARTÍNEZ, solo expresó que el día de los hechos, logró reconocer al MARLON ANDRES COGOLLO NAVARRO o alias de "El Ñato" como uno de sus perpetradores, porque al momento de estar forcejeando escucha su voz, y que, también alcanza a visualizar estaba acompañado de otros sujetos, donde uno de ellos era una persona de contextura gruesa, por lo

que lo relaciono con NIETO MARTÍNEZ, por su contextura física, y quien en días pasados estuvo con el señor Cogollo solicitándole entrar a la bodega para llevarse unos materiales de allí, más en ningún momento habría expresado que la participación del acusado le conste, por lo que se consideró solo un supuesto.

El fallador, aduce ser la crónica narrada por el señor Tangarife Rodríguez, como congruente con el relato de los demás testigos, quienes corroboran a su vez, la versión del señor José Guillermo Nieto Martínez, quien manifestó no encontrarse en el lugar de los hechos, por lo que expresa:

(...)

"No fueron aportadas al debate probatorio, elementos materiales probatorios o evidencia física que demostrara la vinculación directa del procesado con el delito más allá de que tenía un vínculo de cercanía con el señor Cogollo, y que habían ido a preguntar al testigo directo de los hechos días antes la posibilidad de sacar unos materiales; lo cual son más que meros indicios, y no dan una certeza cierta sobre su autoría del delito.

No pudiéndose, demostrar con otros medios de convicción qué sucedió posteriormente con el alambre de cobre hurtado, como fue transportado fuera de la obra, o si hubo reuniones en días previos en donde se planeará la concatenación de las acciones necesarias para llevar el cometido, y en donde pudiera estar participando el acusado, lo cual nuevamente se reitera, no fue probado.

En este orden de ideas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 380 del CPP se predica que: "los medios de prueba, los elementos materiales probatorios y la evidencia física, se apreciarán en conjunto", por parte del juez de conocimiento al momento de proferir la sentencia, elementos probatorios los cuales deberán tener tal aptitud que permitan llegar a una certeza más allá de duda razonable, sobre los hechos y circunstancias materia del juicio. Y que, en el presente caso, como se ha reiterado no arroja responsabilidad alguna de participación en los hechos que datan del 16 de julio de 2020 de JOSÉ GUILLERMO NIETO MARTÍNEZ.

Situación que motiva a que este Juzgado profiriera un fallo de carácter absolutorio, pues la presunción de inocencia en el ordenamiento Jurídico Colombiano tiene un rango de derecho fundamental, cuya razón de ser es la seguridad jurídica y la necesidad de garantizarle al acusado que no será condenado, sin la existencia de las pruebas que destruyan tal presunción y demuestren su culpabilidad, uno de los extremos que deben cumplirse para no violar la presunción de inocencia, consiste en que la verdad iuris tantum sólo puede

desvirtuarse por los medios de prueba legal y oportunamente practicadas en el juicio oral y público, ya que el encartado no está obligado a presentar pruebas alguna que demuestre su inocencia, radicando en cabeza del órgano de investigación del Estado, la obligación de llevar al Juez de conocimiento las pruebas que demuestren la responsabilidad plena del acusado, más allá de duda razonable, a efecto de sacar avante la pretensión punitiva del estado."

Por lo anterior, termina finalmente concluyendo la inocencia del procesado frente al delito indilgado, en base a que no se pudo adquirir un convencimiento más allá de toda duda o certeza de la realización y responsabilidad del acusado dentro de la práctica probatoria en sede de juicio, por lo decide absolver al señor José Guillermo Nieto Martínez.

5. IMPUGNACIÓN DEL FALLO

Luego de realizar un recuento expositivo de la estructura y fundamentación plasmada por el a quo en su sentencia absolutoria, manifiesta la Fiscalía, como único apelante, su inconformidad frente a lo expuesto, en especial a los relatos que José Miguel Tangarife Rodríguez, habría hecho primariamente en la denuncia del día 16 de junio de 2020, y posteriormente en la audiencia de juicio oral donde rindió testimonio; relatos, que para la fiscalía tienen discrepancias bastante grandes entre sí, generando confusión e incredibilidad, y cuestionando, por qué se contradeciría en la exposición de dicho suceso conforme a lo expuesto en la denuncia y su narración en sede de juicio.

Para ello, expresa lo siguiente:

(...)

"El testigo quiere hacernos creer que como el Ñato andaba con el Zurdo y éstos le habían propuesto que les dejase hurtar algo de esa empresa, al ver entre esos 5 hombres uno de similar característica del ZURDO, es decir JOSE GUILLERMO NIETO MARTINEZ supuso que era éste,

sin embargo en la denuncia formulada por él y desde luego son los hechos narrados por él de manera libre, voluntaria dijo que a esas personas que cometieron el hurto a todos les había visto la cara y vio cuando uno de ellos se quitó la capucha azul de inmediato reconoce que se trata del ZURDO es decir, JOSE GUILLERMO NIETO MARTINEZ y al ser interrogado en sede de juicio oral a este testigo sobre tal manifestación no supo dar explicación alguna, cambió el dicho de una manera estrepitosa.

Preguntémos, qué interés le asistiría a la empresa para vincular a unas personas ajenas a los hechos. La identificación de quienes lograron ser identificados en este proceso se dio conforme a la identificación que de los autores hizo el testigo TANGARIFE quien en su oportunidad inmediata de los hechos presentó denuncia puntual, directa, desprendida de cualquier interés por las resultas de éstos y señala al aquí procesado de manera muy precisa e inequívoca a JOSE GUILLERMO NIETO MAERTINEZ alias o con apodo EL ZURDO, a quien conoce plenamente con anterioridad a los hechos y en posterior diligencia de reconocimiento en fila de personas lo señala y producto de ello es que se da la necesidad de vincularlo al proceso. Cómo es que a la hora de rendir su testimonio bajo juramento quiera voltear su versión inicial, la cual fue tan evidente que al ser interrogado sobre lo dicho inicialmente por él en la denuncia frente a su relato en su testimonio y en concreto del señalamiento que hizo contra el procesado JOSE GUILLERMO éste trató de evadir la respuesta y no la respondió, se fue por las ramas.

Cuando en la denuncia precisa que al quitarse la chapuza JOSE GUILLERMO lo reconoció, pero en su jurada resultó afirmando que no le vio la cara a ninguno y al interrogársele por parte de la Fiscalía.

Extrañamente de la noche a la mañana este testigo directo de la Fiscalía quien había fungido como denunciante y víctima de los hechos resultó negando su participación cuando fue él mismo quien lo señaló como uno de los partícipes en los hechos y como consecuencia de tal señalamiento es que se produce su vinculación al proceso."

Ahora bien, en un segundo punto, el ente acusador indica existir contradicción en el relato del señor Tangarife Rodríguez, y el relato expuesto por un segundo testigo, quien es el señor Ever Ortiz Jiménez, indica ser contradictorio, puesto que este segundo habría dicho que en lugar donde Tangarife fue abordado, habrían 3 bombillas que iluminaban el patio, por lo que se contradeciría el señor Tangarife al decir que no logra observar a José Nieto Martínez, tal como dijo en sede de juicio oral, restando veracidad a su testimonio.

Seguidamente, relaciona lo expuesto por el señor Nieto, cuando indica que ese 15 de julio de 2020, unas horas antes del acontecimiento del hurto, el señor Ever Ortiz, habría pasado a su residencia a negociar unos partidos de fútbol y su respectivo arbitraje, pero esa versión no la corrobora ninguna de las demás testigos que estuvo dentro del domicilio del señor Nieto, como tal era su madre y la empleada doméstica del lugar, la señora Diana María Orozco Fuentes.

Finalmente, aduce que la narración brindada por Karina Lara Taborda, vecina del procesado, no arguye veracidad, debido que se encontraba dentro de una celebración, y contrario a lo que se expuso por esta, no habría tenido tiempo de estar pendiente sobre quien ingresa y sale de la residencia.

Todo lo anterior, conlleva al señor fiscal a solicitar a esta Magistratura la revocatoria de la sentencia, y la emisión de un fallo condenatorio en contra del señor José Guillermo Nieto Martínez.

6. CONSIDERACIONES DE LA SALA

6.1 Competencia

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

6.2 Problema Jurídico

Acorde la posición asumida por el apelante, considera la Colegiatura que el problema jurídico a resolver en el sub examine, se contrae a cuestionarse: ¿Será suficiente el material probatorio

aportado por la Fiscalía a efectos de lograr un convencimiento más allá de la duda razonable y así concluir la responsabilidad del procesado?, siendo lo anterior contrario a lo expuesto en el fallo de primera instancia, el cual consuma la absolución del señor José Guillermo Nieto Martínez.

En inicio, debemos recordar que el objeto de esta Sala es únicamente el estudio de los aspectos relevantes que, de forma alguna pudiesen demostrar controversia respecto a la sentencia emitida por el fallador de primera instancia, y que el ente acusador, quien funge de censor en este estrado, concrete explícitamente en su recurso, inconforme por la absolución del señor José Guillermo Nieto Martínez, frente al delito de Hurto Calificado y Agravado.

En primer lugar, se destaca que la Fiscalía dentro de la apelación alude que el A Quo, dentro de su fallo, toma uno de sus testigos, quien también es la víctima dentro del proceso, el señor José Miguel Tangarife Rodríguez, para emitir su sentencia.

El recuento del día 16 de julio de 2020, se remonta entre las 12 y 1 de la madrugada, donde el señor José Miguel Tangarife Rodríguez, estaba cumpliendo sus funciones como vigilante para la empresa JE. JAIMES en el municipio de Yondó. Para el momento de los hechos, se narra por la víctima y otros testigos, el señor Tangarife se encontraba cerca del "*comedor de los trabajadores*", lugar en el que habitualmente tendía una hamaca para descansar por momentos, y que describen como una zona poco iluminada, donde además, mientras hacia su ronda nocturna, fue abordado por la espalda cuando varios sujetos lo someten y además, lo "*embolsan y amarran*"; pero durante el forcejeo que ejecuta el señor Tangarife como mecanismo de defensa, logra reconocer a uno de los sujetos, identificado como MARLON COGOLLO, o ALIAS EL ÑATO, a quien se

le escapa “*un tiro*” y entre las sombras, dice ver una silueta de un hombre alto y otro corpulento que huían, relacionando este último con JOSE GUILLERMO NIETO MARTINEZ o ALIAS EL ZURDO, debido a que días antes había acompañado a alias “ÑATO” a solicitarle que le dejará sacar un material, petición a la que se negó, además de mantenerse constantemente juntos. Manifiesta posterior a ello, no saber lo hurtado, sino hasta el día siguiente cuando el supervisor inspeccionó el almacén donde tenían los elementos de construcción, comprobando la sustracción de un (01) carrete de cable CU2/0 AWG monopolador desnudo de 500 metros y un cable CU4/0 AWG monopolador desnudo de 445 metros, los cuales ascendían a un valor aproximado de \$22.000.000 a \$30.0000.000.

Alega el opugnante, pese a ser su propio testigo, la existencia de contradicciones en la versión de aquel, esto, frente a la primera narración que hace al momento de la denuncia y la segunda que se hace en sede de juicio oral, y que, el primer elemento que entra en debate para el censor es la no identificación del señor Nieto Martínez, por parte de José Tangarife Rodríguez, debido a que este manifestó anteriormente haberlo relacionado por su contextura física, más no le consta su participación de forma certera.

El apelante cuestiona así, la valoración realizada por el a quo a la prueba practicada en juicio, asegurando que el testigos de cargo si hizo un señalamiento directo de responsabilidad en contra del acusado, en especial la víctima, José Miguel Tangarife Rodríguez. Empero, el argüido intento de justificación no resulta admisible, por la potísima razón de que las referidas narraciones previas al juicio fueron recopiladas y descubiertas por el mismo órgano instructor; además que apelante que venía sustentando el caso tampoco tacho de falso su testimonio o le impugnó la credibilidad, con el fin de procurar de aquella una explicación más razonable.

En la declaración del señor Tangarife, al ser cuestionado por el ente fiscal el por qué aduce que el hurto también fue cometido por el señor Nieto Martínez, señalo en juicio lo siguiente:

En un primer momento, narra lo sucedido aquel 16 de julio de 2020, y la identificación del señor José Guillermo Nieto Martínez:

(...)

FISCAL: ¿conoce usted al señor José Guillermo Nieto Martínez?

JOSE MIGUEL TANGARIFE: lo distinguía antes, antes jugábamos futbol y eso por ahí

FISCAL: ¿Dónde lo distinguió?

JOSE MIGUEL TANGARIFE: pues como somos de aquí de Yondó, nos conocíamos de aquí, nunca habíamos tenido amistad ni nada, pero si, nos habíamos visto por acá y eso, jugando futbol

FISCAL: ¿reconoce algún sobrenombre, apodo, alias al señor José Guillermo Nieto Martínez?

JOSE MIGUEL TANGARIFE: A él le dicen el zurdo, en Yondó es conocido como el zurdo. Como aquí en Yondó todo el mundo tiene apodo

FISCAL: ¿Qué relación ha tenido últimamente con él?

JOSE MIGUEL TANGARIFE: Ultimo no, unos dicen que se fue, otros dicen que esta por acá

FISCAL: Al ingresar usted a la sala, ¿lo vió conectado?

JOSE MIGUEL TANGARIFE: Ahorita cuando ingrese, sí

FISCAL: ¿Ha tenido algún tipo de problema con él?

JOSE MIGUEL TANGARIFE: No señor, y ahorita ni lo he visto ni nada

(...)

FISCAL: ¿Recuerda la última vez que lo vió?

JOSE MIGUEL TANGARIFE: No señor, no recuerdo la última vez que lo vi. Creo que fue antes de que pasaran las cosas

FISCAL: ¿Qué cosas?

JOSE MIGUEL TANGARIFE: Lo sucedido

FISCAL: ¿Qué fue lo sucedido?

JOSE MIGUEL TANGARIFE: Ah bueno, pues yo me encontraba laborando, el 16 de julio de más o menos como dos años (...), entonces yo recibo turno el 15 de julio a las 6 de la tarde, yo trabajaba como guarda de seguridad, siendo más o menos la 1 de la madrugada, 12 y media o 1, recibo una llamada de otro celador de ahí, del relleno sanitario, me pongo a hablar con él, se me descarga el celular, en ese momento voy a poner a cargar el celular, y yo arranco donde poníamos a cargar nosotros los celulares, y cuando me salen unas personas. Como esa parte es oscurísima, esa parte donde se ponen a cargar los celulares, esa parte que teníamos nosotros ahí, es oscurísima, no había iluminación todavía, yo tenía una lámpara pero yo la tenía

donde tenía la herramienta, entonces ahí me caen, a lo que se les zafa un tiro, a una persona, que esta vez a ÑATO, le dicen "El Ñato", no recuerdo bien el nombre de él; a él se le zafa un tiro, a lo que él se le zafa el tiro, yo me tiro al suelo, y yo miro de reojo, y entre la oscuridad, vi al que me tenía a mí y vi a 4 personas más. En ese momento como yo tuve un forcejeo con el Ñato, el más como así habla y eso, alcanzo más o menos a hablar, ahí es cuando lo reconozco yo. Pero yo volteo a mirar, y veo un montón de personas correr allá, y veo uno altísimo y veo entre los que más o menos estaban, uno gordito, como este, yo le digo Zurdo pues, este andaba mucho con el ñato, hago de cuenta que fue el más o menos. Como ellos días anteriores, me habían preguntado que les haga sacar algunas cosas y eso, entonces, pero pues al que me hizo el tiro sí. De ahí entonces, yo veo correr ese poco non de gente en esa oscuridad, después me embolsan, me amarran me embolsan dentro de una bolsa de basura. Después yo solo oía que corrían y corrían, que desbarataban la bodega y toda esa vaina, y eso, pues, yo sentía, como ahí se vinieron lo de las fiestas de la Virgen del Carmen y eso, ahí empezaban a sonar, más o menos sabía que era la madrugada porque se escuchaba la pólvora y eso. Cuando llega mi compañero a recibirme, me encuentra amarrado.

FISCAL: ¿Cómo se llama su compañero?

JOSE MIGUEL TANGARIFE: Ever Ortiz

FISCAL: ¿a qué hora llegó el?

JOSE MIGUEL TANGARIFE: como yo le había recibido temprano más o menos a las 5 y 40 o 5 y 45 de la mañana o 5 de la mañana, algo así, no se mas o menos, porque en ese momento yo estaba en shock. Y listo, de ahí me llevan, a mí me montan, no sé en qué me llevaron, si fue en la camioneta de la policía o fue en la moto, como había tanta gente ahí. Listo, ya, hasta ahí me acuerdo yo.

Continuamente, manifiesta la razón del por qué relaciona al señor Nieto Martínez con el supuesto apoderamiento de los elementos, sin embargo, no podemos observar claridad sobre la plena identidad del mismo, veamos:

(...)

FISCAL: supo usted, quienes fueron los que intervinieron, y de ahí identificó al ñato, habla también del zurdo, ¿por qué relaciona usted en esos hechos al zurdo?

JOSE MIGUEL TANGARIFE: Pues yo lo relaciono por lo que ellos andaban juntos, y anterior, ellos habían dicho que les dejara sacar unas cosas de ahí

FISCAL: ¿vió usted al señor José Guillermo Nieto Martínez esa noche, o esa madrugada del día 16 de julio del año 2020, realizando el acto que usted acaba de referir?

JOSE MIGUEL TANGARIFE: No, o sea, yo, así como lo que comentaba, por lo que forcejeé con el ñato, yo forcejeé con él, si, ahí fue el momento que salió el tiro, vi las personas que corrieron, ahí tirado en el

suelo, vi las personas que corrían atrás y, por eso lo digo, vi una persona altísima y vi una persona, así acuerpada, como él, y pues, como andaban juntos entonces eso fue

FISCAL: ¿ellos se cubrían el rostro?

JOSE MIGUEL TANGARIFE: **pues ahí, en esa oscuridad no se alcanza a ver nada, porque como a mí me cogieron fue a lo oscuro, entonces, yo, pues al ñato, fue porque forcejeé con él, y pues, por el hablar también, de él fue entonces lo que saqué. (Subrayas por la Sala)**

Por último, cuando es cuestionado acerca del día en qué le fue solicitado por aquellos, su anuencia para sustraer el material de la bodega, indica:

(...)

FISCAL: Dice que usted supone entonces, que una de las personas que cometió ese hurto fue alias el Zurdo, porque usted lo veía permanecer junto a alias el Ñato, que siempre los veía juntos, y que, en días anteriores, habían llegado a proponerle algo, que les dejara sacar algo de ahí, de su obra. Tal afirmación la hizo en uso de esta jurada, ahora con base con los hechos que se pusieron de presente con los hechos de la denuncia que usted formula, dice que tal situación, es decir, que nunca dijo, que uno de ellos se quitó la capucha y era uno de los trabajadores de la obra y que se conoce como gordito, bajito, blanco y que se conoce como José Nieto y le dicen el Zurdo, a que se debe esa contradicción frente al hecho, a la narración inicial que hizo en esa denuncia, y a lo que hoy vino a manifestar:

JOSE MIGUEL TANGARIFE: Por eso, como les digo, ósea, digo lo que estoy diciendo en este momento, es lo que me acuerdo de haber dicho allá, ahí mencionan de capucha, no mencionan de lo de la bolsa, de las 5 personas, de que vi uno alto, tampoco lo mencionan, ahí si no, se, ahí si verdaderamente no se

(...)

FISCAL: Dice usted que el señor que se conoce como el Ñato y el Zurdo, previo a esos hechos, solicitaron que le dejaran sacar algo, cuantos días u horas con anterioridad a tales hechos recibió usted esa propuesta

JOSE MIGUEL TANGARIFE: Eso fue como dos días antes, o un día antes, más o menos fue lo que ellos se me acercaron, la pregunta, de quien se bajó a preguntarme hasta allá, fue el Ñato, porque era quien siempre era pregúnteme y pregúnteme y pregúnteme, que lo dejara sacar, pero como el Zurdo andaba con el

FISCAL: ¿Qué le propuso que le dejara sacar?

JOSE MIGUEL TANGARIFE: El ñato llegó y me dijo que le dejara sacar unas varillas, y otras herramientas, que lo dejara sacar eso de ahí, entonces, yo lo que le dije que no ese día y el ñato se me puso bravo, porque yo le dije que no, porque yo estaba trabajando para alimentar a mis hijos y eso, que como iba a hacer una cosa de esas

FISCAL: ¿en que llegaron ellos al lugar allá donde usted dice sucedieron esos hechos? En ese momento que dice usted que le propusieron sacar esas cosas

JOSE MIGUEL TANGARIFE: Ellos trabajaban ahí con nosotros, entonces ellos mantenían en la moto

FISCAL: ¿Cuál moto?

JOSE MIGUEL TANGARIFE: No me acuerdo bien, para que le voy a decir mentiras si no me acuerdo bien

FISCAL: Mientras dice usted le hacia esa propuesta alias ñato, que le dejara sacar unas varillas y otras cosas, que hacia el señor José Nieto

JOSE MIGUEL TANGARIFE: Estaba parado ahí, parado ahí afuera en el broche

FISCAL: A que distancia del lugar de donde usted hablaba con el ñato se encontraba José Nieto, el zurdo

JOSE MIGUEL TANGARIFE: Por ahí unos 12 metros o 13 metros ahí en el broche, no por ahí a 20 metros yo creo, como a 20 metros yo creo.

Adicional a lo anterior, los testimonios de la bancada de la defensa, corroboran la veracidad de lo manifestado por el testigo de cargo, y del mismísimo investigado, como lo es la declaración que el señor Ever Ortiz, realiza en sede de juicio, revelando:

(...)

DEFENSA: exactamente para el día 16 de julio exactamente qué turno tenía usted en esa empresa,

EVER ORTIZ JIMENEZ: para el día 16 tuve turno, recibía turno a las 5am

DEFENSA: exactamente a quien le recibía turno a las 6am

EVER ORTIZ JIMENEZ: le recibía turno al señor Tangarife

DEFENSA: que paso ese día, como lo encontró, que sucedió, cuénteme

EVER ORTIZ JIMENEZ: yo ese día como de costumbre, al principio de la noche, cerrábamos un broche de alambre de púas que teníamos, que era donde ingresaban los carros grúas a descargar materiales, nosotros solíamos colocarlo a lo que ya nos faltaba media hora, o algo, para que nos vinieran a recibir turno, nosotros lo quitábamos y tun de una se adentraba, yo esa mañana llegue a las 5, se me hizo raro porque mire el portillo todavía puesto, yo dije de una, uy a este muchacho lo cogió el día o que, y pítele y pítele y alumbraba con mi moto, porque eso estaba bien oscuro, cogía con la dirección que me daba para cada lado y alumbraba y nada, y pítele y nada, a lo último cogí y lo llame y contesto por allá lejos, pero como él es tan recochero yo no le creí, a lo último sí, yo me baje y abrí ese broche, ahí teníamos un perrito que siempre nos salía a recibir cuando llegábamos y el perrito como mandado de dios me guio a donde estaba ese muchacho, lo encontré amarrado de las manos hacia atrás, y sentado, y tenía una bolsa de basura de esas grandes, engargolado a su cuerpo, yo de una lo que hice fue apenas se lo quite, ayuda viejo Ever dijo, ayuda viejo Ever, yo apenas lo que hice fue quitarle esa bolsa, ese muchacho estaba sudado hasta la cintura, dice, me confeso, que no se murió asfixiado porque a él lo amarraron casi que a la madrugada, casi que

a la 1 de la mañana, entonces, por eso gracias a dios no se asfixio, si hacen eso temprano, se hubiese asfixiado el muchacho, eso fue lo que paso, pues yo no me atreví a soltarlo ni nada, le dije a el que iba a llamar a la móvil, y la móvil de vigilancia de otra empresa que andan en camionetas para arriba y para abajo, y ellos suelen pasar por ahí, y ya revise, cuando ellos movían las farolas para allá, y uno respondía con la linterna y listo, los manes seguían, y el no, llame a mi mujer, y yo no, voy a llamar a la supervisora de nosotros y me acorde de una de la supervisora, y le dije, venga, hágame un favor porque acabo de encontrar a Tangarife aquí amarrado, como así Ever, ya voy para allá, llego de primero la móvil que ella, después llego ella y de tercero llegó la policía, ya estaba claro, a claras del día, ahí ese punto abogado

DEFENSOR: quien era el administrador de esa obra

EVER ORTIZ JIMENEZ: yo no me acuerdo el nombre del señor, me acuerdo del físico, era un señor calvito de unos 36 años, pero no me acuerdo el nombre del señor la verdad

DEFENSA: a qué hora llego el ahí si recuerda

EVER ORTIZ JIMENEZ: el llego, ya faltando un cuarto para las 6, el también, la supervisora de nosotros lo llamo de una vez, claro, él fue el primero que bajo a donde habían hecho el robo, porque ni yo había bajado allá, ni la policía nada, pero cuando el llego, la policía bajo hasta allá con él y vio la puerta violentada, las ventanas, incluso dejaron una cizalla con las que los muchachos abrieron la puerta y la dejaron ahí recostada, eso se lo llevo la policía, no sé, para tomar muestras

DEFENSA: le dijo el señor Tangarife a usted, sí o no, que era lo que había sucedido

EVER ORTIZ JIMENEZ: que lo habían robado, y que él no se había dado cuenta, y que a él lo habían amarrado, incluso porque el solía llevarse una hamaca y la colgaba en el comedor donde comían los trabajadores, comían y almorzaban, con esa misma hamaca lo amarraron, con esos guindes de esa hamaca, que lo habían robado, que se le habían metido y que no sabía, que desde la una, lo habían amarrado y lo habían metido ahí, que gracias a dios no fue más temprano porque si no se hubiese muerto asfixiado

DEFENSA: en qué lugar exactamente lo encontró usted a él ahí

EVER ORTIZ JIMENEZ: lo encontré en una, recostado en una pila donde metían unas pruebas del concreto, son como unos mojoncitos y los metían en esa pila para que se sostuvieran y miraran la calidad del material

(...)

DEFENSOR: cuando usted hablo con Tangarife ese día que usted dice que lo encontró amarrado y con una bolsa que le cubría todo su cuerpo, ese día le comento a usted sí o no cuales fueron o quienes fueron las personas que lo amarraron y se introdujeron para hurtar en esa empresa

EVER ORTIZ JIMENEZ: esa mañana, el hermano fue el que le pregunto al lado mío, le dijo: "manito, usted conoció a los que le hicieron esto, el llorando les dijo si, hermanito, yo conocí a esa gonorra (min.27:17) el uno era el hijueputa del ñato, porque el hijueputa me hablo", él dice que el ñato fue quien lo cogió por detrás y le paso el brazo por la nuca en la parte de adelante y le dijo "quieto malparido que lo voy a amarrar", esas palabras le dijeron, pero a los otros no los había

conocido, como le digo, al ñato, al hablar, de una lo saco el hijuemadre, pero el no, el en ningún momento me menciona o soy testigo y juro por lo que sea, que el en ningún momento dijo que el señor José Nieto había estado ahí en ese momento.

DEFENSOR: *cuantas personas manifestó el que habían estado dentro de ese acto, dentro de ese hecho*

EVER ORTIZ JIMENEZ: *3 personas, que el ñato lo cogió, que uno lo, le hizo un tiro a la pata del oído, con arma de fuego, le hizo un tiro y el otro, que lo tumbo, que lo cogió por la pierna, el ñato que lo cogió, el otro que le hizo el tiro y el otro que lo jalo para que el cayera, que fue cuando a él lo amarraron ahí, y ahí lo corrieron hacia allá, en esa alberca en esa pila donde lo recostaron y le dijeron que no se moviera, pero a donde se iba a mover*

DEFENSOR: *en donde estaban, si usted sabia o si tenía conocimiento, donde estaban ubicados los elementos que según tenían estas personas que hurtaron ese día ahí*

EVER ORTIZ JIMENEZ: *estaban adentro de las oficinas, adentro, ahí había unos dos rollos de guaya de cobre, que eso fue lo que se llevaron, y no se llevaron ni toda, cuenta fue el ingeniero, que se llevaron 400 metros aproximadamente de cobre, del rollo más grande, y se llevaron el resto del rollo pequeñito, ya no faltaban sino unas poquitas vueltas, eso lo alcanzaron a soltar todo, y del rollo grande unos 400 metros, de guaya de cobre*

El señor Tangarife Martínez expresa en su relato que, en ningún momento el constata la identidad de la persona robusta con la que relaciona a José Guillermo Nieto, no visualiza su rostro, ni escucha su voz, manifiesta que fue únicamente una silueta que observa correr a lo lejos; que la relación de la que él puede deducir, más no afirmar que fue este sujeto, quien junto a alias el Ñato, fue uno de las personas que perpetraron el hurto, debido a que unos días atrás se le acercó Marlon Cogollo a pedirle le permitiera sacar algunas herramientas del almacén, mientras el señor Nieto Martínez, lo esperaba en la moto a ciertos metros de distancia, 20 metros aproximadamente, expresa el testigo. Posterior a los hechos, en ningún momento tuvo ningún pleito durante sus labores dentro del campamento donde continúa laborando con el señor Nieto Martínez.

Por lo tanto, quien sería considerado el único testigo directo de los hechos, no señalo de forma certera que el procesado Nieto Martínez, fuese la persona que lo violentó y sometió al momento de perpetrar

el hurto, o quien sustrajo el material que estaba a metros de distancia del lugar donde lo amarraron, ni tampoco suministro en juicio información relevante respecto a este sujeto, es más, manifiesta de forma precaria una característica morfológica del mismo, y es que lo describió como un sujeto de contextura “gruesa” o robusta, que huía del lugar, al momento en el que a Marlon Cogollo o alias Ñato, se le escapa un disparo, y este visualiza mientras lo amarran y lo introducen dentro de una bolsa plástica.

Ahora bien, partiendo de los mandatos constitucionales, se hace recuento de lo expreso en el artículo 29 de nuestra Constitución de 1991, en conformidad con el principio rector del artículo 7 de la Ley 906, y su desarrollo en el 381 de la misma normatividad, que alude a la inocencia y el conocimiento en pleno como elementales a la hora de condenar.

Por lo tanto, para efectivizar esas garantías constitucionales, el legislador reivindica en la actuación penal la concurrencia o satisfacción de determinados presupuestos sustanciales para proferir la condena, dado que la decisión de tal contenido o alcance está sujeta en el artículo 381 de la Ley 906 de 2004 al conocimiento más allá de toda duda sobre la conducta punible y la responsabilidad penal.

No en vano en la estructura conceptual del proceso, a la fiscalía le incumbe la carga de la prueba: la de probar la autoría y responsabilidad del acusado. De manera que al acusado no le compete demostrar su inocencia -eso se da por supuesto—, pero si está entre las estrategias de la defensa crear dudas razonables sobre los fundamentos de la acusación, como en efecto se hizo. En este caso la defensa demostró que no existe el convencimiento (*inciso final del artículo 7 de la Ley 906 de 2004*) ni el conocimiento más allá

de toda duda sobre la responsabilidad del acusado (*artículo 381 de la misma ley*). La declaración de Tangarife Martínez, como se ha expuesto, no es suficiente para sustentar una sentencia de condena. Existen razones admisibles para explicar que Nieto Martínez no participó del hecho investigado y que dan origen a la duda razonable, así como para aseverar que el testigo no tenía certeza sobre lo que inicialmente mencionó.

Si la pretensión de la fiscalía era demostrar su teoría del caso debió llevar al juicio los elementos de convicción que le permitieran concluir cómo a partir de una situación de incertidumbre respecto al señor José Nieto Martínez, como posible autor de la conducta delictiva, y lograr la plena identificación de este para llevarlo a juicio, pues precisamente ello podía tener incidencia al momento de valorar en conjunto las pruebas practicadas.

Se evidencia así que el ente acusador, no demostró con los interrogatorios de sus testigos el tema relacionado con la identidad de José Nieto, como posible autor de los hechos, lo cual, pudo haber sido diligenciado con un interrogatorio que fuese detallado frente a esos intereses o, en su defecto, con el reconocimiento de identidad en juicio por parte de la víctima y demás testigos de cargo al acusado que estaba presente en la audiencia, pero ello no ocurrió, y esta labor fue someramente vaga y ambigua- Artículo 403 numeral 4 C.P.P.

Sobre ese asunto la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia ha considerado que:

“Es oportuno recordar que los reconocimientos de identidad producidos dentro del juicio tienen una naturaleza probatoria testifical

especializada y atípica, en la medida en que se utiliza en su desarrollo un método que privilegia auxiliar la memoria del testigo, ofreciéndose a su vista la presencia de la persona o las personas sobre quienes recaerá el posible señalamiento, sin que exista una específica regulación en la ley para tal efecto.

(...)

El reconocimiento que de esa forma se hace en el juicio resulta válido como parte del interrogatorio directo adelantado por la Fiscalía porque, sin duda, comporta una pregunta destinada a la verificación de las proposiciones fácticas de su teoría del caso, a través de la solidez y credibilidad del testigo al que se le interroga sobre el particular; de manera que en el escenario del proceso adversarial corresponderá a la parte contraria o al Ministerio Público, oponerse a la pregunta supuesto de que viole las reglas del interrogatorio, o al juez prohibirla si se propone de manera sugestiva, capciosa o confusa.²

Expóngase que desde los inicios de la investigación se tenían dudas sobre el autor de la conducta punible al señor Nieto Martínez, y, sin embargo, es hasta la etapa de juicio, que esa duda puede ser corroborada en la sentencia del fallador de primera instancia, a falta de un reconocimiento eficaz de la identidad del sujeto que el 16 de julio de 2020, llega a atacar al señor Tangarife, quien ejecutaba la tarea de vigilancia dentro de la empresa JE. JAIMES, y posteriormente comete el hurto de unos materiales de construcción avaluados en cerca de 30 millones de pesos aproximados.

De cualquier manera, la identidad del atacante y posible actor del punible, no fue corroborada por los testimonios, sino que por el contrario se desvirtúa con los interrogatorios rendidos en sede de juicio, tanto por la víctima como por los temas testigos que estuvieron presente en la diligencia procesal.

Se ha reiterado por esta Corporación, que debe haber certeza y afirmación a la hora de impugnar responsabilidad, esto, en base al

² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia 41758 del 18 de mayo de 2016.

principio de razón suficiente³, tal como nos lo ha enunciado nuestra Corte Suprema de Justicia, que:

“De acuerdo con el referido principio lógico, ningún hecho o enunciación puede existir o ser verdadero sin que para ello haya una razón suficiente; en otras palabras, para que una proposición sea cierta debe ser demostrada o, cuando menos, soportarse en un medio específico de prueba. Distinto es que, en su valoración, el juzgador tergiversa un medio de convicción o lo de por supuesto, en cuyo caso el error remitiría al falso juicio de identidad, en cualquiera de sus modalidades, o de existencia por suposición, respectivamente. Ahora bien, la ley de razón suficiente que informa la lógica consiste en que nada existe sin razón suficiente. Por tal motivo, para considerar que una proposición es completamente cierta, debe ser demostrada, es decir, han de conocerse suficientes fundamentos en virtud de los cuales dicha proposición se tiene como verdadera, esto es, que tanto en la ciencia como en la actividad cotidiana no es posible aceptar nada como artículo de fe, sino que es necesario demostrarlo y fundamentarlo todo

(...)

Esta ley de la lógica encuentra cabal desarrollo en el sistema de la sana crítica que impone al funcionario judicial consignar en las providencias el mérito positivo o negativo dado a los elementos de juicio, puesto que toda decisión, máxime cuando en la sentencia, con claro desarrollo del debido proceso, se deben construir los juicios de hecho y de derecho.

Tal construcción impone igualmente que la providencia contenga las razones por las cuales se llega al grado de conocimiento determinado en la ley para concluir en la ocurrencia y en la responsabilidad del acusado, y así como también los fundamentos por los cuales se estima que las normas escogidas eran las llamadas a gobernar el asunto”.

Es por ello, que la Sala procederá a confirmar la sentencia absolutoria de primera instancia, debido a la incertidumbre generada frente a la corroboración de la identidad del señor **José Guillermo Nieto Martínez**, como autor responsable del delito de Hurto Calificado y Agravado.

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

³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia 52150 del 17 de febrero de 2021, MP. Diego Eugenio Corredor Beltrán.

8. RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR en su integridad la sentencia absolutoria impugnada.

SEGUNDO: Contra esta decisión procede el recurso de casación, el cual debe interponerse dentro del término de los cinco (5) días hábiles siguientes a la notificación de la misma.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

**NANCY ÁVILA DE MIRANDA
MAGISTRADA**

**(EN PERMISO)
MARIA ESTELLA JARA GUTIÉRREZ
MAGISTRADA**

**JOHN JAIRO ORTÍZ ÁLZATE
MAGISTRADO**

Firmado Por:

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

John Jairo Ortiz Alzate
Magistrado
Sala 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: **ad51f3428b6de2f4a8e561b1da14a3a41ee3e44bbd4c84f0d1dc52f0f45aa132**

Documento generado en 10/11/2023 01:45:52 PM

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