

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA SALA PENAL

ESTADO ELECTRÓNICO 206

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

Radicado Interno	Tipo de Proceso	ACCIONANTE/SOLICITANTE DELITO	ACCIONADO / ACUSADO	Decisión	Fecha de decisión
2023-2197-1	auto ley 906	HOMICIDIO Y OTRO	ELIÉCER DE JESÚS ATEHORTÚA BETANCUR	confirma auto de 1° Instancia	Noviembre 23 de 2023
2023-2063-1	Tutela 2° instancia	MARÍA ANGELLY MARÍN RÍOS	REGISTRADURIA NACIONAL DEL ESTADO CIVIL Y OTROS	Confirma sentencia de 1° Instancia	Noviembre 23 de 2023
2023-2032-1	acción de revisión	LEON DARIO GOMEZ TORRES	JUZGADO 1° PENAL DEL CIRCUITO ESPECIALIZADO DE ANTIOQUIA Y OTROS	No repone auto.	Noviembre 23 de 2023
2023-2127-2	Tutela 1ª instancia	MARÍA ANGELLY MARÍN RÍOS	FISCALIA 073 SECCIONAL DE TURBO ANTIOQUIA	Concede derechos invocados	Noviembre 23 de 2023
2023-2170-2	Tutela 1ª instancia	LUIS ENRIQUE AMOR MUÑOZ	JUZGADO 1° DE E.P.M.S. DE APARTADO ANTIOQUIA Y OTROS	Acepta desistimiento a tutela	Noviembre 23 de 2023
2023-2021-3	auto ley 906	ACTOS SEXUALES CON MENOR DE 14 AÑOS	LUIS FERNANDO RESTREPO MONSALVE	confirma auto de 1° Instancia	Noviembre 23 de 2023
2023-2169-3	Tutela 1ª instancia	JHONATAN FERNANDO SALAZAR SILVA	JUZGADO 1° DE E.P.M.S. DE ANTIOQUIA Y OTROS	Niega por hecho superado	Noviembre 23 de 2023
2023-2171-3	Tutela 1ª instancia	ANDERSON RESTREPO LONDOÑO	JUZGADO 1° DE E.P.M.S. DE APARTADO ANTIOQUIA Y OTROS	Niega por hecho superado	Noviembre 23 de 2023
2017-1864-4	auto ley 906	ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE 14 AÑOS	JESÚS EVELIO AYALA VÉLEZ	fija fecha publicidad	Noviembre 23 de 2023
2017-2582-4	auto ley 906	HOMICIDIO SIMPLE	SEBASTIAN RESTREPO VILLA	fija fecha publicidad	Noviembre 23 de 2023
2023-1782-4	auto ley 906	CONCIERTO PARA DELINQUIR AGRAVADO	CARLOS MARIO MEJIA PARRA	confirma auto de 1° Instancia	Noviembre 23 de 2023

2023-2151-4	accion de revision	JULIAN ANDRES RAMIREZ BERNAL	JUZGADO 3° PENAL DEL CIRCUITO ESPECIALIZADO DE ANTIOQUIA Y OTROS	inadmite demanda de revisión	Noviembre 23 de 2023
2022-0014-4	auto ley 906	FEMINICIDIO	HERNAN DARIO TEJADA CHAVARRIA	No repone auto.	Noviembre 23 de 2023
2023-2124-4	Tutela 1ª instancia	ALIRIO DEVIA PAEZ	JUZGADO 3° PENAL DEL CIRCUITO ESPECIALIZADO DE ANTIOQUIA Y OTROS	Concede derechos invocados	Noviembre 23 de 2023
2023-1940-5	Tutela 1ª instancia	CARLOS ARBEY PEREA LÓPEZ	JUZGADO 3° PENAL DEL CIRCUITO ESPECIALIZADO DE QUIBDO CHOCO Y OTROS	Concede recurso de apelación	Noviembre 23 de 2023
2023-1948-5	Tutela 1ª instancia	NELSON ENRIQUE QUIRAMA QUIRAMA	JUZGADO 1° DE E.P.M.S. DE EL SANTUARIO ANTIOQUIA Y OTROS	Concede recurso de apelación	Noviembre 23 de 2023
2023-1913-5	Tutela 1ª instancia	WILLIAM MORENO TERÁN	JUZGADO 1° DE E.P.M.S. DE APARTADO ANTIOQUIA Y OTROS	Concede recurso de apelación	Noviembre 23 de 2023
2023-2033-6	Tutela 1ª instancia	NORBERTO CANTILLO CARVAJAL	JUZGADO 2° DE E.P.M.S. DE ANTIOQUIA Y OTROS	INADMITE TUTELA	Noviembre 23 de 2023
2023-2024-6	Tutela 2ª instancia	GLORIA ELSY LÓPEZ MUNERA	UARIV	Confirma fallo de 1ª instancia	Noviembre 23 de 2023
2023-1650-2	sentencia 2ª instancia	ACCESO CARNAL ABUSIVO CON INCAPAZ DE RESISTIR	M.A.L.L	Confirma sentencia de 1ª Instancia	Noviembre 23 de 2023
2023-1634-5	sentencia 2ª instancia	SECUESTRO EXTORSIVO AGRAVADO	JUAN CARLOS GIL GUTIÉRREZ	Confirma sentencia de 1ª Instancia	Noviembre 23 de 2023
2023-2095-6	sentencia 2ª instancia	HOMICIDIO Y OTRO	EIDA LUCIA CARTAGENA MONSALVE	modifica sentencia de 1ª instancia	Noviembre 23 de 2023
2022-1814-2	sentencia 2ª instancia	TENTATIVA DE HOMICIDIO	JUA FERNANDO GUERRA JIMENEZ	Revoca sentencia de 1 instancia	Noviembre 23 de 2023
2022-1842-2	sentencia 2ª instancia	ACCESO CARNAL VIOLENTO AGRAVADO	JOHNNATAN FERNEY RESTREPO MONSALVE	Confirma sentencia de 1ª Instancia	Noviembre 23 de 2023
2023-1634-5	sentencia 2ª instancia	ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE 14 AÑOS	SANTIAGO JOSÉ PÉREZ ÁVILA	Confirma sentencia de 1ª Instancia	Noviembre 23 de 2023
2023-1909-5	sentencia 2ª instancia	TRAFICO, FABRICACION O PORTE DE ESTUPEFACIENTES	JOIBER FABIÁN TORRES ALARCÓN Y OTROS	Confirma sentencia de 1ª Instancia	Noviembre 23 de 2023
2023-1378-5	sentencia 2ª instancia	ACCESO CARNAL VIOLENTO	JORGE ELIECER GAVIRIA CASTRILLÓN	Confirma sentencia de 1ª Instancia	Noviembre 23 de 2023

FIJADO, HOY 24 DE NOVIEMBRE DE 2023, A LAS 08:00 HORAS

**ALEXIS TOBÓN NARANJO
SECRETARIO**

DESFIJADO EN LA MISMA FECHA A LAS 17:00 HORAS

**ALEXIS TOBÓN NARANJO
SECRETARIO**

TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA DE DECISIÓN PENAL

Medellín, veintidós (22) de noviembre de dos mil veintitrés (2023)

Proyecto discutido y aprobado en sesión de la fecha, Acta 251

PROCESO: 05000 31 04 023 1996 024010 (2023-2197-1)

DELITO: HOMICIDIO Y OTROS

SENTENCIADO: ELIÉCER DE JESÚS ATEHORTÚA BETANCUR

PROVIDENCIA: INTERLOCUTORIO DE SEGUNDA INSTANCIA

ASUNTO

La Sala se pronuncia respecto de la apelación interpuesta el apoderado judicial del sentenciado en contra el interlocutorio 2869 proferido el 14 de septiembre de 2023, mediante el cual el Juzgado Cuarto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia, negó libertad condicional al interno ELIÉCER DE JESÚS ATEHORTÚA BETANCUR, por no cumplir el factor subjetivo.

ANTECEDENTES

Mediante interlocutorio 2869 del 14 de septiembre de 2023, el Juzgado Cuarto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia, negó la libertad condicional al sentenciado ELIÉCER DE JESÚS ATEHORTUA BETANCUR, ya que el sentenciado gozando del beneficio de la libertad condicional de la pena y en otra oportunidad la prisión domiciliaria otorgadas por el vigilador, desatendió su obligación de observar un buen comportamiento, trasgrediendo una vez más el ordenamiento jurídico penal, lo que le valió, la revocatoria de sus

beneficios con anterioridad, circunstancia que le permitió inferir fundadamente que el interno requiere continuar privado de la libertad purgando la pena impuesta, pues no se encuentra preparado para asumir responsablemente la libertad condicional.

IMPUGNACIÓN

El apoderado judicial del señor Eliécer de Jesús Atehortúa Betancur manifestó que las decisiones de los jueces de ejecución de penas y medidas de seguridad, aunque sean desfavorables para los intereses de los procesados, pueden insistirse a través de solicitudes respetuosas siempre y cuando surjan argumentos, pruebas o hechos nuevos; en el caso particular se entiende que la presente solicitud debe ser resuelta de acuerdo a los nuevos elementos y consideraciones que se allegan para solicitar libertad condicional, pues a los jueces de ejecución de penas les compete conocer las conductas posteriores de los condenados para determinar en qué medida se han cumplido los fines de la pena, que son los de prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social, y protección.

Indicó que, al enfocarse únicamente en la función de prevención especial y retribución, en ocasiones los jueces de ejecución de penas pueden llegar a ignorar su función constitucional y legal, que consiste en efectuar una ponderación de todas las funciones de la pena. En especial, dejando de considerar y cumplir las funciones de resocialización y de prevención especial positiva, vulnerando así el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que, en idéntico sentido, que las penas privativas de la libertad deben tener como finalidad esencial la reforma y readaptación social de los condenados.

Expresó que el modelo de resocialización avalado por esos tratados internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad requiere que los condenados lleven a cabo un proceso en el cual los subrogados penales juegan un papel fundamental como etapa intermedia entre la prisión y la libertad. Sin embargo, el proceso de resocialización se ve truncado cuando los jueces de ejecución de penas limiten el acceso de los penados a la libertad condicional con fundamento en valoraciones de la conducta punible que muestran que no se han cumplido los fines de retribución y de prevención especial de la pena.

Mencionó que, en lo que tiene que ver con el subrogado de libertad condicional, tiene un doble significado, tanto moral como social; lo primero, porque estimula al condenado que ha dado muestra de su readaptación, y lo segundo porqué funge como ejemplo para motivar el correcto actuar en los penados. El principal argumento para que esa figura haya sido incorporada dentro de la legislación es la resocialización del condenado, “pues si una de las finalidades de la pena es obtener su readaptación y enmienda y está ya se ha logrado por la buena conducta en el establecimiento carcelario, resultaría innecesario prolongar la duración de la ejecución de la pena privativa de la libertad. En ese sentido, puede afirmarse que la libertad condicional es uno de esos logros del derecho penal, que busca evitar la cárcel a quien ya ha logrado su rehabilitación y por lo tanto puede reincorporarse a la sociedad.

Dijo que con respecto de “la valoración de la conducta punible”, esa expresión fue declarada exequible bajo el entendido de que las valoraciones hechas por los jueces de ejecución de penas y medidas de seguridad para decidir sobre la libertad condicional de los

condenados tengan en cuenta las circunstancias, elementos y consideraciones hechas por el juez penal en la sentencia condenatoria, sean esas favorables o desfavorables al otorgamiento de la libertad condicional.

Adujo que en lo relacionado con la entrada a regir de la Ley 906 de 2004 en el territorio nacional, esta puede ser aplicada en virtud del principio de favorabilidad, a pesar de su implementación progresiva, siempre que concurren los presupuestos materiales que la jurisprudencia ha señalado para ello y se acreditó el cumplimiento de dichos requisitos primer presupuesto por cuanto la Directora del Cárcel Departamental Yarumito E.R.E, allegó los soportes documentales que exige el artículo 471 del Código de Procedimiento Penal como fue la resolución de concepto favorable; certificado de no fuga; cómputos términos, informe positivo de Consejo de Disciplina, concepto del Consejo de Evaluación y Tratamiento, planillas de registro de horas laboradas; documentos que dan cuenta del buen comportamiento del penado, reportando además que el procesado está en fase de mediana seguridad.

Afirmó que si bien los requisitos de procedibilidad, los tiene claro el despacho en favor del señor Eliecer de Jesús Atehortúa Betancur, resaltó que a la fecha en que se elevó la solicitud, las circunstancias del señor Eliecer de Jesús Atehortúa Betancur se habían actualizado, habiendo descontado su representado mayor pena, logrando así consolidar los fines, propósitos y funciones de la pena, máxime si se tiene en cuenta su proceso de resocialización, lo que supliría de manera directa uno de los cuestionamientos presentados por el despachado para no acceder a la libertad condicional.

Refirió que el factor objetivo lo cumple a cabalidad ya que su

representado ha purgado con creces las 3/5 partes de la pena impuesta, habiendo descontado concretamente 7268.65 días de prisión y en cuanto al arraigo familiar, se reafirma el lugar de residencia informado por su representado en su petición del cual anexan documentos que soportan la presente afirmación, al despacho desconoce la posibilidad de valorar los presupuestos cumplidos por su representado está generando la estigmatización de la conducta cometida por el señor Eliecer negándole directamente la oportunidad de avanzar en su proceso de reinserción, ahora frente a la valoración de la conducta punible, si bien es claro que el juez de ejecución de penas y medidas de seguridad puede hacer un análisis de ella, esto no es óbice para que el despacho con la nueva situación jurídica penitenciaria que ostenta el señor Eliecer de Jesús Atehortúa Betancur las nueva pruebas y argumentos aportados, pueda acceder a la libertad condicional, máxime cuando el sistema penitenciario está diseñado para cumplir con unos fines y funciones específicas, de tal manera que el condenado no tenga que purgar la pena impuesta de manera física en su totalidad, por tal motivo el legislador ha pensado en beneficios como la libertad condicional, argumento que encuentra sustento en la Sentencia AP3348-2022 radicación: N°61616. Magistrado Ponente Fabio Ospitia Garzón, entre otras.

Consideró que con la solicitud presentada ante el Juzgado Cuarto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia ha cumplido con las exigencias jurisprudenciales, legales y concretamente las expresadas por el despacho en auto anteriormente citado para acceder a la libertad condicional, ya que demostró la insolvencia económica de su asistido que lo imposibilita al pago de los perjuicios, ha superado la fase de mediana seguridad, por lo tanto, en una fase de mínima seguridad en palabras del despacho (...)“el objetivo es la reestructuración de

la dinámica familiar y laboral, como estrategias preparatorias a la vida futura en libertad”; en ese sentido queda debidamente demostrado que no existe necesidad de continuar con el tratamiento penitenciario del señor Eliecer de Jesús Atehortúa Betancur.

CONSIDERACIONES

De conformidad con las previsiones hechas por el artículo 64 del Código Penal, vigente para la época de los hechos, el condenado se hará acreedor a la libertad condicional una vez haya cumplido las tres quintas partes de la condena, siempre que de su buena conducta en el establecimiento carcelario el Juez pueda deducir motivadamente que no necesita la ejecución total de la pena; prohibiendo su negación con apoyo en las circunstancias antecedentes tenidas en cuenta para dosificación de la pena.

Por su lado, el artículo 480 del Código de Procedimiento Penal dispone que las solicitudes de libertad condicional deben ir acompañadas de la resolución favorable del Consejo de Disciplina o en su defecto del Director del Establecimiento Carcelario, la cartilla biográfica y los demás documentos que evidencien los presupuestos exigidos por el Código Penal.

Pues bien, en este caso ningún reparo ofrece el requisito objetivo o temporal para acceder al beneficio que hoy se solicita, como quiera que en el proveído que se revisa, el Juzgado Cuarto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia, reconoció que el condenado había descontado pena en un monto superior a las tres quintas partes de su condena.

La controversia surge, está claro, porque el *A quo* estima que el comportamiento del señor ATEHORTÚA BETANCUR no ha sido el mejor a lo largo del período de reclusión, pues de un lado, la suspensión condicional de la ejecución de la pena que se la había concedido tuvo que ser revocada debido al incumplimiento de las obligaciones que adquirió para tal fin; posteriormente, cuando se le otorgó la prisión domiciliaria también se tuvo que revocar dicho beneficio por incumplimiento de los compromisos adquiridos, por lo que el Juzgado realizó un análisis de los comportamientos realizados durante el tiempo que fue condenado el señor Atehortúa Betancur y al cual se le brindó múltiples oportunidades con los beneficios otorgados como fue la libertad condicional en el 2005 pero el condenado en el 2008 incurrió en nuevos actos delictivos que conllevaron a la revocatoria del beneficio otorgado; posteriormente, en el año 2019 le fue concedida la prisión domiciliaria pero también incumplió con los compromisos por lo que le fue revocado también este beneficio en el 2022, lo que implicó que el juzgado considera que se debía dar aplicación a los artículo 66 inciso 1 del estatuto penal y al artículo 150 del código penitenciario.

El profesional del derecho que asiste a ELIÉRCER DE JESÚS ATERHORTÚA BETANCUR refuta tales conclusiones, en esencia porque el comportamiento que debe analizarse a efectos de conceder o no la libertad condicional se encuentra circunscrito al desplegado en el establecimiento de reclusión, y del cual se aportó todos los conceptos del Establecimiento Penitenciario que dan fe del comportamiento de su prohijado dentro del sitio de reclusión.

Pero para la Colegiatura surge tal afirmación como errada, porque aunque es cierto que uno de los principios esenciales que orienta el sistema penitenciario y carcelario es precisamente el “*sistema*

progresivo” (artículo 12 de la Ley 65 de 1993), según el cual el tratamiento penitenciario se surte en varias etapas, que se traduce en el otorgamiento de beneficios consecutivos a los reclusos, según la evolución de cada uno, por manera que la valoración de la conducta se precisa en momentos distintos, con finalidades también diferentes, en ningún caso el Juez llamado a resolver sobre la libertad queda excluido o relegado en la apreciación del comportamiento del interno durante la purga de la pena (ya en una cárcel, o bien en su domicilio).

En punto a la libertad condicional, corresponde al Juez de Ejecución de Penas, o al Juez que haga sus veces, de manera exclusiva, sopesar la conducta global del interno, durante toda su permanencia bajo el régimen penitenciario y carcelario, sea en una prisión o en su domicilio, para decidir motivadamente si existe o no necesidad de continuar con la ejecución de la pena; sin que la independencia del Juez deba quedar subordinada a la calificación que sobre la *conducta* emita el INPEC, ni supeditado a la resolución favorable del Consejo de Disciplina del establecimiento, a que se refiere el artículo 480 del Código de Procedimiento Penal.

De ahí que el Juez para efectos de decidir sobre la libertad condicional pueda apartarse de dichos criterios, expresando los motivos que lo llevan a adoptar la decisión, bien sea cuando la autoridad administrativa haya calificado como bueno ese comportamiento, o cuando lo haya conceptuado negativamente.

La fase de ejecución de la pena es eminentemente judicial y, por tanto, las decisiones que durante ella deban tomarse sobre la libertad de los condenados, o las modificaciones sobre las condiciones de cumplimiento de la pena, o reducción del tiempo de privación efectiva

de la libertad deben ser adoptadas exclusiva y excluyentemente por el Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad, o por el Juez que lo reemplace.

En el caso concreto, bajo las anteriores premisas, es claro que el Juez Cuarto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia, analizó críticamente el comportamiento de ATEHORTÚA BETANCUR durante todo su período de su condena de prisión o que estuvo vinculado en el proceso como cuando estuvo gozando de la suspensión de la ejecución de la pena, sin que ello constituya vulneración del derecho establecido en el artículo 64 del Código Penal, además es claro que al sentenciado se le brindó una nueva oportunidad de demostrar su resocialización en el momento de se le concedió la prisión domiciliaria y a pesar de ya haber vivido una revocatoria de un beneficio no quiso conservar su buen comportamiento sino que cometió infracción del compromiso adquirido por lo que se hizo nuevamente acreedor a la revocatoria de la prisión domiciliaria, lo que implica que el salir Aterhortúa Betancur no ha hecho conciencia de los compromisos adquiridos y por lo que el Juzgado Vigilador consideró que debe terminar el descuento de la pena en su totalidad en el establecimiento penitenciario donde se encuentra en la actualidad.

Y siendo, así las cosas, era razonable que se negará el beneficio cuando aparece patente que el sentenciado se ha sustraído de las obligaciones y deberes durante los lapsos que estuvo gozando de la suspensión de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria, cuando no guardo el buen comportamiento exigido y que se comprometió a realizar, obligaciones y deberes que eran de su entero conocimiento ya que firmó el acta de compromiso por medio del cual se le otorgó los beneficios, defraudando la confianza que en él se depositó.

Por lo anterior, se confirmará la decisión impugnada.

En razón y mérito de lo expuesto y sin necesidad de más consideraciones el Tribunal Superior de Antioquia, Sala de Decisión Penal,

RESUELVE:

CONFIRMAR el interlocutorio 2869 del 14 de septiembre de 2023, mediante la cual el Juzgado Cuarto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia, le negó libertad condicional al interno ELIÉCER DE JESÚS ATEHORTÚA BETANCUR, por las razones quedaron expuestas en la parte motiva.

Contra la presente decisión, no procede recurso alguno.

CÓPIESE, COMUNÍQUESE Y DEVUÉLVASE

EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA
Magistrado

NANCY ÁVILA DE MIRANDA
Magistrado

MARÍA STELLA JARA GUTIÉRREZ
Magistrada

Firmado Por:

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

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

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

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

Código de verificación: **80e8af0aad6b53cb28215bbce7e6e5ed64d9baa4da9b140ee71c16e54bfd0a86**

Documento generado en 23/11/2023 10:34:22 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, veintidós (22) de noviembre de dos mil veintitrés (2023)

Proyecto discutido y aprobado en sesión de la fecha, Acta 251

PROCESO : 05837 31 04 002 2023 00131(2023-2063-1)
ASUNTO : ACCIÓN DE TUTELA
ACCIONANTE : MARÍA ANGELLY MARÍN RÍOS
ACCIONADO : REGISTRADURÍA NACIONAL DEL ESTADO CIVIL Y
OTRO
PROVIDENCIA : FALLO SEGUNDA INSTANCIA

ASUNTO

La Sala resuelve el recurso de apelación interpuesto por la accionante en contra de la sentencia del 19 de octubre de 2023, emitida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Turbo-Antioquia, mediante la cual negó el amparo solicitado.

LA DEMANDA

Manifestó la accionante que, en el 2018, fue citada por la Registraduría Nacional del Estado Civil, para servir como jurado de votación, en la institución educativa Sagrado Corazón de Turbo, Antioquia, pero que, por múltiples ocupaciones de tipo familiar y ajenas a su voluntad, no le fue posible presentarse el día, fecha y hora de la

citación.

Dijo que, el 25 de septiembre de 2023, vía correo electrónico, le fue informado de un proceso de cobro coactivo en su contra, por parte de la Registraduría Nacional del Estado Civil, con ocasión a una multa generada por la inasistencia a la citación como jurado de votación, y que dicho cobro, sería cedido a la entidad Central de Inversiones S.A. - CISA.

Argumentó que no es posible que se le adelante una actuación administrativa sancionatoria, sin tener la posibilidad de controvertir y presentar pruebas a su favor o interponer los recursos de Ley, adujo no haber sido notificada de ninguna resolución administrativa, y que, por ello, el proceso de cobro coactivo es ilegal y arbitrario, y que, además, la medida cautelar la afecta de manera ostensible.

Solicitó que le sea tutelado el derecho fundamental de debido proceso, como mecanismo transitorio y, en consecuencia: se ordene a la Registraduría Nacional del Estado Civil y la entidad Central de Inversiones S.A. – CISA, a dejar sin efecto el procedimiento de cobro coactivo, que le es adelantado en la actualidad.

LAS RESPUESTAS

1.- La Registraduría Municipal de Turbo argumentó que mediante la Resolución # 14 del 02 de mayo de 2018, designó como jurado de votación a la señora María Angelly Marín Ríos y que, en dicha resolución, le advirtió que, también prestaría sus servicios, en caso de

una eventual segunda vuelta, y la ciudadana fue notificada de manera personal a través de su empresa.

Expuso que de conformidad con el artículo 105 del Código Electoral, el cargo de jurado de votación es de forzosa aceptación y que notificación de dichos nombramientos, se surte por una sola publicación o fijación de la lista, en lugar público, y que el no recibir comunicación, no es excusa para no prestar el servicio de jurado de votación.

Dijo que, según el reporte de los delegados del puesto de la Registraduría, la señora Marín Ríos, no se presentó a cumplir con las funciones propias de su cargo y que, en los días siguientes, no allego excusa de pudiera ser tenida en cuenta, dentro del desarrollo del proceso sancionatorio; además, el 21 de abril de 2021, se le pidió comparecer a la oficina de la Registraduría, para escucharla en versión libre, sobre las razones de su no comparecencia a cumplir como jurado de votación, pero la misma no compareció.

Señaló que el 22 de marzo de 2019, emitieron las citaciones para notificar personalmente a los ciudadanos, y que a su vez la Resolución fue enviada a los correos electrónicos registrados y fue fijada en la Registraduría Nacional del Estado Civil y en la página Web de la entidad, y que, contra ella, no se presentó ningún recurso, por lo que el 18 de agosto de 2021 emitió constancia de ejecutoria de dicha resolución y fue publicada en la cartelera de la Registraduría del Estado Civil de Turbo y que de ese modo agotó el trámite administrativo del proceso de sanciones a jurados de votación, que no asistieron a cumplir con sus funciones en las elecciones presidenciales

del 2018.

Indicó que, la señora María Angelly Marín Ríos, radicó un oficio el 5 de octubre del 2023 en el que señaló las razones por las cuales no había asistido como jurado de votación.

Solicitó negar las pretensiones de la accionante, por considerar que se surtió en debida forma el procedimiento que dio lugar a las sanciones de jurado de votación.

2.- La Central de Inversiones S.A. – CISA, manifestó que, mediante contrato interadministrativo celebrado entre el Fondo Rotatorio de la Registraduría Nacional del Estado Civil (Derivado #2 CM-008-2023) cedió a favor de Central de Inversiones, dos títulos debidamente ejecutoriados, con obligaciones claras, expresas y actualmente exigibles, en contra de María Angelly Marín Ríos.

Explicó que, de conformidad con el artículo 370 de la Ley 1819 de 2016, que modificó el artículo 5 de la Ley 1066 de 2006, el cual le otorgó competencia a Central de Inversiones S.A-CISA, para realizar el cobro coactivo de los créditos transferidos, la entidad informa a todos los titulares de los títulos, por medio de diferentes mecanismos, las obligaciones pendientes, con el fin de que los ciudadanos puedan acogerse a las políticas de descuento y llegar a acuerdos de pago, y que la señora María Angelly Marín Ríos, no ha presentado derechos de petición ante la entidad, que le permitan generar respuestas oportunas a sus solicitudes.

Resaltó que, el cargo de jurado de votación es de forzosa aceptación y que la notificación del nombramiento surte bajo lo consagrado en el

artículo 105 del Código Electoral, y que, por ello, no se aplica lo dispuesto en la Ley 1437 de 2011.

Argumentó que, la entidad se encuentra plenamente facultada para realizar el recaudo de cartera, a través de cobro coactivo, en virtud del Contrato Interadministrativo marco de compraventa de Cartera entre el Fondo Rotatorio de la Registraduría Nacional del Estado Civil y Central de Inversiones S.A. – CISA S.A (DERIVADO No. 2 - CM-008-2023), suscrito el 01 de septiembre de 2023, en el cual se cedieron las obligaciones contenidas en las Resoluciones No. 002 y 003 del 22 marzo de 2019, a nombre de la tutelante.

Destacó que, la solicitud realizada por la señora Marín Ríos, de dejar sin efecto el procedimiento de cobro coactivo, no es procedente, porque cuenta con otros mecanismos como la vía contencioso administrativo y los consagrados en la Ley 1437 de 2011.

3.- La Registraduría Nacional del Estado Civil señaló que, el proceso sancionatorio, se llevó a cabo por parte de la Registraduría de Turbo - Antioquia, con ocasión a la inasistencia de la tutelante como jurado de votación, para las elecciones celebradas el 17 de junio de 2018, mediante la resolución #03 del 22 de marzo de 2019.

Comentó que, la Registraduría de Turbo, mediante Resolución #14 del 02 de mayo de 2018 designó como jurado de votación a la señora María Angelly Marín Ríos y le notificó la designación, en la cartelera de la oficina registral, en la página web de la Registraduría Nacional del Estado Civil y también notificada en la empresa de manera personal, de conformidad con el artículo 105 del Código Electoral; y que posteriormente, el 21 de abril de 2021, fue solicitada a rendir versión

libre, sobre las razones por las cuales no compareció a cumplir con la función de jurado de votación, pero no se presentó.

Argumentó que las causales de exoneración de la sanción por inasistencia al deber de jurado de votación se encuentran estipuladas en el artículo 108 del código electoral, y que las razones manifestadas por la accionante en el escrito, no se enmarcan en las contempladas en el precitado artículo.

Resaltó que, es deber de todo ciudadano, verificar si fue seleccionado como jurado de votación y asistir a dicha designación; y que con relación a la notificación de la sanción impuesta mediante la Resolución #02 del 22 de marzo de 2019, se realizó de conformidad con lo establecido en los artículos 68 y 69 de la Ley 1437 de 2011, el día 25 de septiembre de 2023, en concordancia con lo establecido en el artículo 105 del Código Electoral.

Solicitó negar la acción de tutela, por considerar que la RCNE no le ha vulnerado derechos a la peticionaria.

LA PROVIDENCIA IMPUGNADA

El Juez de primera instancia negó el amparo constitucional indicando:

“...Descendiendo al caso en estudio, se tiene que la señora MARÍA ANGELLY MARÍN RÍOS activó el mecanismo constitucional de tutela, con la intención de lograr que, se deje sin efecto el proceso sancionatorio, contenido en la Resoluciones #2 “Por la cual se sanciona a los Jurados de Votación que no concurrieron a desempeñar sus funciones o las abandonaron en las Elecciones de PRESIDENTE PRIMERA VUELTA, realizadas el día 27 de mayo de 2018 en TURBO – ANTIOQUIA” y la

Resolución #3 del 22 de marzo de 2023 “Por la cual se sanciona a los Jurados de Votación que no concurrieron a desempeñar sus funciones o las abandonaron en las Elecciones de PRESIDENTE SEGUNDA VUELTA, realizadas el día 17 de junio de 2018 en TURBO – ANTIOQUIA” emitida por la REGISTRADURÍA NACIONAL DEL ESTADO CIVIL y cuyos títulos fueron cedidos a la entidad CENTRAL DE INVERSIONES S.A. – CISA.

Para efectos de darle solución al objeto de la Litis, es preciso comenzar por señalar que, de los elementos aportados con el escrito de tutela, el Despacho encontró probados que:

- La señora María Angelly Marín Ríos, nació el 12 de junio de 1969 y se idéntica con la cédula de ciudadanía #35'800.201.
- El 11 de marzo de 2018, asistió a las elecciones de congreso 2018, como jurado de votación en la Escuela Sagrado Corazón, mesa 9 del municipio de Turbo.

CONSTANCIA SOBRE PRESTACIÓN DE SERVICIO COMO JURADO DE VOTACIÓN

DEPARTAMENTO	MUNICIPIO/DISTRITO	ZONA	PUESTO
ANTIOQUIA	TURBO	2	01 - ESCUELA SAGRADO CORAZON

EL (LOS) REGISTRADOR (ES) DEL ESTADO CIVIL O SU DELEGADO HACE (N) CONSTAR QUE MARIA ANGELLY MARIN RIOS CON CÉDULA C.C. 36900201, PRESTÓ LA FUNCIÓN PÚBLICA DE JURADO DE VOTACIÓN EN LAS ELECCIONES DE CONGRESO 2018 CELEBRADAS EL DÍA 11/03/2018 EN LA ZONA: 2, PUESTO: 01 - ESCUELA SAGRADO CORAZON MESA: 9 DE ESTE MUNICIPIO/DISTRITO O LUGAR EN EL CARGO DE: VOCAL PRINCIPAL.

Registrador del Estado Civil de TURBO - ANTIOQUIA

DE CONFORMIDAD CON LO DISPUESTO EN EL CÓDIGO ELECTORAL, TIENE DERECHO A QUE LA EMPRESA O DEPENDENCIA DONDE TRABAJA LE RECONOZCA UN (1) DÍA DE DESCANSO REMUNERADO, DENTRO DE LOS CUARENTA Y CINCO (45) DÍAS SIGUIENTE A LA FECHA DE VOTACIÓN (ART. 105 CÓDIGO ELECTORAL). LA PRESENTE CONSTANCIA SE ENTREGARÁ UNA VEZ EL FUNCIONARIO RECIBA LOS DOCUMENTOS DE LA MESA.

- El 25 de septiembre de 2023, fue citada por parte de la Registraduría Nacional del Estado Civil, a fin de que compareciera a la notificación personal de la cesión de la obligación coactiva, al colector de activos públicos CISA.
- El 05 de octubre de 2023, le fue entregada la citación como jurado de votación, para las elecciones que tendrán lugar el 29 de octubre de 2023, citación en la cual se hace referencia a las sanciones que acarrea en caso de no comparecer a la capacitación y a desempeñar las funciones de jurado de votación

CITACIÓN JURADOS DE VOTACIÓN

REGISTRADURÍA NACIONAL DEL ESTADO CIVIL

DEPARTAMENTO: ANTIOQUIA, MUNICIPIO: TURBO

FECHA: 05/10/2023

SERVIDOR: MARIN RIOS MARIA ANGELLY (CC-35.800.201)

PROVISIÓN: COCINA Y MARINERAS

CL 100 11 81

TURBO - ANTIOQUIA

Unidad ha sido designado como jurado de votación para las ELECCIONES TERRITORIALES 2023 a celebrarse el domingo, 29 de octubre de 2023, en el siguiente lugar, mesa y cargo:

Zona 2 Puesto 01 Mesa 9 Cargo: Remanente

Lugar: ESCUELA SAGRADO CORAZON - CL 101 ENTRE KR 16 Y 17

Observaciones:

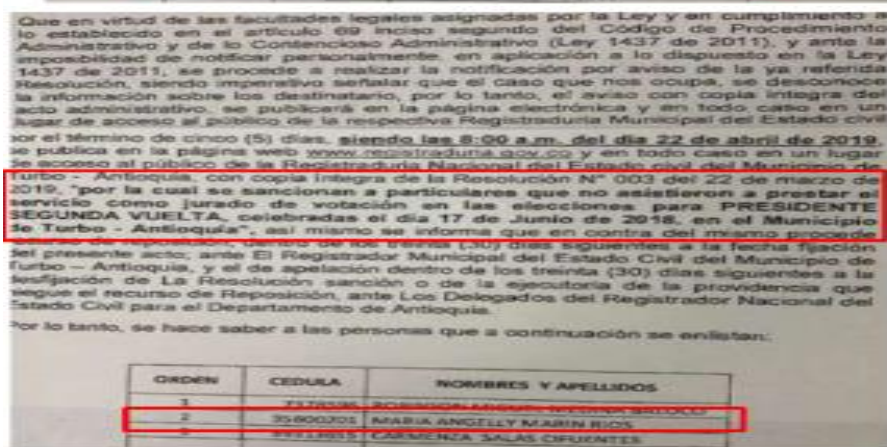
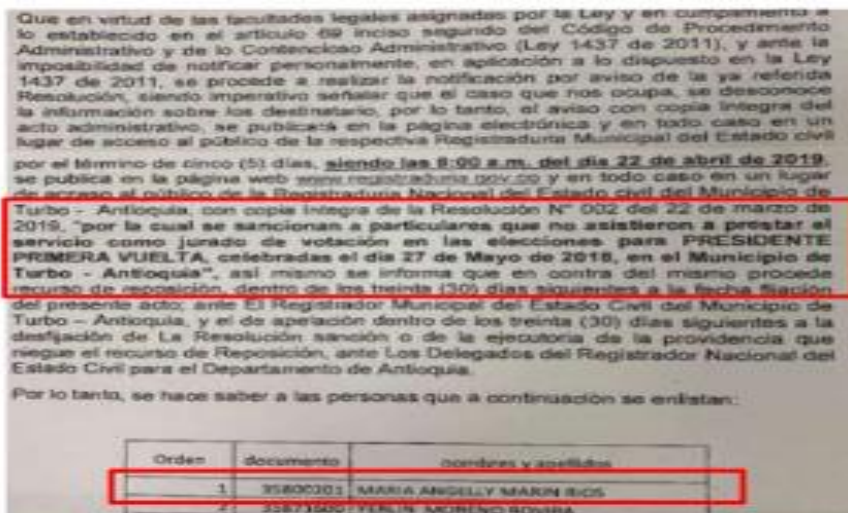
- Debe presentarse en la mesa a las 7:00 A.M. del domingo, 29 de octubre de 2023

- Si no acude a la capacitación y a desempeñar las funciones, las absencias o no firma las actas de escrutinio será sancionado conforme a la Ley Estatutaria 163 de 1994, la Ley 1952 de 2019 (Código General Disciplinario) y a la circular emitida con la Procuraduría.

- Recuerde que: "El que acude a un ciudadano o a un extranjero habilitado por la ley, o vote más de una vez, o sin derecho consignar voto en una elección, plebiscito, referendo, consulta popular, o referendo del mandato, incurrirá en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años y multa de cincuenta (50) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes" (artículo 391 del Código Penal).

- El mismo 5 de octubre de 2023, ante el notario público de la Notaria de Turbo, la tutelante, presentó declaración extra juicio, sobre las razones que conllevaron a la no comparecencia como jurado de votación, en las elecciones del 17 de junio de 2018.

- Mediante Resolución 014 del 02 de mayo de 2018, la señora María Angelly Marín Ríos, fue nombrada como jurado de votación para las elecciones de presidente y vicepresidente, el 27 de mayo de 2018. Y así mismo lo corrobora la misma accionante en el hecho primero del escrito tutelar.
- El 22 de marzo de 2019, fue expedida la Resolución # 0002 del 22 de marzo de 2019 “Por medio de la cual se sanciona a los Jurados de Votación que no concurrieron a desempeñar sus funciones o las abandonaron en las Elecciones de PRESIDENTE PRIMERA VUELTA, realizadas el día 27 de mayo de 2018 en Turbo-Antioquia” y la Resolución #0003 del 22 de marzo de 2019 “Por medio de la cual se sanciona a los Jurados de Votación que no concurrieron a desempeñar sus funciones o las abandonaron en las Elecciones de PRESIDENTE SEGUNDA VUELTA, realizadas el día 17 de junio de 2018 en Turbo-Antioquia.”
- El 22 de abril de 2019 la Registraduría Nacional del Estado civil, realizó la notificación por aviso de las referidas resoluciones # 0002 y 0003, de conformidad con lo establecido en el inciso segundo del artículo 69 de la Ley 1437 de 2011. Las cuales fueron fijadas el 22 de abril de 2019 a las 8:00 am y desfijadas el 26 de abril de 2019 a las 05:00 pm



De acuerdo con lo aportado dentro del expediente, encuentra este Despacho, que la Registraduría Nacional del Estado Civil, surtió en debida forma, las notificaciones de los actos administrativos atacados. Ahora bien, la señora María Angelly Marín Ríos, solicita que el Despacho, conceda el amparo de los derechos, como mecanismo transitorio. Recordemos que, reiterada jurisprudencia ha indicado que, se concede la acción de tutela como

mecanismo transitorio, para conjurar el perjuicio irremediable que pueda ocasionar la presunta vulneración de los derechos invocados, el cual se configura cuando, el peligro que se cierne sobre el derecho fundamental es de tal magnitud que, afecta con inminencia y de manera grave su subsistencia, requiriendo por tanto de medidas impostergables que lo neutralicen. Ahora bien, para determinar la existencia de un perjuicio irremediable, que pueda superar el requisito de subsidiariedad, la Corte Constitucional ha establecido que

“(i) el perjuicio debe ser inminente, es decir, no basta con que exista una mera posibilidad de que se produzca el daño; (ii) el perjuicio que se cause sea grave, lo que implicaría, en consecuencia, un daño de gran intensidad sobre la persona afectada; (iii) las medidas que se requieran para evitar la configuración sean urgentes; y (iv) la acción es impostergable, es decir, en caso de aplazarse la misma sea ineficaz por inoportuna”.¹

Descendiendo lo anterior al caso en estudio, no es posible advertir la causación de tal perjuicio, y es que, no es posible que la accionante, quien no acudió al llamado constitucional de fungir como jurado de votación, donde solo presentó las excusas correspondientes, cinco (5) años, tres (3) meses y dieciocho (18) días después, pretenda que, con esta acción constitucional se deje sin efectos una sanción que muy bien la actora sabía podía ser acreedora tanto a la destitución del cargo que desempeñaba, si era empleada oficial o sino, lo fuere impuesta la multa por el legislador, pues así lo dispone el inciso final del artículo 105 del código electoral, inciso este que fuera modificado tácitamente por el inciso 2º del parágrafo 1º del artículo 5º de la Ley 163 de 1994.

Debe recordarse que para la imposición de la sanción, bien como lo alega la accionante en su escrito de tutela, debe agotarse el debido proceso establecido en el artículo 29 de la Constitución Nacional, señalando en este caso la actora que, no se le notificó personalmente la sanciones contenidas en la Resolución # 0002 del 22 de marzo de 2019 “Por medio de la cual se sanciona a los Jurados de Votación que no concurrieron a desempeñar sus funciones o las abandonaron en las Elecciones de PRESIDENTE PRIMERA VUELTA, realizadas el día 27 de mayo de 2018 en Turbo-Antioquia” y la Resolución #0003 del 22 de marzo de 2019 “Por medio de la cual se sanciona a los Jurados de Votación que no concurrieron a desempeñar sus funciones o las abandonaron en las Elecciones de PRESIDENTE SEGUNDA VUELTA, realizadas el día 17 de junio de 2018 en Turbo-Antioquia”, sin embargo, la actora desconoce que la Registraduría del Municipio de Turbo (Ant) cumplió con lo señalado por la Corte Constitucional en Sentencia C-620-2004 en la que señala:

“Así las cosas, el legislador extraordinario señaló una excepción al principio general de notificación personal de los actos administrativos de carácter personal y concreto. Dicha excepción consiste en que la notificación de ese acto administrativo de este acto particular se llevará a cabo a través de una notificación no personal, sino que se entenderá surtida por la solo publicación o fijación en lugar público de la lista respectiva”

Más adelante señaló:

“Así las cosas, encuentra esta Corte, que dicho dispositivo de notificación

¹ Sentencias SU-508 de 2020

muy por el contrario de lo afirmado por la accionante; es razonable y proporcional, y por ende ajustado a la Constitución. Lo anotado, debido a que el acto administrativo a notificar es sui generis- por la cantidad de personas a comunicar- dentro de aquellos de carácter particular y concreto; lo que produce que el mecanismo sea proporcional y razonable en punto de la cantidad de específicos destinatarios”

En este caso, el Despacho observa que se acreditó la publicación en lugar público las resoluciones objeto de esta acción constitucional tal como se observa a folio 17 y siguientes, y a folios 30 y siguientes, de la contestación de CENTRAL DE INVERSIONES S.A. – CISA, por ello, era deber de la accionante, al menos acercarse a las instalaciones de la Registraduría y preguntar por el estado en que se encontraba su proceso administrativo ante la no comparecencia como jurado de votación y no esperar más de cinco años para justificar su inasistencia a las mismas, por ello, considera este servidor judicial que, no se encuentra acreditado el perjuicio irremediable en la presente acción constitucional que, haga necesaria la intervención del juez constitucional, mucho menos, cuando la tutelante, no indicó como se ha visto afectada o que carezca de medios económicos, para no interponer la acción administrativa, lo que en este caso debía demostrar, lo que, se reitera, pone en tela de juicio la necesidad de la protección constitucional que se puede obtener vía de tutela, de ahí la improcedencia de este mecanismo de amparo...”

LA IMPUGNACIÓN

La accionante inconforme con la decisión adoptada por el Juzgado, presentó impugnación indicando que el despacho no se centró en verificar si realmente a la accionante le fueron conculcados sus derechos al debido proceso y de contradicción al no hacer un análisis exhaustivo de cada uno de los derechos invocados como violados en el escrito de tutela, el despacho no realizó esa valoración sino que profirió una decisión de fondo con el solo argumento de que existen otros medios ordinarios de defensa judicial y declarar improcedente la tutela interpuesta.

Expresó que la registraduría exhibe como prueba un documento suscrito por ella presuntamente informándome del inicio de un procedimiento administrativo sancionatorio por no asistir como jurado

de votación, el cual no tiene firma de recibido ni mucho menos constancia que haya sido enviado vía e mail o mensaje de datos, lo cual no está debidamente acreditado.

Afirmó que como se defendería legítima y constitucionalmente de una decisión de un procedimiento administrativo sancionatorio adelantado en su contra, sin haber conocido el inicio del mismo y hacer sus descargos y presentar pruebas y controvertir las que se le presenten, es una situación jurídicamente imposible y los jueces constitucionales deben velar por la garantía y efectividad de las prerrogativas establecidas en la constitución nacional, situación que no fue tomada en cuenta por el juez al momento de tomar una decisión legal.

Mencionó que el juez de alzada debe estudiar si realmente la registraduría al adelantarle un procedimiento administrativo sancionatorio le notificó realmente del inicio del mismo, acreditando las pruebas fehacientes que así lo demuestren situación que nunca aconteció en el presente asunto, ya que nunca le enviaron esa decisión, ni a su dirección, ni tampoco le enviaron vía email o mensaje de datos, lo cual deberá ser analizado por la alzada; además, deberá analizar si se cumplen con los requisitos de procedencia de la acción de tutela en el presente caso interpuesta por la señora María Angelly Ríos Marín contra las accionadas y que realmente conforme a las reglas de la sana crítica se tome una decisión distinta ajustada a derecho y a las prerrogativas constitucionales del debido proceso.

Manifestó que en el presente asunto el juez que toma la decisión no tiene por no contestada las respuestas presentadas por la registraduría nacional del estado civil, en el sentido que no está acreditada su legitimación por pasiva habida cuenta que en ninguna de

las respuestas fue acreditada la calidad de los funcionarios que la respondieron situación que se pondrá en conocimiento del consejo superior de la judicatura para que investigue la conducta del juez al momento de tomar su decisión, ya que, no hay acto administrativo alguno acreditado sumariamente que acredite la calidad de quienes respondieron las tutelas por parte de la registraduría nacional del estado civil.

Solicitó que mediante la revocatoria del fallo impugnado se tutele el derecho ius fundamental al debido proceso y como consecuencia, se exhorte y conmine a la registraduría dejando sin efectos jurídicos el procedimiento de cobro coactivo que de forma irregular se viene adelantando en su contra.

CONSIDERACIONES

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

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

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

La accionante pretende por esta vía constitucional, se ordene a la Registraduría Nacional del Estado Civil y la Central de Inversiones S.A. – CISA-, dejar sin efecto el procedimiento de cobro coactivo, que le es adelantado en la actualidad, por considerar que se violentó el debido proceso.

Por ende, se entrará a determinar si se presenta la vulneración de los derechos fundamentales de la señora MARÍA ANGELLY MARÍN RÍOS por parte de las entidades accionadas o si contrario a lo analizado por el *A quo*, para lograr este tipo de pretensiones la acción de tutela se torna improcedente.

En efecto, ha dicho nuestro máximo organismo Constitucional:

“... la acción de tutela no ha sido concebida como un instrumento para

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

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

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

(...)

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

En el caso a estudio, tenemos que acción de tutela está instituida para la protección de derechos fundamentales vulnerados o amenazados por una acción u omisión de una autoridad pública o de particulares, siempre y cuando no se disponga con otro medio judicial o cuando siendo instaurada como un mecanismo transitorio se busque evitar un perjuicio irremediable, características de las cuales se desprende claramente que no está establecida para ordenar la inclusión en un programa de beca, sin el análisis de los requisitos de la correspondiente convocatoria, pasándose por alto los lineamientos

² Sentencia T-625 de 2000

legales de la misma y establecidos para dicho fin.

De otro lado, las entidades accionadas como es el caso de la entidad vinculada; esto es, la Registraduría Municipal de Turbo que indicó el procedimiento seguido dentro del proceso adelantado en contra de la accionante por el no cumplimiento a la obligación de prestar sus servicios como jurado de mesa de votación en el 2018, y a pesar de saber que incumplió con su deber legal solo hasta el 2023 la señora María Angelly Marín Ríos aportó un escrito señalando las razones por las cuales no había asistido a cumplir con la función de jurado de votación asignada para el 2018, además, adujo que el procedimiento se realizó acorde al código electoral y el código de procedimiento administrativo, por ende, tornaría improcedente la acción de tutela.

De esta forma, resulta improcedente conceder el amparo, pues ha podido acudir a otro mecanismo de defensa, herramienta que es igualmente eficaz para reclamar ante la jurisdicción especializada:

“... la suspensión provisional resulta ser un trámite pronto y por lo mismo no menos eficaz que la vía de la tutela, sin que sea dable compartir los criterios expuestos a lo largo del líbello, en el sentido de admitir la viabilidad de la tutela y su mayor eficacia, por razones de tiempo, frente a la demora de los procesos ordinarios, pues ello daría lugar a la extinción de estos, si se pudiese escoger alternativamente y por esa circunstancia, entre el juez de tutela y el juez ordinario para la definición apremiante de los derechos reclamados, lo que desde luego desnaturaliza la verdadera finalidad constitucional encaminada a la protección de los mismos, previo el cumplimiento de los presupuestos requeridos”.³

E insistió el Alto Tribunal:

“... Sin desconocer que en la práctica los procesos contencioso administrativos pueden resultar prolongados en el tiempo, la Corte estima que, en todo caso, la acción de nulidad y restablecimiento del derecho sí constituye un mecanismo apto, jurídica y materialmente, para asegurar la

³ Sentencia T-533 de 1998. M. P. Hernando Herrera Vergara.

protección de los derechos de las personas frente a eventuales excesos de la administración. Y ello ocurre, precisamente, porque la misma Constitución (artículo 238) contempla la posibilidad de decretar la suspensión provisional de los actos administrativos, que es resuelta desde el momento mismo de admitirse la demanda (Artículos 152 y siguientes del C.C.A.). El propio legislador fue consciente de la posibilidad de encontrar procesos enredados en el tiempo, y para ello diseñó esta importante medida. La jurisprudencia de esta Corporación, en anteriores pronunciamientos, ha reconocido expresamente la eficacia de la suspensión provisional...”⁴

En el presente evento, nos encontramos frente a una decisión administrativa que se encuentra revestida por la presunción de legalidad y al existir desacuerdo con la misma, el ordenamiento jurídico tiene previstos los mecanismos y los jueces competentes para que tales actos, si es que así se considera, sea revocada la decisión tomada. Es por ello que, si la legalidad de las decisiones acusadas no ha sido cuestionada ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, no es la tutela el medio establecido para atacar la legalidad de dicha disposición.

Adicionalmente en el asunto sometido a consideración de la Sala, no se aprecia un perjuicio irremediable que haga procedente el amparo de forma excepcional, condición necesaria para que sea procedente la tutela, porque de promoverse la respectiva acción ante la jurisdicción competente, la accionante podría solicitar ante el juez las medidas previas pertinentes para prevenir un daño inminente o para hacer cesar el que se hubiere causado.

Se insiste que únicamente la inminencia de sufrir un perjuicio irremediable y la vulneración de un derecho fundamental, haría posible tramitar la petición de tutela para proteger transitoriamente a la señora MARÍA ANGELLY MARÍN RÍOS, pero el mismo no se observa en este

⁴ Sentencia T-127 de 2001.

caso, pues del análisis de las pruebas allegadas no se infiere la existencia de la consecuencia dañina, que pudiera evitarse con el ejercicio transitorio de ésta acción, pues en últimas la protección solicitada se concreta en dejar sin efecto el procedimiento de cobro coactivo que en la actualidad se adelanta en su contra.

Teniendo en cuenta lo anterior, se reitera la acción de tutela posee la calidad de ser un mecanismo subsidiario y no principal para la protección de los derechos constitucionales, es decir, sólo podrá hacerse uso de ella a falta de otro medio de defensa o en presencia de un perjuicio irremediable, significando que éste: *“(i) debe ser inminente; (ii) debe requerir de medidas urgentes para ser conjurado; (iii) debe tratarse de un perjuicio grave; y (iv) solo puede ser evitado a partir de la implementación de acciones impostergables. La caracterización de estas condiciones fue planteada por la Corte desde la sentencia T-225/93 y se ha mantenido de forma invariable en la jurisprudencia posterior⁵ y en el presente caso no se acreditó dicho daño irreparable.*

Respecto de las características del perjuicio irremediable en reiteración de jurisprudencia la H. Corte Constitucional en sentencia T-900 de 2014 indicó:

“... en aquellos casos que el accionante cuente con otros mecanismos alternos para la defensa judicial de sus derechos, la acción de amparo procederá en la medida que se verifique la existencia de un perjuicio irremediable.

Sin embargo, es necesario aclarar aquellos eventos o factores que la jurisprudencia constitucional ha determinado como perjuicio irremediable. En relación a este tema, esta Corporación ha aplicado varios criterios para determinar su existencia; veamos:

⁵ Sentencia T-956 del 19 de diciembre de 2013, M.P. LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

“la inminencia, que exige medidas inmediatas, la urgencia que tiene el sujeto de derecho por salir de ese perjuicio inminente, y la gravedad de los hechos, que hace evidente la impostergabilidad de la tutela como mecanismo necesario para la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales. La concurrencia de los elementos mencionados pone de relieve la necesidad de considerar la situación fáctica que legitima la acción de tutela, como mecanismo transitorio y como medida precautelativa para garantizar la protección de los derechos fundamentales que se lesionan o que se encuentran amenazados.”

Bajo tales parámetros, en la Sentencia T-225 de 1993 la Corte Constitucional definió y explicó los elementos configurativos del perjuicio irremediable, en el siguiente sentido:

“Al examinar cada uno de los términos que son elementales para la comprensión de la figura del perjuicio irremediable, nos encontramos con lo siguiente:

A). El perjuicio ha de ser inminente: "que amenaza o está por suceder prontamente". Con lo anterior se diferencia de la expectativa ante un posible daño o menoscabo, porque hay evidencias fácticas de su presencia real en un corto lapso, que justifica las medidas prudentes y oportunas para evitar algo probable y no una mera conjetura hipotética. Se puede afirmar que, bajo cierto aspecto, lo inminente puede catalogarse dentro de la estructura fáctica, aunque no necesariamente consumada. Lo inminente, pues, desarrolla la operación natural de las cosas, que tienden hacia un resultado cierto, a no ser que oportunamente se contenga el proceso iniciado. Hay inminencias que son incontenibles: cuando es imposible detener el proceso iniciado. Pero hay otras que, con el adecuado empleo de medios en el momento oportuno, pueden evitar el desenlace efectivo. En los casos en que, por ejemplo, se puede hacer cesar la causa inmediata del efecto continuado, es cuando vemos que desapareciendo una causa perturbadora se desvanece el efecto. Luego siempre hay que mirar la causa que está produciendo la inminencia.

B). Las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable han de ser urgentes, es decir, como calidad de urgir, en el sentido de que hay que instar o precisar una cosa a su pronta ejecución o remedio tal como lo define el Diccionario de la Real Academia. Es apenas una adecuación entre la inminencia y la respectiva actuación: si la primera hace relación a la prontitud del evento que está por realizarse, la segunda alude a su respuesta proporcionada en la prontitud. Pero además la urgencia se refiere a la precisión con que se ejecuta la medida, de ahí la necesidad de ajustarse a las circunstancias particulares. Con lo expuesto se verifica cómo la precisión y la prontitud dan (sic) señalan la oportunidad de la urgencia.

C). No basta cualquier perjuicio, se requiere que éste sea grave, lo que equivale a la gran intensidad del daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona. La gravedad obliga a basarse en la importancia que el orden jurídico concede a determinados bienes bajo su protección, de manera que la amenaza a uno de ellos es motivo de actuación oportuna y diligente por parte de las autoridades públicas.

Luego no se trata de cualquier tipo de irreparabilidad, sino sólo de aquella que recae sobre un bien de gran significación para la persona, objetivamente. Y se anota la objetividad, por cuanto la gravedad debe ser determinada o determinable, so pena de caer en la indefinición jurídica, a todas luces inconveniente.

D).La urgencia y la gravedad determinan que la acción de tutela sea impostergable, ya que tiene que ser adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad. Si hay postergabilidad de la acción, ésta corre el riesgo de ser ineficaz por inoportuna. Se requiere una acción en el momento de la inminencia, no cuando ya haya desenlace con efectos antijurídicos. Se trata del sentido de precisión y exactitud de la medida, fundamento próximo de la eficacia de la actuación de las autoridades públicas en la conservación y restablecimiento de los derechos y garantías básicos para el equilibrio social.

De acuerdo con lo que se ha esbozado sobre el perjuicio irremediable, se deduce que hay ocasiones en que de continuar las circunstancias de hecho en que se encuentra una persona, es inminente e inevitable la destrucción grave de un bien jurídicamente protegido, de manera que urge la protección inmediata e impostergable por parte del Estado ya en forma directa o como mecanismo transitorio.”

Asimismo, en lo que se refiere a la determinación del perjuicio irremediable, se ha definido que es obligatorio sustentar o presentar los factores de hecho que configuran el daño o menoscabo cierto a los derechos fundamentales invocados. En la sentencia SU-713 de 2006 la Sala Plena de la Corte explicó lo siguiente:

“(…) debe recordarse que la situación fáctica que legitima la acción de tutela por la existencia de un perjuicio irremediable, supone la necesidad de conferir un amparo transitorio, o en otras palabras, de adoptar una medida precautelativa, para garantizar la protección de los derechos fundamentales que se invocan. De suerte que, la prueba de su configuración debe recaer necesariamente sobre el posible daño o menoscabo que sufriría el derecho fundamental objeto de protección y no en relación con las consecuencias económicas que se derivarían de los efectos nocivos de un acto de la Administración. (...)

*“Así, a manera de ejemplo, en sentencia SU-219 de 2003, previamente citada, esta Corporación reconoció que la procedencia de la acción de tutela como mecanismo transitorio de defensa judicial, requiere de la comprobación de un perjuicio irremediable, el cual además de su carácter personal, específico y concreto, debe comprometer los derechos de naturaleza ius fundamenal invocados por el demandante, como lo fue, en dicha ocasión, el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica (C.P. art. 14) derivado de la imposición de una sanción de “inhabilidad” que privó de manera total del ejercicio de la capacidad jurídica a las sociedades demandantes.
(...)*

“Por consiguiente, es claro que ante la falta de demostración de un perjuicio irremediable que tenga la virtualidad de comprometer o amenazar los derechos fundamentales invocados, la acción de tutela como mecanismo transitorio de defensa judicial, no está llamada a prosperar. Esta conclusión se complementa, por lo demás, con dos (2) argumentos adicionales que impiden la procedencia del amparo tutelar, por una parte, el carácter de estricta legalidad de las razones invocadas en la demanda, y por la otra, la posibilidad de solicitar, en el trámite de las acciones contenciosas y contractual, la suspensión provisional del acto administrativo que se considera lesivo de los derechos alegados, como medida cautelar con la idoneidad y eficacia suficiente para evitar un daño contingente sobre los mismos.”

Y aunque las precisiones anteriores serían suficientes para despachar desfavorablemente la presente petición, lo cierto es que la Sala tampoco encuentra que los entes accionados no hubieren procedido de conformidad con la ley, es claro que, si la señora MARÍA ANGELLY MARÍN RÍOS considera que las accionadas no emitieron una decisión ajustada a derecho, así debe reclamarlo ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Por tanto, el problema jurídico presentado en esta ocasión a la judicatura no es de índole constitucional, ya que el tema económico no es viable su protección por esta vía.

Todo ciudadano está obligado a servir de jurado de votación cuando es asignado e igualmente, tiene la obligación de verificar la posible designación para no sufrir con las consecuencias de su inasistencia. Y tal deber era de conocimiento claro de la accionante para la fecha de los hechos, pues cumplió con su deber ciudadano meses antes, esto es, en el mes de marzo de 2018. Así que no le era desconocida la posibilidad de ser designada como jurado y su obligación era estar pendiente para asistir o manifestar a tiempo cualquier situación de fuerza mayor o caso fortuito. Por tanto, la accionante no puede excusarse en su propio descuido para indicar que no tuvo conocimiento del trámite administrativo que fue llevado a cabo con posterioridad a su inasistencia como jurado. Y en el trámite administrativo cuando no es posible la notificación personal,

legalmente es admisible un medio supletivo, por tanto, el ciudadano debe estar pendiente de la actuación para utilizar los medios de defensa que el orden jurídico le otorga.

La acción de tutela no está regulada para restablecer oportunidades de defensa no utilizadas o revivir términos fenecidos.

En consecuencia, en el presente caso no se encuentran configurados los requisitos de procedibilidad de esta acción constitucional que habiliten su estudio excepcional, pues la parte actora cuenta con otros medios de defensa establecidos en la ley para demandar su pretensión y no se acreditó la existencia de un perjuicio irremediable. Así mismo, se advierte que no es la acción de tutela el instrumento adecuado por el cual se pueda entrar a ordenar el cese del cobro coactivo de una decisión que goza de legalidad, por lo que se insiste no es un tema constitucional en el presente caso.

En resumen, es clara la improcedencia de la acción de tutela por dos razones: la primera porque no se vislumbra un perjuicio irremediable que amerite la intervención del juez constitucional en el asunto por las razones que se anotaron en precedencia; y la segunda en lo atinente con la existencia de otro medio de defensa judicial idóneo, pues la protección reclamada se puede lograr por vía de los mecanismos ordinarios de defensa, que además no se acreditó que siquiera se hubiese intentado acudir a dicha vía, pese a que la supuesta vulneración inició en el año 2018.

Con fundamento en lo expuesto, el Tribunal Superior de Antioquia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, CONFIRMA la sentencia de naturaleza, fecha y origen indicados

en la parte motiva de esta providencia.

Envíese este proceso a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA
Magistrado

NANCY ÁVILA DE MIRANDA
Magistrada

MARÍA STELLA JARA GUTIÉRREZ
Magistrada

Firmado Por:

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

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

Maria Stella Jara Gutierrez
Magistrada
Sala Penal
Tribunal Superior De Antioquia

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

Código de verificación: **4ddf7db46e99134a0ff11c405689902cdddd1d30d6a260ce8461de1212b37789**

Documento generado en 23/11/2023 10:34:28 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

Medellín, veintidós (22) de noviembre de dos mil veintitrés (2023)

Proyecto discutido y aprobado en sesión de la fecha, Acta 251

RADICADO : 05000-22-04-000-2023-00666 (2023-2032-1)
ACCIONANTE : LEÓN DARÍO GÓMEZ TORRES
ASUNTO : RESUELVE RECURSO DE REPOSICIÓN

ASUNTO

La Sala procede a resolver el recurso de reposición interpuesto por el señor LEÓN DARÍO GÓMEZ TORRES, en contra del auto mediante el cual fue inadmitida la Acción de Revisión presentada, frente al proceso fallado en su contra por el Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Antioquia, el 12 de noviembre de 2019.

EL RECURSO

El recurrente afirma que interpone el recurso de reposición y en subsidio el de apelación, frente al auto del día 30 de octubre de 2023, por medio del cual se inadmitió la demanda de revisión.

Solicita se tenga en cuenta el numeral 3° del artículo 192 de la Ley 906 de 2004 y realiza es una transcripción del numeral 7° de dicha

disposición e indica adicionalmente que a la solicitud se anexó fallo de sentencia condenatoria emitida por el Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Antioquia quien lo condenó a la pena de 492 meses de prisión por los delitos de feminicidio agravado, fabricación, tráfico y porte de armas de fuego uso restringido de uso privativo de las Fuerzas Armadas o explosivos y hurto calificado.

CONSIDERACIONES

Como se advirtió en la providencia que inadmitió la demanda, para la Sala, es claro que la Acción de Revisión consiste en un trámite autónomo e independiente del proceso que terminó con la sentencia cuya remoción se incoa. Es un mecanismo judicial especial que implica una excepción al principio de la cosa juzgada, porque a través de él se busca dejar sin efectos lo decidido en una sentencia ejecutoriada, lo cual sólo puede ocurrir ante la demostración de cualquiera de las causales previstas en la ley. La acción de revisión se torna en un verdadero juicio de verdad y justicia a una decisión judicial, que aunque ya dio por terminado en forma definitiva el debate, frente a un asunto sometido a la jurisdicción, conviene examinar ante la presencia de un distanciamiento del fallo con los fines propios del proceso penal, específicamente en la reproducción de los hechos que dieron origen a la actuación del Estado.

Y conforme con la jurisprudencia de la Honorable Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Penal la acción de revisión no puede constituirse en una tercera instancia en donde las partes pretendan mediante el debate probatorio, lograr encontrar la razón a sus afirmaciones, bajo la premisa de la falta de práctica de algunas

pruebas en las instancias pertinentes. Ni tampoco para alegar asuntos de trámite que debieron ser objeto de las instancias.

Ahora, en el presente caso la Sala inadmitió la demanda porque:

- “- No se relacionan las evidencias que apoyan la petición con los fundamentos de hecho y de derecho que permitan inferir que sí estamos ante alguna causal de las consagradas en la Ley, ni se confrontan tales argumentos con la sentencia a revisar.*
- Quien pretende invocar esta acción no está legitimado para hacerlo directamente, al no demostrar ante esta judicatura su calidad de abogado en ejercicio.*
- Y si bien se presentó copia de la sentencia de primera instancia, la misma no cuenta con constancia de ejecutoria.”*

Por tanto, si bien el actor ahora aduce que la acción la incoa con fundamento en el numeral 3° del artículo 192 del Código de Procedimiento Penal, se vislumbra que no se presenta ningún tipo de argumento que ubique el tema en la causal propuesta, y sólo se limita a transcribir los numerales 1, 2 y 7° sin ningún tipo de explicación y sustento.

Así que el recurrente no ataca los fundamentos de la inadmisión y simplemente insiste en que la demanda de revisión la realiza con fundamento en el numeral 3, aunque como se indicó transcribe otros numerales, sin realmente refutar los motivos de inadmisión expuestos por la Sala en auto del día 30 de octubre de 2023 y en el cual se explicó que las causales de revisión son de aplicación e interpretación restrictiva.

Igualmente, la inadmisión operó porque el accionante no tiene la calidad de abogado y carece entonces del derecho de postulación.

En ese orden de ideas, la Sala mantendrá la providencia impugnada.

Ahora, como el presente asunto es de única instancia, no procede el recurso de apelación.

En efecto, la Honorable Corte Suprema de Justicia reiteradamente ha señalado:

“Esa misma circunstancia determina que este trámite, al margen del sistema procesal aplicable, esto es, bien sea la Ley 600 de 2000 o la 906 de 2004, es independiente del proceso finiquitado con ocasión de la determinación cuya revisión se solicita y se ciñe a normas especiales que regulan su desarrollo.

Por consiguiente, el escenario para la interposición de medios de impugnación no es el proceso originario sino la nueva actuación, en tanto ésta no constituye extensión de aquél, la cual se surte en única instancia, descartando la segunda instancia de las providencias interlocutorias proferidas durante su trámite y del fallo que le pone fin, como así lo ha señalado la Sala de forma reiterada.

Dicho de otro modo: las decisiones tomadas en el curso de la acción de revisión no son susceptibles de recurso de apelación por tratarse de un asunto que se tramita en única instancia, por no estar prevista normativamente la procedencia de ese medio de impugnación, siendo susceptibles las determinaciones adoptadas exclusivamente del recurso de reposición.”¹.

En razón y mérito de lo expuesto y sin necesidad de más consideraciones la Sala Penal del Tribunal Superior de Antioquia,

RESUELVE:

NO REPONER la decisión emitida el 30 de octubre de 2023, mediante la cual se inadmitió la demanda de revisión interpuesta por el señor

¹ Radicación 30285, septiembre 2 de 2008. Ver también: Autos del 27 de marzo de 2000, rad. 16.836, del 12 de noviembre de 2003, rad. 21292; 25 de febrero de 2004, rad. 21949; 22 de junio de 2005, rad. 21611; 29 de junio de 2005, rad. 23832; 19 de enero de 2006, rad. 24243 y del 25 de abril de 2007, rad. 11517.

LEÓN DARÍO GÓMEZ TORRES, en contra del proceso fallado el día 12 de noviembre de 2019 por el Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Antioquia.

Contra esta providencia no proceden más recursos.

CÓPIESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE,

EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA
Magistrado

NANCY ÁVILA DE MIRANDA
Magistrada

MARIA STELLA JARA GUTIÉRREZ
Magistrada

Firmado Por:

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

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

Maria Stella Jara Gutierrez
Magistrada
Sala Penal
Tribunal Superior De Antioquia

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

Código de verificación: **f235fetc4cd144ea863294d3459a3d4f3573ddc188e1638fca1f82a9f885a44f**

Documento generado en 23/11/2023 10:34:16 AM

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

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE ANTIOQUIA
SALA DE DECISIÓN PENAL

M.P NANCY ÁVILA DE MIRANDA



1

Radicado	05000-22-04-000-2023-00707
Nº Interno	2023-2127-2
Accionante	CRISTIAN DANILO GUTIÉRREZ HERNÁNDEZ
Afectada	NANCY QUINTANA BRAVO
Accionada	FISCALIA 73 SECCIONAL DE TURBO - ANTIOQUIA
Actuación	TUTELA PRIMERA INSTANCIA N°52
Decisión	CONCEDE PARCIALMENTE

Medellín, veintidós (22) de noviembre de dos mil veintitrés (2023)

Aprobado según acta Nro. 126

1. EL ASUNTO

Dentro del término legal estipulado en el Decreto 2591 de 1991, procede la Corporación a resolver la acción constitucional de tutela incoada por el

¹ Código QR refleja la trazabilidad de la decisión de la Magistrada Ponente hasta su entrega en la Secretaría de la Sala Penal para su notificación. Su contenido es fiel reflejo de las anotaciones de los archivos del Sistema Gestión Judicial Siglo XXI. –Para su lectura se requiere aplicación- descargar en Play Store- lector QR.

doctor **CRISTÍAN DANILO GUTIÉRREZ HERNÁNDEZ** como apoderado especial de la señora **NANCY QUINTANA BRAVO**, en contra de la **FISCALÍA 73 SECCIONAL DE TURBO - ANTIOQUIA**, por la presunta vulneración al derecho fundamental de petición.

2.- ANTECEDENTES FÁCTICOS

Manifiesta el letrado que, el 05 de octubre de 2023 en representación de la señora **NANCY QUINTANA BRAVO**, radicó solicitud al Despacho fiscal tutelado, solicitando lo siguiente:

"1.Respetuosamente solicito Constancia Penal, en la cual curse el proceso de muerte en accidente de tránsito del señor LEDER MARTINEZ QUINTANA , donde se deberá indicar el nombre completo, número de identificación, circunstancias en que se dio el hecho de tránsito, es decir (choque, volcamiento o atropello); también se deberá aclarar la fecha y el lugar; en el mismo sentido se deberá indicar la calidad que ostentaba el (la) occiso (a) en dicho evento, es decir (conductor, ocupante o peatón), e indicar la placa del o de los vehículos involucrados, si no tiene datos del vehículo o de los vehículos involucrados en el hecho de tránsito, se deberá indicar que: "el vehículo involucrado en el hecho de tránsito, no se encuentra identificado"; si al momento de la solicitud dentro del expediente se encuentra el Protocolo de Necropsia, se deberá indicar la causa básica de muerte y la manera de muerte, los cuales hacen parte del análisis y opinión pericial.

2.Solicito expedir copia simple LEGIBLE, en medio físico o digital, del expediente penal completo e integro, el cual reposa en su honorable despacho.

3.Respetuosamente solicito se oficie a la Registraduría Municipal del Estado Civil o en su defecto a la Notaria Correspondiente, con el fin de ordenar registrar la Defunción de la víctima del hecho de tránsito, si aún no lo hubiese hecho."

Advierte el togado que, a la fecha de radicación de la presente acción, no ha obtenido respuesta del citado requerimiento, vulnerado ello el derecho fundamental implorado.

Corolario de lo expuesto, acudió al mecanismo de protección, para que se ordenará a la unidad persecutora accionada a responder de manera concreta y de fondo su pedimento.

3. RESPUESTA DE LA ENTIDAD DEMANDADA

FISCALÍA 73 SECCIONAL DE TURBO - ANTIOQUIA

Al descorrer el traslado constitucional, el Fiscal de apoyo de esa unidad, ante la vacancia de la Cartera Fiscal, a través de oficio fechado del 14 de noviembre de 2023, recibido vía correo electrónico en la misma data, informó a esta Colegiatura, que dio respuesta a la solicitud de la accionante, la cual fue recibida a satisfacción vía correo electrónico, conforme constancia de la firma Ramírez & Asociados; allegado copia de la respuesta como de la constancia de recibo.

En virtud de lo anterior, advierte que, si bien hubo una mora en la contestación, a la fecha la misma ya se subsanó, por lo que considera, que lo procedente es el archivo de la misma.

4. CONSIDERACIONES DE LA SALA

4.1 Competencia

La Sala es competente para resolver la acción, en términos del artículo 86 de la Constitución Política de Colombia, y los decretos 2591 de 1991 artículo 37 y 1382 de 2000, numeral 2º, en atención a la calidad de la entidad accionada.

4.2 Problema Jurídico

En este evento, corresponde a la Sala determinar, si en efecto se encuentra conculcado el derecho fundamental de petición, impetrado por el doctor **CRISTÍAN DANILO GUTIÉRREZ HERNÁNDEZ**, como apoderada especial de la señora **NANCY QUINTANA BRAVO**, al no haberse resuelto dentro de los términos legales, su derecho de petición impetrado ante la Fiscalía 73 Seccional de Turbo, Antioquia.

De conformidad a lo dispuesto en el artículo 86 de la Constitución Política, la acción de tutela ha sido instituida como mecanismo para la protección efectiva de los derechos fundamentales de los ciudadanos, cuando éstos resulten vulnerados por la acción u omisión de las autoridades públicas y eventualmente de los particulares, en los casos específicamente previstos en la ley.

Así, el Juez Constitucional está llamado no sólo a verificar si se vulneran los derechos fundamentales invocados por quien demanda la acción, sino que si advierte la trasgresión de cualquiera otro que tenga tal entidad, debe ampliar el marco de protección a esos otros derechos conculcados.

Se invoca por el actor la vulneración del derecho fundamental de petición, para lo cual la Constitución y la ley han determinado el término para su atención y de otro lado, la jurisprudencia de la Corte Constitucional en

diferentes decisiones en sede de tutela, establece las características y núcleo esencial del mismo, veamos:

Acorde con la consagración Constitucional se tiene lo siguiente:

“Art. 23. Derecho de Petición. Toda persona tiene derecho a presentar peticiones respetuosas a las autoridades por motivos de interés general o particular y a obtener pronta resolución. El Legislador podrá reglamentar su ejercicio ante organizaciones privadas para garantizar los derechos fundamentales”².

El desarrollo legal del derecho de petición, se encuentra en el artículo 14 de la ley 1755 de 2015, que dispone:

ARTÍCULO 14. Términos para resolver las distintas modalidades de peticiones. *Salvo norma legal especial y so pena de sanción disciplinaria, toda petición deberá resolverse dentro de los quince (15) días siguientes a su recepción. Estará sometida a término especial la resolución de las siguientes peticiones:*

1. Las peticiones de documentos y de información deberán resolverse dentro de los diez (10) días siguientes a su recepción. Si en ese lapso no se ha dado respuesta al peticionario, se entenderá, para todos los efectos legales, que la respectiva solicitud ha sido aceptada y, por consiguiente, la administración ya no podrá negar la entrega de dichos documentos al peticionario, y como consecuencia las copias se entregarán dentro de los tres (3) días siguientes.

2. Las peticiones mediante las cuales se eleva una consulta a las autoridades en relación con las materias a su cargo deberán resolverse dentro de los treinta (30) días siguientes a su recepción.

PARÁGRAFO. *Cuando excepcionalmente no fuere posible resolver la petición en los plazos aquí señalados, la autoridad debe informar esta circunstancia al interesado, antes del vencimiento del término señalado en la ley expresando los motivos de la demora y señalando a la vez el plazo razonable en que se resolverá o dará respuesta, que no podrá exceder del doble del inicialmente previsto.*

² *Constitución Política de Colombia.*

En torno al derecho de petición señaló la Corte Constitucional en Sentencia T- 230 del 7 de julio de 2020, lo siguiente:

(...)

“4.5. Derecho de petición

4.5.1. Caracterización del derecho de petición. El artículo 23 de la Constitución dispone que “[t]oda persona tiene derecho a presentar peticiones respetuosas a las autoridades por motivos de interés general o particular y a obtener pronta resolución.” Esta garantía ha sido denominada derecho fundamental de petición, con el cual se promueve un canal de diálogo entre los administrados y la administración, “cuya fluidez y eficacia constituye una exigencia impostergable para los ordenamientos organizados bajo la insignia del Estado Democrático de Derecho”¹⁴⁰. De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, esta garantía tiene dos componentes esenciales: (i) la posibilidad de formular peticiones respetuosas ante las autoridades, y como correlativo a ello, (ii) la garantía de que se otorgue respuesta de fondo, eficaz, oportuna y congruente con lo solicitado. Con fundamento en ello, su núcleo esencial se circunscribe a la formulación de la petición, a la pronta resolución, a la existencia de una respuesta de fondo y a la notificación de la decisión al peticionario.

4.5.2. Formulación de la petición. En virtud del derecho de petición cualquier persona podrá dirigir solicitudes respetuosas a las autoridades, ya sea verbalmente, por escrito o por cualquier otro medio idóneo (art. 23 CN y art. 13 CPACA). En otras palabras, la petición puede, por regla general, formularse ante autoridades públicas, siendo, en muchas ocasiones, una de las formas de iniciar o impulsar procedimientos administrativos. Estas últimas tienen la obligación de recibirlas, tramitarlas y responderlas de forma clara, oportuna, suficiente y congruente con lo pedido, de acuerdo con los estándares establecidos por la ley¹⁴¹. En tratándose de autoridades judiciales, la solicitud también es procedente, siempre que el objeto del requerimiento no recaiga sobre procesos judiciales en curso¹⁴².

4.5.2.1. Las peticiones también podrán elevarse excepcionalmente ante organizaciones privadas. En los artículos 32 y 33 de la Ley 1437 de 2011, modificados por el artículo 1 de la Ley 1755 de 2015¹⁴³, se estipula que cualquier persona tiene el derecho de formular solicitudes ante entidades de orden privado sin importar si cuentan o no con

personería jurídica^[44], cuando se trate de garantizar sus derechos fundamentales. En el ejercicio del derecho frente a privados existen iguales deberes de recibir, dar trámite y resolver de forma clara, oportuna, suficiente y congruente, siempre que sean compatibles con las funciones que ejercen^[45]. En otras palabras, los particulares, independientemente de su naturaleza jurídica, son asimilables a las autoridades públicas, para determinados efectos, entre ellos, el relacionado con el derecho de petición.

4.5.2.2. Teniendo en cuenta el asunto sobre el que conoce la Sala en esta oportunidad, es preciso aclarar el escenario jurídico que en esta materia resulta exigible a las empresas de servicios públicos, las cuales pueden tener una naturaleza pública, mixta o privada^[46]. En este orden de ideas, cabe distinguir entre, por una parte, el derecho de petición como manifestación del derecho fundamental contenido en la Constitución y, por otra, la obligación de atender las peticiones que presenten los usuarios en el marco de actividades reguladas, particularmente la prestación de servicios públicos.

Frente a este último, de acuerdo con la amplia libertad de configuración por parte del legislador en virtud del artículo 365 de la Constitución^[47], la Ley 142 de 1994^[48] fija normas relativas a la defensa de los usuarios o suscriptores –incluso aquellos potenciales^[49]– del contrato de prestación del servicio^[50]. Para ello, todas las personas que presten servicios públicos domiciliarios deberán contar con una *“Oficina de Peticiones, Quejas y Recursos”*, *“la cual tiene la obligación de recibir, atender, tramitar y responder las peticiones o reclamos y recursos verbales o escritos que presenten los usuarios, los suscriptores o los suscriptores potenciales en relación con el servicio o los servicios que presta dicha empresa.”*^[51]

En todo caso, por fuera del régimen de prestación de servicio (usuario-prestador) también cabe la formulación de peticiones. Frente a este escenario, el régimen aplicable dependerá de la naturaleza de las empresas de servicios públicos ante las que sean elevadas las solicitudes. Concretamente, cuando se trate de entidades oficiales o mixtas, las cuales hacen parte de la Rama Ejecutiva, dentro del sector descentralizado por servicios (art. 38 y 68 de la Ley 489 de 1998) y, por ende, ostentan la calidad de autoridades públicas, se encuentran sujetas a lo dispuesto en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo^[52]. Por su parte, si el requerimiento de un no usuario se dirige a una empresa privada, se aplicarán las reglas relativas al derecho de petición para particulares en los términos ya descritos^[53].

4.5.3. Pronta resolución. Otro de los componentes del núcleo esencial del derecho de petición, consiste en que las solicitudes formuladas ante autoridades o particulares deben ser resueltas en el menor tiempo posible, sin que se exceda el término fijado por la ley para tal efecto.

4.5.3.1. El artículo 14 de la Ley 1437 de 2011 dispone un término general de 15 días hábiles siguientes a la recepción de la solicitud para dar respuesta, salvo que la ley hubiera determinado plazos especiales para cierto tipo de actuaciones⁵⁴¹. Esa misma disposición normativa se refiere a dos términos especiales aplicables a los requerimientos de documentos o información, y a las consultas formuladas a las autoridades relacionadas con orientación, consejo o punto de vista frente a materias a su cargo. Los primeros deberán ser resueltos en los 10 días hábiles siguientes a la recepción, mientras que los segundos dentro de los 30 días siguientes.

De incumplirse con cualquiera de estos plazos, la autoridad podrá ser objeto de sanciones disciplinarias. Por ello, el párrafo del precitado artículo 14 del CPACA admite la posibilidad de ampliar el término para brindar una respuesta cuando por circunstancias particulares se haga imposible resolver el asunto en los plazos legales. De encontrarse en dicho escenario, se deberá comunicar al solicitante tal situación, e indicar el tiempo razonable en el que se dará respuesta –el cual no podrá exceder el doble del inicialmente previsto por la ley–. Esta hipótesis es excepcional, esto es, solo cuando existan razones suficientes que justifiquen la imposibilidad de resolver los requerimientos en los plazos indicados en la ley.

Cuando se trata de peticiones relacionadas con la solicitud de documentos o de información, el artículo 14 de la Ley 1437 de 2011 establece un silencio administrativo positivo que opera cuando no se ha brindado respuesta dentro del término de 10 días hábiles que consagra la norma. En esos eventos, la autoridad debe proceder a la entrega de los documentos dentro de los tres días hábiles siguientes al vencimiento del plazo.

Como ya se anunciaba, el plazo para la respuesta de fondo se contabiliza desde el momento en que la autoridad o el particular recibieron la solicitud por cualquiera de los medios habilitados para tal efecto, siempre que estos permitan la comunicación o transferencia de datos. En otras palabras, los términos para contestar empiezan a correr a partir de que el peticionario manifiesta su requerimiento, (i) ya

sea verbalmente en las oficinas o medios telefónicos, (ii) por escrito – utilizando medios electrónicos que funcionen como canales de comunicación entre las dos partes, o por medio impreso en las oficinas o direcciones de la entidad pública o privada–, o (iii) también por cualquier otro medio que resulte idóneo para la transferencia de datos.

4.5.3.2. Para el caso de las empresas de servicios públicos, como ya se anunciaba, las reglas varían dependiendo de si las peticiones y recursos son o no elevados por usuarios o suscriptores –incluso los potenciales– de las empresas de servicios públicos. Entonces, ante un marco del régimen de prestación del servicio (usuario-prestador), el artículo 158 de la Ley 142 de 1994 determina una regla especial según la cual las peticiones, quejas y recursos deberán resolverse en un término de 15 días hábiles, contados a partir de la fecha de la presentación. Cumplido dicho plazo, se configura el silencio administrativo positivo. Mientras que, cuando las solicitudes sean formuladas por no usuarios, se aplicarán las mencionadas reglas del CPACA.

4.5.4. Respuesta de fondo. Otro componente del núcleo esencial supone que la contestación a los derechos de petición debe observar ciertas condiciones para que sea constitucionalmente válida. Al respecto, esta Corporación ha señalado que la respuesta de la autoridad debe ser: **“(i) clara, esto es, inteligible y contentiva de argumentos de fácil comprensión; (ii) precisa, de manera que atienda directamente lo pedido sin reparar en información impertinente y sin incurrir en fórmulas evasivas o elusivas ; (iii) congruente, de suerte que abarque la materia objeto de la petición y sea conforme con lo solicitado; y además (iv) consecuente con el trámite que se ha surtido, de manera que, si la respuesta se produce con motivo de un derecho de petición formulada dentro de un procedimiento del que conoce la autoridad de la cual el interesado requiere la información, no basta con ofrecer una respuesta como si se tratara de una petición aislada o ex novo, sino que, si resulta relevante, debe darse cuenta del trámite que se ha surtido y de las razones por las cuales la petición resulta o no procedente”**¹⁵⁵¹ (se resalta fuera del original).

La respuesta de fondo no implica tener que otorgar necesariamente lo solicitado por el interesado¹⁵⁶¹, salvo cuando esté involucrado el derecho de acceso a la información pública (art. 74 C.P.¹⁵⁷¹), dado que, por regla general, existe el “deber constitucional de las autoridades públicas de entregarle, a quien lo solicite, informaciones claras, completas, oportunas, ciertas y actualizadas sobre cualquier

actividad del Estado.”^[58] Sobre este punto, es preciso anotar que al tratarse de una garantía fundamental que permite el ejercicio de muchos otros derechos fundamentales, así como la consolidación de la democracia, las restricciones al derecho de petición y de información deben ser excepcionales y deberán estar previamente consagradas en la ley. Al respecto, en el Título III de la Ley 1712 de 2014 se hace referencia a los casos especiales en los cuales se puede negar el acceso a la información, por ejemplo, entre otros, al tratarse de información clasificada y reservada, o que pueda causar daños a personas naturales o jurídicas en su derecho a la intimidad, vida, salud, seguridad o secretos comerciales, industriales y profesionales.

En las hipótesis en que la autoridad a quien se dirigió la solicitud no sea la competente para pronunciarse sobre el fondo de lo requerido, también se preserva la obligación de contestar, consistente en informar al interesado sobre la falta de capacidad legal para dar respuesta y, a su vez, remitir a la entidad encargada de pronunciarse sobre el asunto formulado por el peticionario^[59].

4.5.5. Notificación de la decisión. Finalmente, para que el componente de respuesta de la petición se materialice, es imperativo que el solicitante conozca el contenido de la contestación realizada. Para ello, la autoridad deberá realizar la efectiva notificación de su decisión, de conformidad con los estándares contenidos en el CPACA^[60]. El deber de notificación de mantiene, incluso, cuando se trate de contestaciones dirigidas a explicar sobre la falta de competencia de la autoridad e informar sobre la remisión a la entidad encargada.

4.5.6. Agotada la anterior caracterización sobre el derecho de petición y en consideración al fondo del asunto sometido a examen de la Corte, se considera necesario puntualizar sobre las formas de canalizar o presentar las solicitudes respetuosas, las distintas manifestaciones del derecho bajo estudio y aquellas expresiones que, por regla general, no originan una obligación de respuesta.

4.5.6.1. Formas de canalizar las peticiones. El derecho de petición se puede canalizar a través de medios físicos o electrónicos de que disponga el sujeto público obligado, por regla general, de acuerdo con la preferencia del solicitante. Tales canales físicos o electrónicos pueden actuarse de forma verbal, escrita o por cualquier otra vía idónea que sirva para la comunicación o transferencia de datos...”
NEGRILLAS Y SUBRAYAS FUERA DEL TEXTO

En torno al derecho de petición señaló la Corte Constitucional en Sentencia T-149 del 19 de marzo de 2013³:

‘Esta Corporación ha precisado que el derecho de petición consagrado en el Artículo 23 de la Constitución Política, es una garantía fundamental de aplicación inmediata (C.P. art. 85), cuya efectividad resulta indispensable para la consecución de los fines esenciales del Estado, especialmente el servicio a la comunidad, la garantía de los principios, derechos y deberes consagrados en la misma Carta Política y la participación de todos en las decisiones que los afectan; así como el cumplimiento de las funciones y los deberes de protección para los cuales fueron instituidas la autoridades de la República (C.P. art. 2). De ahí, que el referido derecho sea un importante instrumento para potenciar los mecanismos de democracia participativa y control ciudadano; sin dejar de mencionar que mediante su ejercicio se garantiza la vigencia de otros derechos constitucionales, como los derechos a la información y a la libertad de expresión. La garantía real al derecho de petición radica en cabeza de la administración una responsabilidad especial, sujeta a cada uno de los elementos que informan su núcleo esencial. La obligación de la entidad estatal no cesa con la simple resolución del derecho de petición elevado por un ciudadano, es necesario además que dicha solución remedie sin confusiones el fondo del asunto; que este dotada de claridad y congruencia entre lo pedido y lo resuelto; e igualmente, que su oportuna respuesta se ponga en conocimiento del solicitante, sin que pueda tenerse como real, una contestación falta de constancia y que sólo sea conocida por la persona o entidad de quien se solicita la información’.

4.3 Caso Concreto

Deviene acertado determinar si se encuentra siendo flagrantemente vulnerado el derecho constitucional fundamental suplicado por el tutelante, en favor de la señora **NANCY QUINTANA BRAVO**, y así mismo establecer, si a través de este mecanismo de protección constitucional, es pertinente conjurar aquel agravio.

³ M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

En el asunto que suscita la atención de esta Sala, acorde con los hechos de la tutela, se delimita a la pretensión del accionante, la cual está encaminada a que se resuelva la solicitud donde se propendía por información y documentación que reposa en el proceso por el punible de homicidio culposo, donde resultó afectada la vida del ciudadano **LEDER MARTÍNEZ QUINTANA (Q.E.D)**.

Oteados los medios cognoscitivos aproximados durante el decurso tuitivo, se observa, que se resolvió el petitum parcialmente, notificado al correo electrónico autorizado para tal fin (notificaciones@asoseguros.com), el 10 de noviembre del corriente, a través del cual se remitió la documentación solicitada, quedando pendiente la solicitud para el respectivo registro por deceso al no contar el Funcionario de apoyo de esa Unidad con la documentación para tal efecto; información de contestación que fue corroborada por el accionante, vía telefónica.

Al respecto, debe decirse que acorde con la jurisprudencia constitucional, no es de resorte del juez constitucional ordenar que sea en forma positiva o negativa, lo importante y esencial es que se resuelva acorde con lo solicitado y se comuniqué al interesado. En la siguiente decisión de la Alta Corporación se indicó:

“La jurisprudencia constitucional ha señalado en este mismo sentido que la respuesta a los derechos de petición, la cual puede ser favorable o no para el peticionario, (i) debe ser reconocido como un derecho fundamental que se encuentra en conexidad con la garantía de otros derechos fundamentales; (ii) debe ser resuelto en forma oportuna, esto es, dentro del término legal que se tiene para resolver; (iii) debe dársele una respuesta de

fondo respecto de lo que se ha solicitado, de una manera clara, precisa y congruente; (iv) como ya se indicó en el párrafo anterior, debe ser dada a conocer al peticionario; y (v) se aplica por regla general a entidades públicas pero también a organizaciones privadas cuando la ley así lo determine.

Así las cosas, no se puede dejar en vilo el ítem faltante por resolución, esto es, lo elucubrado en el numeral tercero de la misiva petitoria, ello por cuanto no son de recibo las justificaciones dadas por el ente demandado para demostrar su dilación, pues si bien la Cartera Fiscal 73 Seccional de Turbo – Antioquia, se encontraba en vacancia, ello no es óbice para emprender las gestiones administrativas internas para el registro de la Defunción de la víctima del ilícito culposo, ocurrido el 15 de agosto de 2023 – más de 3 meses-, quedando en evidencia, que lo que se está efectuando es un traslado de cargas al actor que no tiene por qué asumir.

A este tenor, se **CONCEDERÁ parcialmente** la tutela impetrada por el doctor **CRISTÍAN DANILO GUTIÉRREZ HERNÁNDEZ**, como apoderado especial de la señora **NANCY QUINTANA BRAVO**, en consecuencia se **ORDENARÁ** al delegado de la **FISCALÍA 73 SECCIONAL DE TURBO - ANTIOQUIA**, o quien haga sus veces, que en un término de **cuarenta y ocho horas (48) hábiles siguientes**, contadas a partir de notificación de esta decisión, despliegue las acciones internas oportunas para dar respuesta de fondo al numeral tercero de la petición calendada el 05 de octubre de 2023, debiéndose remitir su réplica por el medio de notificación más expedito, para conocimiento apto del rogante.

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,

5. RESUELVE

PRIMERO: TUTELAR el derecho fundamental de petición, invocado por el doctor **CRISTÍAN DANILO GUTIÉRREZ HERNÁNDEZ**, como apoderado especial de la señora **NANCY QUINTANA BRAVO**, consonante a las razones expuestas en la parte motiva del presente proverbio.

SEGUNDO: Se **ORDENA** al delegado de la **FISCALÍA 73 SECCIONAL DE TURBO -ANTIOQUIA**, o quien haga sus veces, que en un término de **cuarenta y ocho horas (48) hábiles siguientes**, contadas a partir de notificación de esta decisión, despliegue las acciones internas oportunas para dar respuesta de fondo al **numeral tercero** de la petición calendada el 05 de octubre de 2023, debiéndose remitir su réplica por el medio de notificación más expedito, para conocimiento apto del rogante.

TERCERO: Infórmesele a las partes que esta decisión puede ser impugnada dentro de los **tres (3) días siguientes** a su notificación.

CUARTO: Una vez en firme esta providencia, se ordena la remisión del cuaderno original ante la Honorable Corte Constitucional para efectos de su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

**NANCY ÁVILA DE MIRANDA
MAGISTRADA**

**MARÍA STELLA 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

Maria Stella Jara Gutierrez
Magistrada
Sala Penal

Tribunal Superior De Antioquia

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

Código de verificación: **c652db78a5090f241b903ff19c936c2e72f8cea7b128115992c390c97a4e49b0**

Documento generado en 22/11/2023 06:37:16 PM

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

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

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE ANTIOQUIA
SALA DE DECISIÓN PENAL

M.P NANCY ÁVILA DE MIRANDA

Radicado	05000-22-04-000-2023-00720
N° Interno	2023-2170
Accionante	LUIS ENRIQUE AMOR MUÑOZ
Accionada	JUZGADO PRIMERO DE EJECUCIÓN DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD DE APARTADÓ ANTIOQUIA
Decisión	ACEPTA DESISTIMIENTO

Medellín, veintidós (22) de noviembre de dos mil veintitrés (2023)

El 14 de noviembre del año que discurre, se recibió la actuación constitucional arriba citada. En la misma data, la Magistrada Sustanciadora, admitió la demanda de tutela presentada por el señor **LUIS ENRIQUE AMOR MUÑOZ** en contra del **JUZGADO PRIMERO DE EJECUCIÓN DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD DE APARTADÓ ANTIOQUIA**, por estimar vulnerado el derecho fundamental del debido proceso y petición.

No obstante, la suscrita, siendo competente para el estudio del asunto, se abstendrá de impartir a la acción el trámite de ley, pues advierte que en el presente caso se reúnen los requisitos para la procedencia del desistimiento de las pretensiones de tutela, toda vez que: **(i)** el 16 del mes en curso, fue allegado por parte del **JUZGADO PRIMERO DE EJECUCIÓN DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD DE APARTADÓ ANTIOQUIA**, oficio N°744 donde informaba la concesión de la libertad condicional al libelista, anexando el link del expediente digital completo donde se avizora auto N°20036 que concede el beneficio rogado, acta de compromiso y boleta de libertad signada por el favorecido y las correspondientes certificaciones de notificaciones y su recibido electrónico; **(ii)** El 21 de noviembre hogaño, se estableció comunicación vía telefónica con el señor **AMOR MUÑOZ**, quien

informa que en efecto el 17 del mes que transcurre se materializó su libertad y que al considerar que tal gracia era su única finalidad con el mecanismo tutelar, desistía de su trámite¹; **(iii)** No se ha proferido sentencia de primera instancia dentro del proceso.

Bajo este panorama, al ser procedente, se acepta el **DESISTIMIENTO** presentado por el señor **LUIS ENRIQUE AMOR MUÑOZ** y se dispondrá el archivo del expediente, ello en atención lo dispuesto por la ley y la jurisprudencia constitucional² que, en punto de este instituto, señaló:

"...En efecto, a partir de lo estatuido en el artículo 26 del Decreto 2591 de 1991, es claro que procede el desistimiento de la acción de tutela mientras que ésta estuviere "en curso", lo que se ha interpretado como que debe presentarse antes de que exista una sentencia al respecto..."

En mérito de lo expuesto y sin necesidad de más consideraciones,

RESUELVE

ACEPTAR el **DESISTIMIENTO** de la acción de tutela impetrada por el señor **LUIS ENRIQUE AMOR MUÑOZ** en contra del **JUZGADO PRIMERO DE EJECUCIÓN DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD DE APARTADÓ ANTIOQUIA**, según lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

COMUNIQUESE, CÚMPLASE Y ARCHÍVESE

NANCY ÁVILA DE MIRANDA
MAGISTRADA

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

¹ Anexo 003 Constancia Secretarial
² Sentencia T-547 de 2011

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: **dc9c6688d04a8f1036c1cba78c86624074dc05a054b3c9f984b43c2ba70ccf43**

Documento generado en 22/11/2023 05:59:38 PM

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

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL**



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

Magistrada ponente: **María Stella Jara Gutiérrez**

Radicación: 05 376 60 00 339 2023 00012 01 (2023-2021-3)
Procedencia: Juzgado Penal del Circuito de La Ceja, Antioquia
Procesado: LUIS FERNANDO RESTREPO MONSALVE
Delito: Actos sexuales con menor de catorce años agravado
Motivo: Apelación auto
Decisión: Confirma
Aprobado: Acta No. 410, noviembre 22 de 2023

Medellín, Antioquia, veintidós (22) de noviembre de 2023

I. OBJETO DE DECISIÓN

Desatar el recurso de apelación impetrado por la defensa de LUIS FERNANDO RESTREPO MONSALVE contra el auto proferido el 18 de octubre de 2023, por medio del cual el Juzgado Penal del Circuito de La Ceja, Antioquia, negó la solicitud de nulidad de la aceptación de cargos que realizó en audiencia de formulación de imputación del 31 de mayo de 2023 ante el Juez Primero Promiscuo de ese mismo municipio, por el delito de actos sexuales con menor de catorce años agravado.

II. HECHOS

Se consignaron en la formulación de imputación así:

“El día 21 de enero de 2023 el señor Luis Fernando Restrepo Monsalve se llevó a sus tres hijos de 11, 8 y 4 años de edad a pasar con él, el fin de semana dado que no vive con ellos, ni con la madre de estos. En el lugar donde reside el señor Luis Fernando solo tiene una cama y cuando sus hijos lo visitan duermen todos en la misma cama, esa noche del 21 de enero de 2023 la niña de

8 años de edad estaba al rincón, luego el niño de 4 años de edad, en el medio estaba el señor Luis Fernando y en la orilla el menor de inicial E.R.C de 11 años de edad, nacido el día 27 de junio de 2011, siendo aproximadamente la 01:00 horas del día 22 de enero de 2023 el señor Luis Fernando le cogió la mano con fuerza al menor de iniciales E.R.C. y se la llevaba a que le cogiera el pene, el menor le hacía repulsa para no hacerlo pero este seguía haciéndolo hasta que logró que el menor le tocara el pene, le bajo los pantalones al menor y le tocaba el pene con sus manos, el menor se subía los pantalones y éste volvía y se los bajaba, y seguía tocándole el pene, le daba besos en la boca y también le chupaba el pene. Luis Fernando dejó de hacer esto porque miro al menor y lo vio muy asustado, el menor se fue para el baño y allí vio la hora en su celular y eran las 01:30 horas, luego regresó a la cama y nuevamente su padre Luis Fernando continuó tocándole el pene con las manos y chupándole el pene, dejó de hacerlo porque el menor de iniciales E.R.C. le dijo que lo dejara quieto y que iba a contarle a la mamá, Luis Fernando le dijo que no lo hiciera porque lo iban a meter a la cárcel, se volteó y se acostó a dormir. Dice el menor que volvió a ver la hora en el celular y eran las 02:30 horas, estos hechos tuvieron ocurrencia en la casa donde vivía el señor Luis Fernando que se encuentra ubicada en el barrio La Aldea del municipio de la Ceja, Antioquia”

III. ANTECEDENTES PROCESALES

El 31 de mayo de dos mil veintitrés (2023), ante el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de La Ceja, Antioquia se realizó la audiencia preliminar concentrada de legalización de captura, formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento. En esa ocasión a LUIS FERNANDO RESTREPO MONSALVE se le imputó fáctica y jurídicamente el delito de actos sexuales con menor de catorce años agravado descrito y sancionado en los artículos 209, 211 numeral 5° del código penal, en calidad de autor, cargos que aceptó¹; además, se le impuso medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario.

¹ Audio No. 009 récord 01:07:18

Una vez presentado el escrito de acusación el asunto fue asignado al Juzgado Penal del Circuito de La Ceja, Antioquia, despacho que citó a audiencia de individualización de pena y sentencia el cuatro (4) de octubre hogaño. En esa oportunidad el togado concedió el uso de la palabra a las partes e intervinientes para que se manifestaran sobre causales de incompetencia, impedimentos, recusaciones, nulidades, momento en el cual la defensa expresó “*la retractación de mi defendido*”², ante requerimiento de la judicatura para que aclarara sustento petición de nulidad.

Expresó el defensor que hubo vicio en el consentimiento de su prohijado y vulneración de garantías fundamentales durante el allanamiento manifestado en sede de imputación el 31 de mayo de 2023 ante el Juez Promiscuo del Municipio de la Ceja, Antioquia. Deprecia se conceda las bondades por analogía en materia favorable con respecto a la validez de la manifestación del artículo 368 del Código de Procedimiento Penal.

Agregó que, al momento de allanarse a los cargos LUIS FERNANDO RESTREPO MONSALVE se encontraba en condiciones psíquicas y emocionales que no le permitían comprender, tanto así, que la defensora pública terminada la audiencia de imposición de medida, solicitó fuera recluido en establecimiento carcelario, en aras de evitar se quitara la vida por la situación emocional que estaba sufriendo luego de su separación.

Estimó el abogado que la asesoría brindada por su colega durante la audiencia de imputación fue adecuada, tan solo que por “*una psiquis perturbar por las ideas suicidas*” el procesado no alcanzo a determinar la magnitud de las consecuencias jurídicas. Sumado a lo anterior, la defensora que lo asistió no contó con el tiempo suficiente para explicarle de manera detenida.

Por lo tanto, deprecó se impruebe el allanamiento por vía de nulidad del señor LUIS FERNANDO RESTREPO MONSALVE atendiendo las

² PDF No. 011 del expediente digital.

causales legales establecidas en el parágrafo del artículo 293 del Estatuto Procesal Penal, falta de garantías y vicios en el consentimiento.

La Fiscalía por su parte demandó no despachar favorablemente la nulidad en la medida en que estas se encuentran consagradas en el Código de Procedimiento Penal y requieren una argumentación muy puntual frente al derecho que estima vulnerado, en el presente caso el peticionario solo se limitó a señalar que el procesado va a efectuar una retractación de los cargos en atención a que para el momento de la imputación tenía su psiquis perturbada por unos antecedentes de suicidio y alcoholismo; sin embargo, al escuchar las audiencias preliminares se corrobora le fueron garantizados todos los derechos al ciudadano. Igualmente, debe tomarse en cuenta que el defensor no allegó dictamen de perito experto que indique que el señor Luis Fernando no podía emitir ese consentimiento.

En el mismo sentido, la representación de víctimas solicita no admitir la nulidad propuesta en la medida que debe atender a unos principios que son la instrumentalidad de las formas, la trascendencia, la taxatividad, la convalidación, la protección, la residualidad los cuales son concurrentes y que de ninguna manera han sido dimensionados, ni desarrollados por el defensor.

Luego de recapitular varias de las situaciones presentadas en las audiencias celebradas ante el Juez de control de Garantías, refiere no es cierto que el señor estuviera aquejado emocionalmente por la reciente ruptura que había tendido con la denunciante, ya que en la noticia criminal formulada por aquella indicó haberse separado hace más de un año, aunado a que brilla por su ausencia soportes que confirmen esas circunstancias que invaliden la aceptación de cargos.

Terminadas las intervenciones, el togado fijó el 18 de octubre de 2023 para resolver la petición.

IV. DECISIÓN IMPUGNADA³

El A quo resolvió negar la retractación de cargos de LUIS FERNANDO RESTREPO MONSALVE a través de la nulidad postulada por la defensa en la audiencia de verificación de aceptación de cargos por las siguientes razones.

Luego de traer a colación decisión del 25 de febrero de 2015, radicado No. 45333 consideró el juez de instancia que dicha retractación es inadmisibles toda vez que se verifica es una estrategia de la nueva defensa, dejando de lado que conforme al artículo 354 del Código de Procedimiento Penal se establece que prevalecerá lo que decida el imputado o acusado en caso de discrepancia con su defensor de lo cual quedará constancia.

Así mismo, se refirió a lo consagrado en los artículos 131 y 293 parágrafo del Código de Procedimiento Penal para indicar que, revisada la actuación que se adelantó en este asunto, específicamente la formulación de imputación del 31 de mayo de 2023 se constató como el Juez Primero Promiscuo Municipal de La Ceja, Antioquia, previa intervención del Fiscal, indicó expresamente al señor LUIS FERNANDO RESTREPO MONSALVE que por la importancia de la audiencia estuviera atento lo que iba a indicar, así lo ilustró desde ese primer instante que de aceptar cargos no conllevaría a rebaja de pena por tratarse de un asunto en el que la víctima era menor de edad.

Seguidamente se constató como el ente acusador le comunicó de manera clara los hechos, la situación fáctica y jurídica; así mismo, la gestión realizada por la defensa quien intervino para que se hiciera una modificación en el tipo penal en pro de favorecer a su representado, inclusive peticionó un receso para asesorarlo nuevamente, toda vez que lo había entrevistado el día anterior en virtud de la captura. Luego, el Juez específico al procesado los

³ Audio No. 017

derechos que le asistían, la pena de prisión a imponer en caso de aceptación, las consecuencias que ello acarrearía, aun así, éste manifestó allanarse a los cargos.

Por lo anterior, no se advierte vulneración de derechos fundamentales que puedan validar una retractación de cargos por medio de una nulidad, el hecho de que exista una visión según la nueva defensa otras hipótesis en favor de la persona acusada, hace parte de su ejercicio profesional, pero no es suficiente para dejar sin efecto una declaración de voluntad que de acuerdo con la verificación que hizo el Juez de Control de Garantías y constato por la primera instancia fue libre, consciente, informada, asesorada por la defensa, y por ello el Juez se detuvo en múltiples preguntas para verificar no se estuvieran vulnerando los derechos del procesado.

Adicionalmente, los antecedentes de suicidio de LUIS FERNANDO RESTREPO MONTOYA o una situación anímica muy difícil por la ruptura sentimental con la madre de sus hijos fue catalogado como un episodio depresivo grave para el 31 de enero de 2023, no para el momento de aceptar cargos (mayo de 2023), lo que no significa que su voluntad estuviera viciada; con todo los susodichos padecimientos no fueron acreditados por el defensor al momento de sustentar la nulidad.

En consecuencia, estimó el Juez de instancia que con los elementos materiales probatorios allegados por la Fiscalía se corrobora la existencia de la conducta punible atribuida al procesado y por tanto desatendió la petición de nulidad e impartió legalidad a esa aceptación de cargos, anunciando sentencia de carácter condenatorio por la conducta de actos sexuales con menor de catorce años agravada.

V. DISENSO

La defensa señaló se dio sobrevaloración a todas las pruebas que sustentan el mínimo probatorio para la aprobación del

allanamiento, por el contrario, acreditan el dicho de esa bancada en cuanto a que el aquí procesado se encontraba en un estado de enajenación mental por intentos autolíticos, desesperación emocional, estados psicóticos y consumo sustancias psicotrópicas.

Adicionalmente, no se tuvo en cuenta que la Fiscalía incurrió en un error al no indicar en el escrito que hubo allanamiento, corrección que realizó una vez él se acercó ante el delegado a manifestarle sobre una retractación que había hecho el ofendido.

De igual manera, como lo relacionó desde la pasada audiencia su representado no entendió que no sería beneficiado con la aceptación de cargos, no critica la actuación de la defensora pública, pero resalta que esta no tuvo tiempo suficiente para brindarle una adecuada asesoría, máxime que se trataba de una persona afectada mentalmente.

Finalmente, aduce la fiscalía no aportó EMP que permitieran acreditar el lugar donde acaecieron los hechos, tampoco seguimiento médico psiquiátrico y por ello persistió el estado de enajenación mental del procesado.

VII INTERVENCIÓN DE NO RECURRENTES

La apoderada de víctimas solicitó mantener la decisión confutada en la medida en que no obra evidencia que permita inferir la perturbación e incomprensión de LUIS FERNANDO RESTREPO MONSALVE al momento de allanarse como se señaló, es decir, por cuanto no se probó si en efecto el día de la diligencia de imputación con aceptación de cargos el procesado estuviere en condiciones de salud que no le permitieran comprender y/o manifestar su voluntad.

Ahora bien, sobre la determinación espacial de los hechos, la Fiscalía preciso en el escrito tal situación. En tanto que el error de

haber omitido la aceptación de cargos no es algo que invalide la actuación.

Sobre la retractación que señala el abogado, ella ha representado siempre a la víctima y considera que no es atendible que el abogado que representa interese contrarios allá conversado con el menor de edad, dado que existen protocolos que debe ajustarse para este tipo de entrevistas.

La delegada del ente acusador solicitó mantener incólume la decisión de primera instancia al no obrar elementos que permitan inferir que el consentimiento de LUIS FERNANDO RESTREPO MONSALVE al aceptar los cargos estaba viciado y que se vulneraron sus garantías fundamentales. Asimismo, sobre los nuevos argumentos a que se refiere el defensor concretamente el error de la Fiscalía al momento de presentar su escrito o la entrevista del menor son afirmaciones que no fueron materia de consideración por el juez de instancia y por lo tanto no pueden ser fundamento de la apelación.

Ahora, acerca de la sobrevaloración de las pruebas a que alude hay una mala interpretación en la medida en que ello se mencionó fue para determinar que existía mínimo de prueba para aprobar el allanamiento.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

De conformidad con el numeral 1° del artículo 34 de la Ley 906 de 2004, este cuerpo colegiado es competente para resolver la apelación promovida contra el auto objeto de alzada, dado que fue proferido por el Juzgado Penal del Circuito de La Ceja, Antioquia.

Corresponde a la Sala analizar si durante el trámite de audiencia de formulación de imputación adelantada ante el Juez Primero Promiscuo Municipal de La Ceja, Antioquia, en cuyo desarrollo LUIS FERNANDO RESTREPO MONSALVE manifestó allanarse a los

cargos por el delito de actos sexuales con menor de catorce años agravado, existieron vicios en su consentimiento, se afectaron sus garantías y si como consecuencia de ello habrá de decretarse la nulidad de la actuación, como remedio extremo.

La nulidad es considerada como la máxima sanción prevista para los actos procesales que impliquen, entre otros casos, inobservancia de garantías fundamentales o aspectos propios del procedimiento. Este evento fue previsto por el legislador de 2004 en el artículo 457 del Código de Procedimiento Penal, relativo a la *nulidad por violación de garantías fundamentales*, misma que se materializa cuando en desarrollo de la actuación se vulnera el derecho de defensa o del debido proceso, en aspectos sustanciales.

Ahora bien, aunque la Ley 906 de 2004 no consagró expresamente los principios que orientan las nulidades, la jurisprudencia de la Corte determinó que esta omisión se subsana acudiendo a las disposiciones de la Ley 600 de 2000, las cuales continúan vigentes en este aspecto particular, dado que pertenecen a la teoría general del proceso penal⁴.

Así pues, preciso es señalar que la nulidad se encuentra orientada por los siguientes principios: taxatividad, esto es, que solo pueden invocarse las nulidades por los motivos señalados en la ley; instrumentalidad, consiste en señalar en dónde se origina el defecto y verificar si, no obstante a la incorrección, el acto procesal cumplió con la finalidad prevista; trascendencia, según el cual se requiere que el vicio haya afectado las bases fundamentales de la instrucción o el juzgamiento; convalidación, que impone que quien alega la nulidad no haya coadyuvado a la producción del acto irregular; subsidiariedad, que exige que no se disponga de un mecanismo procesal diferente a la invalidación para subsanar la irregularidad; oportunidad, que determina que las nulidades deben postularse dentro de las oportunidades previstas en la ley y; lealtad, entendido como el deber para las partes y el funcionario de conocimiento, de

⁴ Sentencia del 24 de agosto de 2009, radicado 31.900.

esgrimir la configuración del motivo anulatorio o decretarlo apenas se tenga conocimiento del vicio.

Se advierte, conforme a los principios citados, que no cualquier irregularidad es susceptible de invalidación, pues solamente serán sancionados de esa forma aquellos yerros que afecten «la realización del ius puniendi en condiciones de justicia»⁵.

El artículo 288 del Código de Procedimiento Penal prevé lo siguiente:

«Para la formulación de la imputación, el fiscal deberá expresar oralmente:

1. Individualización concreta del imputado, incluyendo su nombre, los datos que sirvan para identificarlo y el domicilio de citaciones.

2. Relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes, en lenguaje comprensible, lo cual no implicará el descubrimiento de los elementos materiales probatorios, evidencia física ni de la información en poder de la Fiscalía, sin perjuicio de lo requerido para solicitar la imposición de medida de aseguramiento.

3. Posibilidad del investigado de allanarse a la imputación y a obtener rebaja de pena de conformidad con el artículo 351.»

En la Sentencia C-303 de 2013 la Corte Constitucional expresó: “*El legislador estableció que la formulación es un acto de mera comunicación, actuación preliminar en la que deben encontrarse presentes, tanto el Fiscal, como titular de la acción penal; el imputado, como sujeto pasivo del actuar del Estado; el defensor de este último, en un acto que si bien se entiende encaminado a la salvaguardia de los intereses del receptor de la imputación, nada puede hacer en ese sentido; **y finalmente el juez, cuya actuación se limita a verificar si se entendieron o no los términos de la imputación y en caso de un allanamiento a cargos, si se hace de manera libre consciente y voluntaria, siendo finalmente ésta la misma función que cumple el defensor.***” (Negritas fuera del texto).

⁵ Corte Constitucional, sentencias C-828 de 2010 y C-387 de 2014.

Ahora, de acuerdo con lo expresado por la Corte Suprema de Justicia en el radicado 27.218 de 16 de mayo de 2017, la posibilidad de desconocimiento de la negociación por parte del juez está supeditada a la advertencia de violación de garantías fundamentales, caso en el cual se impone la nulidad. Textualmente expresó la Corte:

“El allanamiento o el acuerdo es vinculante para todos los sujetos procesales, incluido el juez, quien debe dictar la sentencia de conformidad con lo aceptado o convenido por las partes, a menos que advierta vicios del consentimiento o desconocimiento de las garantías fundamentales, caso en los cuales debe anular el acto procesal respectivo para que la actuación se conduzca por los senderos de la legalidad”

De esta manera en los procedimientos que dan lugar a los fallos anticipados la situación del procesado no queda al arbitrio de los funcionarios que intervienen en ellos, ni carente de las garantías a las que se compromete y está obligado a respetar el estado⁶.

Por su parte, el artículo 293 de la misma obra, prevé que *“si el imputado, por iniciativa propia o por acuerdo con la Fiscalía acepta la imputación, se entenderá que lo actuado es suficiente como acusación. La Fiscalía adjuntará el escrito que contiene la imputación o acuerdo que será enviado al Juez de conocimiento. Examinado por el juez de conocimiento el acuerdo para determinar que es voluntario, libre y espontáneo, procederá a aceptarlo sin que a partir de entonces sea posible la retractación de alguno de los intervinientes, y convocará a audiencia para la individualización de la pena y sentencia.*

PARÁGRAFO. La retractación por parte de los imputados que acepten cargos será válida en cualquier momento, siempre y cuando se demuestre por parte de estos que se vicio su

⁶ Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, radicado 27.218 de 16 de mayo de 2017.

consentimiento o que se violaron sus garantías fundamentales.”

El artículo 8 literal k de la Ley 906 de 2004, preceptúa que el procesado tiene derecho a “(...) *un juicio público, oral, contradictorio, imparcial, con inmediación de las pruebas y sin dilaciones injustificadas, en el cual pueda, si así lo desea, por sí mismo o por conducto de su defensor, interrogar en audiencia a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia, de ser necesario aún por medios coercitivos, de testigos o peritos que puedan arrojar luz sobre los hechos objeto de debate*”.

El derecho a un juicio es renunciable, pero no de cualquier manera. El artículo 8 literal l de la Ley 906 de 2004 condiciona dicha renuncia a que “(...) *se trate de una manifestación libre, consciente, voluntaria y debidamente informada* (...)”.

Y el garante de que la renuncia al juicio se encuentre exenta de vicios es el juez, pues, por mandato del artículo 1° de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia: “*La administración de justicia es la parte de la función pública que cumple el Estado encargada por la Constitución Política y la ley de hacer efectivos los derechos, obligaciones, garantías y libertades consagrados en ellas, con el fin de realizar la convivencia social y lograr y mantener la concordia nacional*”.

Ahora, la disposición del artículo 8 literal l de la Ley 906 de 2004 es complementada por el artículo 131 ibidem, cuando al referirse a la renuncia al derecho a un juicio, dispone:

“*Si el imputado o procesado hiciere uso del derecho que le asiste de renunciar a las garantías de guardar silencio y al juicio oral, deberá el juez de control de garantías o el juez de conocimiento verificar que se trata de una decisión libre, consciente, voluntaria, debidamente informada, asesorada por la defensa, para lo cual será imprescindible el interrogatorio personal del imputado o procesado.*”

Al respecto, se itera, si la aceptación de cargos se realiza ante el juez de control de garantías, es a éste a quien le compete llevar a cabo la verificación, mientras que ello será del resorte del juez de conocimiento cuando el procesado acepte cargos en alguna de las audiencias que atañen a su función. La verdad es que, sea cual sea la diligencia concreta en la que se presente la manifestación de culpabilidad, el mandato es terminante: en todo caso el juez correspondiente deberá verificar que la aceptación de los cargos se haya manifestado sin vicios que afecten el consentimiento, y para ello es preciso que en persona se interrogue al procesado.

El control de legalidad aplicado por el juez de conocimiento recae, por un lado, sobre el acto mismo de aceptación de responsabilidad, para verificar que éste sea expresión de la autonomía de la voluntad. Así, el art. 131 del C.P.P. preceptúa que al funcionario judicial le corresponde verificar si el allanamiento es producto de una decisión, libre, consciente, voluntaria, debidamente informada y asesorada por la defensa.

Descendiendo al caso concreto, sea lo primero indicar que la aceptación de cargos por la vía de allanamiento realizado por el imputado LUIS FERNANDO RESTREPO MONSALVE se expresó por la conducta punible de actos sexuales con menor de catorce años agravado descrita y sancionada en los artículos 209 y 211 numeral 5° del Código Penal.

Durante las audiencias preliminares celeradas el 31 de mayo de 2023 una vez el Juez de Garantías legalizó la captura, otorgó el uso de la palabra al delegado de la Fiscalía 27 Local de la unidad de generó el cual procedió a formular la imputación con irrestricto cumplimiento a cada una de los numerales contenidos en el artículo 288 del Código de Procedimiento Penal: (i) individualizó al imputado de manera concreta; (ii) efectuó relación clara, y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes, mismos que fueron relacionados

de manera taxativa en el acápite de la presente decisión; (iii) informó al investigado la posibilidad de allanarse.

Terminada la intervención del Fiscal, el Juez indagó a la defensa pública para que indicara si tenía observaciones, a lo que respondió que si bien no podía efectuar un control a la imputación, solicitaba suprimir el agravante del artículo 211 numeral 5° del Código Penal y, en su lugar, adecuar un concurso con la conducta punible de incesto prevista en el artículo 237 ibidem cuyas sanciones serían mas favorables para su representado, petición no acogida por el ente acusador.

Así las cosas, y en aras de seguir la diligencia el señor Juez indagó a la abogada: *"señora defensora requiere de algún receso para que le indique lo que a continuación va a suceder a Luis Fernando o podemos continuar la audiencia formalmente"*⁷

Defensa: *"su señoría solo si Luis Fernando quiere hablar con la defensa podríamos hacer un receso entonces preguntémosle a él si tiene alguna inquietud y si desea hablar conmigo antes de proceder a todo el interrogatorio de la judicatura y de una vez si quiere hablar conmigo pues me indique un número de teléfono donde pueda comunicarme con el"*⁸

Juez: *"¿Luis Fernando usted requiere hablar con su defensora sobre lo que a continuación va a suceder, sobre la comprensión y aceptación también del cargo?"*⁹

Acusado: *aja sí señor*

Juez: *hay un teléfono allá donde se pueda comunicar ella con usted*

Acusado: *el del policía*

Juez: *se lo podría dar, Intendente por favor*

Policía: *sí señor, ya doctora le hago el llamado*

Defensa: *le agradecería y cerremos el micrófono tanto de allá donde se encuentran en el comando y de la defensa y de todos, gracias*

Policía: *doc que pena me toca sacarlo un momento porque acá donde estamos no entra señal de celular*

Enseguida se suspende la diligencia por un término de 10 minutos y 21 segundos (récord 00:49:56 – 01:00:17), luego de lo cual se reanuda y pregunta el señor **Juez:** *Doctora Carmen ¿listo?*

⁷ Récord 00:48:30

⁸ Récord 00:48:37 – 00:49:00

⁹ Récord 00:49:03

Defensa: “sí señor Juez, listo ya hablé con el señor Luis Fernando, le hice una ilustración a él adicional a la que ya se le había hecho en el día de ayer”¹⁰

En consecuencia, tal como lo muestra el video de la diligencia como el imputado no presentaba dificultades en la conexión o situación anormal percibirle, tampoco se manifestó por alguna de las partes alguna irregularidad, el Juez preguntó al investigado:

“Bueno Jorge, ya pues usted entonces habló con su abogado, entonces procedo a preguntarle si usted entendió y comprendió los cargos que le acaba de explicar el señor Fiscal de acuerdo con esas circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se dice ocurrieron los hechos el pasado 22 de enero de este año y que frente a esos hechos la Fiscalía le está comunicando, dice que le está adelantando una investigación como el posible autor de esa comisión del delito de actos sexuales con menor de catorce años agravado en razón de la consanguinidad por ser usted el papá del menor E.R.C. ¿usted entendió y comprendió esos cargos o requiere de una explicación adicional?. LUIS FERNANDO RESTREPO MONSALVE en un tono de voz baja contestó: “no, yo los entendí”¹¹; sin embargo, vuelve y le consulta el Juez: “¿Cómo?”, responde el imputado: “Los entendí”¹².

Aclarado ello el juzgado indicó que la formulación de imputación cumple con las exigencias que establece el artículo 288 del Código de Procedimiento Penal, también con los presupuestos de legalidad establecidos en los artículos 287, señalando a LUIS FERNANDO RESTREPO MONSALVE como el posible autor o participe de la conducta punible de actos sexuales con menor de catorce años agravado contempladas en los artículos 209, y 211 numeral 5 del Código Penal, infiriendo el señor Fiscal de una manera razonable que de acuerdo con unos elementos materiales con vocación probatoria, evidencia física, información legalmente obtenida que tiene en su poder, que algunas de ellas fueron mencionadas en esta audiencia, que también lo individualizo de manera clara y concreta, le manifestó la posibilidad que tiene de allanarse a los cargos, caso

¹⁰ Récord 01:00:28

¹¹ Récord 01:02:04

¹² Récord 01:02:07

en el cual aparejaría una pena de prisión con agravante de 12 a 19 años, 6 meses de prisión y ello en calidad de autor a título de dolo y donde aparece como víctima su menor hijo E.R.C, pero que igualmente de hacerlo no podría obtener rebaja de pena alguna por prohibición legal conforme al artículo 199 del Código de la Infancia y la Adolescencia.

Luego le puso de presente cada uno de los derechos que como procesado le asisten y que se encuentran contenidos en el artículo 8° del Código de Procedimiento Penal, reiterándole que, en el evento de aceptar cargos, “se entraría directamente a emitir un fallo condenatorio y obviamente usted quedaría con un antecedente penal sin ninguna rebaja alguna.”

Le pregunto si usted entiende y comprende en que consiste aceptar cargos, solamente si entiende y comprende en que consiste aceptar cargos”

Acusado: “sí señor”¹³

Juez: *me podría hablar ms duro que casi no le escucho*

Acusado: “sí señor”¹⁴

Juez: *“con la conversación que usted tuvo con su defensora también ¿ya sabe cuáles son los beneficios por así decirlo y las consecuencias que genera una aceptación de cargos?”*¹⁵

Acusado: “sí señor”

Juez: *“Y usted ha sido debidamente asesorado por su defensora sobre esas ventajas o desventajas en aceptar cargos”*

Acusado: “sí señor”¹⁶

Juez: *“bueno, entonces con esas manifestaciones que usted me acaba de hacer dígame a este funcionario y a las partes acá presentes si usted desea allanarse a los cargos que le han sido formulados y comunicados por el señor Fiscal el día de hoy en esta audiencia por ese delito de actos sexuales con menor de catorce años agravado que está regulado, consagrado en los artículos 209 y 211 numeral 5 que apareja como ya lo indiqué también una pena mínima de 12 años y una máxima de 19 años, 6 meses y donde aparece como víctima su menor hijo E.R.C., ¿usted desea allanarse?, es decir, aceptar los cargos que le acaba de imputar la Fiscalía.*

Acusado: “sí señor”¹⁷

Juez: *¿desea allanarse?*

Acusado: “sí señor”¹⁸

¹³ Récord 01:06:02

¹⁴ Récord 01:06:09

¹⁵ Récord 01:06:15

¹⁶ Récord 01:06:26

¹⁷ Récord 01:07:14

¹⁸ Récord 01:07:18

Juez: “bueno, díganos entonces si esa manifestación que tiene usted de allanarse, de aceptar esos hechos y aceptar esa conducta punible ¿es libre?, usted no está siendo presionado por nadie, ni por su defensora, ni por terceras personas, ni por su compañera u otra persona, esa decisión suya de allanarse ¿es libre?”

Acusado: “sí señor”¹⁹

Juez: “¿y es consciente usted de que va a tener una sentencia condenatoria?”

Acusado: “sí señor”²⁰

Juez: “¿es consciente también que por esta conducta punible no tiene rebaja alguna?”

Acusado: “sí señor”²¹

Juez: ¿y que va a quedar con un antecedente penal?”

Acusado: “sí señor”²²

Juez: “¿Es consciente también que por esta conducta usted irá a prisión y descontará esa pena de prisión en un Establecimiento Penitenciario?”

Acusado: “sí señor”²³

Juez: “¿También es consciente de que usted no se puede retractar posterior a esta audiencia?”²⁴

Acusado: “sí señor”²⁵

Juez: “y aun así, ¿es voluntaria su decisión de aceptar esos hechos y ese delito?”

Acusado: “sí señor”²⁶

Juez: Díganos también si ¿usted fue informado y asesorado por su defensora sobre las ventajas y desventajas en aceptar esos cargos?

Acusado: “sí señor”²⁷

Juez: “listo, entonces como quiera que Luis Fernando Restrepo Monsalve en una forma libre, consciente y voluntaria ha aceptado libre y espontáneamente los cargos formulados en su contra por parte del señor Fiscal en esta audiencia, que no se han vulnerado sus derechos fundamentales que además también fue debidamente informado y asesorado por su defensora, este Juzgado en su condición de control de garantías acepta dicho allanamiento el cual como ya se indicó es irrevocable, es decir, usted en el futuro no puede cambiar de determinación, salvo pues, que se haya determinado alguna coacción en su contra para que aceptara y es por ello entonces que este Despacho remitirá la actuación acá cumplida como el correspondiente expediente digital ante el Juez Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de este municipio, ello para efectos de verificación y aprobación del allanamiento. Igualmente, también para la individualización y emisión de la sentencia, ello conforme lo establece el artículo 293 del Código de Procedimiento Penal.”²⁸.

¹⁹ Récord 01:07:43

²⁰ Récord 01:07:49

²¹ Récord 01:07:56

²² Récord 01:08:01

²³ Récord 01:08:13

²⁴ Récord 01:08:17

²⁵ Récord 01:08:20

²⁶ Récord 01:08:29

²⁷ Récord 01:08:38

²⁸ Récord 01:11:19

Como viene de verse la actuación del Juez Primero Promiscuo Municipal de La Ceja, Antioquia, en ejercicio de lo señalado en el artículo 131 de la Ley 906 de 2004 se ajustó a la legalidad, no se vulneraron derechos, ni garantías fundamentales del imputado LUIS FERNANDO RESTREPO MONSALVE como erradamente lo señaló el defensor, contrario a ello lo ilustró de manera clara y detallada sobre los derechos que le asistían, las implicaciones en caso de aceptar los cargos la cual era irrevocable, así como la sanción punitiva a imponer, que no conlleva a descuento alguno por ser la víctima un menor de edad.

La pieza procesal transcrita también permite colegir la inexistencia de una advertencia al juez por parte de la defensa material o técnica referida la situación de salud mental del indiciado, en la forma como lo pregona el postulante de la nulidad. Lo cierto es que nada se dijo y en la forma en que actuó el procesado en el marco de esas diligencias, debidamente asesorado por la abogada defensora, no se advierte que el procesado halla realizado esa manifestación de culpabilidad como resultado de vicios en el consentimiento o violación de garantías.

De otra parte, sobre la actuación surtida por la defensora pública, como acertadamente lo refirió el juez de instancia, desde el momento de la captura (30 de mayo de 2023) entrevistó al procesado, razón por la cual no tiene vocación de prosperidad el dicho del apelante encaminado a que su representado no contó con el tiempo suficiente para ser asesorado, máxime si se tiene en cuenta que durante el desarrollo de la imputación fue suspendida para hablar nuevamente con ella.

Ahora, en torno a los quebrantos de salud mental y emocionales que aquejan o aquejaban a LUIS FERNANDO RESTREPO MONSALVE los cuales, según el defensor no le permitieron comprender lo sucedido durante las audiencias preliminares, razón le asiste a las no recurrentes al indicar que la defensa al postular

la nulidad no allegó ningún documento que respaldara su dicho y si bien hace parte del diligenciamiento un legajo sobre atención médica brindada al procesado, se aportó después del cierre del acto público vía correo electrónico, y en tratándose de un procedimiento oral no es posible valorarlo, pues no solo debió ser el fundamento fáctico de la petición de nulidad sino ser trasladado a la fiscalía e intervinientes y finalmente al juzgado.

Finalmente, sobre el argumento del recurrente atinente a que existió una sobrevaloración probatoria o que la Fiscalía incurrió en errores al momento de radicar el escrito por no referir que se trataba de una aceptación de cargos, es una situación que en nada invalida lo actuado, recuérdese que el artículo 293 ibidem establece que en los casos de aceptación de cargos en la imputación *“(...) se entenderá que lo actuado es suficiente como acusación. La Fiscalía adjuntará el escrito que contiene la imputación o acuerdo que será enviado al Juez de conocimiento. Examinado por el juez de conocimiento el acuerdo para determinar que es voluntario, libre y espontáneo, procederá a aceptarlo sin que a partir de entonces sea posible la retractación de alguno de los intervinientes, y convocará a audiencia para la individualización de la pena y sentencia.*

Como consecuencia de lo anterior, y corroborado que la aceptación de cargos por parte de LUIS FERNANDO RESTREPO MONSALVE durante la audiencia de formulación de imputación se realizó de manera libre, consciente, voluntaria, debidamente informado y asesorado por la defensa, no existieron vicios en su consentimiento, ni violación de garantías fundamentales que permitan aceptar su retractación vía nulidad, se confirmará el auto objeto de alzada.

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

RESUELVE

PRIMERO. CONFIRMAR la decisión del 18 de octubre de 2023 por medio de la cual el Juzgado Penal del Circuito de La Ceja, Antioquia, resolvió negar la retractación de cargos vía nulidad que expresó LUIS FERNANDO RESTREPO MONSALVE.

SEGUNDO. Remitir la actuación al Juzgado de origen para que se continúe con el trámite pertinente.

TERCERO. Se informa que contra la presente decisión no procede recurso alguno.

Comuníquese y cúmplase,

(firma electrónica)

MARÍA STELLA JARA GUTIÉRREZ
Magistrada Ponente

(firma electrónica)

JOHN JAIRO ORTIZ ALZATE
Magistrado

(firma electrónica)

RENÉ MOLINA CÁRDENAS
Magistrado

Firmado Por:

Maria Stella Jara Gutierrez

Magistrada

Sala Penal

Tribunal Superior De Antioquia

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

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

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

Código de verificación: **75390acffb75ed8de79e651bf3e8a9956b2cced89f3c2e029ef3a0fabcf95b7c**

Documento generado en 22/11/2023 05:21:37 PM

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

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL**



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

Radicado 05000-22-04-000-2023-00719-00 (2023-2169-3)
Accionante Jhonatan Fernando Salazar Silva
Accionado Juzgado Primero de Ejecución de Penas y
Medidas de Seguridad de Antioquia.
Asunto Tutela de Primera Instancia
Decisión Improcedente
Acta: N° 412 noviembre 22 de 2023

Medellín, veintidós (22) de noviembre de dos mil veintitrés (2023)

ASUNTO

Resuelve la Sala la acción de tutela propuesta por JHONATAN FERNANDO SALAZAR SILVA, en contra del Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia, por la presunta vulneración de su derecho fundamental al debido proceso.

FUNDAMENTOS DE LA PETICIÓN

Relató el accionante¹ que fue condenado a la pena de 62 meses de prisión por la comisión del delito de hurto calificado.

Actualmente, se encuentra privado de la libertad en el EPMSC de Andes, sitio en el que se encuentra redimiendo pena por trabajo.

¹ PDF 003, expediente digital de tutela.

El 20 de septiembre de los corrientes solicitó permiso de hasta 72 horas, y el 27 del mismo mes y año petitionó prisión domiciliaria ante el Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia; sin embargo, el despacho no ha le proporcionado una respuesta.

Por lo anterior solicitó se le ampare el derecho fundamental invocado.

TRÁMITE

1. Mediante auto adiado el 15 de noviembre de 2023², se dispuso asumir la acción de tutela y se corrió traslado al despacho demandado y se vinculó al EPMSC Andes y al Centro de Servicios de los Juzgados de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia para que, dentro del término improrrogable de dos (2) días, dieran respuesta sobre los hechos y pretensiones de la tutela y rindieran el informe que estimaran conveniente.

2. El Centro de Servicios de los Juzgados de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia manifestó que, consultado con el área de reparto de ese Centro de Servicios hallaron que el sentenciado JHONATAN FERNANDO SALAZAR SILVA fue condenado por el Juzgado Promiscuo Municipal de Andes, Antioquia, por un delito contra el patrimonio económico; y quién vigila la pena es el Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia. Asunto penal con Código Único de Investigación (en adelante CUI) 05034 60 00 369 2021 00139 (02022A1-1523).

En el sistema de gestión siglo XXI obra anotación de que el 26 de octubre de 2023 el INPEC a través del área de memoriales allegó la documentación para la prisión domiciliaria del sentenciado, y que el 25 de septiembre de los corrientes, fue allegado por parte de un tercero la carta para demostrar el arraigo familiar del afectado con el fin de solicitar su prisión domiciliaria.

² PDF N° 005 Expediente Digital.

Solicitan ser desvinculados del presente trámite, porque no son los competentes para decidir sobre la situación jurídica del sentenciado, pues ello compete al Juzgado que actualmente vigila la pena.

3. El Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia aseveró que, el 15 de julio de 2022 avocó conocimiento del asunto con CUI 05034 60 00 369 2021 00139 radicado interno 2022-1523 en desfavor del actor.

En sentencia del 17 de agosto de 2021, el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Andes, Antioquia, condenó al accionante como autor penalmente responsable del delito de hurto calificado y agravado, imponiéndole la pena principal de 62.4 meses de prisión, y la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por igual término que la pena principal, negándole tanto el subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, como el mecanismo sustitutivo de la prisión carcelario por domiciliaria.

Mediante autos N° 3015, 3016 y 3017 del 16 de noviembre de 2023 resolvió las peticiones del sentenciado de manera negativa, indicándole el tiempo descontado y redimido a la fecha, así como los motivos por los que no se accedía a las solicitudes.

Si bien el Despacho se encontraba en mora de resolver la solicitud de elevación por el accionante, durante el transcurso del trámite de tutela, se dio respuesta a su solicitud.

En consecuencia, solicita ser desvinculados del presente trámite por configurarse un hecho superado.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

De conformidad con lo preceptuado en el artículo 86 de la Constitución Política, 37 del Decreto 2591 de 1991 y 1° del Decreto 1983 de 2017, es competente esta

Sala para proferir fallo de primera instancia dentro de la presente acción de tutela.

Según el artículo 86 de la Constitución Política toda persona puede, mediante este mecanismo, reclamar ante los jueces la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad, a condición de que no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

El objetivo de este trámite preferente no es otro diferente a que el juez constitucional, en uso de sus facultades, mediante sentencia, haga cesar la vulneración de prerrogativas fundamentales alegada en el libelo. No obstante, ha ilustrado la jurisprudencia constitucional, que existen eventos en los que el pronunciamiento del juez carece de objeto, bien sea porque ha cesado la afectación al derecho o, también, porque la misma se ha materializado de forma irreversible.

Los anteriores eventos fueron rotulados por la Corte Constitucional como hecho superado y daño consumado, respectivamente. Así los desarrolló el alto Tribunal:

*“El **hecho superado** se presenta cuando, por la acción u omisión (según sea el requerimiento del actor en la tutela) del obligado, se supera la afectación de tal manera que “carece” de objeto el pronunciamiento del juez. La jurisprudencia de la Corte ha comprendido la expresión hecho superado en el sentido obvio de las palabras que componen la expresión, es decir, dentro del contexto de la satisfacción de lo pedido en tutela. Es decir, el hecho superado significa la observancia de las pretensiones del accionante a partir de una conducta desplegada por el agente transgresor. El **daño consumado** tiene lugar cuando “la amenaza o la vulneración del derecho fundamental han producido el perjuicio que se pretendía evitar con la acción de tutela. La configuración de este supuesto ha sido declarada por la Corte, por ejemplo, en los casos en que el solicitante de un tratamiento médico fallece durante el trámite de la acción como consecuencia del obrar negligente de su E.P.S., o cuando quien invocaba el derecho a la vivienda digna fue desalojado en el curso del proceso del inmueble que habitaba”.³*

³ Corte Constitucional, Sentencia T-011 de 2016.

Al descender al caso concreto, tenemos que la solicitud de amparo se elevó para que el accionado resolviera al actor JHONATAN FERNANDO SALAZAR SILVA las peticiones de permiso de hasta 72 horas y prisión domiciliaria, dada su condición de sentenciado por el punible de hurto calificado y agravado, y en la actualidad descuenta la pena de 62.4 meses de prisión en el CPMS Apartadó.

La causa fue asignada, para la vigilancia de la pena al Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia, quien, durante el trámite de este asunto constitucional, en interlocutorios 3016 y 3017 del 16 de noviembre de los corrientes negó a JHONATAN FERNANDO SALAZAR SILVA el beneficio de permiso administrativo de hasta 72 horas y la prisión domiciliaria pretendida, y obra constancia en el expediente de la notificación de las anteriores providencias al sentenciado.

Como viene de verse, emerge diáfano que la autoridad accionada superó la inconformidad que originó la interposición de la acción de tutela, por lo que en el presente asunto se ha generado el fenómeno conocido como “hecho superado”, cuyo contenido se explicó anteriormente.

Por lo tanto, ante la carencia actual de objeto, la Sala declarará la ocurrencia del hecho superado, frente a la pretensión elevada por el actor en contra del Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad 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 Constitución y la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: Declarar improcedente la tutela al derecho fundamental al debido proceso de JHONATAN FERNANDO SALAZAR SILVA por presentarse el fenómeno jurídico del hecho superado.

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

Notifíquese y cúmplase,

(Firma electrónica)

MARÍA STELLA JARA GUTIÉRREZ
Magistrada

(firma electrónica)

JOHN JAIRO ORTIZ ALZATE
Magistrado

(Firma electrónica)

RENÉ MOLINA CÁRDENAS
Magistrado

Firmado Por:

Maria Stella Jara Gutierrez
Magistrada
Sala Penal
Tribunal Superior De Antioquia

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

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

Código de verificación: **7a23d500ecab45a2ac6d98f13b454680c00e920b4117c88922e5e90724885686**

Documento generado en 23/11/2023 03:39:52 PM

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

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL**



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

Radicado 05000-22-04-000-2023-00721-00 (2023-2171-3)
Accionante Anderson Restrepo Londoño
Accionado Juzgado Primero de Ejecución de Penas y
Medidas de Seguridad de Apartadó,
Antioquia.
Asunto Tutela de Primera Instancia
Decisión Improcedente
Acta: N° 413 noviembre 22 de 2023

Medellín, veintidós (22) de noviembre de dos mil veintitrés (2023)

ASUNTO

Resuelve la Sala la acción de tutela propuesta por ANDERSON RESTREPO LONDOÑO, en contra del Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Apartadó, Antioquia, por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales de petición, al debido proceso y acceso a la administración de justicia.

FUNDAMENTOS DE LA PETICIÓN

Relató el accionante¹ que el Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Apartadó, Antioquia, no ha suministrado respuesta a la solicitud de acumulación jurídica de penas que incoó por intermedio de apoderado judicial el pasado dos de octubre de 2023, y que reiteró el 30 del mismo mes y año.

¹ PDF 003, expediente digital de tutela.

Por lo anterior solicitó se le ampare los derechos fundamentales invocados.

TRÁMITE

1. Mediante auto adiado el 16 de noviembre de 2023², y una vez subsanada la inadmisión³, se dispuso asumir la acción de tutela y se corrió traslado al despacho demandado y se vinculó al EPMSC Apartadó para que, dentro del término improrrogable de dos (2) días, dieran respuesta sobre los hechos y pretensiones de la tutela y rindieran el informe que estimaran conveniente.

2. El asesor jurídico del EPMSC Apartadó adujo que por parte de esa oficina han enviado las respectivas solicitudes del accionante al Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia para su correspondiente resolución.

Solicita ser desvinculados del presente trámite.

3. La titular del Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Apartadó, Antioquia, adujo que el 24 de abril del presente año recibió el expediente del proceso adelantado en contra de ANDERSON RESTREPO LONDOÑO, proveniente del Juzgado Cuarto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia.

Dicho ciudadano fue condenado el primero de junio 2022 por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Medellín por el delito de violencia intrafamiliar agravada, a la pena principal de 12 meses de prisión.

Tiene a cargo la vigilancia de la pena de 38 meses de prisión, actualmente suspendida, que le fue impuesta por el Juzgado 20 Penal del Circuito de Medellín, en sentencia emitida el 12 de octubre de 2018, al hallarlo penalmente responsable del delito de receptación por hechos ocurridos el 4 de diciembre de 2017.

² PDF N° 005 Expediente Digital.

³ Auto del 15 de noviembre de 2023.

Mediante auto No. 2089 del 20 de noviembre de 2023 resolvió la solicitud de acumulación jurídica de penas, de manera desfavorable, el cual se encuentra en trámite de notificación.

Por lo tanto, solicita se declare la improcedencia de la acción de tutela por tratarse de un hecho superado.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

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

Según el artículo 86 de la Constitución Política toda persona puede, mediante este mecanismo, reclamar ante los jueces la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad, a condición de que no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

El objetivo de este trámite preferente no es otro diferente a que el juez constitucional, en uso de sus facultades, mediante sentencia, haga cesar la vulneración de prerrogativas fundamentales alegada en el libelo. No obstante, ha ilustrado la jurisprudencia constitucional, que existen eventos en los que el pronunciamiento del juez carece de objeto, bien sea porque ha cesado la afectación al derecho o, también, porque la misma se ha materializado de forma irreversible.

Los anteriores eventos fueron rotulados por la Corte Constitucional como hecho superado y daño consumado, respectivamente. Así los desarrolló el alto Tribunal:

*“El **hecho superado** se presenta cuando, por la acción u omisión (según sea el requerimiento del actor en la tutela) del obligado, se supera la afectación de*

*tal manera que “carece” de objeto el pronunciamiento del juez. La jurisprudencia de la Corte ha comprendido la expresión hecho superado en el sentido obvio de las palabras que componen la expresión, es decir, dentro del contexto de la satisfacción de lo pedido en tutela. Es decir, el hecho superado significa la observancia de las pretensiones del accionante a partir de una conducta desplegada por el agente transgresor. El **daño consumado** tiene lugar cuando “la amenaza o la vulneración del derecho fundamental han producido el perjuicio que se pretendía evitar con la acción de tutela. La configuración de este supuesto ha sido declarada por la Corte, por ejemplo, en los casos en que el solicitante de un tratamiento médico fallece durante el trámite de la acción como consecuencia del obrar negligente de su E.P.S., o cuando quien invocaba el derecho a la vivienda digna fue desalojado en el curso del proceso del inmueble que habitaba”.⁴*

Al descender al caso concreto, tenemos que la solicitud de amparo se elevó para que el accionado resolviera al actor ANDERSON RESTREPO LONDOÑO la solicitud de acumulación jurídica de penas que incoó por intermedio de apoderado judicial el pasado dos de octubre de 2023, y que reiteró el 30 del mismo mes y año.

Durante el trámite de este asunto constitucional, el Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Apartadó, Antioquia, en interlocutorio 2089 del 20 de noviembre de los corrientes negó a RESTREPO LONDOÑO la acumulación jurídica de penas, y obra constancia en el expediente de la notificación de la anterior providencia al sentenciado.

Como viene de verse, emerge diáfano que la autoridad accionada superó la inconformidad que originó la interposición de la acción de tutela, por lo que en el presente asunto se ha generado el fenómeno conocido como “hecho superado”, cuyo contenido se explicó anteriormente.

Por lo tanto, ante la carencia actual de objeto, la Sala declarará la ocurrencia del hecho superado, frente a la pretensión elevada por el actor en contra del Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Apartadó, Antioquia.

⁴ Corte Constitucional, Sentencia T-011 de 2016.

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

RESUELVE

PRIMERO: Declarar improcedente la tutela al derecho fundamental al debido proceso de ANDERSON RESTREPO LONDOÑO por presentarse el fenómeno jurídico del hecho superado.

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

Notifíquese y cúmplase,

(Firma electrónica)

MARÍA STELLA JARA GUTIÉRREZ
Magistrada

(firma electrónica)

JOHN JAIRO ORTIZ ALZATE
Magistrado

(Firma electrónica)

RENÉ MOLINA CÁRDENAS
Magistrado

Firmado Por:

Maria Stella Jara Gutierrez
Magistrada
Sala Penal
Tribunal Superior De Antioquia

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

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

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

Código de verificación: **7ab2a10a187fc6954da497aae60fa75572bbedd83b9fb71a01e121eed2e305a**

Documento generado en 23/11/2023 03:39:59 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, veintitrés (23) de noviembre de dos mil veintitrés (2023)

Nº Interno : 2017-1864-4
Sentencia (Ley 906) - 2ª Instancia.
C.U.I. : 05 887 60 00355 2010 80353
Acusado : Jesús Evelio Ayala Vélez
Delito : Acceso carnal abusivo con menor de
14 años
Decisión : **Confirma condena**

El 22 de noviembre de 2023 se aprobó por la Sala decisión de segunda instancia dentro del proceso identificado con el CUI 05 887 60 00355 2010 80353 que se adelanta contra Jesús Evelio Ayala Vélez.

Se fija fecha y hora para la lectura de sentencia dentro del proceso de la referencia para el día **VEINTINUEVE (29) DE NOVIEMBRE DEL AÑO DOS MIL VEINTITRÉS (2023), A LAS OCHO Y VEINTE (08:20 A.M)**

Se ordena a la Secretaría común, por el medio más expedito, se cite a las partes e intervinientes procesales a través de sus correos oficiales, confirmando su asistencia a la diligencia.

(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: **39eba425711479d4a7e0208a89f1d703675c4e9c173f93ad37e1c8d3cbf1369d**

Documento generado en 23/11/2023 03:53:38 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, veintitrés (23) de noviembre de dos mil veintitrés (2023)

Nº Interno : 2017-2582-4
Sentencia (Ley 906) - 2ª Instancia.
C.U.I. : 052826100104201680155
Acusado : Sebastián Restrepo Villa.
Delito : Homicidio simple y otro.
Decisión : Decreta preclusión por
Prescripción porte de armas.
Revoca condena y absuelve por
Homicidio simple.

El 22 de noviembre de 2023 se aprobó por la Sala decisión de segunda instancia dentro del proceso identificado con el CUI 052826100104201680155 que se adelanta contra Sebastián Restrepo Villa.

Se fija fecha y hora para la lectura de sentencia dentro del proceso de la referencia para el día **VEINTINUEVE (29) DE NOVIEMBRE DEL AÑO DOS MIL VEINTITRÉS (2023). A LAS OCHO Y CUARENTA (08:40 A.M)**

Se ordena a la Secretaría común, por el medio más expedito, se cite a las partes e intervinientes procesales a través de sus correos oficiales, confirmando su asistencia a la diligencia.

(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: **8c6471a4dd589dcca50ebb02e0155cc9f0e83619918eedcfd8ad753af45f686**

Documento generado en 23/11/2023 03:53:54 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, veintidós (22) de noviembre de dos mil veintitrés (2023)

Radicado	2023-1782-4
CUI	05 000 31 07002 2016 01248
Acusado	Carlos Mario Mejía Parra
Delito	Concierto para Delinquir Agravado.
Asunto	Niega extinción de la sanción penal
Decisión	Confirma

Aprobado mediante Acta No. 427 de la fecha

ASUNTO

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial del sentenciado **Carlos Mario Mejía Parra** contra la decisión proferida el 23 de agosto de 2023 a través de la cual, el Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia no decretó la extinción de la pena por prescripción.

ANTECEDENTES

Carlos Mario Mejía Parra fue condenado el 02 de noviembre de 2017 a la pena de 38 meses de prisión luego de declararlo autor del delito de concierto para delinquir agravado, sentencia en la cual se le otorgó la ejecución condicional prevista en el artículo 7º de la Ley 1424 de 2010, sujeta a un período de prueba de 19 meses que

Radicado	2023-1782-4
CUI	05 000 31 07002 2016 01248
Acusado	Carlos Mario Mejía Parra
Delito	Concierto para Delinquir Agravado.
Asunto	Niega extinción de la sanción penal
Decisión	Confirma

comenzó a correr a partir del 10 de noviembre de 2017, momento en el cual, suscribió el acta de compromiso.

Mediante el auto N° 1124 del 13 de diciembre de 2017, el juzgado fallador concedió al sentenciado un **permiso para ausentarse del país entre el 13 y el 20 de enero de 2018**, a fin de que pudiera realizar un viaje familiar a España, sin embargo, dicho compromiso fue incumplido por el sentenciado quien no regresó en la fecha acordada y manifestó su interés en radicarse en Valladolid (España), lugar en el cual ya había conseguido inclusive un empleo.

Conforme con lo anterior, el Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia, mediante auto interlocutorio Nro. 2267 del 22 de julio de 2019 le revocó el subrogado de la condena de ejecución condicional que se le había dispensado en el fallo, decisión que fue confirmada en segunda instancia por la Sala Penal del Tribunal Superior de Antioquia en providencia del 30 de octubre de 2019, emitiéndose en su contra la orden de captura correspondiente, misma que a la fecha se encuentra vigente.

DE LA SOLICITUD

El 09 de junio 2023 y 15 de agosto de 2023 el apoderado judicial del condenado, requirió la extinción de la sanción penal, por prescripción.

Como consecuencia de lo anterior, deprecó la cancelación de la orden de captura, la liberación definitiva y la rehabilitación de sus derechos y funciones públicas.

Radicado	2023-1782-4
CUI	05 000 31 07002 2016 01248
Acusado	Carlos Mario Mejía Parra
Delito	Concierto para Delinquir Agravado.
Asunto	Niega extinción de la sanción penal
Decisión	Confirma

Estimó que, la tardanza en la resolución de la solicitud puesta de presente, implica que su representado deba permanecer encerrado en su domicilio y se le impida transitar libremente por el territorio nacional e inclusive reunirse con sus hijos, razón por la cual insta a la Judicatura para acceder a su requerimiento de manera pronta y sin dilación.

DE LA DECISIÓN

Mediante auto del 23 de agosto de 2023 el Juzgado Ejecutor negó la procedencia de la extinción de la sanción penal, por cuanto, en su criterio, el término prescriptivo de la pena comienza a correr cuando la exigencia de su cumplimiento alcanza firmeza.

Para el caso en concreto sería desde el 30 de octubre de 2019, fecha en la que el Tribunal Superior de Antioquia, profirió la providencia a través de la cual se confirmó la decisión de revocar al penado la condena de ejecución condicional.

Indicó que, sólo a partir de este último momento, el Estado adquirió interés en desplegar su poder coercitivo para lograr el cumplimiento efectivo de la pena, y no desde la sentencia porque, en aquella la ejecución de la pena se había suspendido, no se requería su ejecución y por tanto no tenía el Estado que ejercer ninguna de sus potestades para hacerla cumplir.

Por manera que, si la pena fue de 38 meses de prisión, el término prescriptivo es en este caso de 5 años, y dicho término de prescripción empezó a correr el 30 de octubre de 2019, por lo que surge evidente que para el día de hoy no ha transcurrido todavía.

Radicado	2023-1782-4
CUI	05 000 31 07002 2016 01248
Acusado	Carlos Mario Mejía Parra
Delito	Concierto para Delinquir Agravado.
Asunto	Niega extinción de la sanción penal
Decisión	Confirma

En virtud de lo anterior denegó la procedencia de las solicitudes radicadas.

DEL RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado judicial del sentenciado interpuso recurso de apelación.

Indicó que, el Juzgado executor desde el momento de asumir la vigilancia de la pena impuesta, tenía conocimiento del permiso concedido por el Despacho fallador y la fecha en la cual su prohijado debía regresar al país pero, a pesar de ese conocimiento omitió adoptar todas las medidas necesarias para la correcta vigilancia de la pena, al punto que, en el 15 de agosto de 2018, en respuesta al Jefe de la Oficina Jurídica de la Unidad de Víctimas, le informó que, el condenado se encontraba gozando del periodo de prueba, cuando lo cierto es que, para ese momento ya había incumplido con sus compromisos.

En su criterio, el término de prescripción no debe comenzar a contarse desde el momento en el cual, el Juzgado libró la orden de captura en contra de su representado sino desde la fecha en la que se incumplieron los requisitos impuestos, esto es, desde el 20 de enero de 2018, fecha en la cual debía regresar al país y no lo hizo. Dicha postura encuentra sustento en las decisiones STP17831-2017 y STP1980-2020.

La mora judicial al momento de expedirse la orden de captura no puede ser asumida por su representado, razón por la cual solicita se revoque el auto recurrido y se proceda a declarar la extinción de la pena principal privativa de la libertad y de multa pues, tampoco

Radicado	2023-1782-4
CUI	05 000 31 07002 2016 01248
Acusado	Carlos Mario Mejía Parra
Delito	Concierto para Delinquir Agravado.
Asunto	Niega extinción de la sanción penal
Decisión	Confirma

se ha iniciado el proceso de cobro coactivo.

CONSIDERACIONES

Para el presente caso, conviene precisar que, el señor **Carlos Mario Mejía Parra** fue condenado el 02 de noviembre de 2017 a la pena de 38 meses de prisión por el delito de concierto para delinquir agravado, sentencia en la cual se le otorgó la ejecución condicional prevista en el artículo 7º de la Ley 1424 de 2010.

Dicha prebenda se le concedió bajo un periodo de prueba de 19 meses que comenzó a correr a partir del 10 de noviembre de 2017, fecha en la cual, suscribió la correspondiente acta de compromiso.

Estando disfrutando de ese beneficio, el penado solicitó un permiso especial para salir del país, indicando una fecha exacta en la cual regresaría, pero ello no acaeció.

Ahora bien, habiendo incumplido los compromisos adquiridos, el problema jurídico a resolver se contrae a determinar si, el término prescriptivo comienza a correr desde el momento en el cual se estimaba regresaría a Colombia *-postura de la Defensa-* o desde que, quedó ejecutoriada la decisión que revocó el beneficio conferido y, en su lugar libró orden de captura en su contra *-postura del Despacho Ejecutor-*.

Debe comenzar diciéndose que, la prescripción en materia penal se basa en la prolongada inacción del Estado para adelantar y concluir el proceso dentro del término estipulado en la ley. Opera como barrera para el ejercicio del *ius puniendi* debido a que, una vez se ha consolidado, extingue la potestad del Estado para

Radicado	2023-1782-4
CUI	05 000 31 07002 2016 01248
Acusado	Carlos Mario Mejía Parra
Delito	Concierto para Delinquir Agravado.
Asunto	Niega extinción de la sanción penal
Decisión	Confirma

investigar, perseguir, enjuiciar y castigar las conductas delictivas. Correlativamente, constituye una garantía constitucional del procesado que hace parte del contenido del derecho al debido proceso, en virtud de la cual puede reclamar la oportuna definición de su situación jurídica.

Entre las razones que justifican esta figura se han señalado: (i) el incumplimiento de la obligación que tiene el Estado de investigar de forma celeridad las conductas delictivas y (ii) la dificultad que se genera con el paso del tiempo para conseguir pruebas de la culpabilidad o la inocencia del acusado. Sumado a estas, se han considerado (iii) la pérdida de interés social en la sanción del delincuente y (iv) el castigo para el Estado por la tardanza en el ejercicio de su poder punitivo. A partir de este razonamiento, la Corte Constitucional ha concluido que la prescripción es una institución de orden público que opera como garantía para que se defina la situación jurídica del procesado y como sanción para el Estado por su inactividad.¹

El fenómeno de la prescripción se manifiesta como causa de extinción de la punibilidad, no solamente de la **acción penal** como consecuencia del cumplimiento del plazo fijado en la ley antes de que se profiera sentencia, sino también de la **sanción punitiva** que implica una restricción a las autoridades encargadas de ejecutar la condena, en virtud de la cual deben abstenerse de hacer efectiva la sanción impuesta al responsable de una infracción penal, cuando ha transcurrido el término fijado en la norma.

De conformidad con esos lineamientos jurídicos, se hace necesario

¹ Sentencia SU-433 de 2020, M.P. Alejandro Linares Cantillo y José Fernando Reyes Cuartas.

Radicado	2023-1782-4
CUI	05 000 31 07002 2016 01248
Acusado	Carlos Mario Mejía Parra
Delito	Concierto para Delinquir Agravado.
Asunto	Niega extinción de la sanción penal
Decisión	Confirma

precisar que, en el presente asunto, le asiste razón a la juez de ejecución de penas y medidas cuando afirma que, la prescripción de la sanción penal debe contabilizarse desde el momento en el cual adquirió firmeza la decisión a través de la cual se revocaba el beneficio concedido pues, antes de ello, el Estado no tenía la potestad para privar de la libertad al sentenciado y ejecutar la pena de prisión, de haberlo hecho de esa forma se hubiere vulnerado el derecho fundamental al debido proceso de la persona judicializada.

Nótese que, permiso para salir del país, se concedió entre el 13 y el 20 de enero de 2018 sin embargo, en el mes de noviembre de esa misma anualidad, el Despacho se percató de la presunta trasgresión a las obligaciones adquiridas requirió al penado para que, informara los motivos por los cuales, al parecer, se había apartado de los compromisos.

Luego de escuchar las exculpaciones del apoderado judicial del sentenciado, el Juzgado de origen mediante auto del 30 de enero de 2019 dio inicio formal al incidente de revocatoria del beneficio y, el 22 de julio de esa misma anualidad finalizó el trámite de manera desfavorable para el penado, disponiendo además librar orden de captura en su contra.

Frente a esa determinación, el apoderado judicial del señor Carlos Mario interpuso los recursos de ley. El de reposición fue atendido el 19 de septiembre de 2019 (Folios 95 del expediente digital) y el de apelación con auto del 30 de octubre de esa misma anualidad (Folios 109 del expediente digital).

Ahora bien, desde el momento en que quedó ejecutoriada esa determinación es que, el Estado se encontraba facultado para

Radicado	2023-1782-4
CUI	05 000 31 07002 2016 01248
Acusado	Carlos Mario Mejía Parra
Delito	Concierto para Delinquir Agravado.
Asunto	Niega extinción de la sanción penal
Decisión	Confirma

materializar la orden de captura pues, antes de ello, se partía del presupuesto que, estaba ceñido a los compromisos que previamente había adquirido y, una vez se reportó esa presunta trasgresión, debía garantizarse la oportunidad de presentar las justificaciones pues a partir de ellas podía salir avante su pretensión de no revocatoria de la medida.

Es evidente que, el sentenciado contaba con el derecho de ejercer contradicción y defensa en el marco del incidente y, de esa manera lo hizo, brindó las justificaciones que estimaba pertinentes y promovió todos los recursos a su alcance.

Aunado a lo anterior, debe recordarse que, durante ese trámite incidental tampoco se tuvo noticia sobre el regreso del sentenciado a Colombia, es decir que, el incumplimiento se mantuvo en el tiempo.

Y es que, las decisiones a las cuales hace alusión la Defensa en el escrito de apelación, se encuentran lejos de afianzar la postura del ese parte procesal, pues las providencias en comento establecen que:

“Igualmente, se tiene que el término prescriptivo de la sanción penal, respecto de los sustitutos penales, se cuenta desde el momento en que se incumplió alguna de las obligaciones impuestas para la concesión del mismo, **siempre que hubiese sido determinado por la autoridad judicial**, o en su defecto, ante la imposibilidad de precisar la fecha del hecho incumplido, debe tomarse como parámetro de contabilización el día de finalización del periodo de prueba...”² (Negrillas fuera del texto)

Lo anterior significa que, hasta tanto no exista la decisión judicial

² STP1980-2020.

Radicado	2023-1782-4
CUI	05 000 31 07002 2016 01248
Acusado	Carlos Mario Mejía Parra
Delito	Concierto para Delinquir Agravado.
Asunto	Niega extinción de la sanción penal
Decisión	Confirma

que, determine su incumplimiento, no comienza a contar el término prescriptivo y, en este caso esa decisión judicial que determinó el incumplimiento, data del 30 de octubre de 2019, fecha en la cual la Sala Penal del Tribunal Superior de Antioquia confirmó la providencia que, revocaba el beneficio del que venía disfrutando.

Teniendo en cuenta que, a la fecha no han transcurrido los 5 años de que trata el artículo 89 del Código Penal, no hay lugar a declarar la prescripción de la sanción penal y, en virtud de ello, se **CONFIRMARÁ** la decisión objeto de apelación.

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

RESUELVE

PRIMERO: Confirmar la providencia materia de impugnación, por las razones expuestas en este proveído.

SEGUNDO: Contra la presente determinación no procede recurso alguno.

CÚMPLASE.

LOS MAGISTRADOS,

JOHN JAIRO ORTIZ ÁLZATE

RENÉ MOLINA CÁRDENAS

Radicado 2023-1782-4
CUI 05 000 31 07002 2016 01248
Acusado Carlos Mario Mejía Parra
Delito Concierto para Delinquir Agravado.
Asunto Niega extinción de la sanción penal
Decisión Confirma

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: **697c670d110ece0c5e96659aa6bae609a4a96927d0a622c03f97a0ab893b0061**

Documento generado en 23/11/2023 04:38:33 PM

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

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL**



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

Medellín, veintidós (22) de noviembre de dos mil veintitrés (2023)

Radicado	2023-2151-4
CUI	05000-22-04-000-2023-00715
Acusado	Julián Andrés Ramírez Bernal
Asunto	Acción de revisión
Decisión	Inadmite

Proyecto discutido y aprobado en sesión de la fecha.
Acta N° 428

ASUNTO

La Sala se pronuncia en relación con la admisibilidad de la acción de revisión promovida por el sentenciado **JULIÁN ANDRÉS RAMÍREZ BERNAL**, contra unas sentencias proferidas en su contra dentro de los radicados “05376610012120198000301, 05376610012120198000102, 0537661001212019800010” investigaciones que se impulsaron por el delito de homicidio y en las cuales funge como víctima la mujer que en vida respondía al nombre de Isabela Escobar.

De la información que registra el Sistema de Gestión Siglo XXI, se logra extraer que, el Juzgado Tercero Penal del Circuito Especializado de Antioquia adelantó el proceso identificado con el Radicado 05 376 61 001 21 2019 80001.

Radicado	2023-2151-4
CUI	05000-22-04-000-2023-00715
Acusado	Julián Andrés Ramírez Bernal
Asunto	Acción de revisión
Decisión	Inadmite

CONTENIDO DE LA SOLICITUD

De la exposición que hace el sentenciado en su escrito, se puede extraer que acude a la acción de revisión por cuanto, considera que le están siendo vulnerados los principio a la igualdad, debido proceso y dignidad humana, toda vez que se le impuso una sanción privativa de la libertad sin tener en cuenta que se trata de una persona con déficit cognitivo y dificultad para el entendimiento de la realidad al cual no se le garantizó una debida defensa técnica.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

La Sala de Decisión Penal es competente para conocer del asunto, según lo previsto en el numeral 3 del artículo 34 de la Ley 906 de 2004.

Es preciso advertir que 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**".*

Radicado	2023-2151-4
CUI	05000-22-04-000-2023-00715
Acusado	Julián Andrés Ramírez Bernal
Asunto	Acción de revisión
Decisión	Inadmite

Ahora bien, en el presente evento, en el que el interés para accionar proviene del sentenciado, 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, ha manifestado lo siguiente:

*“En este orden de ideas, si bien no se discute que el sentenciado tiene legitimidad para invocar la acción (...) **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.*

Sobre el tópico, la Sala se ha pronunciado de manera pacífica y reiterada en este sentido:

“Desde ese punto de vista, la revisión es una acción judicial autónoma, dirigida contra un proceso penal concluido, y por ello la demanda debe ser presentada por un abogado titulado que tenga poder especial para hacerlo, así se trate del mismo profesional que intervino en el trámite ordinario, o de un defensor distinto.

La necesidad de acreditar poder especial no obedece a una exigencia meramente formal, sino que la legitimidad por parte activa es un requisito de procedibilidad de la acción de revisión, la cual no puede iniciarse sin la presentación de la demanda por un abogado que haya recibido poder para ese efecto, puesto que no es la continuidad del proceso penal, sino el ejercicio de un mecanismo jurídico excepcional y distinto, orientado a remover la entidad de cosa juzgada.

El poder es el instrumento a través del cual la Corte verifica la legitimidad del abogado para actuar, en el sentido de demostrar la existencia del vínculo entre el profesional y el titular del derecho para ejercer la acción de revisión”¹.

Acorde con lo anotado, se tiene que el accionante JIMMY

¹Autos del 8 de agosto de 2002 y 18 de abril de 2012, Radicados Nos. 18.693 y 37.252, respectivamente.

Radicado	2023-2151-4
CUI	05000-22-04-000-2023-00715
Acusado	Julián Andrés Ramírez Bernal
Asunto	Acción de revisión
Decisión	Inadmite

ALBERTO FORY GONZÁLEZ no cumple con la exigencia demandada por la norma y aunque no se discute que él mismo está facultado para promover la revisión de su proceso, es imperativo que se trate de abogado titulado legalmente autorizado para ejercer la profesión, calidad que no le es predicable².

Por lo tanto, como en este asunto no se cumple con la exigencia establecida en el artículo 193 de la Ley 906 de 2004, esto es, la legitimidad para presentar la acción de revisión, por ser el propio condenado el que interpone esta demanda y no un abogado como lo dispone la norma, la acción será inadmitida.

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: INADMITIR la demanda de revisión presentada por el sentenciado **JULIÁN ANDRÉS RAMÍREZ BERNAL**.

Contra la presente decisión procede el recurso de reposición.

NOTIFÍQUESE.

LOS MAGISTRADOS,

JOHN JAIRO ORTIZ ÁLZATE

² Auto del 12 de diciembre de 2012. Radicado No. 40.363.

Radicado	2023-2151-4
CUI	05000-22-04-000-2023-00715
Acusado	Julián Andrés Ramírez Bernal
Asunto	Acción de revisión
Decisión	Inadmite

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: **d4bc93c3a595686c74823853798f04d865809bf7ce2de501e337faa7fc4fc796**

Documento generado en 23/11/2023 04:38:40 PM

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

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

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

Nº Interno : 2022-0014-4
Sentencia (Ley 906/04) - 2ª Instancia.
CUI : **05 361 31 89 001 2021 00012**
Acusado : Hernán Darío Tejada Chavarría
Delito : Femicidio
Decisión : No repone auto que declara desierto recurso de casación y declara improcedente solicitud de nulidad.

Proyecto discutido y aprobado en sesión de la fecha.
Acta No. 429

M.P. John Jairo Ortiz Álzate

Procede la Sala a pronunciarse sobre la solicitud de nulidad deprecada por el abogado defensor del señor Hernán Darío Tejada Chavarría y, respecto del recurso de reposición interpuesto frente al auto que, declaró desierta la casación.

ANTECEDENTES

Mediante sentencia del 30 de noviembre de 2021, dictada por el Juez Promiscuo del Circuito del municipio de Ituango (Antioquia), se responsabilizó penalmente al señor Hernán Darío Tejada Chavarría en calidad de autor del delito *femicidio en grado de tentativa*, comportamiento punible en el que se afectó la integridad de la señora Yuley Vanessa Jaramillo Jaramillo.

Nº Interno: 2022-0014-4
CUI : 05 361 31 89 001 2021 00012
Acusado : Hernán Darío Tejada Chavarría
Delito : Femicidio
Decisión : No repone auto que declara desierto recurso de casación y declara improcedente solicitud de nulidad.

En Sala de Decisión Penal, presidida por el Magistrado en Descongestión John Jairo Gómez Jiménez del Honorable Tribunal Superior de Medellín, se profirió sentencia de segundo grado, calendada el día 27 de abril de 2023 y en la misma se decidió confirmar la sentencia apelada por parte del abogado defensor del señor Hernán Darío Tejada Chavarría *“con la modificación de que, tratándose de “una tentativa de homicidio simple”, se impone la pena de ciento ocho (108) meses de prisión y en igual lapso se asigna la inhabilitación de derechos y funciones públicas...”*

En el término dispuesto por el artículo 183 de la ley 906 de 2004, modificado por el artículo 98 de la ley 1395 de 2010, el acusado interpuso el recurso extraordinario de casación¹ frente a la aludida decisión.

En la misma fecha, remitió solicitud de aclaración o adición de la sentencia de segunda instancia, misma que fue negada por la Sala que preside el Dr. John Jairo Gómez Jiménez mediante auto del 31 de mayo de 2023.

Una vez notificado dicho auto se procedió por parte de la Secretaría de la Sala Penal del Tribunal Superior de Antioquia nuevamente a correr los términos de rigor para presentar recurso de casación.

No obstante, el término subsiguiente de treinta (30) días, previsto en la referida normativa para efectos de la presentación de la respectiva demanda de casación, venció el día 26 de septiembre

¹ PDF 011.

de 2023, sin que el señor defensor o algún otro profesional del derecho lo sustentara.

Contrario a ello, allegó una nueva solicitud de nulidad indicando que, tuvo conocimiento que el fallo de primera instancia *“no le había sido notificado al procesado privado de la libertad en su lugar de reclusión en la forma como lo previene la Constitución, los tratados internacionales, la ley y la jurisprudencia nacional, constitucional y ordinaria”*.

Esgrimió que, dicha situación ya había sido puesta de presente y que, el Despacho omitió pronunciarse sobre la misma en la providencia de segunda instancia, generando de esa manera una afectación a los derechos fundamentales del procesado, específicamente al debido proceso.

Mediante auto del 25 de octubre de 2023 la presente Sala, ordenó la remisión de la solicitud de nulidad ante la magistratura que, había desatado el recurso interpuesto y, teniendo en cuenta que, ya habían vencido los términos para sustentar el recurso de casación sin que se hubiere sustentado, en esa misma providencia lo declaró desierto.

Ahora bien, mediante providencia del 09 de noviembre de 2023, la Sala que preside el Doctor John Jairo Gómez Jiménez manifestó que, ya agotó la competencia con la que contaba para desatar la segunda instancia, pues de conformidad con el Acuerdo PCSJA22-12025 del 14 de diciembre del año pasado del Consejo Superior de la Judicatura, los despachos que reciben procesos, según lo

Nº Interno: 2022-0014-4
CUI : 05 361 31 89 001 2021 00012
Acusado : Hernán Darío Tejada Chavarría
Delito : Femicidio
Decisión : No repone auto que declara desierto
recurso de casación y declara
improcedente solicitud de nulidad.

dispuesto en esa normativa, los tramitarán hasta su culminación e igualmente, resolverán lo concerniente a la aclaración, corrección y adición del fallo.

En virtud de lo anterior, se abstuvo de resolver el asunto puesto de presente por la Defensa y, dispuso regresarla a este Despacho para su solución.

Por su parte, el apoderado judicial del señor Tejada Chavarría dentro del término de ley, interpuso recurso de reposición frente a la decisión de declarar desierta la casación.

CONSIDERACIONES

Son dos los asuntos jurídicos que se abordarán. En primer lugar, se resolverá la solicitud de nulidad puesta de presente por la Defensa y, en un segundo momento se analizará el asunto correspondiente a la petición de reposición frente al auto que declaró desierta la casación.

Frente al primer aspecto, indicó el abogado defensor que, en el marco de la sentencia de segunda instancia, el Tribunal Superior de Medellín había omitido pronunciarse sobre una petición de nulidad allegada en un escrito independiente al recurso de apelación presentado, situación que afectó los derechos fundamentales de su defendido.

Debe comenzar diciéndose que, el Estatuto Procesal Penal de 2004 no reguló los incidentes procesales, salvo el de reparación integral que fue expresamente reglado a partir del artículo 102 *ibídem*. Situación diferente acontece en el Código de Procedimiento Penal consagrado en la Ley 600 de 2000 (Art. 138 y 139).

No obstante lo anterior, por efectos del principio de integración establecido en el artículo 25 de la Ley 906 de 2004 y de conformidad con lo dispuesto por la Corte Suprema de Justicia en decisión **AP4864-2016** es dable acudir a otros ordenamientos procesales que no repelen con la naturaleza del procedimiento penal con el fin de llenar los vacíos normativos que deban subsanarse.

En efecto, el artículo 25 *ibídem* dispone que “*En materias que no estén expresamente reguladas en este código o demás disposiciones complementarias, son aplicables las del Código de Procedimiento Civil y las de otros ordenamientos procesales cuando no se opongan a la naturaleza del procedimiento penal.*”

Uno de esos ordenamientos procesales que no se contraponen al procedimiento penal es el Código General del Proceso - Ley 1564 de 2012 –, vigente desde el 1º de enero de 2014, el cual autoriza su aplicación, además de los trámites civiles, comerciales, de familia y agrarios, “*a todos los asuntos de cualquier jurisdicción o especialidad (...) cuando no estén regulados expresamente en otras leyes*”. (Art. 1º).

Nº Interno: 2022-0014-4
CUI : 05 361 31 89 001 2021 00012
Acusado : Hernán Darío Tejada Chavarría
Delito : Femicidio
Decisión : No repone auto que declara desierto
recurso de casación y declara
improcedente solicitud de nulidad.

Los artículos 127 a 131 del Código General del Proceso regulan de manera general los incidentes, estableciéndose que sólo se tramitaran como tal los asuntos que la ley expresamente así señale (Art. 127).

Esos casos concretos a los que se refiere la norma son: - la regulación de honorarios (Art. 76), - regulación de perjuicios causados con las medidas cautelares, si se retirare la demanda (Art. 92), - la oposición a la exhibición de documentos (Art. 186), - la tacha de falsedad en los procesos de sucesión (Art. 270), - incidente para solicitar el pago de la sanción pecuniaria de persistir los actos perturbatorios en procesos posesorios (Art. 377), - el trámite de las objeciones en los procesos de rendición de cuentas (Art. 379), - las diferencias entre el administrador y los comuneros en el proceso divisorio (Art. 418), - la solicitud de regulación o perdidas de intereses; - la reducción de la pena, hipoteca o prenda; la fijación de la tasa de cambio, o la tacha de falso el título ejecutivo o el contrato de hipoteca o de prenda, en el trámite de adjudicación o realización especial de la garantía real (Art. 467), - las objeciones al trabajo de partición en el proceso de sucesión (Art. 509), y el incidente de levantamiento de embargo y secuestro por parte del tercero poseedor que no asistió a la diligencia de secuestro (Art. 597 - 8.).

Sobre este aspecto la decisión a la cual se ha venido haciendo referencia prescribe:

“Surge claro, entonces, que el trámite de las nulidades no fue previsto de manera expresa dentro de aquellos asuntos que

Nº Interno: 2022-0014-4
CUI : 05 361 31 89 001 2021 00012
Acusado : Hernán Darío Tejada Chavarría
Delito : Femicidio
Decisión : No repone auto que declara desierto
recurso de casación y declara
improcedente solicitud de nulidad.

deben proponerse, gestionarse y decidirse a través de un incidente acorde al artículo 127 *ibídem*.

Sumado a lo anterior, y a pesar de que el artículo 134 del Código General del Proceso prevé que las nulidades podrán alegarse en cualquiera de las instancias antes que se dicte sentencia o con posterioridad a esta, si ocurrieren en ella, evento último invocado por el defensor, lo cierto es que la misma norma señala los momentos en que puede invocarse la causal invalidante cuando se trata de sentencias contra las que no procede recurso alguno, que no corresponden a un incidente procesal en estricto sentido, sino a actuaciones subsiguientes propias de algunos procesos civiles como la entrega de bienes o la ejecución de la sentencia, trámites ajenos al proceso penal...”

En este orden de ideas, improcedente resulta el incidente propuesto dado que el debate sobre la nulidad de la sentencia no fue previsto como uno de los temas a resolverse a través de incidente procesal y las oportunidades posteriores al fallo que para el efecto ofrece el estatuto general de procedimiento no resultan compatibles con el proceso penal definido en la Ley 906 de 2004, por lo que la solicitud incidental debe rechazarse.

También es necesario indicar que, en caso de estimarse por parte del profesional del derecho que, dicha solicitud de nulidad debe ser considerada dentro del proceso penal y no, como un trámite incidental independiente, dicho requerimiento también resultaría improcedente.

Realizar un estudio frente a la solicitud de nulidad que se pone de presente, de manera inescindible conllevaría a adicionar la sentencia proferida por la Sala homologa, pues independientemente de los resultados del análisis se genera un pronunciamiento anexo que, lógicamente por su naturaleza abriría la posibilidad de ser abordado en sede de casación.

Y es que, debe recordarse que, en desarrollo del principio de la seguridad jurídica tanto legal como jurisprudencialmente, se ha determinado que, las sentencias son irrevocables e irreformables por el mismo Despacho que las profirió, dejándose abierta esa posibilidad sólo para asuntos muy estrictos y que no implicarían de ninguna manera un análisis de fondo.

Teniendo en cuenta que, la Ley 906 de 2004, bajo cuyo imperio se surtió este asunto, no reglamenta el tema relativo a las modificaciones de la sentencia, para decidir el punto propuesto debe acudir, por favorabilidad, a la Ley 600 de 2000.

Dicha normatividad regula la situación de la siguiente manera

“Art. 412. Irreformabilidad de la sentencia. La sentencia no es reformable ni revocable por el mismo juez o sala de decisión que la hubiere dictado, salvo en caso de error aritmético, en el nombre del procesado o de omisión sustancial en la parte resolutive. ...”.

El tenor literal de esa norma permite colegir la existencia del principio general de irreformabilidad de la sentencia, postulado que sólo puede ser atemperado en los eventos expresamente enlistados allí, es decir, “en caso de error aritmético, en el nombre del procesado o de omisión sustancial en la parte resolutive”, porque, en lo demás, el fallo se torna inmodificable por el mismo funcionario que lo profirió”.

Igualmente, los artículos 285 y siguientes del Código General del Proceso señalan que la sentencia no es revocable ni reformable por el juez que la pronunció y establece los eventos en que procede la aclaración, corrección y adición de la sentencia, situación ya

decidida por el Tribunal y que difiere sustancialmente del improcedente incidente de nulidad propuesto.

Pues bien, el caso presente no se adecúa a esas excepciones que consagra la norma y precedentes reseñados para corregir o enmendar la decisión proferida, pues lo que aquí acontece no es un simple error aritmético, en el nombre del procesado o de una omisión en la parte resolutive de la providencia emanada. En este caso el abogado defensor demanda un pronunciamiento sobre un tema sustancial dejado de abordar en la sentencia de segunda instancia, desconociendo que, una vez la sentencia haya sido emanada, como sucedió en este caso, el funcionario de conocimiento pierde competencia para realizar este tipo de análisis.

También es preciso recordar que, si el profesional del derecho estimaba esa decisión de segundo nivel había desconocido una de las temáticas puestas de presente, contaba con el recurso de casación, momento en el cual podía colocar de presente la irregularidad a la que hoy, alude en su escrito.

Bajo las premisas anteriores, la pretendida solicitud, debe ser rechazada, por ser notoriamente improcedente dado que, como viene de verse, en materia penal no existe la figura de incidente de nulidad. Aunado a ello, la sentencia no es revocable ni reformable por el juez que la emitió y el pronunciamiento que demanda inexorablemente devendría en una modificación.

Por otra parte, en lo que corresponde al recurso frente al auto que declaró desierto la casación, el profesional del derecho indicó que,

Nº Interno: 2022-0014-4
CUI : 05 361 31 89 001 2021 00012
Acusado : Hernán Darío Tejada Chavarría
Delito : Femicidio
Decisión : No repone auto que declara desierto
recurso de casación y declara
improcedente solicitud de nulidad.

la Sala debía haber suspendido el trámite de casación por el término que faltare para la sustentación mientras se decidía la nulidad con la que se pretendía el saneamiento del proceso. De no acceder a su petición, deprecó que, se concediera el recurso de apelación.

De entrada, hay que advertir que, no está llamada a prosperar por cuanto, él mismo profesional del derecho reconoce que no allegó la sustentación del recurso dentro del término, justificando que, estaba a la espera de la solución a la solicitud de nulidad; es decir que, sin existir un pronunciamiento judicial de por medio, entendió que, con el sólo hecho de radicar una petición de esa naturaleza, se había generado una ampliación a los términos cuando la misma no opera de forma automática.

Conforme con ello, no encuentra la Sala que el auto que declaró desierto el recurso de casación deba ser objeto de revocatoria pues, esa decisión se adoptó ante la ausencia de sustentación del recurso de casación y, a través del escrito arribado, el abogado defensor de ninguna manera controvertió ese aspecto, simplemente justificó los motivos por los cuales no lo había hecho dentro del término, alegato que no es de recibo para la Sala.

Aunado a ello, el profesional del derecho conocía que, la solicitud de nulidad resultaba abiertamente improcedente pues, en el auto que se había emanado el 31 de mayo de 2023 por parte de la Sala Penal del Tribunal Superior de Medellín ya se le había indicado la imposibilidad de abordar ese asunto en esta sede procesal.

Nº Interno: 2022-0014-4
CUI : 05 361 31 89 001 2021 00012
Acusado : Hernán Darío Tejada Chavarría
Delito : Femicidio
Decisión : No repone auto que declara desierto
recurso de casación y declara
improcedente solicitud de nulidad.

En cuanto al recurso de apelación que formuló de manera subsidiaria, debe advertirse que no está llamado a concederse por cuanto, de conformidad con el artículo 183 del Código de Procedimiento Penal, dicha determinación solo admite recurso de reposición.

“Artículo 183 del C.P.P. El recurso se interpondrá ante el Tribunal dentro de los cinco (5) días siguientes a la última notificación y en un término posterior común de treinta (30) días se presentará la demanda que de manera precisa y concisa señale las causales invocadas y sus fundamentos.

Si no se presenta la demanda dentro del término señalado se declara desierto el recurso, mediante auto que admite el recurso de reposición...” (negrillas fuera del texto)

En virtud de lo anterior, y teniendo en cuenta que en el llamado recurso de reposición presentado por el accionante ningún hecho nuevo se allega para controvertir la decisión tomada por esta Sala de Decisión, no se repondrá la decisión impugnada y tampoco concederá recurso de apelación, pues este mecanismo no fue instituido por el legislador para esta clase de asuntos.

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

RESUELVE.

PRIMERO: RECHAZAR de plano la solicitud de nulidad elevada por el defensor del sentenciado.

Nº Interno: 2022-0014-4
CUI : 05 361 31 89 001 2021 00012
Acusado : Hernán Darío Tejada Chavarría
Delito : Femicidio
Decisión : No repone auto que declara desierto
recurso de casación y declara
improcedente solicitud de nulidad.

SEGUNDO: NO REPONER la providencia del 25 de octubre de 2013, por medio de la cual se declaró desierto el recurso de casación interpuesto.

Contra la presente decisión no procede recurso alguno.

NOTIFÍQUESE Y CUMPLASE,

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 Medellín - 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: **1fd66266602cab56f1f396069bc870645c5f0a53d8196d365ccf75c562b2c24**

Documento generado en 23/11/2023 04:38:47 PM

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



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

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

N° Interno : 2023-2124-4
Sentencia de Tutela - 1ª Instancia.
Radicado : 05000-22-04-000-2023-00705.
Accionante : Alirio Devia Paez
Accionad : Juzgado Tercero Penal del Circuito
Especializado de Antioquia y otros
Decisión : Ampara derecho al habeas data

Proyecto discutido y aprobado en sesión de la fecha.
Acta N° 430

M.P. John Jairo Ortiz Álzate

Procede la Sala a proferir decisión de mérito, en la presente acción de tutela que promueve el ciudadano ALIRIO DEVIA PAEZ, contra el JUZGADO TERCERO PENAL DEL CIRCUITO ESPECIALIZADO DE ANTIOQUIA y el JUZGADO TERCERO DEL CIRCUITO DE EJECUCION DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD DE ANTIOQUIA por la presunta vulneración a sus derechos al trabajo, petición, igualdad, buen nombre, honra y habeas data.

N° Interno : 2023-2124-4
Radicado : 05000-22-04-000-2023-00705.
Accionante : Alirio Devia Paez
Accionado : Juzgado Tercero Penal del Circuito
Especializado de Antioquia y otros
Decisión : Ampara derecho al habeas data

ANTECEDENTES

Manifiesta el accionante ALIRIO DEVIA PAEZ que para el día 24 de octubre de 2023, solicitó de manera virtual al Juzgado Tercero Penal del Circuito Especializado de Antioquia y al Juzgado Tercero del Circuito de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia el “*ocultamiento de antecedentes judiciales*” y de las “*anotaciones*” de los procesos 05000310700320170008100 y 05000310700320170008101 sin que se hubiera procedido de conformidad.

Adicionalmente refirió que, en la consulta del sistema de la policía nacional se refleja una anotación que refiere tener antecedentes judiciales o haber tenido antecedentes judiciales, situación que le impide acceder a los empleos a los cuales se ha postulado.

Solicitó que, por medio de un fallo constitucional se eliminen las anotaciones ya mencionadas y las que se reportan en los grupos de reseña tales como CTI, DIJIN, SIJIN, CANCELLERIA, INTERPOL y FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN.

La auxiliar del **Juzgado Tercero Penal del Circuito Especializado de Antioquia** indicó que, efectivamente el despacho al cual se encuentra adscrita conoció del proceso adelantado contra del accionante por su responsabilidad en el punible de concierto para delinquir agravado. Como consecuencia, se le impuso pena privativa de la libertad de 33.4 meses de prisión.

El 24 de octubre de 2023, se recibió una solicitud suscrita por el

N° Interno : 2023-2124-4
Radicado : 05000-22-04-000-2023-00705.
Accionante : Alirio Devia Paez
Accionado : Juzgado Tercero Penal del Circuito
Especializado de Antioquia y otros
Decisión : Ampara derecho al habeas data

Señor Alirio Devia Páez, en donde peticionó el ocultamiento de los antecedentes judiciales y de las anotaciones en el sistema de la Rama Judicial al proceso con CUI 05000310700320170008100.

En atención a esa petición, el 27 de octubre de 2023, ofició al Juzgado Tercero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia, para que, de haberse proferido la decisión de extinción de la pena y de encontrarse ejecutoriada, procediera a remitir de inmediato el proceso al centro de servicios de esa especialidad.

Además, se ordenó al Secretario del Centro de Servicios de los Juzgados Penales del Circuito Especializado de Antioquia que una vez contara con ese proceso, de manera inmediata, debía proceder a realizar las gestiones pertinentes para que se hiciera efectivo el ocultamiento de las diligencias en el sistema de Consulta Jurídica de la Rama Judicial.

Del trámite impartido se comunicó al solicitante.

Ha adelantado todas las actuaciones necesarias para brindar respuesta al promotor, pero a la fecha no ha sido posible el ocultamiento del proceso al no haberse allegado los elementos requeridos para proceder de conformidad.

En virtud de ellos, solicita se denieguen las pretensiones frente al Despacho Judicial que representa. En igual sentido se pronunció el Secretario del Centro de Servicios de los Juzgados Especializados de Antioquia.

N° Interno : 2023-2124-4
Radicado : 05000-22-04-000-2023-00705.
Accionante : Alirio Devia Paez
Accionado : Juzgado Tercero Penal del Circuito
Especializado de Antioquia y otros
Decisión : Ampara derecho al habeas data

El Fiscal 130 Especializado de la Unidad de Justicia Transicional indicó que, si bien el accionante fungió como sindicado del delito de concierto para delinquir agravado por su pertenencia a las AUC, al pasar las diligencias al juez de conocimiento perdió la competencia para disponer del asunto.

No es del resorte de la entidad que representa proceder al ocultamiento de los antecedentes y anotaciones pertinentes a la condena por lo que solicita la desvinculación del presente trámite constitucional.

Del centro de servicios de los Juzgados de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad indicó que, el 10 de noviembre de 2023 dio trámite y expidió paz y salvo del señor Alirio Devia Paez.

También se constató por el área de reparto, que es la encargada de realizar las funciones de ocultamientos de datos en este Centro De Servicios que, a este proceso ya se le realizó el ocultamiento de datos desde el 06 de octubre 2023, informándosele al accionante de esa situación al correo electrónico aliriodevia26@gmail.com.

Señaló que, se procedió a buscar en la página de la rama judicial, exactamente en consulta de procesos, y se encontró que aún está pendiente de ocultar los datos en relación con el Despacho que profirió la condena pero que, ello es competencia es inherente al juzgado fallador y no a la parte de Ejecución de Penas.

Solicitó la desvinculación del presente trámite constitucional.

El titular del **Juzgado Tercero de Ejecución de Penas y Medidas**

N° Interno : 2023-2124-4
Radicado : 05000-22-04-000-2023-00705.
Accionante : Alirio Devia Paez
Accionado : Juzgado Tercero Penal del Circuito
Especializado de Antioquia y otros
Decisión : Ampara derecho al habeas data

de Seguridad de Antioquia indicó que, el 20 de junio hogaño, decretó la extinción de la pena en favor del mencionado a través del auto 1413 y en firme esta providencia, se dispuso a través del Centro de Servicios de estos juzgados su comunicación a las mismas autoridades a las que se les informó sobre la emisión de la sentencia.

Aseguró que, es cierto que el 12 de septiembre de 2023 se recibió solicitud de ocultamiento de datos incoada por el aquí sentenciado, pero en tal sentido este despacho accedió a lo solicitado y mediante auto 1763 del 04 de octubre de 2023 ordenó al Centro de Servicios Administrativos, el ocultamiento del registro de las presentes diligencias del Sistema de Consulta Jurídica de la Rama Judicial de los juzgados de ejecución de penas y medidas de Seguridad de Medellín y Antioquia, teniéndose de presente que dicho ocultamiento se dispondría frente al público en general, más no frente a la autoridades judiciales.

Los registros que aún le datan al condenado en la página web de la Rama Judicial, corresponde a la fase de conocimiento y no de la ejecución de la pena, por lo que el competente para el posible ocultamiento de los mismos sería el juzgado fallador Tercero Penal del Circuito Especializado de Antioquia.

Solicitó se declare carencia actual de objeto por hecho superado, por lo menos por parte de esa autoridad judicial.

N° Interno : 2023-2124-4
Radicado : 05000-22-04-000-2023-00705.
Accionante : Alirio Devia Paez
Accionado : Juzgado Tercero Penal del Circuito
Especializado de Antioquia y otros
Decisión : Ampara derecho al habeas data

CONSIDERACIONES

La Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia ha ponderado la tensión que surge entre el libre acceso a la información pública y la protección del derecho al *habeas data* de las personas que se han visto involucradas en procesos penales, en atención a que la divulgación de datos asociados a esta situación puede resultar lesiva de los intereses amparados con esta última garantía.

En esa labor, al analizar la normatividad aplicable frente a la materia y la línea hermenéutica trazada sobre la misma por la Corte Constitucional en sentencia CC SU458-2012, ha decantado, entre otras, las siguientes subreglas aplicables a este tipo de eventos:

Las sentencias condenatorias que expida la Sala o los autos en los que haga referencia a ellas (inadmisión de demandas de casación, por ejemplo), se ofrecerán íntegras a la comunidad en su servidor de acceso público –sin la supresión de los nombres de los procesados– permitiéndose que los ciudadanos accedan a ellas a través de los buscadores web o del full text de la Corte y sólo con autorización de lectura.

Cuando se compruebe que judicialmente se declaró cumplida o prescrita la pena, se suprimirán de las bases de datos de acceso abierto los nombres de las personas condenadas, salvo en los eventos en que la ley obligue a conservar pública esa información en todo tiempo. No obstante, se mantendrá el documento íntegro en los archivos de la Corporación. Este, bajo los preceptos legales que rigen el derecho de acceso a la información pública, podrá consultarse directamente en las oficinas en las cuales reposa.(...) (Cfr. CSJ AP, 19 ag. 2015, rad. 20889, énfasis agregado).

Esas pautas fueron reiteradas por la precitada Corporación en providencia CSJ AP, 26 ene 2022, Rad. 42706, en los siguientes términos:

Al ponderar la tensión entre el derecho a la intimidad y al buen nombre (...), con el deber de divulgación de las sentencias judiciales, la Sala ha

N° Interno : 2023-2124-4
Radicado : 05000-22-04-000-2023-00705.
Accionante : Alirio Devia Paez
Accionado : Juzgado Tercero Penal del Circuito
Especializado de Antioquia y otros
Decisión Ampara derecho al habeas data

*señalado que si bien sus providencias condenatorias o referidas a fallos de condena –como ocurre en este caso- se deben ofrecer íntegras al público en general, permitiendo así que los ciudadanos accedan a ellas mediante los buscadores web, lo cierto es que en virtud del derecho al olvido y el principio de caducidad de dato negativo, **se impone suprimir los nombres de las personas condenadas cuando jurídicamente se ha declarado el cumplimiento de la pena o su prescripción**¹.*

*Desde luego, se precisó que en las mismas decisiones citadas, **el documento se mantendrá íntegro en los archivos de la Corporación**, conforme las reglas del derecho de acceso a la información pública y podrá consultarse directamente en las oficinas donde reposa (resaltado fuera del original).*

En el presente caso, el señor Alirio Devia Paez solicita el ocultamiento de la información que respecto de él obra en el radicado 05000310700320170008100, proceso penal que se adelantó en su contra por el delito de concierto para delinquir agravado.

De las respuestas ofrecidas se tiene que, el 20 de junio hogaño el Juzgado Tercero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia mediante auto 1413 decretó la extinción de la pena dentro del asunto antes referenciado.

Situación que, se equipara a los precedentes antes descritos, pues lo cierto es que, el fundamento del ocultamiento de la información es que, terceros puedan tener acceso a datos sobre existencia de proceso penales donde se haya extinguido la pena o se haya emitido decisión de absolución de los cargos.

En esas condiciones, como en el caso se satisface la exigencia prevista por la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, razón por la cual, el hecho de que aún se encuentren

¹ CSJAP, 19 ago 2015, Rad. 20889 y AP, 15 feb 2017, Rad. 26288, entre otros. Negrillas fuera del texto original.

N° Interno : 2023-2124-4
Radicado : 05000-22-04-000-2023-00705.
Accionante : Alirio Devia Paez
Accionado : Juzgado Tercero Penal del Circuito
Especializado de Antioquia y otros
Decisión : Ampara derecho al habeas data

visibles las actuaciones del proceso impulsado en contra del accionante genera una vulneración a sus garantías fundamentales.

Sobre ese aspecto, el Juzgado Tercero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia indicó que, mediante auto 1763 del 04 de octubre de 2023 ordenó al Centro de Servicios Administrativos, el ocultamiento del registro de las presentes diligencias del Sistema de Consulta Jurídica de la Rama Judicial y que, esa directriz ya fue cumplida por parte de la dependencia encargada.

Para tales efectos, aportó captura de pantalla del aplicativo antes mencionado a través del cual se evidenciar que, al realizar la búsqueda con el nombre del ciudadano ya no le figura ninguna carpeta en esa instancia procesal.

Dicha situación no es igual con la fase de conocimiento pues, de conformidad con los anexos presentados, aún se registran la diligencia que se surtió en esa etapa, situación que ya había sido puesta de presente meses atrás al Juzgado Tercero Penal del Circuito Especializado de Antioquia pero que, no le ha sido posible atender.

Conforme lo señala expresamente el artículo 29 de la Constitución Política, toda persona tiene derecho a un debido proceso sin dilaciones injustificadas. En el mismo sentido, el precepto 228 Superior expresamente ordena que los términos procesales se observen con diligencia y que su incumplimiento debe ser sancionado. Del mismo modo, la Ley 270 de 1996 regula como

principios que informan la administración de justicia, los de acceso a la justicia, celeridad y eficiencia (cánones 2, 4 y 7, respectivamente).

Es así como la Constitución Política y el ordenamiento legal protege al ciudadano de los excesos de los servidores públicos en el ejercicio de sus funciones, imponiéndoles a estos la obligación de respetar los términos judiciales previamente establecidos por el legislador, de tal suerte que obtenga una solución oportuna a las controversias planteadas ante la jurisdicción, en aras de garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva.

No obstante, la mora de las autoridades en materia judicial no se deduce por el mero paso del tiempo, sino que exige hacer un análisis completo de la situación. Para determinar cuándo se presentan dilaciones injustificadas en la administración de justicia y, por consiguiente, en qué eventos procede la acción de tutela, la jurisprudencia constitucional, sentencia (T-052-2018, T-186-2017, T-803-2012 y T-945A-2008), ha señalado que debe estudiarse:

- i) Si se presenta un incumplimiento de los términos señalados en la ley para adelantar alguna actuación judicial;
- ii) Si no existe un motivo razonable que justifique dicha demora, como lo es la congestión judicial o el volumen de trabajo, cuando el número de procesos que corresponde resolver al funcionario es elevado (T-030/2005), de tal forma que la capacidad logística y humana está mermada y se dificulta evacuarlos en tiempo (T494/14), entre otras múltiples causas (T-527/2009); y
- iii) Si la tardanza es imputable a la omisión en el cumplimiento de las funciones por parte de una autoridad judicial (T-230/2013, reiterada en T-186/2017).

N° Interno : 2023-2124-4
Radicado : 05000-22-04-000-2023-00705.
Accionante : Alirio Devia Paez
Accionado : Juzgado Tercero Penal del Circuito
Especializado de Antioquia y otros
Decisión : Ampara derecho al habeas data

Así entonces, resulta necesario para el juez constitucional evaluar, bajo el acervo probatorio correspondiente, si en casos de mora judicial ésta es justificada o no. Una vez hecho ese ejercicio, si el juez de tutela encuentra que la dilación no tiene justificación alguna, habrá de intervenir en defensa de los derechos fundamentales del afectado. Y en caso de determinar que la mora judicial estuvo – o ésta – justificada, siguiendo los postulados de la sentencia T-230-2013, cuenta con tres alternativas distintas de solución:

- i) Puede negar la violación de los derechos al debido proceso y al acceso a la administración de justicia, por lo que se reitera la obligación de someterse al sistema de turnos, en términos de igualdad;
- ii) Puede disponer excepcionalmente la alteración del orden para proferir la decisión que se eche de menos, cuando el juez está en presencia de un sujeto de especial protección constitucional, o cuando la mora judicial supere los plazos razonables y tolerables de solución, en contraste con las condiciones de espera particulares del afectado;
- iii) Puede ordenar un amparo transitorio en relación con los derechos fundamentales comprometidos, mientras la autoridad judicial competente se pronuncia de forma definitiva en torno a la controversia planteada.

Sobre esa tardanza el Juez de conocimiento indicó que, no había sido posible ocultar la información del proceso, por cuanto requería la carpeta y la constancia de la extinción de la pena pero que, las mismas a pesar de sus esfuerzos no habían sido suministradas por el Despacho que vigiló la sanción penal.

Para fundamentar sus afirmaciones allegó copia del auto proferido el 27 de octubre de 2023 en la cual indicó:

“En atención a la constancia secretarial que antecede, se ORDENA al Centro de Servicios de los Juzgados Penales del

N° Interno : 2023-2124-4
Radicado : 05000-22-04-000-2023-00705.
Accionante : Alirio Devia Paez
Accionado : Juzgado Tercero Penal del Circuito
Especializado de Antioquia y otros
Decisión Ampara derecho al habeas data

Circuito Especializado de Antioquia, oficiar al Juzgado Tercero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia, para que, de haberse proferido la decisión de extinción de la pena y de encontrarse ejecutoriada, proceda a remitir de inmediato a este Despacho el proceso con CUI 05000310700320170008100, adelantado en contra del señor ALIRIO DEVIA PÁEZ, de no tenerlo en su Despacho, se le exhorta para que como jefe inmediato de los empleados del centro de servicios de esos Despachos, se encargue de ordenar al personal encargado del envío del proceso para que sea remitido en el menor tiempo posible para evitar acciones de tutela como las que se pueden generar en situaciones como estas, debido a que hay petición del sentenciado por resolver en cuanto al ocultamiento del antecedente en su contra.

Una vez se cuente con el proceso en mención, se ORDENA al Secretario del Centro de Servicios de los Juzgado Penales del Circuito Especializado de Antioquia, que de manera inmediata, proceda a realizar las gestiones pertinentes para que se haga efectivo el ocultamiento en el sistema de Consulta Jurídica de la Rama Judicial de las anotaciones al proceso penal que se adelantó en este Despacho en contra del señor ALIRIO DEVIA PÁEZ, con el CUI 05000310700320170008100...”

Así mismo se aportó constancia del envío de la solicitud ante el Despacho ejecutor sin que se tenga noticia sobre el trámite impartido frente a ese requerimiento.

Lo anterior significa que, si bien ha existido una mora por parte del Juzgado Tercero Penal del Circuito Especializado de Antioquia en ocultar la información del Sistema de Gestión Siglo XXI, la misma no es resultado de su desidia o negligencia pues, desde hace casi un mes requirió al despacho de ejecución, el envío de la carpeta para proceder de conformidad pero dicha Judicatura en coordinación con el Centro de Servicios de esa especialidad, no ha cumplido con ese deber o por lo menos, no obra constancia de ello en el plenario.

Consecuente con ello, se amparará el derecho fundamental al

N° Interno : 2023-2124-4
Radicado : 05000-22-04-000-2023-00705.
Accionante : Alirio Devia Paez
Accionado : Juzgado Tercero Penal del Circuito
Especializado de Antioquia y otros
Decisión : Ampara derecho al habeas data

habeas data del accionante y se **ordenará** al Juzgado Tercero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia que, en coordinación con el Centro de Servicios de esa misma especialidad, dentro del término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia, procedan a remitir las diligencias seguidas en disfavor del señor Alirio Devia Páez ante el Juzgado Tercero Penal del Circuito Especializado de Antioquia para que, este conforme con su competencia proceda a estudiar la petición de ocultamiento de información

No hay lugar a emitir ninguna orden adicional teniendo en cuenta que, en el marco del trámite constitucional, se brindó publicidad al auto que declaró la extinción de la sanción penal. Lo anterior significa que, las autoridades policivas y de control, ya tiene conocimiento sobre la decisión emanada por el despacho executor.

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

RESUELVE

PRIMERO: AMPARAR el derecho fundamental al habeas data del señor Alirio Devia Páez y, en consecuencia se **ORDENA** al **Juzgado Tercero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia** que, en coordinación con el **Centro de Servicios de esa misma especialidad**, dentro del término de las **cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta**

N° Interno : 2023-2124-4
Radicado : 05000-22-04-000-2023-00705.
Accionante : Alirio Devia Paez
Accionado : Juzgado Tercero Penal del Circuito
Especializado de Antioquia y otros
Decisión : Ampara derecho al habeas data

providencia, procedan a remitir las diligencias seguidas en desfavor del señor Alirio Devia Páez ante el Juzgado Tercero Penal del Circuito Especializado de Antioquia para que, este conforme con su competencia proceda a estudiar la petición de ocultamiento de información.

SEGUNDO: De no impugnarse la presente decisión, **SE DISPONE** remitir el expediente ante la *H. Corte Constitucional*, conforme se establece para efectos de su eventual revisión, en el *Decreto 2591 de 1991, artículo 31*.

NOTIFÍQUESE.

LOS MAGISTRADOS,

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: **b84052613463ddcb686d9a2eb39cf29f23cb1f2e5a4426435b29ff46386691aa**

Documento generado en 23/11/2023 04:38:53 PM

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

CONSTANCIA SECRETARIAL: Para los fines correspondientes, pongo en conocimiento del H. Magistrado RENÉ MOLINA CÁRDENAS expediente digital de la acción constitucional de primera instancia, dentro de la cual quien dice ser el accionante y el accionado Juez 3º penal del Circuito Especializado de Quibdó Chocó interponen recurso de apelación frente al fallo de primera instancia¹.

Se resalta H. Magistrado que el accionante se encuentra privado de la libertad y en aras de realizar notificación personal al mismo, se libró el respectivo exhorto al área jurídica del CPMSAPD (Cárcel y Penitenciaria de Media Seguridad de Apartadó), siendo efectiva la notificación del accionante el día 08 de noviembre de 2023; ahora bien, es de anotar que en la misma fecha (08-11-2023), se recibió desde el centro de servicios de los juzgados de E.P.M. de Antioquia escrito de impugnación el cual fue allegado desde el correo pmesa1183@gmail.com (Paola Mesa)², siendo este el mismo correo desde el cual se remitió la acción tutelar a la oficina judicial para su reparto (PDF 001) pese a que el accionante como se indicó se encuentra detenido.

Es de anotar que dentro del trámite de notificación hubo de tenerse notificado para el día 09 de noviembre de 2023, conforme a lo establecido en el inciso 3 del artículo 8º de la ley 2213 de 2022 al accionado Cárcel y Penitenciaria de Media Seguridad de Apartadó Antioquia a quien se le remitió la respectiva notificación del fallo de tutela a su correo electrónico institucional sin que acusaren recibido del mismo, siendo efectivo su envío el día 07 de noviembre de 2023³.

Así las cosas, se computaron los términos para impugnar la decisión desde el siguiente día hábil a la última notificación, es decir los términos transitaron desde las ocho de la mañana (08:00 a.m.) del día 09 de noviembre de 2023 hasta las cinco de la tarde (05.00 p.m.) del día 14 de noviembre de 2023.

Tras superar algunos inconvenientes con la plataforma OneDrive, se actualiza el expediente digital y se pasa a Despacho, hoy diecisiete (17) de noviembre de 2023.


ALEXIS TOBÓN-NARANJO
Secretario

¹ PDF 23 a 27

² PDF 23

³ PDF 18

**REPUBLICA DE COLOMBIA
RAMA JURISDICCIONAL DEL PODER PÚBLICO**



**TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA PENAL**

Radicado: 05 000-22-04-000-2023-00625 [N.I. 2023-1940-5]

Accionante: Carlos Arbey Perea López

Accionado: Juzgado 3° Penal del Circuito Especializado de Quibdó Chocó y otros

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

Para que sea desatado ante la Sala de Casación Penal de la Honorable Corte Suprema de Justicia, se concede el recurso de apelación interpuesto de forma oportuna tanto por el accionante Carlos Arbey Perea López como por la accionada Dra. Maria Carolina Alarcón Acosta -Juez 3° Penal del Circuito Especializado de Quibdó Chocó-, contra la sentencia de tutela de primera instancia, proferida en esta Corporación con ponencia del suscrito Magistrado.

Remítase el expediente para tal fin.

CÚMPLASE

**RENÉ MOLINA CÁRDENAS
MAGISTRADO**

Firmado Por:

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

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

Código de verificación: **a992974d4e6abc8528568c581cf42724c95c724f57b641718ccf6b38bedf925a**

Documento generado en 22/11/2023 05:16:27 PM

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

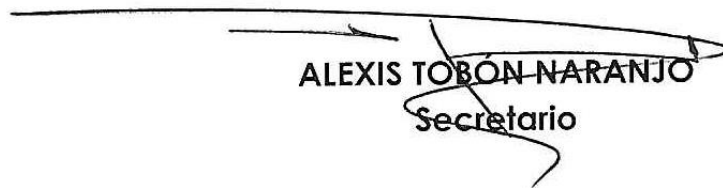
Radicado: 05-000-22-04-000-2023-00628 (N.I. 2023-1948-5)
Accionante: Nelson Enrique Quirama Quirama
Accionado: Juzgado 1° de E.P.M.S. de El Santuario Antioquia y otros

CONSTANCIA SECRETARIAL: Para los fines correspondientes, pongo en conocimiento del H. Magistrado RENÉ MOLINA CÁRDENAS expediente digital de la acción constitucional de primera instancia, dentro de la cual el accionante interpone oportunamente recurso de apelación frente al fallo de primera instancia¹.

Es de anotar que dentro del trámite de notificación hubo de tenerse notificados para el día 07 de noviembre de 2023, conforme a lo establecido en el inciso 3 del artículo 8° de la ley 2213 de 2022 al accionante, a quien se les remitió vía correo electrónico la respectiva notificación del fallo de tutela, sin que acusaren recibido del mismo, siendo efectivo el envío el día 02 noviembre de 2023²

Así las cosas, se computaron los términos para impugnar la decisión desde el siguiente día hábil a la última notificación, es decir los términos transitaron desde las ocho de la mañana (08:00 a.m.) del día ocho (08) de noviembre de 2023 hasta las cinco de la tarde (05.00 p.m.) del día diez (10) de noviembre de 2023.

Superados algunos inconvenientes con la plataforma OneDrive, se actualiza el expediente digital y se pasa a Despacho, hoy diecisiete (17) de noviembre de 2023.


ALEXIS TOBON NARANJO
Secretario

¹ PDF 15-16

² PDF 13

REPUBLICA DE COLOMBIA
RAMA JURISDICCIONAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA PENAL

Radicado: Radicado: 05-000-22-04-000-2023-00628 (N.I. 2023-1948-5)
Accionante: Nelson Enrique Quirama Quirama
Accionado: Juzgado 1° de E.P.M.S. de El Santuario Antioquia y otros

Medellín, noviembre veinte (20) de dos mil veintitrés (2023)

Para que sea desatado ante la Sala de Casación Penal de la Honorable Corte Suprema de Justicia, se concede el recurso de apelación interpuesto de forma oportuna por el accionante Nelson Enrique Quirama Quirama, contra la sentencia de tutela de primera instancia, proferida en esta Corporación con ponencia del suscrito Magistrado.

Remítase el expediente para tal fin.

CÚMPLASE

RENÉ MOLINA CÁRDENAS
MAGISTRADO

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

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

Código de verificación: **92919141913ba9e45757103378e784192e26e25c56b433369bdf2f1b62932226**

Documento generado en 22/11/2023 05:14:38 PM

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

CONSTANCIA SECRETARIAL: Para los fines correspondientes, pongo en conocimiento del H. Magistrado RENÉ MOLINA CÁRDENAS expediente digital de la acción constitucional de primera instancia, dentro de la cual quien dice ser el accionante interpone recurso de apelación frente al fallo de primera instancia¹.

Se resalta H. Magistrado que el accionante se encuentra privado de la libertad y en aras de realizar notificación personal al mismo, se libró el pasado 1° de noviembre el respectivo exhorto al área jurídica del CPMSAPD (Cárcel y Penitenciaria de Media Seguridad de Apartadó), sin que a la fecha se hubiere allegado la la notificación del accionante, razón por la cual se tendrá notificado por conducta concluyente el día que allega el recurso de impugnación, esto es el día 07 de noviembre de 2023.

Ahora bien, es de anotar que para la referida fecha, se recibió desde el centro de servicios de los juzgados de E.P.M. de Antioquia escrito de impugnación el cual fue allegado desde el correo pmesa1183@gmail.com (Paola Mesa), siendo el mismo correo desde el cual se remitió la acción tutelar a la oficina judicial para su reparto pese a que el accionante como se indicó se encuentra detenido. (PDF 17 Y 01)

Es de anotar que dentro del trámite de notificación hubo de tenerse notificado para el día 03 de noviembre de 2023, conforme a lo establecido en el inciso 3 del artículo 8° de la ley 2213 de 2022 a los accionados Cárcel y Penitenciaria de Media Seguridad de Apartadó Antioquia y al Juzgado de E.P.M.S. de dicha localidad, a quienes se les remitió la respectiva notificación del fallo de tutela a sus correos electrónicos institucional sin que acusaren recibido del mismo, siendo efectivo su envío el día 01 de noviembre de 2023².

Así las cosas, se computaron los términos para impugnar la decisión desde el siguiente día hábil a la última notificación, es decir los términos transitaron desde las ocho de la mañana (08:00 a.m.) del día 08 de noviembre de 2023 hasta las cinco de la tarde (05.00 p.m.) del día 10 de noviembre de 2023.

A Despacho hoy, 17 de noviembre de 2023.


ALEXIS TOBÓN NARANJO
Secretario

¹ PDF 17-18
² PDF 15

**REPUBLICA DE COLOMBIA
RAMA JURISDICCIONAL DEL PODER PÚBLICO**



**TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA PENAL**

Radicado: Radicado 05000-22-04-000-2023-00615 (N.I.: 2023-1913-5)

Accionante: William Moreno Terán

Accionado: Juzgado 1° de E.P.M.S. de Apartadó Antioquia y otros

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

Para que sea desatado ante la Sala de Casación Penal de la Honorable Corte Suprema de Justicia, se concede el recurso de apelación interpuesto de forma oportuna por el accionante William Moreno Terán, contra la sentencia de tutela de primera instancia, proferida en esta Corporación con ponencia del suscrito Magistrado.

Remítase el expediente para tal fin.

CÚMPLASE

**RENÉ MOLINA CÁRDENAS
MAGISTRADO**

Firmado Por:

Rene Molina Cardenas

Magistrado
Sala 005 Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

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

Código de verificación: **6063a42d5c8213f231aed6d68c684dc729601e12853a837354c69e768b21fcca**

Documento generado en 22/11/2023 05:15:47 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 PENAL

Medellín, noviembre veintitrés (23) del año dos mil veintitrés

Por reparto efectuado por la oficina de apoyo judicial correspondió a esta Sala conocer de la presente acción constitucional, y en razón al Despacho Judicial del cual denota inconformidad seria del caso admitir la misma, por competencia, conforme lo dispone el Decreto 2591 de 1991, en armonía con las reglas de reparto establecidas por los decretos 1382 de 2000; 1983 de 2017 y 333 de 2021; no obstante se advierte que el abogado NORBERTO CANTILLO CARVAJAL, quien dice actuar como apoderado judicial del señor EVERSON HIGUITA NAVALES, no acredita dicha condición, pues no aportó el poder especial a él conferido para interponer en su nombre la presente acción de tutela, como tampoco probó la imposibilidad de los representados para interponerla por sí mismo, sin que pueda existir impedimento para otorgar poder o promover su propia defensa.

En efecto, es cierto que conforme lo dispuesto en el artículo 86 de la Constitución Política es posible que la acción de tutela sea interpuesta a nombre de otra persona y que el artículo 10 del decreto 2591 de 1991, al referir la legitimidad e interés para actuar señala que esta acción Constitucional “...podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquiera persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante.” y a renglón seguido señala que: “También se pueden agenciar derechos ajenos cuanto el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa”, también lo es que la misma norma aclara que “Cuando tal circunstancia ocurra, deberá manifestarse en la solicitud.”

AUTO INADMITE ACCIÓN DE TUTELA

NI: 2023-2233-6

Accionante: NORBERTO CANTILLO CARVAJAL en representación de EVERSON HIGUITA NAVALES

Accionados: Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia

Sobre este punto (Legitimación para actuar) la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha hecho claridad en el siguiente sentido: “ (...) ***para que una persona diversa al titular de los derechos fundamentales que se estiman conculcados se encuentre legitimada para interponer esta acción, se requiere que esté debidamente habilitada por la ley, como cuando el padre representa los intereses de sus hijos menores; o que le haya sido otorgado poder para ello, siempre que ostente la calidad de abogado inscrito; o bien, que actúe como agente oficioso, caso en el cual es preciso que indique las razones por las cuales el titular de los derechos no está en condición de concurrir directamente y que tal imposibilidad se encuentre acreditada.***”¹

Así las cosas, como en este caso el abogado NORBERTO CANTILLO CARVAJAL no aporta el poder especial a él otorgado por parte del señor EVERSON HIGUITA NAVALES, para representar sus intereses en la presente acción Constitucional, tampoco acreditó las razones suficientes para actuar como agente oficioso; esta Sala procederá a inadmitir la demanda y en su defecto se otorgará al profesional en el derecho el término improrrogable de **tres (3) días hábiles** contados a partir del momento que reciba la presente comunicación, para que acredite la legitimación para actuar en este caso, so pena de rechazo de la misma.

Entérese al actor de esta determinación.

Notifíquese y Cúmplase,

GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME

Magistrado

AUTO INADMITE ACCIÓN DE TUTELA

NI: 2023-2233-6

Accionante: NORBERTO CANTILLO CARVAJAL en representación de EVERSON HIGUITA NAVALES

Accionados: Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia

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: **88eb1ab39312f8ceb282510844879c9a924c8164f536d739e5373f56fff27fa9**

Documento generado en 23/11/2023 02:37:10 PM

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

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

Proceso No: 053763104001202300078 NI: 2023-2024-6

Accionante: Gloria Elsy López Munera

Accionados: UARIV

Decisión: Confirma

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE ANTIOQUIA

SALA DE DECISIÓN PENAL

Proceso No: 053763104001202300078

NI: 2023-2024-6

Accionante: Gloria Elsy López Munera

Accionada: Unidad Administrativa Especial para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas

Decisión: Confirma

Aprobado Acta No.: 183 de noviembre 23 del 2023

Sala No: 6

Magistrado Ponente

Dr. GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME

Medellín, noviembre veintitrés del año dos mil veintitrés

VISTOS

El Juzgado Penal del Circuito de La Ceja (Antioquia), en providencia del día 10 de octubre de 2023, concedió la solicitud de amparo incoada por la señora Gloria Elsy López Munera en contra de la Unidad Administrativa Especial para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas.

Inconforme con la determinación de primera instancia, la UARIV y el demandante, interpusieron recurso de apelación que esta Corporación resolverá como en derecho corresponda.

LA DEMANDA

Los hechos materia de la presente acción constitucional fueron relatados por el Despacho de instancia de la siguiente manera:

“Informó la accionante que, el pasado 8 de agosto de la corriente anualidad presentó derecho de petición ante la UNIDAD PARA LA ATENCIÓN INTEGRAL A LAS VÍCTIMAS – UARIV, en la cual solicitó

le fuera informado el estado de la entrega de la indemnización administrativa por el hecho de la muerte de su cónyuge JOSÉ YON VALENCIA URIBE, identificado con la cédula de ciudadanía 15345967 y radicado 137.836, pues, aunque ya fue reconocida no se ha realizado el pago. La petición se envió mediante la oficina de enlace municipal de víctimas con el radicado 2023-0463129-2 el 8 de agosto de 2023 ID SGV105320602, pero no ha recibido respuesta.”

Por lo anterior, solicita se ordene a la UARIV brindarle una respuesta de fondo, clara, precisa y congruente al derecho de petición radicado el día 8 de agosto de 2023.

TRÁMITE Y MATERIAL PROBATORIO RECAUDADO

Una vez admitida la acción de tutela el pasado el 28 de septiembre de 2023 del corriente año, se efectuó la notificación a la Unidad Administrativa Especial para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas.

Señaló la UARIV, que para el caso de la señora Gloria Elsy López Munera, fue reconocido el pago de la medida de indemnización administrativa por el hecho victimizante de Homicidio de José Yon Valencia Uribe/Radicado SIRAV137836/DECRETO 1290 DE 2008; además, se acreditó uno de los criterios de priorización establecidos en el artículo 4 de la Resolución 1049 de 2019 y primero de la Resolución 582 de 2021, procediéndose a realizar la respectiva alerta a la Subdirección de Reparación Individual para que se desplieguen las acciones tendientes a informar la posible fecha de pago de la medida de indemnización.

Así mismo indicó que a la accionante se le advirtió que, de faltar alguno de los documentos o se requiera corregir alguno de los aportados se le informara de ello. Refirió que el desembolso de la indemnización en favor de la señora Gloria Elsy, está sujeto a la validación que efectúe la entidad relacionada con el cumplimiento de los requisitos existentes para la entrega de la medida de indemnización. Adjuntó a su respuesta, comunicación 7653315 enviada a la accionante y comprobante de envió.

LA SENTENCIA IMPUGNADA

Contiene un recuento de los antecedentes que motivaron la acción constitucional y el trámite impartido, hizo alusión a la procedencia de la acción de tutela ante la vulneración de derechos y garantías fundamentales, en este caso al derecho fundamental de petición, para luego analizar el caso en concreto.

Resaltó que obra prueba de la radicación del derecho de petición ante la entidad demandada desde el día 8 de agosto de 2023, por su parte, la UARIV, se limitó a informar que a la aquí accionante le fue reconocida la medida de indemnización administrativa por el hecho victimizante del homicidio de Jose Yon Valencia Uribe, que igualmente tiene acreditado uno de los criterios de priorización, y respecto a esto habían procedido a formular alerta ante la Subdirección de Reparación Individual para que desplegaran las acciones tendientes a informar la posible fecha de pago, procediendo a comunicarle a la señora Gloria Elsy López, tal situación.

Así las cosas, al verificar el Juez de primera instancia que la entidad accionada no brindó a la accionante una respuesta de fondo, pues de ninguna manera le indica en qué fecha probable se le efectuara el pago de la indemnización que le fuera reconocida, tuteló el derecho fundamental de petición de la señora Gloria Elsy López, ordenando al representante legal de la Unidad Administrativa Especial para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas, que, en un término de 48 horas posteriores a la notificación de la providencia de primera instancia, le informe a la señora GLORIA ELSY LÓPEZ MÚNERA el plazo máximo en el que se realizarán las verificaciones a las que hace referencia en su respuesta, así como una fecha probable en que se estará efectuando el desembolso.

LA APELACIÓN

Inconforme con la determinación de primer grado, la UARIV, impugnó la misma, cuestionando que el juez de instancia desconoce cuál es el procedimiento administrativo que se debe de adelantar en los casos de pago de indemnizaciones, el cual fue ordenado por la H. Corte Constitucional, y que en el caso concreto de la señora Gloria Elsy, se tiene que le fue reconocido el pago de una

indemnización por la muerte de quien era su cónyuge, que además se encuentra priorizada, y que por tal razón se alertó a la Subdirección de Reparación Integral, con el fin de que se desplieguen todas las medidas necesarias para que se le informe a la accionante una fecha cierta de pago de dicha indemnización, la cual una vez se conozca le será informada.

En virtud de lo anterior, solicita se revoque la sentencia de tutela proferida por el Juez Penal del Circuito de La Ceja, ante la falta de vulneración de derechos fundamentales a la señora Gloria Elsy López.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Solicitud de amparo.

En el caso analizado solicita la señora Gloria Elsy López Munera la protección de sus derechos fundamentales presuntamente vulnerados por parte de la Unidad Administrativa Especial para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas.

2. Problema jurídico

En el caso sub examine, corresponde a la Sala determinar si en este caso efectivamente se vulneran derechos fundamentales invocados por la señora Gloria Elsy López Munera, por parte de la Unidad Administrativa Especial para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas, o en su defecto se presenta la carencia actual de objeto por hecho superado, al considerar que la unidad resolvió de fondo la solicitud presentada por la actora tal como lo pregona en el escrito de impugnación.

3. Caso concreto

El artículo 86 de la Constitución de 1991, propuso la acción de tutela como un instrumento de protección de los derechos fundamentales, toda vez que, ante su eventual amenaza o vulneración

por las acciones u omisiones de las autoridades o particulares en los casos señalados en la ley, la persona puede acudir a instancias judiciales a fin de propender por su salvaguarda.

De esta acción se predica entonces no sólo la subsidiariedad, en virtud de la cual únicamente procede cuando quiera que el ciudadano no cuente con otros mecanismos de defensa judicial o que de existirlos no sean idóneos para evitar la configuración de un perjuicio irremediable; sino que igualmente se deben cumplir algunos requisitos para su procedencia, siendo uno de ellos y sin duda el más esencial la existencia real de la ofensa o amenaza a uno o varios derechos fundamentales que hagan necesaria la intervención del Juez constitucional en aras de su protección, pues que de lo contrario se tornaría improcedente la solicitud de amparo.

En el caso bajo estudio la señora Gloria Elsy López, demanda que desde el 8 de agosto de 2023 presentó derecho de petición ante la unidad por medio del cual solicitó se le informara una fecha cierta para la entrega de los recursos por concepto de indemnización de manera priorizada, sin que para la fecha de la presentación de la acción de tutela no había recibido respuesta alguna.

Fue así entonces como la Unidad Administrativa Especial para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas, en réplica a lo peticionado por el demandante, manifestó que expidió la comunicación 7653315 del 30 de septiembre de 2023, por medio de la cual brindó respuesta a la petición que demanda la actora, informándole que se encuentra priorizada y que se están adelantando las gestiones y verificaciones correspondientes para brindarle una respuesta de fondo a su pretensión con fecha cierta de pago.

Frente al derecho de petición, y su trámite la Corte Constitucional ha señalado lo siguiente:

“La jurisprudencia constitucional en forma pacífica ha venido señalando las precisas situaciones en las que se presenta vulneración al derecho de petición: (i) cuando la respuesta es tardía, esto es, no se da dentro de los términos legales; (ii) cuando se muestra aparente, o lo que es lo mismo, no resuelve de fondo ni de manera precisa lo pedido; (iii) su contenido no se pone en conocimiento del interesado, y (iv) no se remite el escrito ante la autoridad competente, pues la falta de competencia de la entidad ante quien se hace la solicitud no la exonera del deber de dar traslado de ella a quien

sí tiene el deber jurídico de responder. Es así como la Corte Constitucional ha sostenido que las respuestas simplemente evasivas o de incompetencia desconocen el núcleo esencial del derecho de petición¹ .”

Así las cosas, y siendo la acción de tutela el mecanismo judicial idóneo para la protección del derecho fundamental de petición, pues conexo a él se pueden derivar otros derechos fundamentales; de lo anterior se extracta que la respuesta debe ser de fondo, clara, oportuna y congruente con lo solicitado, sin evasivas y efectuando la debida notificación al peticionario.

De esta manera, una vez auscultado los elementos de prueba, en esta ocasión, el derecho de petición presentado por la demandante del 8 de agosto de 2023 por medio del cual solicita se le informe fecha cierta para la entrega de la indemnización que le fuera reconocida, en respuesta, la UARIV, refiere que mediante comunicación enviada a la accionante le informó que había sido priorizada y que se encontraba adelantando las gestiones necesarias para proceder con el pago, y que cuando se tuviera una fecha cierta de pago se le informaría.

En este orden de ideas, es claro para esta Sala que el derecho de petición que demanda la actora, no ha sido resuelto de manera clara, congruente y de fondo, pues la UARIV en dicha contestación solo informó que se encontraba adelantando gestiones para el pago, pero lo cierto es que no se tiene una fecha cierta y clara en la cual se procederá a cancelársele la indemnización que le fuera reconocida, siendo esto una vulneración flagrante al derecho fundamental de petición de la señora Gloria Elsy López, pues se encuentra en total incertidumbre respecto de la fecha en la cual será programado el pago.

En ese orden de ideas entonces, no le queda otra alternativa a esta Sala que CONFIRMAR el fallo de tutela de primera instancia, proferido por el Juzgado Penal del Circuito de La Ceja (Antioquia) el pasado 10 de octubre de 2023.

¹ Al respecto pueden consultarse las sentencias T-219 y T-476 del 22 de febrero y 7 de mayo de 2001, respectivamente.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR el fallo de tutela del pasado 10 de octubre de 2023, proferido por el Juzgado Penal del Circuito de La Ceja (Antioquia), dentro de la acción de tutela interpuesta por la señora Gloria Elsy López Munera, en contra de la Unidad Administrativa Especial para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas.

SEGUNDO: La notificación de la presente providencia se realizará por parte la secretaría de esta Sala, de conformidad con el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

TERCERO: Envíese a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Gustavo Adolfo Pinzón Jácome

Magistrado

Edilberto Antonio Arenas Correa

Magistrado

Nancy Ávila de Miranda

Magistrada

Alexis Tobón Naranjo

Secretario

Firmado Por:

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

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

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

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

Código de verificación: **c0afb4537befd9ecbf493ddd5f8cfe006963ef625f1ab7ad92207dfbd5d78dda**

Documento generado en 23/11/2023 02:53:48 PM

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

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



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO DE ANTIOQUIA
SALA PENAL PARA ADOLESCENTES**

M. P. NANCY ÁVILA DE MIRANDA

Radicado único	056866000365202100088
Radicado Corporación	2023-1650-2
Procesado	M.A.L.L
Delito	ACCESO CARNAL ABUSIVO CON INCAPAZ DE RESISTIR
Decisión	SE CONFIRMA



1 Medellín, catorce (14) de noviembre de dos mil veintitrés (2023)

Aprobado según acta Nro. 122

ACLARACION PREVIA: En la publicación por cualquier medio de esta providencia, se eliminarán los nombres de las menores de edad, así como de la denunciante y del procesado, por respeto a sus más elementales derechos tales como la intimidad, la dignidad y la honra².

1. ASUNTO

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

² En sentencia de 13 febrero de 2008, Rad. 28.742 la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, M.P. Alfredo Gómez Quintero, se expresó: “La Sala omite el nombre de la víctima por la prevención natural de no divulgar datos que la identifiquen o puedan conducir a su identificación. En el Código del menor existía la prohibición expresa de no publicar esos datos en las providencias judiciales (artículo 301 del Código del Menor, Decreto 2737 de 1989); sin embargo, el artículo 301 del C. del M. fue derogado por el artículo 217 de la Ley 1098 de 2006 (Código de la Infancia y Adolescencia) que rige a partir del 8 de mayo de 2007./Con todo, la Sala Penal de la Corte continúa con esa línea de pensamiento (no publicar el nombre del menor víctima de delitos sexuales) en razón a que estima que la determinación contribuye con la finalidad del código de la Infancia y la Adolescencia relativa a garantizar a niños, niñas y adolescentes su pleno y armonioso desarrollo en la comunidad (art. 1 de la Ley 1098 de 2006)”. Así mismo, en auto de 24 marzo de 2010, Rad. 33.433, M.P. Yesid Ramírez Bastidas, dijo la alta Corporación: “Se omite identificar a la menor y a su progenitora por respecto a su dignidad y a su derecho a un nombre de acuerdo con la Declaración de los Derechos del Niño y en acatamiento a los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y Abuso de Poder (Asamblea General de la ONU, Resolución N° 40/34 del 29 de noviembre de 1985) al contemplar que los procedimientos judiciales y administrativos deben adoptar medidas para evitar nuevamente su victimización, en concordancia también con lo previsto en los artículos 47, numeral 8°; 192 y 193, numeral 7° de la Ley 1098 de 2006 (Código de la Infancia y la Adolescencia)”. También se deben tener en cuenta las Reglas de Heredia. http://www.ijusticia.edu.ar/Reglas_de_Heredia.htm

En esta oportunidad corresponde que la Sala estudie el recurso de apelación que formuló el representante de víctimas en contra de la sentencia de fecha 11 de agosto de 2023 por medio de la cual el Juzgado Promiscuo de Familia del Circuito de Santa Rosa de Osos con Funciones de Conocimiento dentro del Sistema Penal para Adolescentes (Antioquia), absolvió del cargo presentado en su contra al joven M.A.L.L.

2. ANTECEDENTES FÁCTICOS

El supuesto fáctico que motivó esta decisión fue resumido de la siguiente manera por el juez de primera instancia:

“Los hechos que dan lugar a esta actuación judicial tuvieron ocurrencia en la casa de habitación donde residía la joven D.K.A.R, ubicada en zona urbana de esta municipalidad de Santa Rosa de Osos, barrio Arenales, al amanecer del día 1º de mayo del año 2021, época para la cual y al parecer en estado de embriaguez, fue accedida carnalmente la citada dama D.K.A.R, señalando al respecto el ente de acusador, que desde el día anterior, esto es, el día 30 de abril, la joven D.K.A.R se encontraba junto con M.A.L.L, refiriéndose al implicado y otras personas, compartiendo unos tragos de licor, agregando que, encontrándose aquella en estado de ebriedad, en total incompreensión de lo que acontecía a su alrededor, se acostó a dormir, aprovechando M.A.L.L la oportunidad para sorprenderla y atacarla sexualmente.

De otro lado se indicó en el escrito de acusación, que sobre la materialidad del hecho y la responsabilidad del otrora adolescente M.A.L.L. No sólo da cuenta la víctima, señora D.K.A.R, sino también, el hermano de esta, además de los dictámenes médicos legales del Instituto Nacional de Medicina Legal donde se realizó valoración sexológica y en el que se aportó elementos para determinar presencia de espermatozoides, así como de muestras tomadas de su vestuario, se detectó semen.

Que el joven conocía que accedía carnalmente a la víctima y con este comportamiento lesionó el bien jurídico de la libertad, integridad y formación sexual de la dama, sin justa causa y era

consciente que esa conducta era contraria al ordenamiento jurídico.”

3. ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

Conforme a la información obrante en el libelo se sabe que el 24 de marzo de 2022, ante el Juzgado Promiscuo Municipal de Santa Rosa de Osos con Función de Control de Garantías, se formuló imputación en contra de M.A.L.L, en calidad de autor, a título de dolo, por el punible de acceso carnal abusivo con incapaz de resistir, de conformidad con el artículo 210 del Código Penal; el adolescente no se allanó a los cargos y además, no se impuso ninguna de las sanciones consagradas en el artículo 177 de la ley 1098 de 2006.

Posteriormente, el día 9 de noviembre de la misma anualidad, ante el Juzgado Promiscuo de Familia del Circuito de Santa Rosa de Osos con Funciones de Conocimiento dentro del Sistema Penal para Adolescentes (Antioquia), se llevó a cabo audiencia de acusación, en donde la fiscalía acusó a M.A.L.L, como presunto autor material de la conducta imputada (art. 210 del C.P.)

El acusado optó por ejercer su derecho a ser juzgado públicamente, por lo que la audiencia preparatoria se realizó, el 6 de febrero de 2023 y el juicio oral se desarrolló en varias sesiones, los días 15 de marzo, 12 de abril y 24 de julio de 2023.

Concluido el debate y emitido sentido de fallo absolutorio, el juez dictó la respectiva sentencia el 11 de agosto del presente año, que ahora se examina en su legalidad, merced a que el

representante de víctimas manifestó su inconformidad frente a la decisión y con oportunidad hizo la indispensable sustentación.

4. LA DECISIÓN APELADA

El a quo consideró que la prueba practicada en juicio a instancias del ente acusador, no permite establecer con el grado de certeza racional exigida, la comisión de la conducta punible, así como la responsabilidad del joven M.A.L.L, en el delito por el cual fue llamado a juicio.

Señaló que existen sendas contradicciones en lo narrado por la víctima D.K.A.R tanto en su denuncia, como en la declaración rendida en la vista pública, asimismo con lo informado por su hermano Juan David, quién manifestó al igual que la primera, haber incurrido en la ingesta de licor el día de los hechos, por lo que no entiende la judicatura porque los relatos de ambos no son congruentes respecto al nombre del amigo de Juan David, quién se encontraba esa noche departiendo, las situaciones a la presunta agresión varían en las circunstancias temporales, como la víctima describe su agresión y su hermano la ubica de forma diferente. D.K.A.R habla de que se quedó sola en la casa, cuando M.A.L.L aprovechándose de su estado abuso de ella, trataba de quitarlo de encima, le cogía las manos y esta intentaba liberar sus manos que sostenía con fuerza, quién afirma que además le dejó morados, mientras su consanguíneo narra que encontró al procesado M.A.L.L teniendo relaciones con ella en posición de cucharita o de lado, pero no se dio cuenta si estaba inconsciente porque la pieza estaba oscura y no alcanzó a ver si su hermana estaba despierta o dormida.

Por otro lado, se cuenta con la declaración de la médico forense, quién al transcribir lo narrado por la víctima , informa que el agresor se llama Jonathan y es su hermano quien le refiere que fue M.A.L.L, además del resultado del examen afirmó que no tiene lesiones recientes, ni antiguas importantes, ni en relación por otro hecho, el himen no elástico, con tres desgarros antiguos a las 3, 7 y 11, que corresponden a un evento que ha ocurrido hace más de 10 días, por lo que cuando se entra en periodo de reparación y esta completamente cicatrizado no se puede saber si fue en uno o dos años, porque lucirá igual que cuando esta totalmente reparado .

De lo ya expuesto, subsiste la incertidumbre en la manera en que sucedieron los hechos, pues lo manifestado por Juan David hermano de la víctima y esta, se contraponen dejando como interrogante al despacho, si el lugar estaba oscuro para no ver que su hermana estaba despierta o dormida como puede darse la claridad de que efectivamente se vio una relación sexual entre D.K.A.R y M.A.L.L, sumado a su estado de alcoramiento.

Estima el juez de primer nivel, que haciendo hincapié de los dichos de Juan David, este manifestó que no se dio cuenta del estado de inconsciencia de su hermana, tanto así, que la increpó por su comportamiento y el ente acusador no ahondó sobre este tópico y ninguna actividad probatoria desplegó para demostrar este presupuesto del tipo acusado, quedando sentada una duda razonable.

A la postre, se tiene la declaración de M.A.L.L quien en sus dichos a groso modo informa que tenía una relación abierta con D.K.A.R, situación negada por esta y su hermano, también afirma que los parientes fueron a invitarlo a su casa, que no tomó licor y que el amigo de Juan David se estaba sobrepasando con la víctima, por lo que discutieron, razón por la que se fue junto con su madre Marta.

Así, pasa a concluir que, no se tiene conocimiento más allá de toda duda acerca de la autoría del ilícito imputado en el proceso; lo cual no permite proferir una sentencia de carácter condenatoria, sino que se debe dar aplicación al principio universal de In Dubio Pro Reo, a favor del acusado M.A.L.L, debiendo absolverse por los cargos imputados.

5. SUSTENTACIÓN DE LA APELACIÓN Y PRONUNCIAMIENTO DE LOS NO RECURRENTES

En su calidad de recurrente el representante de víctimas, cuestionó la decisión de fallo absolutorio por considerar que la judicatura de origen realizó una inadecuada valoración de las pruebas que fueron practicadas en la vista pública, habida cuenta que efectivamente se probó el estado de inconsciencia de la víctima, ya que se encontraba en estado de alicoramiento, poniéndola el procesado en incapacidad de resistir física y mentalmente para agredirla sexualmente.

Critica el yerro en que incurrió el a quo, al exigir la probanza de un estado de inconsciencia, argumentando que no se probó dicho estado, dado que se presentó algunos episodios de

recordación como fue el forcejeo y la posición en la que se encontraba el agresor encima de ella y lo evidenciado por su hermano cuando observó directamente la posición de lado. Es de la sana crítica establecer que en pocos instantes se puede cambiar de postura y más en una persona que esta doblegada por el licor y por la fuerza de otra.

De otro lado, afirma el juez de primera instancia haber una serie de contradicciones que se presentaron por parte de D.K.A.R, al referir que en algunos casos presentó confusiones en su relato, sin embargo, no son estas contradicciones de suficiente entidad para mermar credibilidad a su denuncia, el testimonio de un testigo directo y demás pruebas de corroboración que indefectiblemente traerían consigo una responsabilidad penal al agresor.

Bajo ese entendido, para el caso que nos ocupa, en primer lugar no había resentimiento entre las partes, por el contrario, Marta madre y M.A.L.L, hijo eran muy cercanos a D.K.A.R, a tal punto que eran quienes justamente los acompañaron en día de una reunión social y que tenían cercanía y amistad. Sobre el segundo ítem es claro que la versión de D.K.A.R es corroborada por otros testigos, sino que su propio hermano Juan David fue testigo de los hechos y por último, la victima ha tenido persistencia en la incriminación a M.A.L.L, a tal punto que en principio pensó en hacer justicia por su propia mano, siendo precisamente la madre de este, amiga de ella quién la convence para presentar la respectiva denuncia.

Corolario, solicita se revoque el fallo absolutorio, para en su lugar, condenarlo por los hechos acusados.

Los no recurrentes no hicieron pronunciamiento alguno.

6. CONSIDERACIONES DE LA SALA

6.1 Competencia

De conformidad con lo dispuesto en el numeral 1° del artículo 34 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

El problema jurídico que se ha planteado y debe ser resuelto por esta Sala de decisión se centra en establecer si de la pruebas arrimadas durante el juicio oral es dable predicar, más allá de toda duda razonable, que el joven M.A.L.L haya realizado actos libidinosos tales como acceso carnal abusivo con incapaz de resistir, a D.K.A.R, pues, el Juez de primera instancia no advierte conocimiento suficiente para emitir juicio de reproche y el representante de víctimas encuentra una inadecuada valoración probatoria en el proceso que a su juicio conllevan a certeza, en razón a los presupuestos facticos y jurídicos para pregonar la responsabilidad de la comisión de la conducta punible.

Conforme con el punto de disenso, es pertinente indicar que en virtud del principio de limitación y no reformatio in pejus, la Sala

centrará su atención en la revisión de los aspectos impugnados y en consecuencia en aquellos que resulten inescindiblemente vinculados a su objeto, sin que sea permitido agravar la situación del apelante.

Para poder resolver el problema jurídico que nos ha sido propuesto por el recurrente, la Sala necesariamente debe tener en cuenta que la controversia planteada por el apelante gira en torno al cuestionamiento del estado de inconsciencia, así como de las contradicciones de la víctima, por lo cual el togado restó credibilidad, como consecuencia de las incoherencias e inconsistencia en las que incurrió en su declaración.

Por ello, a fin de determinar si le asiste o no la razón a la tesis de discrepancia propuesta por el apelante, la Sala, a modo de prolegómeno, efectuará un análisis sobre el valor probatorio que ameritaría el testimonio absuelto por D.K.A.R, quién ha sido víctima de delito sexual.

Como punto de partida la entidad Tribunalicia debe destacar que en los casos de delitos de contenido sexual, el testigo de excepción es la víctima, porque precisamente sobre sí se ejecutan las maniobras constitutivas de aquellos.

Además, este tipo de ilicitudes, por lo general se comenten en entornos ajenos a terceros. De ahí que, las versiones entre la víctima y victimario sean generalmente disímiles, sin acompañamiento de pruebas directas con las cuales puedan establecerse los pormenores del hecho.

De tal manera, la valía del dicho de la víctima para determinar importantes elementos fácticos del suceso investigado, se logra al descartar algún ánimo vindicativo o animadversión, al tiempo que se establezca su sanidad mental y la coherencia externa e interna de la narración.

En tal orden, se deberá analizar la veracidad de su dicho, conforme lo normado en el artículo 404 del ritual procesal, esto es, los principios técnico científicos sobre la percepción y la memoria, especialmente, lo relativo a la naturaleza del objeto percibido, al estado de sanidad de los sentidos de percepción, las circunstancias del lugar, tiempo y modo del acontecer, los procesos de rememoración, su actitud durante el interrogatorio y el contrainterrogatorio, la forma de sus respuestas, así como su personalidad.

En tanto que lo segundo, será determinar su coherencia y armonía con el resto del acervo probatorio, o si, aun siendo insular, consiga superar el examen sin inconveniente alguno y pueda ser fundamento de una sentencia de condena, tal y como lo ha reseñado esta Sala:

“(...) 2. Con tales referentes es por igual factible llegar a una conclusión de verosimilitud, racionalidad y consistencia de la respectiva prueba, pues purgado el testimonio único de sus eventuales vicios, defectos o deficiencias nada imposibilita que se le asigne un mérito suasorio tal que sea por sí mismo suficiente para sustentar una sentencia. En dichas condiciones esa clase de medio de convicción no pierde su valor sólo porque sea único.”³

³ C.S.J. SP. Rad 27973 del 5 de septiembre de 2011

Bajo tales lineamientos y superado el análisis anterior, se tiene como primer punto de disenso:

El estado de inconsciencia de la víctima

La Jurisprudencia ha señalado presupuestos claros con ocasión a definir los delitos de índole sexual que el legislador pretendió proteger: “(i) la libertad que todo individuo ostenta para otorgar su consentimiento en la realización de un acceso carnal o de acto sexual con otro, o (ii) del derecho que le asiste de discernir acerca de la naturaleza de índole sexual de una acción que, en principio, pudiera contar con su aquiescencia.”⁴.

Ahora, tratándose puntualmente de la conducta punible investigada, esto es, el acceso carnal se pueden verificar, entre otras hipótesis, con persona en estado de inconsciencia o en incapacidad de resistir”⁵, es decir, estar en condiciones que no le permiten comprender esa actividad sexual o prestar su consentimiento para ello.

Así, su materialidad se constituye más que en la realización del comportamiento libidinoso, el que este se haya producido valiéndose de la imposibilidad de la víctima para comprender o autorizar dicho encuentro, teniendo en cuenta que en tales circunstancias “se enerva su libertad de disponer de su cuerpo para la satisfacción de su sexualidad, con ocasión de la cual puede elegir con autonomía, sin interferencias de su voluntad, el momento, la persona y el placer que desea”⁶. A ese respecto tiene expresado la Corte:

⁴ CSJ SP, 24 feb. 2010. Rad. 32872

⁵ CSJ AP, 27 jun. 2012. Rad. 38591

⁶ CSJ SP, 24 feb. 2010. Rad. 32872

“Así las cosas, la esencia del injusto no reposa basilarmente en la capacidad de la persona para comprender la conducta sexual, sino en la trasgresión de las condiciones normales en las que puede dar su aquiescencia para la misma, ya que es esta última esfera ontológica el objeto de custodia del bien jurídico tutelado en esta clase de ilícitos, pues un aspecto esencial de la dignidad humana es el respeto y la protección de la libre expresión de la voluntad, entendida como la capacidad y posibilidad concreta en un momento dado de elegir, decidir libremente, externa e internamente, entre actuar o no hacerlo”⁷.

De manera que, los casos en que la víctima se encuentra en circunstancias de inconsciencia, son entendidos como episodios temporales durante los cuales la persona está en imposibilidad de manifestar su aceptación o rechazo, entre otros, por la ebriedad y las condiciones de disminución de los sentidos, que impiden reacción oportuna al ataque, aspectos sobre los cuales se tiene por sentado:

“Estado de inconsciencia es la perturbación de los procesos síquicos internos, básicos o complejos, afectivos o intelectivos que impiden al destinatario de los agravios disponer, en un momento determinado, de las facultades provenientes de su conocimiento y de su contexto social, desquiciando su capacidad para asimilar estímulos y actuar de manera coherente con los mismos.

Desde la perspectiva estrictamente jurídica, la inconsciencia es despersonalización, aunque psicológicamente la víctima oponga relativa resistencia acorde con su inteligencia normal y su afectividad constante, a las agresiones físicas o que atentan contra los principios y virtudes forjados durante su existencia, es decir, **para su configuración no se requiere que quien entre en ese estado quede en el coma profundo, anterior a la muerte, sino que, simplemente, suficiente es la alteración de la capacidad cognitiva que le impida comprender lo que ocurre a su alrededor. (...)**

Así, los estados de inconsciencia que tienen importancia para el derecho penal son el sueño, la fiebre, la ebriedad, la sugestión hipnótica y la intoxicación por drogas, sin que su origen deba auscultarse en alteraciones patológicas, en cuanto apenas pueden constituir una etapa pasajera e incluso fugaz, padecida por una persona normal, su médula desde la perspectiva jurídica

⁷ Cfr. CSJ. AP, 25 nov. 2008, Rad. 30546; CSJ AP, 24 feb.2016 y CSJ SP229, 9 feb 2022. Rad.50487

es la alteración que causan en el recto juicio y el influjo negativo en el proceso de autodeterminación y toma de decisiones.

De lo anterior se desprende, contrario a lo argumentado por los libelistas, que para la estructuración del tipo penal de **acceso carnal** o acto sexual con persona puesta **en incapacidad de resistir** no se exige que el sujeto pasivo llegue al estado de inconsciencia plena, **suficiente es que a consecuencia de la bebida embriagante... se altere su proceso síquico al punto que no comprenda lo que ocurre a su alrededor...**¹⁸.

Si se analiza el testimonio de la joven D.K.A.R, esta refiere que el 1 de mayo de 2021, estaba muy tomada, que se fue a dormir a su habitación y supuestamente M.A.L.L aprovechando su estado, se metió a su cama, le quito la ropa y abusó de ella porque no estaba en condiciones de estar con alguien en ese estado. Igualmente indicó que el acusado la penetró con su pene y más o menos recordaba verlo encima tratando de quitárselo, hubo un forcejeo, pero en el estado en el que estaba no era capaz, entonces al otro día se levantó y amaneció con los pantalones en la rodilla y sentía un olor, un PH que no era el suyo, entonces le preguntó a su hermano que había pasado, quién le contó que encontró a M.A.L.L en posición de lado (de cucharita) y lo sacó de la habitación, inclusive pensando que D.K.A.R había querido estar con él, entonces lo sacó y ella quedó ahí en la cama.

En contraste, su hermano Juan David, en vista pública manifestó escuchó en la pieza de su hermanita que estaban haciendo el amor, indicó que vio a M.A.L.L en posición de cucharita (de lado) haciendo movimientos, que D.K.A.R estaba ahí pero no se movía, sacó a M.A.L.L de la casa y al otro día le preguntó a su hermana que había pasado, ella le dijo no saber nada y ahí se

⁸ C.S.J. SP20 Feb. 2008. Rad. 23290. La negrilla no son del texto original.

dio cuenta que estaba inconsciente, o sea, no estaba con él por gusto propio y si hubiera sabido de su estado, su reacción hubiese sido otra, porque al estar el cuarto oscuro, no se pudo percatar si su hermana estaba dormida o despierta.

Asimismo, la médica perito Erika Cristina García Bertel, señaló que el papel del alcohol como depresor del sistema nervioso central, hace pensar que esa incapacidad de resistir de la víctima en su voluntad de poner una resistencia, ella no la tiene, por lo tanto no hay movimiento que el agresor le genere un daño en el cuerpo, así que D.K.A.R no puede defenderse.

Se observa de todas las declaraciones rendidas en relación al estado de inconsciencia, la Magistratura considera no se puede dejar por sentado la ausencia de tal estado, pues, como ya se señaló previamente, para la configuración del mismo no se requiere que quien entre en ese estado quede en el coma profundo, sino que, simplemente, suficiente es la alteración de la capacidad cognitiva que le impida comprender lo que ocurre a su alrededor; que la víctima tenga recuerdos vagos de lo sucedido no es sustento para restarle credibilidad, de manera que, los casos en que el afectado se encuentra en circunstancias de inconsciencia son entendidos como episodios temporales durante los cuales la persona está en imposibilidad de manifestar su aceptación o rechazo, teniendo en cuenta que en tales circunstancias se debilita su libertad de disponer de su cuerpo para la satisfacción de su sexualidad, con ocasión de la cual puede elegir con autonomía, sin interferencias de su voluntad, el momento, la persona y el placer que desea. Es por esta razón, que se estima probado el estado de inconsciencia y

embriaguez de D.K.A.R, aprovechándose de su incapacidad de indefensión, de resistir física y mentalmente, el ataque.

Por otro lado, se analizará a continuación las presuntas contradicciones expuestas por la víctima en audiencia de juicio oral y de las pruebas aportadas en ella.

Valoración probatoria.

Como quiera que las contradicciones en que incurrieron los testigos de cargo, fueron la punta de lanza para que el a-quo emitiera decisión absolutoria, necesario es, retomar la prueba testimonial allegada, a efectos de analizar si las supuestas contradicciones, se tornan relevantes o no. Notemos

Durante la sesión de audiencia pública de juicio oral, la adolescente D.K.A.R, relato ante el juez conecedor de la causa, su versión de los hechos, narración que en lo sustancial es del siguiente tenor:

Fiscal: Hola D.K.A.R, ¿sabe por qué se encuentra en esta audiencia?

Testigo: Claro que sí, yo me encuentro en esta audiencia por que el 1 de marzo del 2021, estaba yo tomando en mi casa con mi hermano y un amigo de mi hermano, resulta y sucede que el muchacho M.A.L.L, era un amigo muy allegado a la casa, entonces ese día él llevo a la casa, yo estaba en depresión por una perdida familiar entonces por esta situación estaba muy tomada, pero yo me fui y me acosté a mi cama, entonces mi hermano se fue a llevar a la mamá de él porque obviamente como le digo eran muy allegados a la casa

Fiscal: ¿Quién es la mamá y quién es él?

Testigo: Entonces Juan David mi hermano, se fue a llevar a Marta Soto la mamá de M.A.L.L, entonces M.A.L.L se quedó en mi casa y aprovechando pues mi estado que quede como se dice enlagunada, se aprovechó y se metió en mi cama y me quito la ropa y abuso de mi prácticamente porque yo la verdad no

estaba en condiciones de estar con alguien en ese estado, lo cual me parece que fue un abuso y obviamente fue algo que me puso mal e incluso llegue a tomar acciones que gracias a Dios no fueron a mayores, pero entonces ya hablando con alguien me aconsejo y me hizo ver las cosas de otra manera y por eso fue que fui y puse la demanda

Fiscal: Cuando tú hablas de que quedaste tan mal y que incluso llegaste a tomar acciones de otra manera, ¿a qué acciones te refieres?

Testigo: Porque yo entre mucho pues en depresión y quería pues como hacer justicia por mis manos, yo quería pues como matarlo. Una vez entre a la casa de él y lo encendí a palo, él porque se me voló o si no quien sabe que hubiera pasado

Fiscal: Cuando tú dices que fuiste a la casa de él y lo encendiste a palo, ¿al cuánto tiempo de haberte pasado lo que nos dice fue eso, fuiste a la casa de él?

Testigo: Como a los 8 o 15 días, como a los 15 días porque él después de eso no se había dejar vuelto a ver de mi

Fiscal: Cuando usted dice que estaba tomando con unos amigos, ¿desde qué horas y hasta que horas usted ingirió licor?

Testigo: Aproximadamente como desde las 8 de la noche hasta las 3 de la mañana y ya de 3 a 4 empecé yo a buscar cama y ya de 4 a 5 fue que sucedió el acontecimiento con M.A.L.L

Fiscal: ¿Qué licor estabas tomando?

Testigo: Aguardiente

Fiscal: ¿Con quién te encontrabas tomando ese día?

Testigo: Estaba tomando con mi hermano mayor Juan David Rúa y un compañero del trabajo de él

Fiscal: ¿De qué forma abusó sexualmente M.A.L.L de usted?

Testigo: Mujer la verdad, él me penetró

Fiscal: ¿Con qué te penetró?

Testigo: Con el pene de él

Fiscal: ¿Usted cómo se dio cuenta que fue con el pene de él?

Testigo: Porque yo al otro día me levanté y amanecí con los pantalones en la rodilla y yo sentía un olor, pues un pH que no era como el mío, porque usted sabe cómo mujer que uno tiene su pH y uno sabe cuándo esta con una persona y no es lo mismo, uno no siente el mismo olor vaginal entonces entre mi noción yo dije ay será que yo estuve porque medio recordaba verlo encima de mí y yo como que trataba así de quitarlo pero en el estado en el que estaba no era capaz de quitarlo, entonces yo dije bueno voy a espera que mi hermano llegue y le voy a preguntar porque él trabajaba en Colanta, él ese día madrugó a irse a trabajar, cuando ya por la noche llegó y yo ya le pregunte y yo hey quién me acostó, yo todo el día estuve muy pensativa, cuando él ya me dijo como así mami, ¿usted no se acuerda de nada? Y yo ¿ay que pasó? Y él me dijo es que yo encontré a M.A.L.L que estaba encima de usted y yo lo saqué incluso mi hermano pensó que era que yo había querido estar con él, pero mi hermano simplemente lo sacó y yo quedé ahí en la cama

Fiscal: Luego de que te diste cuenta de lo que te pasó, ¿qué hiciste al otro día?

Testigo: Yo fui y hable con la mamá de él y le comenté pues lo sucedido y como yo le digo, yo no pensaba en demandarlo, sino como obrar por manos mías, entonces yo ya le dije a ella que M.A.L.L se había aprovechado de mí y que había aprovechado el estado en el que estaba y que se me había metido a la cama y que me había abusado, entonces como ella era muy amiga mía, obviamente ella entendió y no lo justificó, ella aceptó como el error de él, entonces ella me dijo que nos fuéramos hacer pruebas de embarazo, que si quería que lo demandara, que hiciera lo que yo quisiera mejor dicho, pero que no le fuera hacer nada

Fiscal: ¿Y luego que hablaste con la mamá de él a donde más acudiste?

Testigo: Bueno yo ya hablé con la mamá de él, entonces eso me trajo, pues, la familia de él me hacia bullying, porque nosotros vivimos en el mismo barrio, entonces yo pasaba y un tío, los primos me gritaban cosas, entonces empezó una pelea porque yo llegué donde mi hermano, pues así muy mal y ya él me dijo que yo no estaba sola y de una se fue a pelear, pues con ellos y ya después de eso, yo dije no, yo tengo que hacer algo, entonces yo puse más bien la demanda para que las cosas no fueran de pronto mayores, de pronto mi hermano por ahí herido por culpa mía o yo o ellos, entonces tomé más bien la decisión de hablarlo

Fiscal: ¿Al cuánto tiempo acudiste a formular la denuncia de haberte pasado lo que nos acabas de decir?

Testigo: Más o menos como a los dos meses, ya después de que había pasado pues todas esas cosas, todos esos problemas, todas esas peleas, ya como le digo yo hable con alguien y esa persona me aconsejo y me dijo que no, que no me dañara mi vida, que pusiera una demanda, que no era la manera más adecuada para actuar, que buscara ayuda.

Fiscal: ¿Cuándo tú te diste cuenta de que había sido abusada, acudiste a alguna institución médica?

Testigo: No porque la verdad yo no quería de que mi mamá se diera cuenta de eso, ni nadie, la situación yo quería como reservármelo, pero ya él mismo se encargó de pantallar en la calle, de hablar murmurar y dejarme por el suelo.

Fiscal: ¿En relación a esos hechos que nos acaba de contar tú fuiste valorada medicamente?

Testigo: Si señora, yo fui a Medellín, no me acuerdo como se llama, pero incluso yo llevé mi ropa, la ropa que yo tenía ese día, que yo ni la había lavado, yo tenía eso por allá guardado, yo llevé mi ropa, mi ropa interior, mi pantalón, mi blusa y ya, está en el historial

Fiscal: ¿Y usted porqué fue a Medellín?

Testigo: Porque fui a la Fiscalía y el doctor él que me tomo el caso me dijo que asistiera allá a medicina legal a que me hicieran una valoración, me revisaron vaginalmente, a ver que de pronto no tuviera infecciones o cosas así raras, gracias a Dios todo salió muy bien en ese sentido y yo ya deje mis pertenencias allá para que

también como sacaran, porque me dijeron que con la ropa podían saber si el sudor de él estaba en mi ropa

Fiscal: Usted dice que llevó las pertenencias, me repites que pertenencias llevaste, ¿esas pertenencias donde fue que las llevaste?

Testigo: A medicina legal, lleve los interiores y el pantalón que tenía ese día

Fiscal: ¿Y tú porqué llevaste esas pertenencias a medicina legal?

Testigo: Porque el doctor me dijo que llevara la ropa que hubiera tenido ese día para que le hicieran una valoración, un estudio para sacar huellas de él, algo así.

Fiscal: ¿Qué te llevo a pensar a que debías de guardar esas prendas tanto tiempo para luego llevarlas a medicina legal?

Testigo: Pues no, yo ese día me quité esa ropa y yo pensaba botar eso, no quería como tener eso, pero ya yo lo busqué y efectivamente ahí estaba yo ni lo había lavado, ni nada porque yo pensaba deshacerme de eso

Fiscal: ¿Después de esos hechos, tú no volviste a hablar con M.A.L.L?

Testigo: No, me lo encuentro, pero no tengo ningún contacto con él

Fiscal: ¿Él de pronto en algún momento se te acercó después de los hechos, se te acercó a hablar contigo?

Testigo: No mujer

Fiscal: ¿Cuánto tiempo que conoce usted al adolescente M.A.L.L?

Testigo: Desde niños, toda la vida

Fiscal: Le voy hacer una pregunta indiscreta, ¿existió algún tipo de relación sentimental entre usted y M.A.L.L?

Testigo: No, él siempre sintió una atracción por mí, pues yo sé que él siempre me dijo que yo le gustaba

Fiscal: ¿Bueno, y frente a esa manifestación que le hizo, usted como le respondió?

Testigo: Pues yo a él siempre lo veía como un hermanito, como un amigo, nunca con ojos de hombre ni nada, siempre un amigo.

Fiscal: ¿En algún momento durante esa amistad, él le llegó a insinuar que tuvieran algún tipo de relación sentimental?

Testigo: No, él simplemente me exponía como los sentimientos, pero nunca me dijo que tuviéramos algo, porque igual yo tampoco le deba largas como de que pudiéramos tener algo.

Fiscal: ¿Cómo era el lugar de los hechos que acabas de mencionar, descríbenos como era la casa, cómo era el sitio exacto donde ocurrieron los hechos?

Testigo: Mi casa es así muy humilde, no tiene puerta mi pieza, pues no tenía, la cocina tampoco, o sea casi todo era así en cortinita, entonces mi casa tiene tres habitaciones, la salita, el baño y la cocina

Fiscal: ¿Cuando tú dices que M.A.L.L se te entró a la habitación, había más personas allí?

Testigo: No, mi hermano se fue a llevar a Marta, Marta llegó con M.A.L.L

Fiscal: ¿A qué hora llegó Marta con M.A.L.L y a dónde llegó?

Testigo: Llegaron a mi casa, pero como yo estaba tomada no puedo ser clara en la hora.

Fiscal: ¿Y cuando ellos llegaron a tu casa que hicieron?

Testigo: Mi hermano Juan David, el amigo de él y mi persona estábamos tomando, ya nosotros compartíamos mucho con Marta y obviamente la queríamos mucho y todo, nosotros fuimos por Marta, ya nos vinimos y Marta después al momentico llegó y llegó con M.A.L.L. Marta se puso a tomar con nosotros y ya mi hermano ya después se fue a llevar a Marta y ya dizque M.A.L.L se quedó cuidándome a mí, pues eso fue lo que él le dijo a mi hermano, que él me iba a cuidar

Fiscal: ¿Qué hizo M.A.L.L durante el tiempo que estuvo ahí con su mamá en tu casa?

Testigo: El simplemente estaba escuchando música con nosotros, hablando, riéndonos, pero él no consumió trago

Fiscal: Tú dices que M.A.L.L y Marta llegaron a tu casa, ¿recuerdas qué tiempo más o menos estuvieron ellos allí?

Testigo: Mi hermano y yo más o menos entre las 11 o 12 fuimos por Marta, ya estábamos siempre prenditos, ya nosotros nos fuimos para la casa y Marta llegó y ya llegó M.A.L.L

Fiscal: ¿Y tú recuerdas más o menos a qué hora se fue tu hermano a llevar a Marta?

Testigo: Como entre las 4.

Fiscal: ¿Durante el tiempo que tú hermano se fue a llevar a Marta, aparte de M.A.L.L que otra persona se quedó ahí?

Testigo: Nadie porque el amigo de mi hermano Dubier, ya se había ido, solo quedo M.A.L.L.

Fiscal: Dijo usted en respuesta anterior, que recuerda algo sobre un forcejeo con M.A.L.L cuando usted estaba acostada, detalle más sobre ese hecho.

Testigo: Yo recuerdo que estaba acostada boca arriba y yo sentía como alguien encima de mí y yo le hacía con las manos porque no tenía fuerza de pararme, le hacía así con las manos y el me cogía de las manos y me las quitaba

Fiscal: ¿Recuerda cómo era la contextura física de él?

Testigo: Bajito, macizo

Fiscal: ¿Cuándo usted dice macizo a qué se refiere?

Testigo: No es así flaco, sino como un flaco con carnita, no es tan flaco pero macizo.

Fiscal: ¿Cuáles fueron sus afectaciones de tipo físico y psicológico en razón a estos hechos?

Testigo: Físicos, pues simplemente me dejo unos morados en la mano como de la fuerza que hizo al cogermela manos y psicológicos porque llegaba el momento para acabar de ajustar yo tomaba y como que me refundía más en eso, perdí la cordura por decirlo así y yo salía a buscarlo quería aporrearlo donde lo viera, la gente me veía a mí como una loca llorando, porque prácticamente todo el barrio se dio cuenta de ese acontecimiento, pero es porque el mismo no sé si por dárselas se muy hombre o que podía con cualquiera, empezó a comentar que había tenido intimidad conmigo, entonces siempre fue un tiempo muy duro la verdad.

Fiscal: ¿Tienes alguna secuela de tal agresión sexual?

Testigo: No señora.

Fiscal: Dice usted en respuesta anterior que era muy amiga de M.A.L.L y parte de su familia, ¿luego de ocurrido los hechos siguen siendo amigos?

Testigo: No señora, ni de la mamá Marta.

Fiscal: ¿Hablo usted con M.A.L.L en algún momento de esta agresión?

Testigo: Pues la verdad, nunca llegué a buscar dialogo con él, siempre fue como ira e intenso dolor como se dice

Fiscal: ¿Quiere decir que nunca después de los hechos volviste a hablar con él?

Testigo: No señora.

Fiscal: ¿Qué hace M.A.L.L, a qué se dedica?

Testigo: El monta caballos

En sede de conainterrogario la victima indicó:

Defensa: ¿Usted recuerda en qué fecha fue a la fiscalía?

Testigo: La verdad no me acuerdo.

Defensa: ¿Usted recuerda que dijo allí con relación específicamente, como llego M.A.L.L a su residencia respecto a las prendas que tuviera si contaba con algún elemento para ese momento en qué estaba presentando la denuncia, si contaba con prendas de vestir, algún objeto, es decir, algo que tuviera en el momento de los presuntos hechos?, ¿recuerda también en el sentido de que le preguntaron en la fiscalía, respecto a si usted había quedado con marcas, con huellas en su cuerpo, al momento de producirse los presuntos hechos?

Testigo: No recuerdo pues que simplemente yo llegue a contar mi situación y ya el señor fiscal empezó a tomarme datos y me hizo ciertas preguntas similares a las que ustedes me han hecho.

Defensa: Ok, su señoría con el fin de impugnar credibilidad, la defensa le va a colocar de presente a la testigo la denuncia rendida por ella, ella nos va a ubicar primero para sentar las bases nos va a ubicar en la fecha ante quien rindió esa entrevista, posteriormente con relación a las preguntas que le ha hecho la defensa en este momento, le pedirá a la testigo lectura de las específicamente de las preguntas para poderle probar señor juez las contradicciones presentadas entre la denuncia y la declaración que ha rendido ahora en juicio, esto con el fin, pues como ya le digo señor juez, de impugnar credibilidad de la testigo.

Defensa: D.K.A.R por favor lea el encabezado

Testigo: Fiscalía General de la Nación Formato Único de Noticia Criminal Conocimiento Inicial, fecha de recepción 18 de mayo de 2021, hora 3:30

Defensa: ¿Usted recuerda haber rendido esta denuncia, en esta fecha que acaba de leer ante la Fiscalía General de la Nación?

Testigo: Si señora.

Defensa: Usted ha manifestado en esta audiencia que no acudió a ningún lado para presentar esta denuncia porque no quería que la mamá, ni nadie se diera cuenta, ¿cierto?

Testigo: Si señora

Defensa: Usted respecto a este punto específico fue abordada por la autoridad competente es decir la fiscalía donde usted se encontraba rindiendo la denuncia y remítase por favor a la pregunta 38, ¿usted que responde cuando lo autoridad competente le pregunta, que explique las razones por las cuales apenas viene a denunciar el hecho?, ¿qué respondió usted?

Testigo: Porque en el momento no tuve el apoyo de mi mamá y empecé a actuar con justicia por mis propias manos en contra de M.A.L.L

Defensa: Ha leído usted que no tuvo el apoyo de la mamá, ¿es eso cierto?

Testigo: Si, yo no vivo con mi mamá.

Defensa: Usted ha dicho en esta audiencia que guardo las prendas de vestir con que se encontraba el día de los presuntos hechos, ¿es eso cierto?

Testigo: Si señora.

Defensa: A usted la fiscalía en el momento de estar rindiendo al denuncia, le pregunta, en la pregunta 33, ¿tiene algún elemento o evidencia que pueda servir para probar lo que describe en su denuncia? Lee por favor que respuesta dio usted

Testigo: Que no tenía ninguna

Defensa: Usted también ha dicho en esta audiencia que en su cuerpo, específicamente en sus manos quedaron marcas del presunto abuso sexual que ejerció M.A.L.L en contra suya, ¿cierto?

Testigo: Si señora

Defensa: Y usted en la fiscalía le preguntan precisamente si le ha quedado alguna marca en el cuerpo y en la pregunta 32 usted da respuesta, por favor se remite a la pregunta y le dice al señor juez en su momento que respondió

Testigo: Ninguna.

Defensa: D.K.A.R y usted ha dicho también en esta audiencia que la señora Marta quién es la madre de M.A.L.L, llegó a sus residencia ¿cierto?

Testigo: Si señora.

Defensa: Donde ustedes estaban consumiendo licor, ¿cierto?

Testigo: Si señora.

Defensa: A usted le preguntan en la fiscalía que haga una descripción concreta de los hechos y usted en esta respuesta a la pregunta 10, la respuesta que usted nos va a dar en esta audiencia es hasta donde dice nos fuimos para mi casa, o sea, va leer 4 renglones de esa pregunta 10 por favor. Lea donde está la 10

Testigo: Haga una descripción concreta de los hechos que va a denunciar, repuesta: El día 30 de abril de 2021 yo me encontraba tomando en mi residencia, luego mi hermano Juan David Rúa y yo fuimos a la casa de una amiga de nombre Marta Soto y le

dijimos a ella que nos fuéramos a mi casa a tomar, nos fuimos para mi casa y ella se quedó con nosotros.

Defensa: Señor juez no más preguntas por parte de la defensa.

Anotesé tras analizar lo sucedido con la víctima, en tanto que su actitud en juicio, llevó al Fiscal a incurrir en algunos errores de estrategia que tornaron complejo el trámite, se observó que D.K.A.R no fue consistente en su declaración, pues en su denuncia relata circunstancias contrarias a las mencionadas inicialmente en interrogatorio por parte del ente acusador y además distan o se contraponen con lo manifestado por su hermano Juan David Rúa, quién haciendo uso de la aplicación de la teoría de corroboración manifestó:

*"...estaba bebiendo en la casa de D.K.A.R y él e invitaron a la señora Marta Elena Soto, en ningún momento invitaron a M.A.L.L y se fue con su amigo Iván por el trago, cuando llegó de nuevo a la casa, Marta le dijo que ella se iba a ir para su casa porque ya estaba muy pasmada, que no quería tomar más, después llegó M.A.L.L, su hermanita estaba demasiado tomada y se quedó dormida en su cama. Indica que invitaron a la señora Marta a tomar, por medio de llamada celular y le dijeron que se fuera a la casa a tomar con ellos, refiere que Marta llegó con su hijo menor Camilo y que después llegó M.A.L.L, igualmente que Marta se fue sola, porque Camilo ya se había ido y ella salió sola. Asimismo cuando Marta se fue M.A.L.L se quedó en la casa, después ya no sintió a M.A.L.L por ningún lado y su compañero Iván ya se iba a ir para la casa, entonces fue a la calle a despedirlo, cuando volvió a entrar, se encontró con el acto, que era que M.A.L.L estaba teniendo intimidad con su hermana, la pieza estaba oscura, por lo que no alcanzó a ver si su hermana estaba despierta o dormida, al otro día fue que se dio cuenta que ella estaba inconsciente, por tal razón su reacción no fue agresiva"*⁹

De lo anterior, se evidencian contradicciones de los dichos de ambos consanguíneos, quienes fueron testigos directos de lo sucedido, por lo que no concibe esta Corporación que disten

⁹ Ver record: 2:07:09 y ss. de AudioAudienciaJuicio2 (marzo 15-23) de fecha 15/03/2023.

significativamente en detalles, las circunstancias previas, concomitantes y posteriores de lo sucedido, ambos hacen referencia a personas que no estuvieron en el lugar de los hechos, no son concisos en el nombre del amigo de Juan David, quién también se encontraba departiendo esa noche, las situaciones anteriores a la presunta agresión variando inclusive, su relato en cómo llegó la señora Marta madre de M.A.L.L a su hogar y en qué momento o en compañía de quién, se fue de ese lugar. Además si ya habían pasado dos meses, entre la realización del hecho y la denuncia, por qué se significó el nombre de Jonathan y no el del ahora investigado, valoración que a más de certeza, solo abre aun más la puerta a la duda, máxime porque según el relato de la misma víctima aquella lo había golpeado con un palo, días después, de enterarse que había abusado de ella, mientras estaba inconsciente.

En igual sentido, recuérdese que a juicio asistió la médica Erika Cristina García Bertel, encargada de realizarle la valoración pericial sexológica a la señora D.K.A.R, quien señaló que el 19 de mayo de 2021, examinó a la postulada víctima y esta le manifestó que *"...el 30 de abril ella se encontraba en casa, que ella estaba tomando alcohol en su casa, estaba con una vecina que la nombra como doña Marta y que al irse doña Marta viene su hijo Jonathan. Ella lo conoce, ella sigue tomando alcohol, Jonathan se queda para cuidarla, después ella tiene un momento en que no recuerda que pasó hasta que ya despierta, está en la cama y tiene los interiores y los pantalones, todos a nivel de la rodilla. Señala que su vagina ardía y que literalmente conociendo ella el olor de semen, ella olía, su vagina olía a semen. Dice que el día siguiente, el 1 de mayo, su hermano viene y la pregunta que pasó ayer y él dice, no, pues yo pensé que tú estabas, pues que eran relaciones consentidas, dice no de ninguna manera, si yo estaba*

dormida, yo estaba inconsciente”¹⁰. Posteriormente evalúa sus genitales y se obtiene como hallazgo que no tiene lesiones recientes, ni antiguas, importantes para consignarlas y descartar que no fueron en este episodio y no tiene lesiones recientes en relación con otro hecho. Al analizar los genitales, se observa los genitales mayores y toda la región púbica, sin signos de trauma, sin signos de infección, ni eritemas, luego en los labios menores, no tiene lesiones. Descubre un himen no elástico, con tres desgarros antiguos a las 3, 7 y 11, sin lesiones, que se relacionen con recientes en el tiempo. Por otra parte, se halló semen en una de las prendas de la víctima, pero desconoce si posterior a ese reporte, se realizó prueba de cotejo.

Por último, se escuchó al acusado M.A.L.L, quién expresó:

“D.K.A.R un día llegó a la casa, por la noche muy tarde y yo estaba acostado, mi mamá también, entonces ella abrió la puerta con un palo y entró con su hermano Juan David, y los convidaron a que fueran para su casa, entonces se fue D.K.A.R con Juan David a la casa de ellos y mi mamá dijo que fuéramos un ratico y ahí fuimos, yo llegué con mi mamá, en esa casa estaba un amigo de Juan David que se llama Jonathan. Nosotros llegamos normal, ella empezó a repartir ron, porque estaba tomando ron, cuando yo no les quise recibir, porque ya ella estaba tomando mucho, entonces ahí había un amigo de Juan David que la estaba jodiendo mucho, entonces yo más bien me hice el guevon, entonces ya al rato, ya D.K.A.R estaba pasada de demasiado trago, cuando Jonathan ya se estaba sobrepasando con ella, pues yo lo regañé, pues lo bravié y le dije que la dejara quieta, entonces ya nos íbamos a poner a pelear, entonces mi mamá al ver eso, me dijo que nos viniéramos para la casa y yo ma’, esperemos un momentico para que D.K.A.R se calmen un momentico, cuando ella se calmó nosotros nos vinimos, mi mamá me rogó para que nos viniéramos, entonces yo me vine con mi mamá...”¹¹

¹⁰ Ver record: 1:28:24 y ss. de 014.AudioAudienciaJuicio1 (12abril-23) de fecha 12/04/2023.

¹¹ Ver record: 21:22 y ss. de AudioAudienciaJuicio.Alegatos.SentidoFallo1 de fecha 24/07/2023.

Dígase al respecto que la Fiscalía a pesar de haber tenido el camino investigativo expedito para hacerlo y de saber que resultaba ser una tarea de la más elementalidad, de manera inexplicable dejó de indagar sobre el tópico atinente a la posible presencia de esperma en la ropa interior de la víctima, y en suma tomar decisiones respecto a un tema de cardinal importancia como es el de su sexualidad, cuando es que la ropa que tenía puesta para el día de los hechos, fueron entregados como elementos materiales de prueba, sobre la posible persona en la denuncia se anunciaba como el perpetrador del vejamen sexual.

Y a fe que la galena que primero atendió a D.K.A.R así lo contempló como necesario dilucidar, propiciando la senda de una averiguación en tal sentido, para cuyo fin dijo haber recepcionado el plurimentado elemento; pues bien, pese a esa iniciativa y de haber asegurado que la susodicha muestra fue remitida para su análisis, inexplicablemente ningún resultado de ello se hizo conocer en el proceso. Pero es lo cierto que además, la pobre inversión investigativa al respecto conduce a dudar en términos absolutos de quien fue la persona que realizó las felaciones a la víctima, pues desde sus inicios se habló de un muchacho de nombre Jonathan, quien al parecer estuvo en la escena de los hechos, pues así, lo indicó la misma agraviada en sus declaraciones iniciales, sin embargo, la denuncia fue en contra de quien hoy aparece como enjuiciado. Se pregunta entonces la Magistratura, ¿Por qué si se conocían de tiempo atrás, al ser vecinos, existe tal confusión?, ¿Por qué entre la denuncia y la consecución de la valoración sexológica se consignó persona distinta como presunto victimario, a pesar de

que la misma se presentó tiempo después?, ¿Por qué no se llevó a la vista pública al compañero del hermano de nombre Iván para que reafirmara lo acontecido con la víctima antes, durante y después? ¿Por qué no se realizaron labores de campo a afectos de demostrar periféricamente lo dicho por la víctima, en punto a que su victimario había dado a conocer al barrio lo que había sucedido entre ellos, situación que la estaba afectando psicológicamente?; En consecuencia, comparte la Sala las inquietudes que asaltaron al Juez de primera instancia, y en razón a ellas, regidos por un sistema penal acusatorio no se podría emitir una sentencia condenatoria.

Con todas esas discrepancias puestas de presente, como resulta fácil colegir, no puede la Sala construir un juicio serio y consistente en la atribución de responsabilidad en contra del joven M.A.L.L, por cuanto debemos reiterar, que aunque admitamos como una realidad inconcusa que el hecho ocurrió, según lo expuesto supra, la prueba recogida en la actuación empero no es indicativa sin hesitación de que aquél si haya sido la persona que realizó actos dirigidos a privar a su supuesta víctima de la posibilidad de resistirse a sus requerimientos lascivos.

Al margen de ello, perdió de vista la Fiscalía que no solo se trata de demostrar la identidad de quién es el procesado, sino también y de modo esencial, que esa persona fue quien realizó la conducta que se le atribuye. Si bien quedó demostrado que el procesado no es quien realizó el hecho investigado, también es cierto, que al no estar en rigor probada su participación se presumiría en su contra.

No se solicita en modo alguno que no exista libertad probatoria, que efectivamente rige el procedimiento penal y en consecuencia al de responsabilidad penal, ni de que un solo testimonio no pueda ser plena prueba de la demostración de un hecho o circunstancia; lo que aquí se puntualiza es que con la prueba recaudada sus dichos, además de ser incongruentes, no encuentran soporte alguno.

En este asunto, a diferencia de lo que opina el apelante observa la Sala que la valoración del material de conocimiento se realizó mediante un análisis hilvanado lógicamente, tanto individual, como en su conjunto, el cual permite concluir que en presente caso no se logra el conocimiento más allá de toda duda sobre la responsabilidad y participación del procesado en el delito endilgado. Son éstas entonces, las objeciones que pueden plantearse al material probatorio que presentó la Fiscalía para desvirtuar la presunción de inocencia que ampara a M.A.L.L.

Es claro que la duda razonable no se activa ante la contemplación por parte del Juzgador de otras posibles hipótesis no criminales distintas a la teoría del caso inculpatoria que acuñó la Fiscalía, las cuales tienen asidero en la imaginación pero no apoyo en el material probatorio, lo cual, en la teoría del conocimiento, nos ubica en el terreno amplísimo de la especulación, en donde, frente a determinada posición del ente acusador, siempre habrá una hipótesis distinta de carácter exoneratorio cuya elaboración sea eminentemente

cerebral y que obviamente generará duda, pero, recuérdese, la legislación penal no refiere a una duda simple, que se activa frente a cualquier otra conjetura absolutoria imaginable, caso en el cual, nunca operaría una condena penal ya que el ser humano y sus sistemas de juzgamiento jamás pueden llegar a la certeza del hecho y siempre pueden plantearse en la mente multitud de hipótesis que generen duda simple, misma que excusa al acusado de un delito.

La duda prohijada por la legislación penal es la razonable, que es aquella que aflora luego de que el material probatorio del juicio oral ha sido debidamente valorado conforme a las pautas de la sana crítica, reglas de la lógica, de la experiencia y de la ciencia –cuando sea el caso-, y en tal tarea no se alza como despejada la versión de la Fiscalía, lo que inevitablemente lleva a sobreseer al procesado. Mírese que la duda simple dista por mucho de la razonable.

En tales condiciones no se encuentra el poder suasorio del material de cargo, el mérito sustancial que reclama la sentencia de condena petitionada por la Fiscalía, como quiera que ante dos o más interpretaciones posibles de los hechos y ante las incoherencias, contradicciones y la exposición en juicio tanto de la víctima como de su hermano, se impone la duda y esta debe ser resuelta a favor del procesado, resultando forzoso la confirmación íntegra de dicho proveído.

Sin que se precise de más consideraciones, **EL TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA EN SALA DE DECISIÓN PENAL PARA**

ADOLESCENTES, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

7. RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMA en su integridad la sentencia de la naturaleza, fecha y origen indicados, con fundamento en las argumentaciones esbozadas en precedencia.

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

COPÍESE, NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE

**NANCY ÁVILA DE MIRANDA
MAGISTRADA SALA PENAL**

**DARÍO IGNACIO ESTRADA SANÍN
MAGISTRADO SALA CIVIL - FAMILIA**



**WILMAR FUENTES CEPEDA
MAGISTRADO SALA CIVIL - FAMILIA**

Firmado Por:

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

Wilmar Jose Fuentes Cepeda
Magistrado
Sala Civil Familia
Tribunal Superior De Antioquia

Dario Ignacio Estrada Sanin
Magistrado
Sala 01 Civil Familia
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: **f9ea4bb875475a13fa5170fdbaf47a894904942652d8a02f864c9de0f54f3ece**

Documento generado en 14/11/2023 01:43:02 PM

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



TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA PENAL DE DECISIÓN

Medellín, veintitrés (23) de noviembre dos mil veintitrés

Magistrado Ponente
RENÉ MOLINA CÁRDENAS

Aprobado en Acta No. 113 del 7 de noviembre de 2023

Proceso	Penal
Instancia	Segunda
Apelante	Defensa
Tema	Valoración probatoria – uso de declaraciones anteriores y prueba de referencia
Radicado	05-154-60-99152-2021-50820 (N.I. TSA 2023-1634-5)
Decisión	Confirma

ASUNTO

La Sala resuelve el recurso de apelación interpuesto por la defensa en contra de la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Penal del Circuito de Cauca – Antioquia.

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

HECHOS

El 27 de marzo del año 2021, en el municipio de Caucasia – Antioquia, la menor M.Y.C.H., de 11 años de edad ingresó a la casa de SANTIAGO JOSÉ PÉREZ ÁVILA, lugar donde este la penetró por la vagina con el pene.

LA SENTENCIA

El 17 de agosto del año 2023, el Juzgado Penal del Circuito de Caucasia, de conformidad con el sentido de fallo anunciado, profirió sentencia condenatoria en contra de PÉREZ ÁVILA al declararlo penalmente responsable del delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años, artículo 208 del C.P. En consecuencia, le impuso la pena de ciento cuarenta y cuatro (144) meses de prisión, además, le negó la prisión domiciliaria y la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

IMPUGNACIÓN

En contra de esta decisión la defensa presentó y sustentó el recurso de apelación con la finalidad de obtener la revocatoria de la condena y la consecuente absolución de su representado. Soportó su pretensión de la siguiente manera:

No se demostró la penetración vaginal con el pene.

Contrario a lo expuesto por el Juez, el problema advertido no puede solucionarse con el testimonio de M.Y. y las pruebas de corroboración, pues las circunstancias modales y temporales de la conducta que la menor relató en juicio son inconsistentes con las dadas en las versiones previas que

entregó a su madre, Rosiris María Hernández Terán, a la médica Gallego Torres y a la psicóloga Paola Nader Peñate.

A propósito, en el debate público la niña aseguró que se levantó a las 2 a.m. y se fue directo al lugar de los hechos, en contraste, relató a la psicóloga que salió a dicha hora para una tienda. Además, no se acreditó que realmente en ese momento algún establecimiento de tal tipo estuviera abierto al público.

No es posible que los hechos sucedieran en la madrugada del 27 de marzo del año 2021, toda vez que, la víctima y los demás testigos expusieron que el delito se ejecutó después de las “horas del día” de aquella fecha, en la que se celebró el cumpleaños de la progenitora de M.Y.C.H.

La menor manifestó que se sintió mal cuando el vio al procesado con otras mujeres, lo que pudo provocar un señalamiento temerario y falaz en contra de este.

La médica Daniela Gallego Torres valoró a la víctima el 3 de julio del año 2021, hallando que esta presentaba genitales sin alteraciones e himen íntegro. Sin embargo, de manera especulativa y sin el “grado de certeza” que requiere una prueba pericial, la galena aseguró que no se podía descartar que la niña tuviera himen complaciente. Adicionalmente, la perito se graduó de medicina general en febrero de aquella anualidad, así que no contaba con la experiencia e idoneidad necesaria a fin de elaborar un dictamen suficiente para condenar.

La primera instancia no tuvo en cuenta que era imposible que la conducta se perpetrara en la casa del acusado y no fuera percibida por los demás habitantes del inmueble. Para demostrar tal punto, el apelate aludió a lo dicho por dos testigos de descargo: (i) Mirleidy Oviedo Arcila, esposa del acusado, quien informó que en la fecha de los hechos durmió con este, y (ii) Felipe Andrés Esquivel Contreras, conocido de PÉREZ ÁVILA, quien

corroboró las precarias condiciones de construcción e intimidad que tenía el inmueble donde SANTIAGO JOSÉ vivía junto con sus padres.

El Juez dio por probado que el acusado sabía la edad de la menor sin que ninguna prueba aportara tal información de manera incuestionable.

No hubo pronunciamiento por parte de los no recurrentes.

CONSIDERACIONES

La Sala procederá a resolver el recurso de apelación y anticipa que la sentencia de primera instancia será confirmada.

A fin de sustentar debidamente tal anuncio, en desarrollo del principio de limitación de la segunda instancia, se destaca que es deber del apelante establecer con claridad los puntos de controversia que considera fueron indebidamente desarrollados en el fallo recurrido. En ese orden, a dichos objetos problemáticos y a los temas que le son inescindibles se debe limitar el pronunciamiento de esta Corporación.

Por ello, en la presente providencia se analizará la trascendencia del testimonio de la víctima y si fue debidamente corroborada con algunas de las pruebas de cargo, en concreto, los testimonios de su madre, la médica y la psicóloga que la valoraron, además, si el testimonio de M.Y.C.H. fue refutado con ciertos testimonios de descargo, a saber, el de la esposa del acusado y el de un conocido del mismo, pero previo a esto, se impone abordar un tema relevante para desarrollar correctamente tal tarea.

1. De la prueba de referencia

Para lo que interesa a este caso, sobre la noción de la prueba de referencia, el artículo 437 del C.P.P. dispone que esta clase de prueba es toda aquella declaración realizada fuera del juicio oral y que es *“utilizada para probar o excluir uno o varios elementos del delito, el grado de intervención en el mismo, las circunstancias de atenuación o de agravación punitivas, la naturaleza y extensión del daño irrogado, y cualquier otro aspecto sustancial objeto del debate”*. La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia¹ se ha pronunciado al respecto en los siguientes términos:

*“De la redacción del artículo 437 de la Ley 906 de 2004 se colige que son elementos estructurales de la prueba de referencia: (i) debe tratarse de una declaración; (ii) realizada por fuera del juicio oral; (iii) que es utilizada **para probar** o excluir uno o varios elementos del delito u otro de los aspectos referidos en el artículo 375 ídem, de donde se sigue, sin duda, que sólo puede hablarse de prueba de referencia cuando la declaración es utilizada como medio de prueba; (iv) cuando no sea posible practicarla en el juicio, porque de ser ello posible deben seguirse las reglas generales sobre el testimonio.”*

Sobre los requisitos para la debida incorporación de prueba de referencia, la misma Corporación precisó:

“Por otro lado, la apreciación y valoración de una manifestación previa como prueba de referencia presupone que la parte interesada haya solicitado su aducción (en la audiencia preparatoria o en el juicio oral, si es que la circunstancia excepcional de admisibilidad sobreviene en esta última), y tal pretensión debe satisfacer una carga argumentativa precisa:

«En la decisión CSJ AP, 30 Sep. 2015, Rad. 46153 se estableció el procedimiento para la incorporación de una declaración anterior al juicio oral a título de prueba de referencia. En esencia, se dijo que: (i) deben ser objeto de descubrimiento la declaración anterior y los medios que se pretenden utilizar

¹ CSJ SP radicado 44056 del 28 de octubre de 2015, M.P. Patricia Salazar Cuéllar.

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. (...)”^{2,3}

En ese orden, es evidente que debe existir solicitud de parte y pronunciamiento expreso del Juez sobre el decreto de prueba de referencia y del medio de conocimiento que pretenda utilizarse para su incorporación en juicio oral, sin que pueda hacerse oficiosamente.

Además, es necesario tener presente que conforme el literal e del artículo 438 de la Ley 906 de 2004, y a la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia,⁴ es posible la incorporación de declaraciones previas a modo de prueba de referencia en los casos adelantados por delitos sexuales contra menores de edad, aun cuando estas víctimas comparecen a juicio, pero teniendo en cuenta que:

“En ese entendido, lo esencial, a este efecto, es que la disponibilidad del testigo en el juicio no sea plena sino relativa «por su edad, porque el paso del tiempo le impida recordar lo sucedido»⁵ o por cualquier situación análoga que le imposibilite o dificulte atestar de manera adecuada.”⁶

Así que, la declaración de los menores de edad víctimas de un abuso sexual pueden catalogarse, según el caso, como prueba de referencia admisible, siendo necesarias la existencia de una declaración anterior al juicio oral, el medio de prueba que lo lleve a conocimiento del Juez, además, tener en

² CSJ SP, 25 de enero de 2017, radicado 44950.

³ CSJ SP, radicado 52045 del 20 de mayo de 2020, SP 034-2020, M.P. José Francisco Acuña Vizcaya.

⁴ Entre otras, CSJ SP, Radicado 43916 del 31 de agosto de 2016, M.P. Patricia Salazar Cuéllar, y radicado 52045 del 20 de mayo de 2020, SP 034-2020, M.P. José Francisco Acuña Vizcaya.

⁵ CSJ SP, 4 dic. 2019, rad. 55651.

⁶ CSJ SP, radicado 52045 del 20 de mayo de 2020, SP 034-2020, M.P. José Francisco Acuña Vizcaya.

cuenta los requisitos para su debida solicitud, decreto e incorporación, así como la forma en que se armonizan los derechos de los menores y las garantías del procesado.

2. Del testimonio de la víctima

M.Y.C.H. rindió testimonio el 9 de agosto del año 2022, en su presentación adujo que nació el 15 de junio del año 2009. Durante el interrogatorio cruzado informó que aproximadamente a las 12 “de la noche” del 27 de marzo del año 2021, cuando tenía 11 años de edad, salió de su casa, ubicada en el municipio de Caucasia, a la de SANTIAGO PÉREZ, quien vivía cerca y con sus padres -de él-, con el pretexto de ir por un regalo que aquel compró para la madre de aquella, pues esta se encontraba de cumpleaños. Una vez allí, en el cuarto del hombre, vieron películas y sostuvieron relaciones sexuales consistentes en la penetración vaginal con el pene. Aseguró la niña que posteriormente se sintió angustiada, pues el sujeto la amenazó con asesinar a sus padres si revelaba lo sucedido, aun así, le contó a su mamá, lo que originó la denuncia del abuso y la posterior muerte de su papá. La testigo afirmó que conoció a SANTIAGO como un cliente de su padre, que se comunicaban casi a diario y que aquel sabía su edad.⁷

El relato de M.Y. es claro, el 27 de marzo del año 2021, el acusado logró llevarla hasta su habitación, donde la accedió carnalmente vía vaginal con el pene. Así que, contrario a lo pretendido por el recurrente, tal prueba se advierte sólida y no se observan inconsistencias relevantes o elementos que le resten credibilidad.

La estrategia del apelante es objetar el medio de conocimiento aduciendo que la menor no fue consistente en juicio ni con sus versiones anteriores, que las demás pruebas de cargo no la corroboran, mientras que, las de

⁷ Juicio oral del 9 de agosto de 2022, archivo “AUDIENCIA JUICIO 2021-0007”, récord 00:22:20 a 01:09:14.

descargo, demuestran una hipótesis posible de inocencia. Objeciones que no serán aceptadas por la Sala, como pasará a explicarse.

En cuanto a las inconsistencias con las declaraciones previas, se debe resaltar que para dar cuenta de lo ocurrido la fiscalía llevó a la víctima al juicio oral, en ese escenario estuvo disponible para el interrogatorio cruzado. Durante la práctica de la prueba -la víctima contaba con 13 años de edad- no se utilizaron sus versiones anteriores como herramientas para facilitar el interrogatorio cruzado, es decir, mediante la impugnación de credibilidad o el refrescamiento de memoria. Tampoco se hizo uso excepcional, cumpliendo con los correspondientes requisitos legales y jurisprudenciales,⁸ de la prueba de referencia, o de las declaraciones previas inconsistentes con lo declarado en juicio, también llamadas testimonio adjunto.

De forma que no hubo decreto probatorio que permitiera el uso de las declaraciones previas de la víctima a modo de prueba de referencia. Sin embargo, la primera instancia permitió la incorporación de las versiones anteriores de M.Y. y las utilizó en la sentencia apelada para verificar la consistencia de su relato en diferentes escenarios. Frente a esta particularidad es necesario destacar que la posición del Juez no es acertada, véase que incluso para tal fin las declaraciones anteriores no pierden su naturaleza de información referencial inadmisibles ya que lo buscado es analizar el componente fáctico referido por la menor en una declaración anterior.

Así que no se cuenta con fundamento suficiente para valorar las versiones previas de la víctima de la manera en que lo hizo el Juez y tampoco como propone el recurrente, quien quiso utilizar la información referencial incorporada en el debate público para asegurar que esta no guarda consistencia con el relato que la menor aportó en el juicio oral. Se insiste, si

⁸ Sobre la utilización de declaraciones anteriores al juicio oral, véase entre otras SP CSJ, radicados 44950 del 25 de enero de 2017, 43656 del 30 de enero de 2017, 43916 del 31 de agosto de 2016, y 52045 del 20 de mayo de 2020.

su intención era impugnar credibilidad con sus declaraciones anteriores, debió utilizar tal herramienta al momento de la práctica del testimonio de la menor, o solicitar la incorporación excepcional de información referencial, o el testimonio adjunto, si es que contaba con los requisitos para estas dos particulares pruebas, pero ello no ocurrió.

En consecuencia, se debe dar aplicación estricta al artículo 402 del C.P.P., según el cual, los testigos sólo deben declarar sobre los hechos que les consten de forma directa, y por lo tanto, es imposible que con las demás pruebas se incorpore información referencial, por lo que, si así se hizo, esta debe ser excluida de valoración. Bajo estos parámetros se deben analizar todos los medios de conocimiento, lo que no afecta el sentido condenatorio de la decisión que se perfila.

En ese orden, se reitera que el testimonio de M.Y.C.H. es concluyente respecto a la existencia de los hechos jurídicamente relevantes y la responsabilidad penal del procesado sin que sea posible analizar la información referencial que fue indebidamente incorporada con los testimonios de su madre, Rosiris María Hernández Terán, la médica Daniela Gallego Torres y la psicóloga Paola Nader Peñate.

Así las cosas, se impone destacar que en juicio M.Y. expuso haber salido de su casa y dirigirse al lugar de los hechos, nada dijo respecto a un presunto desplazamiento a una tienda antes de ir al sitio donde se dio el abuso. De modo que, no era necesario probar que en aquel momento hubiese algún establecimiento de comercio de tal tipo abierto al público.

La niña tampoco manifestó durante su testimonio que se sintiera mal porque el acusado tuviera contacto con algunas mujeres, de ahí que resulte infundado el argumento del recurrente, según el cual, el señalamiento en contra de PÉREZ ÁVILA fue falaz y temerario, originado en una indebida retaliación de la víctima, quien se vio afectada emocionalmente por dichas actuaciones del sujeto.

Adicionalmente, la menor fue reiterativa en que el delito se cometió el 27 de marzo del año 2021, fecha en que su madre estaba cumpliendo años, de ello no hay duda, dato que guarda congruencia con el aspecto temporal fijado en la acusación, donde se delimitó para el efecto un periodo comprendido entre los días 25 a 27 de los citados mes y año.

Ahora, ciertamente no quedó claro si el delito se cometió en la madrugada de aquel día o al finalizar la noche, pues a la menor se le efectuaron dos preguntas al respecto, así: (I) “¿Esa entrega del regalo que le ibas a hacer a la mamá, fue antes o después, era antes de lo que se presentó con SANTIAGO?”, a lo respondió: “después”, y (II) “¿La entrega del regalo fue antes o después de la situación que se presentó con SANTIAGO?”, a esto contestó: “fue antes”. En esos términos, es evidente que hubo una imprecisión en las respuestas, sin embargo, ello no tiene la trascendencia suficiente para revocar el fallo de condena.

Nótese que, pese a esta particularidad, las partes e intervinientes no aclararon el tema con M.Y.C.H., aun así, la testigo siempre se ubicó temporalmente en una fecha precisa, la cual recordaba por coincidir con el cumpleaños de su madre, data que se corresponde con la establecida en la hipótesis acusatoria. Además, no se advierte cuál sería la relevancia de tal inconsistencia en punto de demostrar la existencia del delito o la responsabilidad del procesado. En otras palabras, no hay duda que el acceso carnal relatado por M.Y. se ejecutó el 27 de marzo del año 2021.

Para superar suficientemente este punto, resulta apropiado destacar que los relatos de las menores víctimas no tienen que ser totalmente consistentes. Lo importante es que la prueba sea coherente en los aspectos sustanciales, sin que las imprecisiones en que pueda eventualmente incurrir el testigo generen una incongruencia de importancia determinante.

En ese orden, aunque no se puede desconocer que la información aportada por la niña fue imprecisa, ello solo afecta un particular punto del aspecto temporal, lo que no resta valor suasorio al señalamiento que hizo de un día en específico, a saber, el 27 de marzo del año 2021, dato que sin duda es el elemento sustancial de las circunstancias temporales del delito.

Además, la imprecisión obedeció principalmente a la desidia de las partes e intervinientes para superar la situación, de ahí que no pueda asegurarse que la testigo estuviera faltando a la verdad, o que sus manifestaciones sobre el aspecto temporal de la conducta lleven a asegurar que esta no existió.

Otro tema que debe destacarse es que M.Y. fue inequívoca cuando afirmó que PÉREZ ÁVILA conocía su edad, lo que es coherente con su relato si se tiene en cuenta que la niña manifestó que tenía contacto casi a diario con dicho sujeto vía celular, incluso, el propio acusado renunciando a su derecho a guardar silencio, testificó en juicio y aceptó que conversaba con ella por tal medio,⁹ así que sí hubo oportunidad para enterarlo de su edad. En ese orden, no se advierten elementos que resten credibilidad a esa manifestación de la testigo, y contrario a lo dicho por el apelante, en este caso tal elemento del tipo penal sí tiene sustento probatorio.

Véase que, en este punto, a la par del testimonio de la víctima, se han analizado las objeciones planteadas en relación a los testimonios de la psicóloga Paola Nader Peñate,¹⁰ así como el de Rosiris María Hernández Terán,¹¹ madre de la menor, pues el defensor quiso infructuosamente refutar la versión que M.Y.C.H. aportó en juicio con información referencial que aquellas transmitieron.

Aparte de esto, es pertinente señalar que Nader Peñate y Hernández Terán corroboraron que la menor presentó una actitud de tristeza posterior a la

⁹ Juicio oral del 10 de noviembre de 2022, archivo “*Audiencia Juicio 10-11-2022*” récord 00:21:01 a 00:37:14.

¹⁰ Juicio oral del 9 de agosto de 2022, archivo “*AUDIENCIA JUICIO 2021-0007*”, récord 02:11:07 a 02:33:44.

¹¹ *Ibidem*, récord 01:10:20 a 01:31:44.

comisión de la conducta. Además, la progenitora informó que su hija le dio un regalo de cumpleaños en el año 2021. Véase que estos son datos que se corresponden periféricamente con el relato de los hechos que entregó la víctima en juicio, haciéndola más creíble.

En consecuencia, resta por responder a los reproches que tienen por objeto el testimonio de la profesional de la medicina que efectuó la valoración médico legal a la niña y algunas pruebas de descargo.

3. La valoración médica

La fiscalía presentó el testimonio de la médica Daniela Gallego Torres,¹² quien manifestó haberse graduado de la carrera de medicina en febrero del 2021, ese mismo año, el 7 de mayo, se vinculó laboralmente con el hospital César Uribe Piedrahita, de Caucasia, en donde valoró a M.Y.C.H. el 3 de julio de dicha anualidad, hallando en el examen genital, tras aplicar la maniobra de riendas, un himen anular íntegro y elástico. Sobre esta última característica de tal membrana, explicó que es común en menores entre los 10 hasta los 13 años de edad, en razón del alto contenido de colágeno, lo cual permite que por esa zona pueda pasar de un pene erecto sin producir desgarros. Aunque tuvo en cuenta la versión de la niña, señaló que sus hallazgos tenían soporte esencialmente en las técnicas que utilizó.

El apelante critica la experiencia e idoneidad de la perito, aparte de ello, aduce que su intervención no es concluyente ni suficiente para soportar la sentencia condenatoria.

Al respecto, la postura de la defensa es meramente especulativa, a consecuencia de no haber demostrado que efectivamente la médica se equivocó, véase que, finalmente solo intenta ponerla en duda. Sobre las calidades profesionales de esta, importa señalar que ninguna discusión se

¹² Juicio oral del 9 de agosto de 2022, archivo “AUDIENCIA JUICIO 2021-0007”, récord 01:36:44 a 02:10:39.

presentó frente a su preparación académica. Ahora, la posición del recurrente supone una premisa que no soporta una evaluación rigurosa, pues implicaría que ninguna niña, en edad similar a la de M.Y., podría ser valorada por un médico con pocos meses de experiencia laboral. Si ello fuera así, los entes encargados de la regulación del ejercicio médico habrían dispuesto tal regla, pero no lo han hecho, por el contrario, enseña la experiencia judicial que es común que en muchos municipios, por diferentes razones, este tipo de dictámenes sea realizado por quienes apenas se encuentran iniciando su vida laboral como médicos.

Resulta importante destacar que en el presente caso interesa saber si se dio el acceso carnal en términos del artículo 212 del C.P., tarea exclusiva del Juez después de valorar las pruebas debidamente practicadas. En ese orden, una valoración serena del testimonio de la menor y los hallazgos médicos en su cuerpo, dan cuenta de que su zona vaginal presentaba características que eran compatibles con los hechos que comunicó en el estrado judicial.

Nótese que, dada la característica elástica del himen de la víctima, bien pudo darse la penetración sin dejar huellas. La prueba pericial no da cuenta de una condición diferente de los genitales de la niña que sirva para edificar una duda o descartar el acceso carnal. A propósito, es importante destacar que no es posible asimilar la desfloración del himen con la penetración, pues con tal argumento se olvida que no todo acceso carnal vía vaginal produce la desfloración del himen,¹³ por lo tanto, no es necesario que la demostración de la penetración deba hacerse a partir de este tipo hallazgos médicos.

Conforme a lo expuesto, se puede señalar que el resultado del examen evidencia que la menor presentaba huellas en su cuerpo concordantes con un contacto sexual que pudo implicar penetración, esto, aunque no es

¹³ Sobre el tema véase entre otras, SP CSJ radicados 49360 del 12 de mayo de 2021, SP1799-2021, M.P. José Francisco Acuña Vizcaya, y 57412 del 9 de junio de 2021, AP2302-2021, M.P. Eugenio Fernández Carlier.

totalmente determinante para asegurar la responsabilidad del acusado, sí hace más probable la tesis acusatoria y corrobora periféricamente la versión de la niña.

Entonces, en este caso la conclusión sobre la real existencia del abuso no depende exclusiva y estrictamente de los hallazgos médicos. Además, no puede olvidarse que es el Juez quien debe determinar si la pericia, valorada junto al restante material probatorio, es suficiente para afirmar la existencia del delito y la responsabilidad penal procesado.¹⁴

4. De las pruebas de descargo referidas por el apelante

Mirleidy Oviedo Arcila manifestó que PÉREZ ÁVILA es su compañero sentimental desde el año 2010, tienen un hijo en común, vivieron juntos en una casa humilde, cercada con plástico, la cual tiene una única una división con cortinas, precisamente su cuarto, y está ubicada en El Camello. Residencia que compartían con los padres y el hermano del procesado. Precisó que SANTIAGO JOSÉ, su hijo y ella dormían juntos. Destacó que entre el 25 y 27 de marzo del año 2021 estuvo con el acusado en tal vivienda, que recuerda esas fechas porque no salía de ahí y siempre estaba con aquel.¹⁵

Felipe Andrés Esquivel Contreras informó que conoce a SANTIAGO JOSÉ PÉREZ ÁVILA desde el año 2010 aproximadamente, pues este trabajó para él como ayudante de construcción.¹⁶ Aseguró que visitó la casa del acusado, ubicada en El Camello, la que aquel compartía con el papá, el hermano y la compañera sentimental, residencia que contaba con techos de plástico, paredes de tablas y no tenía divisiones, era solo un salón.

¹⁴ Sobre el tema, véase entre otras, SP CSJ Radicado 55052 del 30 de abril de 2019, AP1535-2019, M.P. Eugenio Fernández Carlier.

¹⁵ Juicio oral del 13 de septiembre de 2022, archivo "03ContJuicio13-09-2022Parte1", récord 00:03:35 a 00:32:52.

¹⁶ Juicio oral del 13 de septiembre de 2022, archivo "03ContJuicio13-09-2022Parte1", récord 00:35:00 a 00:42:15.

Estas pruebas de descargo, contrario a lo pretendido por el recurrente, no son suficientes para desacreditar la información que incrimina al acusado. Nótese que ambos aportaron información de la que se infiere que PÉREZ ÁVILA es una persona de sus afectos, Oviedo Arcila es su compañera sentimental y Esquivel Contreras su empleador desde hace varios años, en ese orden, sus declaraciones resultan limitadas por la falta de objetividad, es claro que difícilmente aportarían información que le comprometiera. Así que tales manifestaciones resultan insuficientes para desacreditar la versión de la víctima.

Véase que, aun cuando Mirleidy aseguró que para la fecha de los hechos estuvo en la casa donde se llevaron a cabo, no niega la conducta. Además, manifestó recordar tales datas porque nunca salía del lugar y siempre estaba en compañía de SANTIAGO JOSÉ, explicaciones muy genéricas y por lo tanto equívocas, pues resulta por lo menos llamativo que en 11 años de residir en tal inmueble nunca saliera de él o se separara de su compañero. Mientras tanto, Felipe Andrés no podía haber percibido el punible, por lo que no podía refutarlo.

Ahora, la víctima no dio cuenta de ninguna condición del lugar de los hechos que impidieran la ejecución del delito, tampoco se refirió a la presencia de otras personas allí, de modo que no se le confrontó sobre estos especiales puntos cuando testificó en juicio, adicionalmente, las pruebas de descargo atrás referidas no atacan de manera directa sus manifestaciones.

Conforme a lo analizado en esta providencia, no se advierte una hipótesis plausible de inocencia que beneficie al procesado. Por el contrario, se alcanzó en términos del artículo 381 del C.P.P., el conocimiento necesario para condenar, pues no existen dudas razonables sobre la responsabilidad penal de este en el acceso carnal abusivo del que fue víctima la menor M.Y.C.H. Respondidas así todas las inconformidades planteadas por el apelante, esta Sala confirmará la sentencia de primera Instancia.

Sin necesidad de otras consideraciones, **EL TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA**, en Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de naturaleza y origen conocidos, en cuanto fue materia de apelación.

Contra esta decisión procede el recurso extraordinario de casación en los términos del artículo 183 de la Ley 906 de 2004.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

RENÉ MOLINA CÁRDENAS

Magistrado

GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME

Magistrado

EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA

Magistrado

Firmado Por:

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

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

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

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

Código de verificación: **67ee355337fd2031f57717cc1f68a0f261a20ef5c1de8de60ae80be8de6f555f**

Documento generado en 09/11/2023 09:59:14 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

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 DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO DE ANTIOQUIA
SALA DE DECISIÓN PENAL



1

M. P. NANCY ÁVILA DE MIRANDA

Radicado único	051016000330202200030
Radicado Corporación	2022-1814-2
Procesado	JUAN FERNANDO GUERRA JIMENEZ Y OTRO
Delito	HOMICIDIO TENTADO
Decisión	REVOCA

Medellín, Dieciséis (16) de noviembre de dos mil veintitrés (2023)

Aprobado según acta Nro. 123

1. ASUNTO

Resuelve la Sala la apelación propuesta por la delegada de la Fiscalía Novena Seccional de Ciudad Bolívar en contra de la sentencia emitida el 27 de octubre de 2022 por el Juzgado Penal del Circuito de Ciudad Bolívar (Ant), mediante la cual se absolvió a los señores **Juan Fernando Guerra Jiménez y José Alejandro Caicedo Henao** de los punibles de Tentativa de homicidio en concurso con Fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes, por el cual fueron acusados, al no haberse desvirtuado la presunción de inocencia.

1

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

2. HECHOS

Según fueron reseñados en la decisión opugnada, de la siguiente manera:

“El día 31 de enero de 2022, cerca de las ocho de la noche, Juan Esteban Montoya Chavarriga subía por el barrio El Porvenir, municipio de C. Bolívar, a cumplir cita que le hiciera A. Vampiro, estando allí fue abordado por dos sujetos, entre ellos quien lo citó, y le manifestaron que necesitaban que les colaborara “campaneando los tombs”, mientras ellos vendían marihuana y bazuco, posteriormente le pidieron “cuero para trabarse”, y cuando les respondió que sólo tenía una pipa, uno de ellos desenfundó un arma de fuego, le pegó un tiro en la frente, y se echaron a correr, accionando de nuevo el arma en su contra, siendo alcanzados por la policía quienes procedieron con la captura de quienes se identificaron como Juan Fernando Guerra Jiménez y José Alejandro Caicedo Henao, a. Vampiro, por el delito de Homicidio, en modalidad de tentativa”.

3. ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

Ante el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal con Funciones de Control de Garantías de Ciudad Bolívar en audiencia preliminar celebrada el 01 de febrero de 2022, se formuló imputación a los señalados Juan Fernando Guerra Jiménez y José Alejandro Caicedo Henao a título de coautores, los delitos de Tentativa de homicidio en concurso heterogéneo con el de Fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones, cargos no aceptados por los imputados.

Previa presentación oportuna del correspondiente escrito de acusación por parte de la fiscalía por igual componente fáctico y jurídico, el día 12 de mayo de la misma anualidad el Juzgado Penal del Circuito de Ciudad Bolívar celebró la audiencia correlativa.

Con fecha 29 de junio siguiente, se llevó a cabo la preparatoria; mientras que el juicio oral tuvo ocurrencia durante los días 22 de julio, el 31 de agosto y 11 de octubre del presente año. En la última data se escucharon los alegatos de conclusión y se emitió el sentido absolutorio del fallo, lo que abrió paso para que allí mismo la funcionaria de primer grado procediera a la lectura de la sentencia, que, al ser apelada por la titular del ente acusador, ocupa ahora la atención de la Corporación.

4. LA DECISIÓN APELADA

Luego de plasmar datos acerca de la identificación e individualización de los acusados, un breve resumen de los hechos y plasmar los alegatos de las partes, pasó la señora Juez al acápite de consideraciones, para efectos de resolver el problema jurídico se cuestionó: i) Se demostró la materialidad de los delitos, bajo qué circunstancias; ii) la responsabilidad penal de cada uno de los acusados a título de coautores y iii) Si existe duda probatoria o ausencia de responsabilidad penal que permita absolver a los implicados.

Replicó la prueba testimonial tanto de la fiscalía como de la defensa, para significar que en el asunto en cuestión no existe incertidumbre en cuanto a la real ocurrencia del hecho violento

cometido en contra de la humanidad de Juan Esteban Montoya Chavarriaga, el cual se presentó el 31 de enero de 2022, a eso de las ocho de la noche, en el barrio El Porvenir del municipio, donde de forma sorpresiva fue impactado con proyectil de arma de fuego en la frente. En lo atinente al porte de armas, también estipulado, se cuenta con la certificación expedida por el Departamento de Control y Comercio de Armas, Municiones y Explosivos de las Fuerzas Militares, en el cual se consignó que los encausados, no cuentan con permiso de autoridad competente para portar armas o municiones de defensa personal.

Rememoró la versión rendida por la víctima en audiencia de juicio oral, aseveró que le picaron arrastre ese día a eso de las siete de la noche, uno con el alias de Vampi o Mampi con otro desconocido para él, para que se fueran a trabar, hasta le dieron un gramo y una piel (sic); después a las ocho de la noche se reunieron en un sitio oscuro, le pidieron un “cuero” cuando menos pensó, comenzaron a disparar, no vio arma, ¿entonces cuál de los dos lo impactó? No sabe los nombres de sus agresores, a uno lo ha visto “suave”, el de camisa blanca, al otro no lo conoce –de camisa roja-, pero asume por lo que le dijeron los policías, fueron los dos que estaban en pantalla –señalando los implicados en juicio-, no obstante, aseveró que cayó en la vía pública cuando le dispararon y había alumbrado público, razonando como *“ambivalentes las manifestaciones de la víctima, dejan serias dudas si en verdad fueron o no los acusados sus atacantes, porque con las manifestaciones de la comunidad y hasta los vecinos que lo creen muerto, es imposible condenar”*.

De otro lado, los agentes captos afirmaron que la víctima en el lugar de los hechos señaló a sus victimarios, lo que resulta extraño, que la víctima informara lo contrario en juicio, fueron los uniformados los que, al día siguiente, después de salir del hospital cuando le hicieron un “papeleo” le dijeron quiénes fueron sus agresores, firmó un documento, no sabe leer, de ahí que lo informado por los uniformados reviste serias dudas.

Con todo, como punto disímil de las versiones rendidas asentó, lo manifestado por la víctima al declarar que quienes le picaron arrastre portaban armas de fuego, sin desconocer que a la vez dijo, no haberlas visto; y paralelo se tiene, la atestación de los patrulleros, quienes indicaron que únicamente observaron a Juan Fernando llevar un revólver en la mano, el cual lanzó al bosque y no pudo ser recuperado, esto es, o ambos estaban armados o solo uno.

Indicó también el ofendido, que cuando fue impactado quedó tendido en la vía donde había alumbrado público, allí lo auxilió una ciudadana que lo llevó al hospital. Otra duda más, porque inicialmente dijo estaban en un sitio oscuro, tanto que no pudo ver las armas de sus atacantes. Probablemente la víctima por la forma como ocurrieron los hechos en la oscuridad, no logró ver de frente la persona que le disparó, por eso en la vista pública se limitó a decir lo que escuchó de los policiales, adverando que aquellas personas que estaban siendo procesadas fueron las mismas que lo impactaron, cuestionando la a-quo *¿cómo pudieron ser identificados e individualizados, sino se hizo reconocimiento fotográfico; además, cuando fueron*

capturados, no se les hizo estudio de residuos de disparo o espectrometría de absorción atómica (con el fin de identificar presencia de plomo, bario o antimonio), a efectos de establecer si en verdad Juan Fernando y/o José Alejandro accionaron armas?

Agrega además, la inviabilidad de sancionar a los acusados a título de coautores, porque no se demostró que entre los señores Juan Fernando y José Alejandro se hubiese fraguado ese plan criminal, ese ánimo e intención de cegar la vida de Juan Esteban Montoya Chavarriaga, pues aseveraron que apenas se conocen y casualmente se encontraron el día del hecho en la vía pública cuando la policía los capturó, tal como lo verbalizaron los testigos de descargo, en quienes no se avizoró ánimo avieso de mentir.

En conclusión, al no cumplirse el estándar probatorio para desvirtuar la presunción de inocencia, no encontró la señora Juez de instancia mérito para condenar a los procesados por la conducta endilgada.

5. SUSTENTACIÓN DE LA APELACIÓN Y PRONUNCIAMIENTO DE LOS NO RECURRENTES

La Fiscalía presentó sus argumentos destinados a persuadir por la revocatoria de la sentencia impugnada, que se resumen en el siguiente sentido:

La víctima de manera directa, y espontánea, en el momento que arribó a juicio señaló a las dos personas que se

encontraban en la vista pública como sus agresores, en ningún momento porque alguien se lo dijera. Fue a sí, como Juan Esteban Montoya indicó a los policiales que lo auxiliaron, que las dos personas que habían aprehendido eran las mismas que le habían disparado. Además, en el contrainterrogatorio, fue enfático en decir *“cómo voy a meter a los que no son”*.

Objeta el hecho de que la víctima no conociera los nombres completos de sus atacantes, pues de a uno de ellos lo conoce con el remoque de *“mampi o vampi”*, lo que no significa que aquellos sujetos no hayan sido los autores del atentado contra la vida de la víctima, estableciéndose por parte de la a-quo una tarifa legal como requisito para condena, y es que se manifieste el nombre de los agresores, de allí que las actividades de policía judicial estuvieron encaminadas a lograr la individualización e identificación de los sujetos activos, y si bien en este caso no se hizo reconocimiento fotográfico, tal acto se tornaba en innecesario pues se había realizado una captura en flagrancia, además del señalamiento directo por parte de la víctima, en el momento de los hechos.

Cuestionó la óptica de la señora juez, al dudar del procedimiento judicial realizado por los investigadores que se verbaliza bajo la gravedad de juramento, además de poner en tela de juicio lo manifestado por la propia víctima, misma que arriesgó de nuevo su vida al presentarse en juicio para dar a conocer de manera detallada lo sucedido, así como señalar de frente a quienes por poco acaban con su vida, sin explicación alguna.

Advertido esto, señaló que existe coherencia en la declaración de la víctima, contrario a lo elucidado por la A quo, pues claramente quedó establecida la autoría de los heridores, según el propio Juan Esteban así lo dejó demostrado al identificar plenamente a sus agresores, precisamente las mismas personas que ya conocía.

Consideró que el análisis de la causa que hoy nos ocupa no ha sido completo, pues “No le asiste razón alguna a la señora juez ante la indebida valoración de la prueba testimonial la cual fue directa, y no de oídas, para concluir que existen duda frente a las manifestaciones de la víctima que vio directamente a los sujetos que lo agredían, que conocía a uno de ellos por el alias, que de nuevo los señaló en juicio.”, siendo ello indicativo con claridad de que existen unos agresores que fallaron en su cometido principal, pero no por ello deja de ser evidente la intención de matar, pues dada la letalidad de las heridas, el lesionado pudo perder la vida de no ser por la intervención oportuna de los galenos.

Concluyó que la Juez de conocimiento no se orientó bajo el imperativo de la objetividad a fin de esclarecer la verdad, debiendo revocarse la decisión de primer grado, para en su lugar, condenar a los enjuiciados por los ilícitos objetos de acusación.

No hubo pronunciamiento por los no recurrentes.

6. CONSIDERACIONES DE LA SALA

6.1 Competencia

Competente como es la Corporación para conocer de la contención en este caso presentada, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 1º del artículo 34 de la Ley 906 de 2004.

6.2. Caso Concreto

Acorde con los argumentos puestos a consideración de esta Colegiatura por parte del apelante, considera la Sala que de los mismos se desprende como problema jurídico el siguiente:

¿Con la prueba practicada legalmente en el juicio oral pudo la fiscalía desvirtuar la presunción de inocencia que constitucionalmente ampara a los ciudadanos Juan Fernando Guerra Jiménez y José Alejandro Caicedo Henao y, en consecuencia, se imponía aquí la emisión en su contra de una sentencia condenatoria por la comisión del delito de homicidio tentado en concurso heterogéneo con fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones, como lo reclama el apelante? O, en contraste, ¿obró con corrección jurídica la funcionaria de primer grado al descollar el debate con fallo absolutorio, bajo la persuasión de no contar con elementos de juicio que decanten sin dudas la responsabilidad penal de los acusados?

Como quiera que explícitamente la Fiscalía reclama la revocatoria de la sentencia de absolución, para que se dicte en su reemplazo una de tipo condenatoria, en tanto asegura que se probó en juicio que el delito de homicidio tentado por la

acción de un arma de fuego –sin salvoconducto- son atribuibles a los procesados, corresponde revisar atentamente el asunto en orden a establecer la veracidad o no de estas afirmaciones.

Para el efecto se deben considerar varios aspectos, relacionados con la revisión de los insumos probatorios entregados por el ente acusador para demostrar su acreditación, en este caso testimonios y estipulaciones, contrastándolas con las pruebas presentadas por la Defensa para acreditar positivamente la inocencia de sus clientes. Del análisis en conjunto de estos medios de convicción, se concluirá sobre si hay lugar a afirmar la absolución de los señores Juan Fernando Guerra Jiménez y José Alejandro Caicedo Henao o deviene necesaria su condena.

Dígase entonces, primigeniamente que en la sistemática procesal de que trata la Ley 906 de 2004, para condenar se requiere un conocimiento más allá de toda duda acerca del delito y de la responsabilidad penal del procesado, que ha de ser provisto a través de las pruebas aducidas en el juicio oral. El proceso, como imperativo especial para la Judicatura, persigue el establecimiento de la verdad y la justicia con objetividad; la verdad no es más que la correspondencia entre la representación subjetiva que el sujeto se forma y la realidad u objeto aprehendido por éste, en particular, a través de la reconstrucción más fidedigna posible del comportamiento que interesa al derecho punitivo, a la que se le atribuirán las consecuencias legales: la absolución o la condena.

Así mismo se tiene que no resulta posible arribar a la certeza absoluta por razones epistemológicas y empíricas, en cambio se aboga por una de carácter racional o relativa, sujeta en últimas a lo que sobrevenga probado en el proceso penal, lo que a su vez está ligado a la valoración suasoria del juzgador según las reglas que legalmente se le han asignado, lugar donde se inscribe el concepto de condena más allá de toda duda razonable, porque la presencia de dubitaciones sobre lo objetivo y subjetivo del delito de entidad y peso para propiciar escenarios de incertidumbre, se catapultan a favor del procesado como desarrollo del principio in dubio pro reo y en contra de la pretensión persecutoria del Estado por no haber podido avanzar más allá de la presunción constitucional de la inocencia. Veamos:

“Así las cosas, no resulta conforme con la teoría del conocimiento exigir que la demostración de la conducta humana objeto de investigación sea absoluta, pues ello siempre será, como ya se dijo, un ideal imposible de alcanzar, como que resulta frecuente que variados aspectos del acontecer constitutivo de la génesis de un proceso penal no resulten cabalmente acreditados, caso en el cual, si tales detalles son nimios o intrascendentes frente a la información probatoria ponderada en conjunto, se habrá conseguido la certeza racional, más allá de toda duda, requerida para proferir fallo de condena. Por el contrario, si aspectos sustanciales sobre la materialidad del delito o la responsabilidad del acusado no consiguen su demostración directa o indirecta al valorar el cuadro conjunto de pruebas, se impone constitucional y legalmente aplicar el referido principio de resolución de la duda a favor del inculcado, el cual a la postre, también se encuentra reconocido en la normativa internacional como pilar esencial del debido proceso y de las garantías judiciales.”²
(Negritas fuera del texto original)

Pasa entonces la entidad tribunalicia a establecer cuál fue la información aportada como medio de prueba que, como es

² CSJ SP, 16 abril 2015, Rad. 43.262.

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

deber, incumbe analizarlo en contexto, tanto por el material allegado al proceso a instancias del órgano acusador como por el aducido por petición de la defensa.

Como primer testigo la delegada de la Fiscalía General de la Nación, presentó a César Eduardo Londoño Mesa, quien relató lo siguiente: el 31 de enero de 2022, mientras realizaba, en compañía de su compañero patrullaje preventivo y disuasivo por el sector del barrio la Cabaña, calle 50 a la altura del billar "Loano", cuando escucharon varias detonaciones por la calle 51 B del barrio Porvenir, por la cercanía con el lugar subieron, percatándose que varios personas corrían hacia abajo, y otra tendida en el piso quien estaba siendo auxiliada por la comunidad, instante en el que vieron a dos sujetos metiéndose entre la maleza, gritándoles "alto, policía nacional, alcen las manos", observando que el joven a quien más adelante identifica como Juan Fernando Guerra Jiménez, llevaba en su mano derecha un arma de fuego, elemento que arrojó a la maleza, y el cual después de un barrido no pudo ser ubicada. Los dos sujetos fueron capturados, sin embargo, quien llevaba el arma opuso resistencia e intentó huir, debiendo llegar patrulla de apoyo, porque no se quería dejar aprehender, sufriendo algunas lesiones por una caída que se presentó. Una vez retenidos, la víctima les manifestó "que estos jóvenes habían sido los que lo habían citado y disparado en ese lugar"³. Rememora que el lugar de los hechos, es una calle larga, vía pública, que va a dar directamente a un cafetal, encontrándose antes de eso, un parquecito, logrando que el lugar tenga buena iluminación. En la vista pública, reconoció a

³ Audiencia de juicio oral de fecha 22 de septiembre de 2022. Récord 22:48

los procesados, como aquellas personas que capturó el día de los hechos.

Frente al cuestionamiento de la delegada del ente acusador de cómo se encontraba la víctima, cuando los capturados fueron aprehendidos, el testifical rememoró “se encontraba consciente doctora, el cual en bien nos vio afirmó estos manes fueron los que me citaron y me dispararon”, y ante el interrogante de la reacción de aquellos cuando vieron a la víctima, atestiguó “agacharon la cabeza”. Explicó que la víctima fue trasladada en motocicleta por una señora, hacía el hospital, sin conocer quien fue aquella persona, pues la auxilió y después lo dejó afuera del centro médico.

Apuntaló también, que al día siguiente la víctima Juan Esteban Montoya, se acercó a las instalaciones de la policía a rendir entrevista, luego de eso, aquel se perdió de la municipalidad.

También se escuchó a la víctima, Juan Esteban Montoya Chavarriaga, el cual relató que el día 30 de enero del año 2022, día lunes, a eso de las ocho de la noche, fue víctima de un balazo que le impactó su frente, pero por suerte no trascendió a mayores porque en ese sitio, precisamente, tiene una platina que le pusieron en otra ocasión, por una lesión con arma de fuego. Los hechos acaecieron según manifestó, en el barrio el Porvenir y los responsables son las dos personas que aparecen como procesados, los cuales “le picaron arrastre y le tiraron a la traición”. Así lo expuso “*la verdad fue ellos me picaron arrastre, que me fuera a trabar allá con ellos y cuando llegué allá en una oscuridad me llamaron venga pa acá. Me llamaron y me*

encendieron a bala, esa fue la tiene cuero y yo le dije no tengo y de una sacaron y me encendieron y yo en pura ahí, jummm yo no sé cómo voltié, la verdad no sé cómo voltie, en todo caso, voltie ahí, ellos son los que están ahí en la cámara". En la vista pública, reconoció a sus perpetradores, indicando que uno estaba de rojo, desconociendo su nombre ni cómo le dicen y el otro de camiseta blanca apodado vampiro.

Cuando la delegada fiscal, solicitó explicación sobre el término "picaron arrastre", pormenorizó "la vuelta fue sencilla, ellos me dijeron, que vamos a trabajar, y yo que, yo les dije que si, muerto de miedo, porque si les digo que no, si pilla, entonces les dije que si muerto de miedo, entonces me dijo vea le regalo este gramo pa que no se vaya, más sin embargo, yo me iba a ir, y me dijeron no se vaya yo le regalo estos dos cigarros y una caja de fosforo, si me entiende, cuando me fui pa arriba y le dije a los gemelos, gemelos sabe que, un parcerero ahí me va a dar este gramo y yo estoy azarado con esos manes y me van a dar dizque un bareto, y voy por el bareto, cuando ellos van subiendo y me dicen venga trábese, cuando echaron para la oscuridad y yo oiga, yo inocente, vamos, cuando llegue allá me dicen no tiene cuero, no, cuando sacan eso y me prenden"⁴. Aclara que cuando no tiene cuero hace referencia a "enchimbarme ahí pa poderme dar"⁵. Explica que, si les vio el arma porque le pegaron un tiro, sin saber cuál era la clase de arma, por la oscuridad del lugar. En sus palabras refirió: "no pille porque era de noche porque estaba de noche, ahí si le digo mentiras"⁶.

⁴ Audiencia de juicio oral de fecha 11 de octubre de 2022. Récord 11:20

⁵ Audiencia de juicio oral de fecha 11 de octubre de 2022. Récord 12:50

⁶ Audiencia de juicio oral de fecha 11 de octubre de 2022. Récord 13:32

Ante pregunta que le hiciera la delegada del investigador de por qué estaba tan seguro que eran ellos, con vehemencia verbalizó *“pero madre si me picaron arrastre por eso estoy aquí, sino no estuviera, no me que me tiraron a la traición”*⁷. Informó que para ese momento quedó consciente pero asustado.

Informó que a “vampiro” lo conoce “suave” porque lo distinguía de tiempo atrás y al otro no lo había visto antes, rememorando que en la cárcel le dijo a vampiro *“usted es muy traicionero pa, como me van a hacer eso y me dijo que él no sabía, como no iban a saber”*⁸, situación que sucedió al día siguiente cuando debió ir a la estación de policía a hacer un papeleo, *“donde constaba que esos manes si habían sido”*⁹

En sede de conainterrogatorio, la defensa cuestionó su veracidad, preguntándole *¿Cómo está seguro de que ellos dos estaban disparando?*, contestando *“si ellos fueron los que me convidaron a trabarme y me dijeron no tiene cuero, ellos me convidaron, no se vaya, vea le regalo estos dos cigarros, y este porro, yo como voy a meter a los que no son pa, el arma no la vi porque estaba de noche, pero es que ellos si fueron pa, el arma yo no la vi, pero ellos fueron, no ve que ellos fueron los que me picaron arrastre, no me está escuchando, sino hubieran sido ellos, porque fueron y se escondieron en ese monte que los tombo lo sacaron mal sacados, de esa cañada allá, que*

⁷ Audiencia de juicio oral de fecha 11 de octubre de 2022. Récord 13:38

⁸ Audiencia de juicio oral de fecha 11 de octubre de 2022. Récord 16:50

⁹ Audiencia de juicio oral de fecha 11 de octubre de 2022. Récord 25:20

estaban haciendo allá, jugando escondidijo”¹⁰. Exteriorizó que si le dijo a los policiales que ellos habían sido sus agresores.

Refrendó que inicialmente conversó con ellos a eso de las 7 p.m. y ya a las 8 p.m., aquellos le ofrecieron juntarse para “trabarse”, momento en el cual sucede lo que es objeto de debate. Así lo explicó: “¿Usted todo el tiempo estuvo con ellos? No, en el momento no le digo que yo hable con los gemelos, pero en el momento todo el tiempo no estuve con ellos, me picaron arrastre como a las 7 y me dijeron, ahora más rato nos trabamos, vea le regalo estos cigarros, le regalo esta caja de fósforos, le regalo este gramo, ahora más rato nos trabamos, cuando yo le dije que no, que tin, y me dicen hágale que ahorita nos trabamos y yo les dije hágale que sí, cuando yo me fui para el porvenir para el parque con esos parceros, que es un parche de bicicletas que suben a la mansa, le dije tan raro, un parcerero me regalo esto, estos cigarros, y que me va a regalar la traba, hasta les dije a ellos, entonces a mi donde me hubieran dañado ya los gemelos sabían quien era, que eran ellos, no ve que ya yo les vía dicho, yo iba a ir por la traba, no ve que me iban a dar la traba, y entonces ahí fue cuando fui y me los encontré y me dijeron venga venga venga trabémonos y yo normal, vamos a trabarnos y ahí fue me dijeron tiene cuero y yo les digo que no, y yo, ve va a sacar la bareta, cuál bareta, cuando veo es que sacan esa mierda es prendida”

Quien le picó el arrastre tenía buzo negro, que es la persona que viste camiseta roja en la diligencia, y Vampi portaba buzo blanco, así se lo dijo a los policías cuando le hicieron el papeleo,

¹⁰ Audiencia de juicio oral de fecha 11 de octubre de 2022. Récord 19:46

que no leyó porque no sabe, únicamente puso su nombre. El defensor impugnó credibilidad respecto a las prendas de vestir consignadas en la entrevista, al diferir de las anunciadas en audiencia por el declarante; dio lectura al texto donde aparece: “...para el día de ayer vestía una sudadera color azul oscura y chompa color gris, fue el que me picó arrastre para matarme”

En pregunta complementaria, manifestó que duró solo medianoche en el hospital, porque a pesar de que el impacto fue en la cabeza, aquel no causó estragos, porque la platina que tiene en la parte frontal evitó que la misma ingresara a su cuerpo.

En igual sentido, se escuchó al patrullero Fidel Francisco Ramos Herrera, corroboró lo expuesto por su compañero de patrulla Londoño Mesa, al indicar que estaban en tercer turno de vigilancia y se desplazaban por el barrio la Cabaña del municipio, cuando escucharon disparos por el barrio El Porvenir muy cerca, de inmediato se dirigieron al sitio (no tardaron ni 20 segundos en vehículo motorizado), cuando observaron varias personas y algunos señalaban que habían matado a alguien, avistan a dos jóvenes que apenas los ven salen corriendo por la vía pública, uno de ellos llevaba un revólver en la mano que lanzó en la zona boscosa, pero no fue posible encontrarlo, por eso los capturan, de ahí a donde estaba el herido había unos 15 o 20 metros de distancia, éste los señaló como sus agresores. Manifestó, quien lanzó el arma de fuego fue Juan Fernando Guerra Jiménez, ese día vestía de sudadera y gorra negra.

Reconoció en sala virtual de audiencia a los dos individuos que capturaron el día 31 de enero del presente año a las 19:55 horas de la noche. Sitio donde explicó había buena visibilidad por la luz pública, pero al fondo donde arrojaron el arma por ser zona boscosa, cafetal con muchas hojas y por estar ya de noche, era escasa la visibilidad.

Como testigos de descargos, se escuchó a la menor M.V.H.V., asistida por el comisario de familia, en garantía de sus derechos legales, refirió que su hermano José Alejandro Caicedo Henao, estaba con un compañero, persona que lo acompaña como procesado, quien manifestó “ese día yo bajaba en de la cancha y la moto de la policía también estaba en la principal, a él lo estaban requisando normalmente y al él lo cogieron con el compañero, mientras él me dijo Vale hágame el favor y va a la casa por la cédula, yo fui por ella, y ya cuando yo iba para allá, ya a él lo llevaban esposado, él iba cabeciagachado y a él no le cogieron nada”¹¹, refiere no acordarse la fecha en que sucedieron los hechos, no obstante su mamá si lo recuerda, aseverando “que su hermano estaba ahí con el compañero, normal, no estaban haciendo nada de malo”¹². Mencionó que la policía llegó a requisar a su hermano a eso de las 7 p.m., sobre la vía principal, ósea, “allá arriba en el olimpo, pero afuera”¹³. En sede de contrainterrogatorio, informó que del olimpo al barrio el Porvenir, son 5 pasitos.

También se escuchó, a la señora María Lucelly Henao Vargas, quien, en su deponencia, mencionó que declaraba para que le

¹¹ Audiencia de juicio oral de fecha 11 de octubre de 2022. Récord 31:10

¹² Audiencia de juicio oral de fecha 11 de octubre de 2022. Récord 32:50

¹³ Audiencia de juicio oral de fecha 11 de octubre de 2022. Récord 37:08

dieran la libertad a su hijo, refiriendo “ese día estaba en la cocina, y lo mande a llamar a comer, y cuando yo salí, ya lo tenían esposado allá afuera”¹⁴, hecho que sucedió a las afueras de su casa en el barrio el olimpo. Afirma seguidamente “ellos me pidieron permiso para realizar allanamiento en mi casa, luego salieron con él y se lo trajeron pa acá para el comando”¹⁵, hecho que sucedió entre las 8:30 y 9:00 p.m. asegurando que para ese momento su hijo se encontraba solo, vistiendo sudadera negra, camiseta y zapatos blancos.

El acusado Juan Fernando Guerra Jiménez al renunciar a su derecho de guardar silencio, frente a los hechos en los cuales se encuentra inmerso, informó “el día 31 de enero yo estaba en el lugar, el barrio El Olimpo, ahí que queda por la parte de debajo de la bomba, yo estaba ahí esperando el transporte porque me dirigía hacía el Carmen de Atrato, entonces estaba ahí con este compañero con José Alejandro, estábamos ahí, cuando se arrima una patrulla de los cuadrantes, una patrulla solamente, una moto, dos policías, nos pide que el registro, normal nosotros nos dejamos requisar, normal, luego el policía me dice a mi que la cédula, entonces yo ahí no portaba la cédula en el momento y el otro pelao tampoco, entonces el policía llega y mete la cédula mía al celular y dice que no había problema y luego el otro pelao como no se sabe el número se dirigieron con él a la casa de él, dizque por la cédula supuestamente, eso fue lo que dijeron los policías, entonces a mi me quedaron ahí un cuadrante y en ese momento subió la camioneta de la reacción cuando me fueron diciendo que dizque tenía que

¹⁴ Audiencia de juicio oral de fecha 11 de octubre de 2022. Récord 1:05:18

¹⁵ Audiencia de juicio oral de fecha 11 de octubre de 2022. Récord 1:07:02

acompañarlos que porque yo no portaba en ese momento la cédula y que me tenían que identificar bien en el comando. Entonces en el momento en el que yo estaba ahí en el olimpo, normal sin esposas me dirigen hacia la camioneta yo no opongo resistencia porque yo no tenía nada que ver ahí, yo no sabia en que problema me iban a incriminar, cuando en el momento que yo me montó en la camioneta cuando ya estaba el pelao con el que yo estaba sentado en el olimpo, estaba metido en la camioneta, entonces bueno nos bajan para acá abajo para el comando, luego que pasa, empiezan ahí ya a mostrar, empiezan a llamar dizque para el hospital que porque había una persona herida supuestamente. Entonces que es lo que pasa, ya después de la media noche empiezan ya dizque, pues a mí me metieron demasiada presión dizque que entregara supuestamente el arma y que yo que no sé qué, y me dieron mera garrotera y todo y yo sin saber nada. Entonces luego, subieron supuestamente la victima y que estaba diciendo que nosotros le habíamos ocasionado los disparos, pues yo en el momento ese que sucedieron esos hechos cerca de las 8 me encontraba en el lugar el olimpo y entonces que es lo que pasa, que yo según lo que veo de este caso dicen que los hechos sucedieron en el barrio el porvenir y yo del poco conocimiento que tengo, el olimpo siempre queda muy retirado del porvenir y como estos policías van a decir que me cogieron en medio de una persecución si yo estaba sentado en la vía principal del Olimpo, ahí cerca de la bomba"¹⁶. Asevera que los policiales que declararon en la diligencia, no fueron los mismos que lo capturaron ese día.

¹⁶ Audiencia de juicio oral de fecha 11 de octubre de 2022. Sesión 3. Declaración de acusados. Récord 1:07:02

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

Por su parte, el coacusado José Alejandro Caicedo Henao, en su testificación, expuso que a la víctima no la conoce, “lo veía por ahí que era un gamín”¹⁷, verbalizando frente a lo acaecido “que estaba ahí sentado con él, llegaron los tombos y los requisaron normal, como yo vivo en el Olimpo, ahí estábamos en la principal, sentado en una cerita enfrente del Olimpo, sentado con Juan”. A su compañero de causa lo conoce muy poco, lo conoció “ahí afuera”.

Puntualizó de esta manera: “que ese día de la requisa nos requisaron normal, luego me dejaron ir, y ya la motorizada fue y me capturó, que me tenían que identificar bien, que me tenían que bajar, entonces yo normal me dejé”¹⁸, seguidamente la defensa lo interroga ¿Qué le dijeron a Usted los policías cuando le hicieron esa requisa? Contestando “me pidieron la cédula, llegaron me pidieron la cédula, no la tenía en el bolsillo, mande a mi hermana por ella, y luego me dejaron ir normal, y ahí me cogieron en el callejón y me sacaron”¹⁹. Cuestiona la defensa el hecho de que lo volvieran a retener, si ya lo habían soltando, a lo que respondió “como le digo, era para identificarnos bien, entonces ahí nos bajaron a los dos al comando, luego nos dejaron ahí y luego llegó ese man del tuerto culpándonos de que nosotros les habíamos disparado. Luego nos dejaron aquí en el comando y nos reseñaron”²⁰.

En el caso objeto de estudio se evidencia que la prueba testimonial practicada en juicio oral, fue en verdad escasa, en

¹⁷ Audiencia de juicio oral de fecha 11 de octubre de 2022. Sesión 3. Declaración de acusados. Récord 15:55

¹⁸ Audiencia de juicio oral de fecha 11 de octubre de 2022. Sesión 3. Declaración de acusados. Récord 18:15

¹⁹ Audiencia de juicio oral de fecha 11 de octubre de 2022. Sesión 3. Declaración de acusados. Récord 19:02

²⁰ Audiencia de juicio oral de fecha 11 de octubre de 2022. Sesión 3. Declaración de acusados. Récord 19:15

tanto a la misma solo se allegaron las declaraciones de Juan Esteban Montoya Chavarriaga -víctima-, Cesar Eduardo Londoño Mesa y Fidel Franco Ramos Jiménez -Agentes de policía que realizaron la captura en flagrancia. Adicionalmente, fueron objeto de estipulación probatoria: la plena identidad de los investigados, plena identidad de la víctima Juan Esteban Montoya Chavarriaga, el dictamen médico legal que dio cuenta de las lesiones ocasionadas con proyectil de arma de fuego, y el oficio del CINAR del 01 de febrero de 2022 que da cuenta que los encausados no se encuentra registrado en el Sistema Nacional de Control y Comercio de Armas.

No obstante la escasez probatoria, ello no es sinónimo de ausencia de comprobación de la materialidad de la infracción o de la responsabilidad de los implicados, porque tal como lo refirió la delegada del ente persecutor en calidad de recurrente, en el sentido que en este asunto se presentó una “indebida valoración de la prueba testimonial”, para la Corporación, contrario al raciocinio de la falladora de instancia, en este asunto no solo se acreditó la materialidad de la ilicitud, sino también el compromiso que en los hechos le asisten a los procesados, como pasa a verse:

Dígase primigeniamente, lo cierto es y no admite discusión alguna, que al señor Juan Esteban se le causó una lesión producida por proyectil de arma de fuego en su frente y la misma hubiera sido de tal magnitud que de no haber tenido una platina en esa parte de cabeza, tal vez su desenlace hubiera sido ineludible. De ello simplemente se logra establecer sin dubitación alguna la materialidad de la infracción.

De hecho, el devenir fáctico demuestra que la intención inequívoca de los agresores no era otra que la de segar la vida del ciudadano en mención, en primer lugar, le dispararon a quema ropa en su frente, y al no lograr su cometido, en varias ocasiones dispararon arma de fuego de poder letal en su contra, comportamiento que, evidencia el dolo necandi, así como la finalidad de su ataque, que no era otro que el de quitarle la vida al afectado, razones más que suficientes para que en el caso objeto de estudio, se predique la tentativa de homicidio.

Situaciones como la descrita las recoge el artículo 27 del Código Penal bajo la figura de la tentativa, al indicar: *“El que iniciare la ejecución de una conducta punible mediante actos idóneos e inequívocamente dirigidos a su consumación, y esta no se produjere por circunstancias ajenas a su voluntad...»*

Figura jurídica en relación con la cual Nuestro Órgano de cierre, hizo las siguientes precisiones²¹:

“De acuerdo con ese precepto, el delito tentado se configura cuando el agente (i) *inicia la ejecución* de una conducta punible (ii) mediante actos *idóneos e inequívocamente* dirigidos a su consumación, (iii) pero por circunstancias ajenas a su voluntad no logra su realización.

(i) La exigencia de que el actor *inicie la ejecución* del delito sustrae de la órbita del derecho penal aquellos fenómenos subjetivos que no tienen manifestación alguna en la realidad (la ideación del ilícito) como también los actos preparativos de la conducta punible, los cuales, aunque sí trascienden al mundo material, están aún, en un curso causal hipotético, muy lejanos de la amenaza o lesión del bien jurídico como para suscitar

²¹ SP1175-2020 Jun 10 de 2020 Rad. 52341

respuesta alguna del derecho penal (desde luego, salvo que constituyan, en sí mismos, un comportamiento penado autónomo).

La distinción entre los actos preparativos y los de ejecución puede resultar, en algunos casos, problemática, tanto en el campo teórico como en la práctica judicial. De ahí que la doctrina especializada haya propuesto distintas metodologías y construcciones conceptuales orientadas a lograr la disociación satisfactoria de unos y otros, verbigracia, la solución objetivo-formal²² y las teorías de la peligrosidad²³ y la acción intermedia²⁴, entre otras.

La Sala, de tiempo atrás, ha optado por aplicar un criterio mixto, que atiende, por una parte, al examen de la adecuación social de los actos realizados por el actor para amenazar el bien jurídico tutelado y, por otra, a su plan criminal (con la admitida dificultad de que éste no siempre puede conocerse o inferirse a partir de la información recabada en el proceso):

«... es a partir de la ponderación del plan del autor y de los actos socialmente adecuados para poner en peligro el bien jurídico, que se impone analizar en cada caso concreto si se está en presencia de actos preparatorios o ejecutivos y, con ello, constatar si se presenta o no la figura de la tentativa como dispositivo amplificador del tipo»²⁵.

(ii) Para que la tentativa se configure, los actos realizados por el sujeto activo, además de implicar verdadera ejecución del delito pretendido y no su simple preparación, deben ser *idóneos* para lograr su consumación y estar *inequívocamente dirigidos* a ese fin.

(a) Lo primero - la verificación de que los actos desplegados por el actor son idóneos para lograr la consumación del delito - es una condición que se deriva de las lógicas subyacentes a un derecho penal orientado a la protección de bienes jurídicos. Por ello, su relevancia variará si al sistema de represión criminal del Estado se la atribuyen finalidades diversas, como la garantía de la vigencia de las normas²⁶.

Esta comprobación es de naturaleza objetiva (entendida la expresión no en términos literales, sino como *intersubjetividad* que trasciende al agente) y se sustenta en la apreciación que, con

²² Al respecto, ALCÁCER, Rafael. *Tentativa y formas de autoría. Sobre el comienzo de la realización típica*. Ed. Edisofer, 2001.

²³ *Ibidem*.

²⁴ MAÑALICH, Juan Pablo. *Inicio de la tentativa y oportunidad para la acción*. En *Revista Chilena de Derecho*, vol. 46, n. 3, ps. 821 – 844.

²⁵ CSJ SP, 8 ago. 2007, rad. 25974, reiterada recientemente en CSJ SP, 11 mar. 2020, rad. 56434. Así mismo, CSJ SP, 21 nov. 2018, 50543.

²⁶ Al respecto, JAKOBS, Günther. *Derecho Penal. Parte General*. Ed. Marcial Pons, 1997.

apoyo en las máximas de la experiencia (y las reglas de la ciencia, en cuanto resulten relevantes), se haga del peligro que para el bien jurídico conlleva el comportamiento. Así, a efectos de discernir si los actos son o no idóneos para lograr la consumación del delito, resulta necesario examinar los presupuestos fácticos de su ejecución con atención a las circunstancias modales que los rodean y establecer si, en un curso causal *ordinario*, tenían la aptitud de provocar el resultado típico que define la infracción consumada²⁷.

La no idoneidad de los actos ejecutivos puede ser *relativa* o *absoluta*, según se les repute tales por razón de las circunstancias de modo en que se producen o con independencia de ellas.

Por ejemplo, será *relativamente inidóneo* para matar el acto de quien dispara con una pistola de balines a una persona que se desplaza en un vehículo blindado, en tanto la experiencia enseña que dicho comportamiento, en esas específicas circunstancias, carece de la entidad para provocar la muerte del segundo. Es posible, sin embargo, que en otras condiciones modales (por ejemplo, si con idéntica arma le dispara directamente en un ojo) la valoración sea diferente.

En cambio, si los actos desplegados por el sujeto activo son *siempre*, con abstracción de las circunstancias modales del caso concreto, incapaces de producir el resultado pretendido (como sucede, según la recurrente hipótesis académica, cuando se pretende derrumbar un avión en vuelo con una flecha o, más aún, con rezos o invocaciones) habrá de concluirse que aquellos son *absolutamente inidóneos*.

No sobra anotar, en particular de cara a la controversia puntual que formula la demandante, que el estudio de idoneidad de los actos debe realizarse desde una perspectiva anterior a su ejecución – *ex ante* – y no posterior²⁸. La razón es evidente: con apoyo en una valoración *ex post*, toda tentativa *concreta* habrá de reputarse inidónea, pues de no serlo, habría culminado con la consumación del delito pretendido.

(b) La exigencia de que los actos realizados por el agente estén *inequívocamente dirigidos* a lograr la consumación del delito, en cambio, alude a su órbita subjetiva, tanto volitiva como cognoscitiva. Se trata, entonces, de la constatación - directa o inferencial - de que lo pretendido por aquél al iniciar su ejecución era justamente lograr la producción del resultado típico.

²⁷ En este sentido, RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo. *Delito imposible y tentativa de delito en el Código Penal Español*. En *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1971, ps. 369 a 390.

²⁸ En este sentido, MIR PUIG, Santiago. *Sobre la punibilidad de la tentativa inidónea en el nuevo Código Penal*. En *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n. 3 (2001). Véase también ALCÁCER GUIRAO, Rafael. *La tentativa inidónea. Fundamento de punición y configuración del injusto*. Ed. Marcial Pons, 2013.

Desde luego, esta comprobación rara vez se logra de manera directa (como cuando el agente admite la finalidad de su comportamiento) y, a diferencia de lo que sucede con el delito consumado, no puede deducirse racionalmente del resultado, precisamente porque éste, en la tentativa, no se configura: por ejemplo, desde el plano estrictamente objetivo, del acto de tomar sin autorización el vehículo de un tercero puede afirmarse que estaba dirigido a la *apropiación* del bien (y con ello, que corresponde a la ejecución de un *hurto*), o bien, que se realizó con el propósito de *utilizarlo* para después devolverlo (con lo cual el delito intentado sería el de *hurto de uso*).

Por lo anterior, este juicio normalmente reposa en procesos inferenciales, para los cuales resulta útil la valoración conjunta de las características objetivas de los actos ejecutados por el sujeto activo, las circunstancias modales que los rodean y, en cuanto se conozca, el plan del autor.

(iii) Finalmente, la tentativa reclama que el resultado típico pretendido por el sujeto activo no se configure «*por circunstancias ajenas a su voluntad*», por ejemplo, por la intervención obstructiva de un tercero o circunstancias fortuitas. Si lo que impide la efectiva consumación del delito es la voluntad del agente, el curso causal carecerá de relevancia penal a menos que, en su desarrollo, haya incurrido en comportamientos revestidos de tipicidad autónoma.”

El punto álgido a resolver es lo atinente a la responsabilidad que en los hechos le pueda asistir a los encausados, y para el efecto debemos empezar por decir que la víctima fue enfática en indicar que la persona que intentó acabar con su vida fue aquel a quien conocía como “Vampiro o “Vampi”, y a otro sujeto, que aunque desconoce su nombre, pues nunca lo había visto, lo reconoce en la vista pública como aquel sujeto que le disparo en la frente.

Acorde con lo que viene de significarse inicialmente, no se puede desconocer el señalamiento directo que efectuó el señor Juan Esteban Montoya Chavarriaga durante la audiencia pública de juzgamiento, donde señaló sin ambages ni

dubitaciones a los hoy procesados Juan Fernando Guerra Jiménez y José Alejandro Caicedo Henao, como las personas que el 31 de enero de 2022 a eso de las 08:00 p.m., le tendieron una trampa, accionando un arma de fuego, en su región frontal a quema ropa, y que si bien el impacto no produjo su deceso, lo fue precisamente por la platina de titanio que tiene en esa región, como consecuencia de atentado que sufriera años atrás. Tal situación lo reafirman no solo la copia de la historia clínica incorporada al juicio, sino también el dictamen médico legal que le fue practicado y del cual se extrae: *“Paciente de 26 años con antecedente de enucleación de globo ocular izquierdo por HAF ahora sufre ataque sicarial con herida en región frontal tangencial sin evidencia cuerpo extraño en cráneo no alteraciones neurológicas, sin evidencia de tejido óseo ni encefálico...se deja en vigilancia por 6 horas” “No se evidencia artefactos ni signos de fractura en cráneo”*. Así mismo, en cuanto a la materialidad del punible contra la Seguridad Pública, se cuenta con el informe oficial según el cual los acusados carecen de permiso para porte o tenencia de armas de fuego.

Acerca de ese daño corporal la víctima relató cómo fue abordado por los dos individuos, detallando: *“la vuelta fue sencilla, ellos me dijeron, que vamos a trabajar, y yo que, yo les dije que si, muerto de miedo, porque si les digo que no, si pilla, entonces les dije que si muerto de miedo, entonces me dijo vea le regalo este gramo pa que no se vaya, más sin embargo, yo me iba a ir, y me dijeron no se vaya yo le regalo estos dos cigarros y una caja de fosforo, si me entiende, cuando me fui pa arriba y le dije a los gemelos, gemelos sabe que, un parcerito ahí*

me va a dar este gramo y yo estoy azarado con esos manes y me van a dar dizque un bareto, y voy por el bareto, cuando ellos van subiendo y me dicen venga trábese, cuando echaron para la oscuridad y yo oiga, yo inocente, vamos, cuando llegue allá me dicen no tiene cuero, no, cuando sacan eso y me prenden"²⁹. Aclara que cuando no tiene cuero hace referencia a "enchimbarme ahí pa poderme dar"³⁰. Explica que, si les vio el arma porque le pegaron un tiro, sin saber cuál era la clase de arma, por la oscuridad del lugar. En sus palabras refirió: "no pille porque era de noche porque estaba de noche, ahí si le digo mentiras"³¹.

En sede de conainterrogatorio, fue más explícito, exponiendo: "¿Usted todo el tiempo estuvo con ellos? No, en el momento no le digo que yo hable con los gemelos, pero en el momento todo el tiempo no estuve con ellos, me picaron arrastre como a las 7 y me dijeron, ahora más rato nos trabamos, vea le regalo estos cigarros, le regalo esta caja de fósforos, le regalo este gramo, ahora más rato nos trabamos, cuando yo le dije que no, que tin, y me dicen hágale que ahorita nos trabamos y yo les dije hágale que sí, cuando yo me fui para el porvenir para el parque con esos parceros, que es un parche de bicicletas que suben a la mansa, le dije tan raro, un parcerero me regalo esto, estos cigarros, y que me va a regalar la traba, hasta les dije a ellos, entonces a mi donde me hubieran dañado ya los gemelos sabían quien era, que eran ellos, no ve que ya yo les vía dicho, yo iba a ir por la traba, no ve que me iban a dar la traba, y entonces ahí fue cuando fui y me los encontré y me dijeron

²⁹ Audiencia de juicio oral de fecha 11 de octubre de 2022. Récord 11:20

³⁰ Audiencia de juicio oral de fecha 11 de octubre de 2022. Récord 12:50

³¹ Audiencia de juicio oral de fecha 11 de octubre de 2022. Récord 13:32

venga venga venga trabémonos y yo normal, vamos a trabarnos y ahí fue me dijeron tiene cuero y yo les digo que no, y yo, ve va a sacar la bareta, cuál bareta, cuando veo es que sacan esa mierda es prendida”.

Habiéndose producido el atentado ya entrada la noche, por virtud, además, de la rapidez del evento, se entiende que la víctima declarara que no pudo advertir bien las características del arma. Sin embargo, no existió en dicha persona duda alguna acerca de quiénes fueron los responsables de dicha ilicitud, y por ello les indicó a los agentes del orden que realizaron el procedimiento de captura en flagrancia, cuando apenas habían transcurrido minutos del hecho para informar lo pertinente, por cuanto los conocía con antelación, esto es, a José Alejandro Caicedo Henao alias “vampiro” de años atrás por ser conocidos del sector y a Juan Fernando Guerra Jiménez una hora atrás antes cuando le había ofrecido droga y trabajar con ellos, como lo relató en juicio. Y ello mismo lo ratificó, horas más tardes, después de haber salido del hospital “la Merced”, cuando se acercó a la estación de policía de Ciudad Bolívar a rendir de declaración sobre lo sucedido, en el que no dudó en señalar nuevamente a los aquí involucrados.

Con lo que se viene desarrollando, téngase por claro que en materia de prueba testimonial, dentro del escenario de la prueba testimonial única, en los esquemas procesales en los que impera el sistema de la libertad probatoria y de la persuasión racional, el Juez de instancia, con base en una prueba testimonial de tales condiciones, o sea única, en ciertos eventos válidamente puede proferir un sentencia de condena; lo cual

no acontecía en los sistemas procesales en los que regía la tarifa probatoria, debido a que en ellos se aplicaba el apotegma testis unus, testis nulus, el que se cimentaba en la existencia de una serie de plausibles razones que incidían para desconfiar del poder suasorio que dimanaba de una prueba testimonial única, ya que carecer ese tipo de pruebas de corroboración por parte de otros medios de conocimiento, ello repercutía de manera negativa en lo que tenía que ver con la contundencia que se requiere como suficiente y necesaria como para poder desvirtuar la presunción de inocencia que le asiste al procesado.

Es de anotar que en los esquemas procesales en los que rige la persuasión racional y la libertad probatoria, tales circunstancias per se no inciden para descalificar de buenas a primera lo dicho por parte de un testigo único, porque lo atestado en tales condiciones por el testigo debe ser apreciado con mayor rigor frente a factores tales como: La verosimilitud de sus dichos; la sanidad de sus sentidos; la gravedad de las contradicciones, inconsistencias e impresiones en las que incurrió en su relato; la personalidad del testigo y su comportamiento al momento de declarar; las circunstancias de tiempo, modo y lugar de como se enteró u obtuvo el conocimiento de lo narrado.

Lo antes expuesto nos quiere decir, contrario sensu que, una vez superado ese rigor de apreciación probatoria, el fallador de instancia, con base en una prueba testimonial única, válidamente puede proferir un fallo de condena, siempre y

cuando llegue a la absoluta convicción que al testigo se le debe conceder credibilidad a sus dichos³².

A la postre, lo expuesto por la víctima en su deponencia, fue precisamente lo que permitió el señalamiento una vez la policía los capturó en flagrancia, mientras trataban de escapar por “un cafetal”, tal cual lo clarificaron en juicio los testigos de cargos, pues no podría decirse que por el impacto en su cráneo quedó turbado su juicio, pues esa situación no lo afectó de la manera que lo esperaban los perpetradores, a tal punto que los forajidos siguieron disparando, mientras aquel corría en aras de salvaguardar su vida.

Para el efecto, el patrullero César Eduardo Londoño Mesa, quien en juicio relató los pormenores de la persecución y aprehensión de los indiciados, frente a lo cual rememoró que el 31 de enero de 2022, mientras realizaba, en compañía de su compañero patrullaje preventivo y disuasivo por el sector del barrio la Cabaña, calle 50 a la altura del billar “Loano”, escucharon varias detonaciones por la calle 51 B del barrio Porvenir, por la cercanía con el lugar subieron, percatándose que varias personas corrían hacia abajo, y otra tendida en el piso quien estaba siendo auxiliada por la comunidad, instante en el que vieron a dos sujetos metiéndose entre la maleza, gritándoles “alto, policía nacional, alcen las manos”, observando que el joven a quien más adelante identifica como Juan Fernando Guerra Jiménez, llevaba en su mano derecha un

³² Al respecto, se pueden consultar, entre otras, las siguientes sentencias emanadas de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia: Sentencia del 12 de julio de 1989. Rad. # 3159; Sentencia del 15 de diciembre de 2.000. Rad. # 13119; Sentencia del 29 de julio de 2008. Rad. # 25820; Sentencia del 1º de julio de 2009, Rad. # 26869, y la Sentencia del 11 de febrero de 2.015. SP1100-2015. Rad. # 43.075.

arma de fuego, elemento que arrojó a la maleza, y el cual después de un barrido no pudo ser ubicada. Los dos sujetos fueron capturados, sin embargo, quien llevaba el arma opuso resistencia e intentó huir, debiendo llegar patrulla de apoyo, porque no se quería dejar aprehender, sufriendo algunas lesiones por una caída que se presentó. Una vez retenidos, la víctima les manifestó “que estos jóvenes habían sido los que lo habían citado y disparado en ese lugar”³³. Y esa versión fue corroborada por su compañero de patrulla Fidel Francisco Ramos Herrera.

Así, las circunstancias de la aprehensión, dígame de paso, conducen a predicar, que los atacantes fueron aprehendidos en flagrante delito, pues la misma operó con ocasión de la persecución iniciada con lo observado por los mismos agentes del orden, quienes observaron cuando los homicidas portaban un arma de fuego y concretamente Juan Fernando Guerra Jiménez se deshizo de ella, mismos que fueron dejados de lado por la juzgadora de primer nivel, quien desatinó al momento de su valoración.

Como puede apreciarse, lo narrado en audiencia por la víctima fue prácticamente lo mismo que ha venido informando desde sus inicios, incluso ello no es una información insular en el plenario, porque encuentra corroboración en lo que le fuera informado al policial que actuó como primer respondiente, ya que, ante el estruendo de los disparos, una patrulla motorizada que se encontraba cerca acudió, como igualmente lo refirieron los policiales en su salida en juicio.

³³ Audiencia de juicio oral de fecha 22 de septiembre de 2022. Récord 22:48

Lo importante a destacar aquí, es que hubo de todas formas un reconocimiento efectuado de manera directa en la audiencia de juicio oral, y ello, desde luego, subsana cualquier inquietud en el asunto. Precisamente sobre ese particular, el autor RIVES SEVA con estribo en la jurisprudencia del Tribunal Supremo Español, pone de relieve la amplitud interpretativa que sobre el punto se ha dado en el ámbito del sistema acusatorio:

“La diligencia de reconocimiento es propia de la instrucción sumarial, inidónea y atípica en el plenario y es prueba preconstituida que debe llegar practicada, siendo posible, al juicio oral [...]; sin embargo, en el momento del juicio oral es permisible y procesalmente correcto que el interrogatorio de los testigos presenciales se extienda al reconocimiento del acusado como autor material del delito, sin que pueda tener la consideración de nueva prueba [...]; y aún más, ‘el reconocimiento efectuado en el juicio oral subsana cualquier incorrección en los reconocimientos anteriores’³⁴

Ahora bien, en lo que respecta al arma de fuego, que a raíz de la hora de lo ocurrido y al presentarse en campo abierto, los perpetradores tiraron el arma hacia un cafetal, por lo que no pudo ser encontrada, pero ello no es indicativo de la inexistencia de la misma.

Y se dice lo anterior como quiera que el testigo observó cuando fue apuntado con un arma en su cabeza, y después le propinaron otra serie de disparos, igualmente por cuanto los hechos sucedieron en zona urbana, con iluminación artificial, y como lo dijo el declarante, quien no dudó en expresar reiterativamente *“la verdad fue ellos me picaron arrastre, que*

³⁴ RIVAS SEVA, Antonio Pablo, en *Revista Actualidad Penal*, Tomo II, Madrid, Editora General de Derecho, 1995, pg. 535, 536 s.s.

me fuera a trabar allá con ellos y cuando llegué allá en una oscuridad me llamaron venga pa acá. Me llamaron y me encendieron a bala, esa fue la tiene cuero y yo le dije no tengo y de una sacaron y me encendieron"

Aunado a ello, obsérvese que, la anamnesis de la víctima, mismo que fuera objeto de estipulación, en el diagnóstico se plasmó "Herida tangencial en cara, zona frontal, no penetrante por roce de bala" lo que es un indicativo que en efecto el artefacto que se utilizó para pretender acabar con su vida, fue uno de los referidos por el testigo.

A la postre con lo anterior, los policiales que acudieron como primeros respondientes, ilustraron en sede de juicio, cuando observaron el arma que llevaban, pero que la misma fue arrojada aun cafetal, la cual no pudo ser ubicada porque, a pesar del barrido realizado para ubicarla, lo boscoso del cultivo y que el mismo no contaba con luminosidad, impidió que se efectuara una adecuada búsqueda.

Aunque la defensa arrimó a juicio las declaraciones de la señora Lucelly Henao Vargas y la menor la menor M.V.H.V.- madre y hermana del procesado José Alejandro Caicedo Henao, respectivamente-, con las cuales se pretendió desvirtuar el señalamiento directo que frente a los investigados hizo la víctima, quienes ubican a su pariente en el barrio El Olimpo, haciendo ver que una especie de coartada, como situación que descartaría su participación en el ilícito que tuvo suceso el 31 de enero de 2022, lo que a ese respecto debe decir la Sala es lo siguiente:

Es evidente de entrada, el claro interés en el presente asunto de parte de los deponentes dada la familiaridad que los une con el enjuiciado José Alejandro, lo que da pie a sostener que en ellos se cierne una tacha de sospecha, que si bien no los inhabilita para declarar al menos sí hace imperioso que la judicatura analice sus intervenciones con un mayor rigor en sana crítica.

Al hacer un análisis de lo declarado por los testigos de marras, la Sala es de la opinión que sus dichos no son prenda de garantía suficiente como para dar por demostrada esa coartada, debido a que los testigos, son contradictorios en su relato, primero por cuanto la menor M.V.H.V. manifestó que observó cuando la policía le estaba haciendo una requisita a su hermano y otro compañero, solicitándole que fuera por su cédula, pero al volver ya lo llevaban esposado, situación que riñe con lo dicho por la madre de aquel, quien informó ese día estaba en la cocina, mandando a llamar a su hijo José Alejandro, pero cuando salió lo tenían esposado, por lo que no se conoce a ciencia cierta si el encausado si estaba afuera de su casa, o en la calle principal del barrio Olimpo como lo dijo su hermana. Testificaciones que pugnan con lo dicho en juicio por el mismo enjuiciado José Alejandro que relató *“que ese día de la requisita nos requisaron normal, luego me dejaron ir, y ya la motorizada fue y me capturó”*. Siendo así, la versión de la hermana y de su mamá no tienen asidero, pues o nunca le pidió la cédula o como él mismo procesado lo dice, lo dejaron ir y entró a su casa, y después lo sacaron, por lo que su madre no tuvo la necesidad de salirlo a llamar, como lo atestiguó, lo que

claramente denota que sus verbalizaciones no son coherentes y lógicas.

Otra inconsistencia que se denota de sus dichos, se refiere a al lugar donde fue capturado, pues mientras su hermana dice que la misma se efectuó en la vía principal sobre el barrio Olimpo, la madre indicó “ellos me pidieron permiso para realizar allanamiento en mi casa, luego salieron con él y se lo trajeron pa acá para el comando”³⁵, y el enjuiciado manifiesto “y ahí me cogieron en el callejón y me sacaron”, lo que denota que el hecho no sucedió en los lugares donde quieren hacer ver los deponentes, pues son tres sitios distintos, una fue la calle principal del Olimpo, otro lugar fue al interior de la casa y el tercer escenario fue en el “callejón”.

Ahora, si el supuesto allanamiento a su casa por parte de la policía nacional, tal como lo relató la madre del procesado José Alejandro, porque la hermana de aquel no lo relacionó en su deponencia, lo que denota que ello no sucedió.

De otro lado, los tres deponentes refieren que los hechos sucedieron en horas distintas, asegurando la hermana del procesado José Alejandro que a su consanguíneo no alcanzó a entregarle la cédula porque lo bajaban esposado, a pesar de que fue el mismo José Alejandro quien informó que llegó a su casa porque inicialmente la policía lo había soltado, lo que ahonda más las dudas sobre la veracidad de su dicho.

³⁵ Audiencia de juicio oral de fecha 11 de octubre de 2022. Récord 1:07:02

Evento adicional que genera suspicacias, es lo plasmado en el acta de derechos del capturado, cuando se informa que a la persona que desea se le comuniquen de su captura, el señor José Alejandro es a su madre María Lucelly Henao Vargas, sin embargo se dejó la siguiente constancia por parte del policial que realizó las llamadas *“dejó constancia que se le marco al número indicado por el capturado en repetidas ocasiones teniendo respuesta a las 21:00 horas”*, esto es, una hora después de su captura, por lo que se infiere que su madre no sabía de lo sucedido, como quiso hacerlo ver, pues de haber sucedido el hecho como lo manifestó, lo normal hubiera sido que aquella estuviera pendiente de la situación de su hijo o en su defecto, al cuidado del celular por si algo se presentaba, pues ya conocía de antemano que su hijo lo habían sacado de su casa esposado para el comando de la policía. Ello sugiere, que no sabía de lo sucedido y que en efecto José Alejandro fue uno de los perpetradores del hecho, pues tal como lo reconoció su hermana en la diligencia, del barrio Olimpo al Porvenir donde se presentó el atentado contra la vida de Juan Esteban Montoya Chavarriaga son *“5 pasitos”*, entendiéndose un trayecto demasiado corto.

Ahora bien, en lo que respecta a lo manifestado por el encausado Juan Fernando Guerra Jiménez, no se encuentra lógica, que si lo que se encontraba haciendo al momento de su captura, era esperando el bus para viajar a su lugar de residencia en el Carmen de Atrato, no portara su documento de identidad o documentación alguna que lo identificara ante un eventual insuceso, pues lo normal es que se lleve consigo en caso de viaje, al menos su cédula de ciudadanía. Fíjese,

además, que en su dicho indicó que a pesar de que se disponía a viajar al momento de su captura, la cédula no la portaba para ese momento, pero si se entrevistó que dicho documento estaba en el municipio de Ciudad Bolívar, hipótesis que despeja más dudas que certeza, sobre lo mencionado por aquel.

Como fácilmente se aprecia, del análisis en conjunto de la prueba de descargos se advierte que los testigos son inverosímiles en sus atestaciones, además de no existir elementos de convicción que corroboren sus manifestaciones, salvo eso sí, el interés que les asiste para que su familiar sea exonerado de responsabilidad, sin que sea del todo descabellado pensar, que en efecto su coartada lo fue precisamente para tratar de poner distancia de por medio, pues al no haber logrado acabar con la vida del señor Juan Esteban, lo razonable era plantear una hipótesis alternativa, como así ocurrió.

Tales hechos indicadores, permiten inferir como hecho oculto o inferido el consistente en que los procesados estaban en el sitio de los hechos por encontrarse implicado en la comisión del delito respecto del cual resultaron capturados en flagrancia.

Por contera, en la actuación se demostró que los acusados fueron aprehendidos en forma simultánea, en un mismo lugar y en flagrante delito, por agentes de policía que escucharon los disparos, además de observarlos cuando huían. De haber sido capturados por otras personas como dice Guerra Jiménez, los informes de policía judicial los relacionarían e indicarían. Sin embargo, los documentos y los testimonios de acreditación dan cuenta de la retención de los dos acusados por los agentes que

declararon, y el arma que los agentes captadores vieron cuando Juan Fernando la arrojó a un cafetal.

De otro lado, una de las reglas de la lógica tiene por establecido que «*quien no da una explicación coherente de su actuar, es porque la realidad de lo sucedido no le favorece...*»³⁶. Lo cual generalmente se presenta en aquellos eventos en los que la persona señalada como presunta responsable de un delito se vale de coartadas mendaces, falsas justificaciones o de cualquier otro tipo de estratagemas o ardides poco creíbles o verosímiles, con la finalidad de desmarcarse de las sindicaciones efectuadas en su contra.

Ese tipo de comportamientos pueden estructurar lo que se ha conocido como *el indicio de mala justificación*, el que, se reitera:

“Consiste en la explicación dada por el sindicado que no se ajusta a la realidad, porque el sujeto falta a la verdad o por falta de verosimilitud.

Es hecho ordinario y fundamento de la inferencia, el de que quien obra correctamente puede en todo momento explicar en forma clara su conducta...³⁷.

Al aplicar lo anterior al caso en estudio, la Sala es de la opinión consistente en que en contra de los procesados existe el indicio de mala justificación, porque como está bien demostrado, la Defensa se valió del dicho de sus prohijados dignos de poca credibilidad, con el propósito de poder justificar vanamente la

³⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Sentencia del 8 de octubre de 2.008. Rad. # 29310. M.P. JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA.

³⁷ PELÁEZ VARGAS, GUSTAVO: Indicios y presunciones. Página # 65. Editorial Temis 1.977. (Negrillas fuera del texto original).

presencia de ellos en otro sitio, porque al parecer la verdad de lo acontecido no le favorecía, siendo esa la razón por la que se valió de ese tipo de pruebas para justificar lo injustificable.

A modo de síntesis, el conocimiento más allá de toda razonable para condenar no requiere de varias pruebas, basta que una sola permita llegar a consideraciones objetivas y seguras sobre la autoría y la responsabilidad. En este caso no existe duda de la participación de los procesados Juan Fernando Guerra Jiménez y José Alejandro Caicedo Henao. La declaración de Juan Esteban Montoya Chavariaga que prueba su participación tiene una solvencia impecable.

En ese orden, contrario a lo que se dijo en el fallo confutado, la Sala es de la opinión consistente en que el proceso existían unas pruebas de naturaleza directa e indirecta, que fueron subvaloradas por el Juzgado de primer nivel al momento de apreciar el acervo probatorio, las que satisfacían las exigencias requeridas por los artículos 7º, inciso 4º, y 381, inciso 1º, del C.P.P. para que en contra de los enjuiciados se pudiera proferir una sentencia de carácter condenatoria, por cuanto dichos indicios convergían en comprometer de manera indubitable la responsabilidad criminal de aquellos por incurrir en la comisión del delito de tentativa de homicidio en concurso heterogéneo con el porte ilegal de arma de fuego, en calidad de coautores.

Ante tal situación, la Colegiatura revocara el fallo confutado en todo aquello que tiene que con la absolución con la que fueron favorecidos los señores Juan Fernando Guerra Jiménez y José Alejandro Caicedo Henao respecto de los cargos enrostrados

en su contra por incurrir en la comisión de los delitos de tentativa de homicidio en concurso heterogéneo con el porte ilegal de arma de fuego, para en su lugar declarar la responsabilidad de aquella por esos cargos.

Consecuente con la declaratoria en sede de 2ª instancia del compromiso penal le corresponde ahora la Sala llevar a cabo las correspondientes operaciones de dosimetría punitiva que se han de tener en cuenta en el escenario de la dosificación la pena a imponer.

El Libro Primero, Título IV, Capítulo Segundo, artículos 54 a 62 del Código Penal, se ocupa de definir los criterios y reglas para la determinación de la punibilidad. En consecuencia, se procederá a fundamentar la que en derecho corresponde al procesado, teniendo en cuenta los cargos por los cuales la Fiscalía formuló acusación y por lo cuales solicitó sentencia de condena al concluir el debate probatorio.

Para la correcta tasación de la pena imponible a un caso concreto, debe partirse de la norma infringida por los implicados, actividad que comporta la identificación de tipos básicos, tipos especiales, circunstancias calificadoras, de agravación y de atenuación cuando a ello hubiera lugar.

Como se trata de un concurso, habrá de dosificarse la pena que corresponda a cada delito, quedando sometido a la que establezca la pena más grave, según su naturaleza, aumentada hasta en otro tanto, sin que fuere superior a la suma aritmética de las que correspondan a las respectivas conductas punibles

debidamente dosificadas cada una de ellas (Artículo 31 del Código Penal).

De conformidad con la Ley 599 de 2000, para la dosificación de la pena hay que seguir tres pasos a saber:

Como primera medida entraremos a dosificar el delito de tentativa de homicidio, (Art. 103 del Código Penal), que tiene una sanción punitiva que va de doscientos ocho (208) meses a cuatrocientos cincuenta (450) meses de prisión, quedando en consecuencia los límites punitivos dentro de dichos parámetros.

Por tratarse de una tentativa, la pena será no menor de la mitad del mínimo ni mayor de las tres cuartas partes del máximo de la señalada en el inciso anterior, por lo tanto, los extremos punitivos corresponden a ciento cuatro (104) meses el mínimo y el máximo de trescientos treinta y siete punto cinco (337.5) meses de prisión. En consecuencia, si el homicidio en grado de tentativa se sanciona con prisión de 104 a 337.5 meses, el ámbito de punibilidad es de 233.5 meses.

Ahora bien, el ámbito de movilidad se obtiene dividiendo el ámbito de punibilidad (233.5) entre cuatro, para luego determinar la extensión de cada cuarto: uno mínimo, dos medios y uno máximo (artículo 61). Significa ello que el ámbito de movilidad al interior de cada cuarto es de 58.37, quedando conformados los cuartos de la siguiente manera:

Cuarto mínimo	104 a 162.37 meses
Cuartos medios	162.37 a 279.11 meses
Cuarto máximo	279.11 a 337.5 meses

Según las siguientes sub reglas, el Juez solo podrá moverse en el cuarto mínimo “cuando no existan atenuantes ni agravantes, o concurren únicamente circunstancias de atenuación punitiva”; en los cuartos medios “cuando concurren circunstancias de agravación y atenuación punitiva” y en el cuarto máximo “cuando solamente concurren circunstancias de agravación punitiva” (artículo 61 inciso 2º).

En el presente caso a favor de los señores Juan Fernando Guerra Jiménez y José Alejandro Caicedo Henao le concurre la circunstancia de menor punibilidad del art. 55 del Código Penal, consistente en la carencia de antecedentes judiciales, por tanto, nos moveremos dentro del cuarto mínimo.

Establecido el cuarto dentro del cual deberá determinarse la pena, el sentenciador la impondrá ponderando los siguientes aspectos: **a)** la mayor o menor gravedad de la conducta; **b)** el daño real o potencial creado, **c)** la naturaleza de las causas que agraven o atenúen la responsabilidad, **d)** la intensidad del dolo, la preterintención o la culpa concurrentes, y, **e)** la necesidad de la pena y la función que ella ha de cumplir en el caso concreto.

Los señores Juan Fernando Guerra Jiménez y José Alejandro Caicedo Henao, han cometido una conducta que criminológicamente es bastante censurable, pues intentó sin

razón alguna conocida acabar con una vida humana, quienes por fortuna no lograron su cometido, entre otras razones, porque el impacto en su cráneo, rebotó en la platina que tiene la víctima en ese mismo lugar.

Así las cosas, a su ilícito proceder corresponde imponer como pena ciento ocho (108) MESES DE PRISIÓN, en razón de la Tentativa de Homicidio, conforme lo prevé el artículo 27 y 103 del Código Penal.

Haciendo la misma operación en relación con el Porte ilegal de arma de fuego, Fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones, tipificado en el artículo 365 del Código Penal, modificado por el artículo 19 de la ley 1453 de 2011.

Dicha norma sanciona a sus infractores con una pena que oscila entre 9 y 12 años de prisión, cuyo ámbito punitivo de movilidad asciende a 3 años. Ahora, conforme al Art. 61 del Código Penal, el Despacho se ubicará en el cuarto mínimo, 9 a 9.75 años de prisión

El punible de Fabricación, Tráfico y Porte de Armas de Fuego o Municiones, en principio es de mera conducta, pero véase cómo se magnifica el ilícito cuando el arma de fuego es utilizada, no para defenderse de injusta agresión, sino para cometer un delito atentatorio de la vida y la integridad de las personas.

Delimitada entonces la esfera punitiva, decretará la Corporación pena de 9 años de prisión en contra de los justiciables, cantidad de pena que se estima proporcional, conforme al delito cometido y suficiente, de cara a que la pena cumpla los fines que le son propios.

En definitiva, como se trata de un concurso, se partirá de CIENTO OCHO (108) MESES, que es la pena más grave señalada para el homicidio en grado de tentativa y se incrementará en DOCE (12) MESES más, en razón del Porte de Arma de Fuego de Defensa Personal, quedando la pena definitiva a imponer en **CIENTO VEINTE (120) MESES DE PRISIÓN.**

Se condena igualmente a Juan Fernando Guerra Jiménez y José Alejandro Caicedo Henao, a la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por un término igual al de la pena de prisión (Art. 43-1, 51 y 52 del Código Penal).

Finalmente, como quiera que en la actualidad se sabe que los procesados se encuentran en libertad, a fin que se haga efectivo lo resuelto y decidido en el presente fallo de 2ª instancia, se procederá a librar en su contra la correspondiente orden de captura.

Por otra parte, en lo que tiene que ver con los eventuales recursos de los cuales sería susceptible esta sentencia de segunda instancia, la Corporación no puede desconocer que se está en presencia de la primera sentencia condenatoria, por lo que acorde con lo ordenado por la Corte Constitucional en

las sentencias C-792 de 2014 y SU-215 de 2016, que regularon el principio de la doble conformidad, y de lo que en términos similares adujo la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia del 23 de abril de 2019. Radicado Número 54.215, válidamente se puede concluir que la defensa de Johana María Pérez Rivera podría interponer en contra del presente fallo el recurso de impugnación excepcional.

Con fundamento en los anteriores argumentos, la Sala **REVOCARÁ** la sentencia absolutoria de primera instancia proferida el 27 de octubre de 2022 por el Juzgado Penal del Circuito de Ciudad Bolívar– Antioquia.

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

7. RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Penal del Circuito de Ciudad Bolívar en las calendas del 27 de octubre de 2022, mediante la cual se absolvió a los encausados de los cargos endilgados en su contra, los cuales estaban relacionados con incurrir en la presunta comisión de los punibles de tentativa de homicidio en concurso con Fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes; para en su lugar **DECLARAR** la responsabilidad criminal de los procesados por incurrir en la comisión de los delitos, objeto de acusación.

SEGUNDO: En consecuencia, de lo anterior se **CONDENARÁ** a los procesados **JUAN FERNANDO GUERRA JIMÉNEZ y JOSÉ ALEJANDRO CAICEDO HENAO** a purgar una pena de pena de **CIENTO VEINTE (120) MESES DE PRISIÓN**.

A lapso igual al de la pena de prisión decretada, asciende la sanción accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, que han de soportar los acusados.

TERCERO: NO CONCEDERLES a los procesados **JUAN FERNANDO GUERRA JIMÉNEZ y JOSÉ ALEJANDRO CAICEDO HENAO** el subrogado penal de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, ni la sustitución de la pena de prisión por prisión domiciliaria.

CUARTO: ORDENAR que por Secretaría se proceda a librar las correspondientes órdenes de captura en contra de los procesados **JUAN FERNANDO GUERRA JIMÉNEZ y JOSÉ ALEJANDRO CAICEDO HENAO**, a fin que se haga efectivo lo resuelto y decidido en el presente proveído.

QUINTO: SIGNIFICAR que en contra de la presente decisión de segunda instancia procede tanto el recurso de Casación como el recurso de impugnación excepcional, los cuales deberán ser interpuestos y sustentados por los legitimados a recurrir dentro de las oportunidades de ley.

COPÍESE, NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE

**NANCY ÁVILA DE MIRANDA
MAGISTRADA**

**MARÍA STELLA 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**

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

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

Código de verificación: **b5f526509d43034f416d5d116d388d3fdb9aa13523852bca6b2607d10d17f685**

Documento generado en 16/11/2023 04:19:35 PM

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

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



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



1

M.P. NANCY ÁVILA DE MIRANDA

Radicado único	0568661000792021-00037
Radicado Corporación	2022-1842-2
Procesado	JOHNNATAN FERNEY RESTREPO MONSALVE
Delito	ACCESO CARNAL VIOLENTO AGRAVADO
Decisión	CONFIRMA

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

Aprobado según acta Nro. 123

1. ASUNTO

Se ocupa en esta oportunidad la Sala, del estudio del recurso de apelación que en oportunidad legal formuló la bancada defensiva de Jhonnatan Ferney Restrepo Monsalve, quien fue condenado por el Juzgado Promiscuo del Circuito de San Pedro de los Milagros - Antioquia, al encontrarlo penalmente responsable del delito de acceso carnal violento agravado respectivamente, en providencia del 18 de octubre de 2022.

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

2. ANTECEDENTES FÁCTICOS

El supuesto fáctico que motivó esta decisión fue resumido de la siguiente manera por el juez de primera instancia:

“Los hechos que dan lugar a esta actuación judicial ocurren en zona rural del Municipio de Entreríos perteneciente a este circuito judicial, en horas de la madrugada de un día del mes de febrero de 2021, cuando el inculpado ingreso a primera hora de la madrugada a la casa de su víctima M.S.A.C, cuando ella solo tenía 13 años de edad, indicando que su ingreso lo hace por la ventana con cuchillo en mano, amenazándola para que acceda a sus eróticos propósitos pues de no hacerlo, acabaría con la vida de su hermano de 5 años de edad que pernoctaba en esa misma habitación, con lo que logra doblegar su voluntad para que se quite su pijama y así poderla acceder carnalmente vía vaginal”.

3. ANTECEDENTES PROCESALES

Conforme a la información obrante en el líbello se sabe que el 11 de agosto de 2021, ante el Juzgado Promiscuo Municipal de Entreríos (Antioquia), por solicitud de la Fiscalía 45 seccional de esa localidad, se formuló imputación en contra de Jhonnatan Ferney Restrepo Monsalve, en calidad de autor, a título de dolo, por el punible de acceso carnal violento agravado, de conformidad con los artículos 205 y 211 N° 4 del Código Penal; además, se impuso medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario.

Radicado el escrito de acusación el 20 de octubre de 2021 y el día 15 de febrero de 2022 ante el Juzgado Promiscuo del Circuito de San Pedro de los Milagros - Antioquia, se llevó a cabo la audiencia respectiva, en donde se acusó a Jhonnatan

Ferney Restrepo Monsalve como presunto autor material de la conducta imputada (art. 205 y 211 N° 4 del C.P.)

El acusado optó por ejercer su derecho a ser juzgado públicamente, por lo que la audiencia preparatoria se realizó, el 29 de abril siguiente y el juicio oral se desarrolló en varias sesiones, los días 14 de julio, 18 de julio y 9 de septiembre de 2022.

Concluido el debate y emitido sentido de fallo condenatorio, el juez dictó la respectiva sentencia el 18 de octubre de la misma anualidad, que ahora se examina en su legalidad, merced a que los defensores del procesado manifestaron su inconformidad frente a la condena por el cual se le halló responsable y con oportunidad hicieron la indispensable sustentación.

4. SENTENCIA IMPUGNADA

El a quo consideró que la prueba practicada en juicio a instancias del Ente Acusador permitía establecer, con el grado de certeza racional exigida, la responsabilidad del señor Jhonnatan Ferney Restrepo Monsalve en el delito por el cual fue llamado a juicio.

Señaló que esos aspectos fueron corroborados por otros testigos que acudieron a la vista pública, quienes, si bien no presenciaron el vejamen sexual, si expusieron lo que escucharon sobre el relato que les dio la víctima acerca de lo sucedido y

entregaron datos de lo que percibieron de manera previa, concomitante y posterior al abuso.

Para fundar las afirmaciones, el funcionario de primer nivel adujo que la materialidad de la conducta de acceso carnal violento agravado y la responsabilidad de Restrepo Monsalve en ella se encontraba plenamente acreditada con el testimonio de la víctima y la corroboración que esa declaración tuvo en otros deponentes que acudieron a la vista pública.

Así lo expuso en la decisión:

Además de que analizado el testimonio de la menor conforme lo indica el ar. 404 del CPP, cumple con las exigencias del legislador, en tanto que nadie alego insanidad mental de ella, e hizo un recuento hilado censo-perceptivo de lo ocurrido, y mostrando siempre ser ella la afectada con la agresión sexual bajo la amenaza de muerte de su hermano menor lo que acomoda en espacio, modo, tiempo (hora) y lugar lo que se verificó haciéndose creíble porque el procesado laboraba en esa finca y residía muy cerca en donde la defensa no atacó por ningún medio la credibilidad de sus dichos, versión en la que claramente identifiqué a su victimario y lo señala directamente, lo que no es una prueba de referencia como equivocadamente lo sostienen la defensa, es una prueba de cargo directa y en donde ella en todos los escenarios a que acudió en atención de estos hechos, dígame comisaria de familia, valoración sexológica por medio José Gallón Duran y la psicóloga Carmen Cecilia Ruiz Agudelo; lo señalo como el autor.

También señaló el juzgador de primera instancia que la prueba de descargo no logra desmentir los dichos de la menor en juicio, dado que limitaron sus declaraciones a manifestar que no creían al procesado capaz de realizar ese tipo de actos, el dicho de la menor era falaz y calumnioso, pues por el contrario, era aquella quien buscaba al procesado, para lo cual se evidenciaron una serie de mensajes de texto, sin embargo, el a-

quo sustenta, esas versiones no se advierte certeza que tenga del origen del supuesto mensaje, menos su contenido, además, esos mensajes procesalmente no existieron, pues no ingresaron al plenario.

Para el a-quo la supuesta retaliación por parte de la madre señora DCC y del compañero de aquella en contra del señor Jhonnatan Ferney Restrepo Monsalve, no están probados, como tampoco, el aparente enamoramiento de ella hacia él y el acoso constante de aquella para buscar como escaparse con éste a sostener una relación tipo amoroso; sumada a la supuesta inquina que consecuentemente Ferney compañero de la madre de la víctima, le cogió a este, porque su compañera se sentía atraída por él.

Además, esas valoraciones no fueron desarrolladas y mucho menos, valoradas, al no demostrarse donde es que la menor miente, cuáles son las contradicciones estructurales en las versiones de la madre y la hija que pueden llevar a concluir acertadamente que los hechos denunciados y juzgados no se presentaron como para poder hablar de inexistencia de la conducta investigada.

En consecuencia, por encontrar plenamente acreditada la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad del encartado en el delito de acceso carnal violento agravado, así como la debida configuración del agravante endilgado, emitió juicio de reproche en contra de este.

5. FUNDAMENTOS DE LA APELACIÓN

En extenso libelo la bancada defensiva del procesado cuestionó la decisión de condena por considerar que la judicatura de origen realizó una inadecuada valoración de las pruebas que fueron practicadas en la vista pública, habida cuenta que dio crédito a deponentes que no le constaban de forma directa los hechos y que pasó por alto varias contradicciones en que incurrió la víctima, así como unas aceptadas faltas a la verdad y la condición de la menor de mentir de forma recurrente y problemas con el procesado y la pareja de este, situaciones que tornaban los dichos de en incoherentes, imprecisos y contradictorios. Al mismo tiempo, que se evidencia, sus verbalizaciones, como lección aprendida.

Critica el hecho de no contarse con prueba que documentara un verdadero seguimiento de valoración y tratamiento a la menor que corroborara la afectación por lo acaecido, por el contrario, de su relato se observa que lleva una vida tranquila, al lado de su pareja sentimental, con quien convive.

Así las críticas puntuales en relación de la prueba practicada en juicio, pues de manera general se arguye sencillamente que los testimonios no fueron valorados conforme a las reglas de la lógica y la experiencia ni logra la primera instancia ofrecer una razón viable que en este caso permita emitir una sentencia de condenar sin manto de duda.

Estas, grosso modo, las razones por la que consecuentemente se deprecia que se revoque el fallo de condena y en su lugar se absuelva al acusado por duda probatoria.

6. CONSIDERACIONES DE LA SALA

6.1 Competencia

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 34 numeral 1° 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

El problema jurídico que se ha planteado y debe ser resuelto por esta Sala de decisión se centra en establecer si de las pruebas arrimadas durante el juicio oral es dable predicar, más allá de toda duda razonable, que el señor Jhonnatan Ferney Restrepo Monsalve haya realizado actos libidinosos tales como acceso carnal violento agravado, a la joven M.S.A.C, pues, en donde el Juez de primera instancia advierte conocimiento suficiente para emitir juicio de reproche, la defensa técnica del procesado encuentra una inadecuada interpretación en el proceso de valoración probatoria que a su juicio conllevan a dudar a favor de este, en razón a los presupuestos fácticos y jurídicos para pregonar la responsabilidad de la comisión de la conducta punible.

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

Para poder resolver el problema jurídico que nos ha sido propuesto por el recurrente, la Sala necesariamente debe de tener en cuenta que la controversia planteada por el apelante gira en torno de cuestionar el grado de credibilidad que ameritaría el testimonio absuelto por la víctima "M.S.A.C." al cual el Juzgado de primer nivel le concedió absoluta credibilidad, lo que a su vez ha sido refutado por el apelante, quien adujo que el testimonio de la agraviada no era creíble como consecuencia de las incoherencias e inconsistencias en las que incurrió en su declaración.

Por ello, a fin de determinar sí le asiste o no la razón a la tesis de la discrepancia propuesta por el apelante, la Sala, a modo de prolegómeno, efectuará un análisis sobre el valor probatorio que ameritaría el testimonio absuelto por los menores de edad que han sido víctimas de delitos sexuales.

Como punto de partida, la entidad Tribunalicia necesariamente debe de tener en cuenta que algo que es propio y característico de los delitos sexuales, los que han sido catalogados por la criminología como «delitos de alcoba», es que el testimonio de la víctima, en muchas ocasiones, es la

única prueba de cargo habida en contra del acriminado, lo cual se debe a que el perpetrador, en la gran mayoría de los casos, para saciar su libido con ventaja y sobreseguro, y bajo el cobijo de un relativo manto de impunidad, alevosamente saca provecho de la intimidad en la que se desarrollan tales eventos lujuriosos, así como de la ausencia de miradas indiscretas, o la vulnerabilidad o la excesiva confianza que le depositan las víctimas.

Es de anotar que como consecuencia de la insuficiencia probatoria que en muchas ocasiones caracteriza a los aludidos “delitos de alcoba”, en los que son prácticamente escasas las pruebas directas, lo que conlleva a que se encuentren enfrentados las atestaciones de la persona agraviada con los dichos del presunto perpetrador, tal situación ha dado pie para que una corriente de la victimología, la que aboga para que se le dé una mayor relevancia a los derechos de las víctimas, para así garantizar la satisfacción de los derechos que le asisten a la verdad y a la justicia, haya permeado el escenario del derecho probatorio, en el sentido de establecer que las declaraciones absueltas por las víctimas de los delitos sexuales, en especial cuando las mismas detentan la condición de menores de edad, tengan una gran solvencia probatoria y en consecuencia ameritan una especial confiabilidad².

Pero, lo antes expuesto, no quiere decir que las atestaciones rendidas por las víctimas de delitos sexuales, en especial

² Sobre este tópico, relacionado con la especial solvencia probatoria que dimana de los testimonios rendidos por los menores de edad que han sido víctimas de la comisión de un delito sexual, pueden ser consultadas, entre otras, las siguientes providencias emanadas de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia: Sentencia del 7 de diciembre de 2.011. Rad. # 37044; Sentencia del 25 de septiembre de 2013. Rad. # 40.455; Providencia del 28 de octubre de 2015. Rad. # 42783.

cuando estas son menores de edad, pese a “*la especial confiabilidad que ameritan*”, no necesariamente conlleva un mandato para que el Juzgador de instancia, de manera ciega y servil, automáticamente le conceda credibilidad a los dichos de la víctima, y en consecuencia tales declaraciones, a modo de una especie de dogma, deban ser catalogadas como veraces, lo cual sería un sofisma que contrariaría con uno de los principios basilares con los que se soporta el derecho probatorio, como lo es el principio de la “*Libre Apreciación*”, en virtud del cual, para poder llegar a dicha meta, o sea la credibilidad que dimanaría del testimonio de las víctimas, se torna necesario que el funcionario judicial haya confrontado y cotejado las declaraciones del ofendido con el resto del acervo probatorio, para de esa forma determinar cuál sería el poder suasorio o el grado de convicción que amerita esa prueba³.

Razón por la cual, acorde con el principio de marras, la doctrina ha dicho:

“La convicción del juez debe haberse formado libremente, teniendo en cuenta los hechos aportados al proceso por los medios probatorios y acuerdo con las reglas de la sana crítica. De ahí la importancia de que se cumplan todas las reglas establecidas en la ley, para que se pueda hablar de formación libre del convencimiento...”⁴.

Por ello, acorde con lo expuesto hasta ahora, la Sala válidamente puede concluir que no necesariamente se le debe conceder total y absoluta credibilidad ni veracidad a las atestaciones incriminatorias rendidas por las víctimas de un

³ Artículo 380 C.P.P.

⁴ Parra Quijano, Jairo: Manual de Derecho Probatorio. Página # 6. 17ª Edición. 2.009. Librería Ediciones del Profesional.

delito sexual en contra del presunto agresor, ni siquiera cuando el agraviado detente la condición de menor de edad, por el simple y mero prurito consistente en que dicha declaración provino del ofendido, ya que, como bien se dijo en los párrafos anteriores, para llegar a dicho grado de convicción se torna necesario cotejar y confrontar las atestaciones del perjudicado con el resto del acervo probatorio, el cual podrá: corroborar y ratificar los dichos del agraviado, o infirmarlos al tornarlos en mendaces, o mermar su credibilidad.

Frente a lo anterior, a modo de colofón, la Sala considera, por ser de utilidad al caso en estudio, traer a colación lo que la Corte ha dicho sobre este tópico, en los siguientes términos:

“La Corte se ha ocupado a espacio de precisar que en los niños víctimas de abuso sexual puede existir una tendencia a narrar lo realmente acontecido, en tanto la magnitud de lo padecido marca de manera más o menos fiel sus recuerdos y de la misma forma los narran.

Pero esa precisión en modo alguno significa, y la Sala no lo ha dicho así, que los niños no puedan faltar a la verdad y que, por ende, siempre ha de creérseles sin mayor explicación. Por el contrario, se ha explicado que sus relatos deben ser valorados como los de cualquier otro testigo, sometidos al tamiz de la sana crítica y apreciados de manera conjunta con la totalidad de los elementos de juicio allegados al debate.

Con el Ministerio Público y el magistrado disidente del tribunal, debe admitirse que los niños, incluso desde una edad precaria, pueden cambiar la realidad percibida al relatarla, máxime si de ello existe la posibilidad de percibir algún beneficio.

Como lo anota el magistrado que salvó su voto, algunos estudios, soportados en pruebas de campo, concluyen que los niños mienten y lo hacen con tanta tranquilidad que a veces resulta imposible distinguir su comportamiento verbal del de aquellos que dicen la verdad (Eugenio Garrido Marín y Carmen Herrero, Universidad de Salamanca, “El testimonio infantil”, en “Psicología jurídica”, Eugenio Garrido, Jaume Masip y Carmen Herrero, Pearson Prentice Hall, Madrid, 2006).

En el campo nacional se concluye de manera similar, esto es, que algunas investigaciones demuestran que los niños mienten, lo cual hace parte de su proceso de desarrollo, en el entendido de que en su estructura psicológica la fantasía y la realidad se entrecruzan, en lo cual influyen muchas circunstancias, como que se les dificulta atender a varios estímulos a la vez y ajustar toda la información en un relato que coincida con la realidad, o porque confunden en un todo lo concreto y lo abstracto, o reciben influencia de terceros, etc. (Adriana Espinosa Becerra, "Aportes de la psicología forense al abordaje de los delitos sexuales", Defensoría del Pueblo, USAID, serie "Curso de nivel de énfasis", tomo iv, Bogotá, 2012).

Si lo anterior puede suceder (no se postula una regla general) con niños de edad temprana, la situación se muestra más viable cuando se trata de pre y adolescentes, máxime si estos, como en el caso analizado, se muestran en extremo precoces y han recibido una abundante influencia externa, especialmente del internet, al cual tenían un acceso ilimitado, curiosamente en casa de sus tíos, los acusados, resultando diestros en el manejo de los computadores y en la "navegación por la red", lo cual no es de extrañar en los tiempos que corren..."⁵.

Al tomar todo lo dicho con antelación como marco conceptual para poder resolver el problema jurídico propuesto por el apelante, la Sala desde ya considera que no le asiste la razón a la tesis de la discrepancia propuesta por el recurrente en la alzada, ya que el Juzgado de primer nivel en momento alguno incurrió en los yerros de valoración probatoria denunciados por el apelante. Tal afirmación se expone por cuanto:

No es cierto, como lo reclama el apelante, que la joven "M.S.A.C." haya incurrido en incoherencias e inconsistencias en su testimonio, porque de un análisis de lo atestado por ella en el juicio, a leguas se observa que ofreció un relato claro, conciso, hilvanado y verosímil sobre las circunstancias de tiempo, modo y

⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Sentencia del 1º de junio de 2.016. SP7326-2016. Rad. # 45585.

lugar de como resultó siendo víctima de un abuso de tipo erótico sexual perpetrado por el acusado.

En cuanto a los hechos sucedidos los rememoró de la siguiente manera:

Preguntado: ¿Conoces al señor Jhonnatan Ferney Restrepo Monsalve?

M.S.A.C: Si.

Preguntado: ¿Cómo porque, cuéntenos?

M.S.A.C: Mi padrastro estaba trabajando en una finca con él de leche y era el trabajador

Preguntado: ¿Cuánto hace que lo conoces más o menos?

M.S.A.C: Mientras estábamos trabajando en esa finca, creo que fueron dos meses más o menos

Preguntado: ¿Es de tu familia?

M.S.A.C: No

Preguntado: ¿En el mes de febrero de 2021, que recuerdas?

M.S.A.C: Que él entró a mi casa, amenazó a mi hermanito, abusó de mí, entro a una casa de donde nosotros estábamos viviendo, por la ventana.

Preguntado: ¿Dinos en donde te encontrabas?

M.S.A.C: Estaba en mi casa, la casa no era tan grande, ni tan chiquita y en la parte donde estaba mi habitación estaba con una ventana y la ventana detrás de la casa y por ahí se entró

Preguntado: ¿Qué te encontrabas haciendo?

M.S.A.C: Estaba durmiendo esa mañana

Preguntado: ¿Recuerdas la fecha exacta?

M.S.A.C: No.

Preguntado: ¿Era de día o de noche?

M.S.A.C: De noche, madrugada

Preguntado: Inentendible

M.S.A.C: Que él un día como a las 4 de la mañana, entro a mi casa por la ventana y me amenazó con un cuchillo sostenido en el cuello de mi hermano, diciendo que si yo no hacía lo que él quería iba a matar a mi hermano

Preguntado: ¿Entonces te amenazó para que no contaras?, ¿Nos puedes decir cómo fueron esas amenazas?

M.S.A.C: Si yo no hacía lo que él quería iba a matar a mi hermano

Preguntado: ¿Qué hiciste luego que eso pasó?

M.S.A.C: No hice nada me quedé callada

Preguntado: ¿A quién le contaste lo sucedido?

M.S.A.C: A mi mamá, pero después de ya un tiempo que ella me dijo que me iba a poner a planificar

Preguntado: ¿Cómo se enteraron tus padres?

M.S.A.C: Mi mamá se enteró que yo le dije porque ella me iba a poner a planificar y yo tenía miedo de que se fuera a dar cuenta por boca de otra gente y no de mi boca, entonces yo le dije

Preguntado: ¿Qué era la primera vez que esto te sucedía o ya había ocurrido con anterioridad?

M.S.A.C: No, esa era la primera vez

Preguntado: ¿Cuántos años tenía cuando se dio el abuso?

M.S.A.C: 13 años

Preguntado: ¿Dinos como ingresó Jhonnatan por la ventana?

M.S.A.C: Inentendible

Preguntado: ¿Dinos si recuerdas como era la habitación?

M.S.A.C: Era una habitación más o menos pequeña, tenía dos camas, un cajón, un televisor y la ventana

Preguntado: ¿En qué consistió la amenaza que él te hizo?

M.S.A.C: Que hiciera lo que él me dijera, amenazándome que iba a matar a mi hermano pequeño

Preguntado: ¿En qué consistió el abuso?

M.S.A.C: que me violara

Preguntado: ¿Qué hizo Jhonnatan una vez te abusó?

M.S.A.C: Me amenazó diciéndome que no diga nada o si no iba a matar a mi hermano

Preguntado: ¿Qué entiendes por violación?

M.S.A.C: El me penetró

Preguntado: ¿Con qué?

M.S.A.C: Con su pene

Contrario, entonces, al criterio del recurrente, en la narración de la infante no se advierten fisuras. Recuérdese que la apreciación positiva de la prueba testimonial no se supedita a que las distintas declaraciones exhiban absoluta y total concordancia y uniformidad, sino a que posean consistencia en lo esencial del relato, de suerte que permitan forjar el conocimiento sobre el núcleo del mismo, con independencia de las variaciones que se adviertan respecto de particularidades tangenciales, que pueden modificarse por el paso del tiempo y otras circunstancias similares.

En el caso de la especie, lo fundamental consistió en el señalamiento de la víctima M.S.A.C de haber sido agredida sexualmente por Jhonnatan Ferney Restrepo Monsalve, a través

del acceso carnal violento, indicación que realizó de manera directa y sin atisbo de duda, pues tal como lo reveló en su deponencia, al procesado lo conocía porque trabajaba en la misma finca con su padrastro y madre.

Dígase además, que el argumento de la defensa no tiene asidero porque en el juicio oral, no impugnó la credibilidad del testimonio por este motivo, y esto hace que no se cuente con base probatoria que permita su verificación, ni en forma directa ni indirecta, por cuanto, en ningún aparte de su conainterrogatorio le recriminó tal hecho, o ello lo trato de confrontar con sus declaraciones, simplemente sus preguntas fueron repetitivas e inconclusas, concluyéndose, que el dicho de la víctima fue concluso y fehaciente, en punto a todo lo vivido, la madrugada de un día del mes de febrero de 2021.

El opugnante ataca también el testimonio de la víctima por adolecer de excesos descriptivos, pues le resulta extraño, que narre en detalle lo que sucedió, describiendo con precisión todo el acontecer fáctico, como si fuese una lección aprendida.

Al respecto, debe decirse que bastan dos precisiones para desestimar el argumento edificado por la defensa. El primero que el estado de conmoción o susto que padecía la víctima no le impedía, percibir lo que estaba sucediendo. Y segundo, que la defensa tampoco demostró que la testigo sufriera afecciones o alteraciones de otra índole que limitaran sus capacidades de percepción, recordación o comunicación.

En el juicio nunca se ventiló que la afectada hubiese sufrido un estado de shock que le impidiera recordar lo vivido, por el contrario, el temor que aquella vivió esa madrugada cuando fue sometida física y psicológicamente por parte de Restrepo Monsalve, solo afectó su capacidad de respuesta, no otras facultades, y que los cuestionamientos orientados a minar su credibilidad por informar de hechos y situaciones de las cuales, en su criterio, no le generan confiabilidad su dicho, carecen por completo de fundamento, pues en modo alguno, desdibujan la realidad fáctica.

Ahora bien, para confirmar aún más la ocurrencia del hecho y la responsabilidad del acusado, se tendrá en cuenta la aplicación de la teoría de la corroboración, aplicada en la jurisprudencia internacional sobre todo en los casos en los cuales el único testigo presencial de los hechos es la propia víctima o un menor de edad.

La Corte Suprema en su pronunciamiento trajo la siguiente cita del derecho español para explicar lo que debe entenderse como corroboración periférica⁶:

“En esta línea, el Tribunal Supremo de España expuso: [T]ales criterios o requisitos, reiteradamente mencionados, son: a) ausencia de incredibilidad subjetiva, derivada de las relaciones entre la declarante y el acusado, que pudieran conducir a la existencia de un móvil de resentimiento, enemistad, venganza, enfrentamiento, interés o de cualquier otra índole semejante, que prive a esa declaración de la aptitud necesaria para generar certidumbre: b) verosimilitud, es decir constatación de la concurrencia de algunas corroboraciones periféricas de carácter objetivo, que avalen lo que no es propiamente un testimonio (declaración de conocimiento prestada por una persona ajena

⁶ Sentencia de 16 de marzo de 2022, Rad. SP 765-2022. 50.524. M.P. diego Eugenio Corredor Beltrán

al proceso) sino una declaración de parte, en cuanto que la víctima puede personarse como parte acusadora o perjudicada civilmente en el procedimiento, o cuando menos, la inexistencia de datos de tal carácter objetivo, que contradigan la veracidad de la versión de la víctima; y c) persistencia en la incriminación, que debe ser prolongada en el tiempo, plural, sin ambigüedades ni contradicciones ya que la única posibilidad de evitar la situación de indefensión del acusado que proclama su inocencia, es la de permitirle que cuestione eficazmente la declaración que le incrimina, poniendo de relieve aquellas contradicciones que, valoradas, permitan alcanzar la conclusión de veracidad"⁷.

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"

Para el presente caso sin duda existen medios de prueba que permiten "rodear", robustecer o corroborar las primeras versiones de la menor M.S.A.C y que la tornan fortificada y contundente. Veamos:

- El testimonio de D.C.C., del cual se desprende que en efecto la menor M.S.A.C, convivía con ella y su pareja sentimental, quienes a su vez trabajaban en la misma finca en "Trujillo" con el procesado Restrepo Monsalve para el año 2021.

⁷ ATS 6128/2015

- El testimonio de la madre de la menor confirmó que una vez vio que la niña que lloraba mucho, pues *“ella pues un día llegó a la sala a llevarnos tinto a las 4:30, que ella nos llevaba tinto a esa hora, ella ese día iba bañada, el cabello llorando, como si hubiera llorado, le dije que que le había pasado y me dijo que nada, bueno la cosa quedó así y ella siguió todos los días llore y llore, yo le preguntaba que por qué, que si era que si estaba en embarazo, ella me decía que no, porque ella en ese tiempo estaba charlando, iba a ser novia de un compañerito de la escuela y yo ya muy preocupada la iba a poner a planificar, porque no sabía porque lloraba tanto, si era que estaba en embarazo o qué, cuando ya me conto lo que había pasado”*

- Lo depuesto por el Comisario de Familia de Entreríos, Víctor Posada Palacio, quien verbalizó lo que la señora DCC, le manifestó *“cuando vio el cambio de comportamiento de su hija, finalmente le preguntó que pasaba, ahí fue cuando le reveló que uno de los trabajadores de la finca en alguna madrugada ingresó por una de las ventanas a su habitación, mientras dormía a su lado un hermano menor y entonces le dijo que se desvistiera que hiciera lo que él le dijera y que si no, creo que saco sí un arma, una navaja o un arma corto punzante, se lo acercó al niño y dijo que si no accedía a lo que él iba hacer atentaría contra este menor y entonces estaría en su cargo de consciencia, finalmente la hizo desvestir y bueno, la penetró y es como básicamente lo que recuerdo y finalmente me contó que le había echado un*

líquido adentro de su cuerpo y volvió y se escapó por la misma ventana donde había ingresado momentos antes. Indicó también el proceso administrativo que se le siguió a la menor al interior de la entidad, en aras de salvaguardarle sus derechos fundamentales como víctima de abuso sexual”⁸.

- Lo atestado por la psicóloga Carmen Cecilia Ruiz Agudelo, adscrita a la Comisaria de Familia de Entreríos, quién en su deponencia, explicó una vez estando con la menor M.S.A.C, aun cuando fue difícil la valoración, porque la menor se notaba muy afectada y con llanto recurrente durante la conversación, no era capaz de relatar lo que pasaba y luego de varios intentos, la menor logró contarle lo sucedió a partir de un dialogo terapéutico y empático, así: *“...que ella me dice que hacia las 4 de la mañana, que la mamá madrugaba mucho a ordeñar y que ella se quedaba en la cama, en la pieza con su hermanito y que alguien entró por la ventana abruptamente, que amenazó al hermanito de ella con un cuchillo y que le dijo que tenía que hacer lo que él quisiera que luego paso a su cama y la penetró...”⁹*. En igual sentido, la psicóloga refirió que debió tener varios encuentros con la menor, porque desde un principio la notó muy afectada, esto con el ánimo de ayudarla a estabilizarse emocionalmente mientras recibía la terapia psicológica por parte del hospital a través de la EPS, la cual siempre se tardó un poco en hacerse efectiva.

⁸ Ver minuto 49:56 de audio- 3AudeinciaJuicioOralParte1 de fecha 14/07/2022.

⁹ Ver minuto 1:11:27 y 1:21:40 de audio- 4AudeinciaJuicioOral. Parte2 de fecha 14/07/2022.

Explicó, además, que a través de la comisaria de familia se realizaron encuentros educativos, promocionando campañas de prevención en la zona rural y en el SAT vereda el Filo, lugar donde la menor y sus familiares se fueron a vivir, luego de dicho suceso.

- Lo relatado por el médico José Daniel gallego Duran, encargado de realizarle valoración pericial sexológica a la menor M.S.A.C, quién señaló que el 10 de mayo de 2021, la madre llegó al hospital con su informe pericial en compañía de su hija, donde aquella expone: “... *había un sujeto con el cual estaba expuesta y ella me cuenta que había un man que la estaba acechando, y que dentro de su mismo círculo social estaba acechando a su hija y que en un dado caso él la agredió con un arma blanca intentando abusar de ella...*”¹⁰. Posteriormente, la niña en cuestión, le relata como tal su versión de los hechos y asegura que si hubo un abuso sexual con penetración, pues esta expresó, “...*que al estar pues en ausencia familiar, ella se encontraba con su hermano en la casa, ella relata que alguien ingresa por la ventana y está armado con un cuchillo, cuando digo agredir me refiero a intimidar ya que en este caso la persona que se encuentra en reclusión, según menciona la paciente, portaba este elemento y que posteriormente hace algunas amenazas, de que si no realizaba algunas ordenes, iba terminar haciéndole daño a cualquiera de ellos dos...*”¹¹. Refiere el experto también que, en el momento de la anamnesis, la menor evidentemente se encontraba triste, era

¹⁰ Ver minuto 16:23 y 17:26 de audio- 4AudeinciaJuicioOralParte2 de fecha 14/07/2022.

¹¹ Ver minuto 58:33 de audio- 4AudeinciaJuicioOralParte2 de fecha 14/07/2022.

muy monosílaba, ánimo introvertido, también en ciertas ocasiones dentro de la conversación era plana y a veces cortaba porque no era capaz de continuar con el relato.¹²

- De otro lado, se escuchó a Kelly Tatiana Ramírez Quintero, Psicóloga Técnica Investigadora grado II adscrita a la Fiscalía, realizó entrevista forense a M.S.A.C, en la práctica del protocolo SATAC, percibió que la impúber tenía mucha afectación emocional, lo que generó dificultad en la comunicación, no obstante, la entrevista llevarse a cabo, la menor exteriorizó: *"...eso sucedió en las horas de la madrugada cuando los papás no se encontraban en la casa, que ellos salían alrededor de las 3 de la mañana, ella no sabía muy bien el horario de los hechos, pero tenía claro que fue entre las 3 de la mañana y las 4:30 porque a las 4:30 ella ponía la alarma para despertarse y llevarle café a sus papás, que se iban a ordeñar a las 3 y que a su casa ingreso un señor que menciona como Jhonnatan Ferney Restrepo, ella me dice que él la abuso, y entonces ella me explica que él amenazó a su hermanito con un cuchillo en el cuello y le ordeno que se quitara la ropa y que ella sintió mucho dolor en la vagina, cuando yo le pedí que me explicara a que se debía ese dolor, entonces ella lo expresó como que me lo metió en la vagina, refiriéndose a que el señor Jhonnatan Ferney había introducido su pene en la vagina, ella lo describe como un hombre alto de pelo crespo y bueno ella dice que la casa de ella es una casa prefabricada que el ingreso por la ventana, que era una casa que no contaba con mucha seguridad debido a eso, que era prefabricada, ella describe que había dos habitaciones, que la casa también tenía dos ventanas, que había un baño pues la cocina, bueno, eso es como lo que recuerdo y describe que su mamá descubrió esa situación porque la mamá le iba aplicar un método de planificación por lo que ella tenía un novio, entonces cuando se iba a dar ese*

¹² Ver minuto 51:02 de audio- 4AudeinciaJuicioOralParte2 de fecha 14/07/2022.

procedimiento, ella sintió miedo de que su mamá se pudiera enterar que ella no era virgen y le dio miedo que creyera que había sido por tener relaciones sexuales con su novio, entonces fue cuando ella le reveló estos hechos que yo acabo de comentar...” ¹³. Incluso, relata lo exteriorizado por la víctima respecto a la fecha y lugar de ocurrencia de los hechos - febrero del año 2021, en la vereda el Progreso en Trujillo.

A la par, plantea el impugnante una tesis conspirativa en el sentido que todo se trata de una retaliación por problemas suscitados entre Ferney, padrastro de M.S.A.C y su defendido, por el acoso constante de la madre de la menor hacia este, lo que motivo a que el señor Ferney sintiera celos y antipatía contra Jhonnatan Ferney, como también el descontento de la señora DCC por el rechazo o indiferencia de su defendido, ante pretensiones amorosas, caldo de cultivo que dio lugar a que se planeara una venganza por ambos personajes y motivos diferentes, entonces debió demostrarla cabalmente, pues la fiscalía demostró su teoría del caso, sin que sea necesario determinar la supuesta retaliación como lo entiende el defensor, pues se haría imposible juzgar este tipo de delitos, donde solo la víctima y victimario, conocen lo sucedido.

Con respecto a la teoría conspirativa ha explicado la Corte¹⁴ que “es aquella que se apoya en la creencia según la cual cualquier acontecimiento con relevancia en la sociedad, sobre todo si tiene repercusiones negativas, es el producto de la acción oculta, aunque poderosa, de grupos de personas que

¹³ Ver minuto 1:51:26 y 1:55:00 de audio- 4AudeinciaJuicioOralParte2 de fecha 14/07/2022.

¹⁴ CSJ SP rad. 30.682 de 23 mayo de 2012

atienden a designios malvados o, al menos, intereses egoístas. En términos más generales, obedece al criterio de que todo lo malo que pasa es la obra de la voluntad de un poder maligno”.

La teoría conspirativa la deberá demostrar el apoderado del implicado como su teoría del caso en oposición a la teoría del caso de la Fiscalía General de la Nación, aspecto que, se reitera, aquí no ocurrió, pues el censor se limitó a exponer la tesis de la conspiración sin demostración alguna. Es que en verdad “postular sin mayor sustento una teoría conspirativa impide, o por lo menos dificulta, la crítica racional”¹⁵

También se ha explicado que¹⁶:

Esta situación (de irracionalidad en la simple propuesta de teorías conspirativas, por un lado, y de realidad histórica de determinadas conspiraciones, por el otro) implica, para efectos penales, algunas consecuencias, entre las cuales la Sala destaca:

Es posible argumentar teorías conspirativas, bien sea como fundamento de una hipótesis acusatoria, o de una estrategia de defensa. Esto es, pueden constituirse, dentro de la Ley 600 de 2000, en tema de prueba, solicitud probatoria, alegato, etc., o en lo que la Ley 906 de 2004 (Código de Procedimiento Penal vigente para el sistema acusatorio) se denomina teoría del caso.

No obstante, para su prosperidad, quien la plantea no debe limitarse a la sola proposición, ya que tiene la carga procesal de sustentar de manera razonable los fundamentos de su postura (esto es, mediante elementos de convicción pertinentes y conducentes, así como con argumentos de hecho o de derecho, relacionados con la aserción fáctica –afinente al complot– que se pretende demostrar).

Cuando se trata de demostrar la acusación, esta carga equivale a la necesidad de derruir la presunción de inocencia para proferir fallo condenatorio. Y cuando la hipótesis es de la

¹⁵ CSJ SP rad. 30.682 de 23 mayo de 2012

¹⁶ CSJ SP rad. 30.682 de 23 mayo de 2012

defensa, la teoría deberá ir acompañada del respaldo probatorio suficiente como para propiciar el debate y la crítica racional, pues de lo contrario jamás podrá generar una duda (dado el irracionalismo implícito de la propuesta).

Aunque son susceptibles de ser tema de prueba (es decir, objeto de la controversia probatoria), las teorías conspirativas de ninguna manera pueden constituir un medio de persuasión racional. Esto significa que no sirven para elaborar reglas de la experiencia con base en ellas.

De acuerdo con la Corte, las máximas empíricas son construcciones teóricas, argüidas por el intérprete de la norma, que tienen relación con las costumbres, cultura y cotidiano vivir de grupos humanos en un contexto dado.

Como son asimilables a leyes científicas, tienen pretensiones de carácter general o universal (aunque serían más equiparables a proposiciones de alta probabilidad), razón por la cual deben ajustarse a la fórmula lógica "siempre o casi siempre que ocurre A, entonces sucede B". Vistas de esta manera, las teorías conspirativas, en su forma más sencilla, siguen siendo contrarias a la razón, pues estaría implícito el principio según el cual 'siempre o casi siempre que ocurre algo malo, es el producto de la acción oculta de un poder ruin o de un grupo de personas con fines malvados'.

Esto es absurdo, pues la realidad nos enseña, entre otras cosas, que sucesos de esa índole ni siquiera son intencionales, que otros son el resultado de acciones individuales, o azarosas, o no secretas, e incluso que organizaciones poderosas e influyentes pueden actuar de manera bienintencionada.

Y cuando la regla de la experiencia se refiere a situaciones concretas de las cuales es posible desprender el modus operandi de un grupo inmerso en actividades delictivas, ya no estaría fundada en teorías conspirativas, en tanto no aludiría a una influencia secreta, oculta o clandestina, sino al proceder ordinario, suficientemente conocido en eventos anteriores, de bandas u organizaciones criminales.

De hecho, si de lo que se trata es de plantear una máxima empírica relativa al problema objeto de estudio, sería, conforme a lo expuesto en precedencia, la siguiente: 'siempre o casi siempre que alguien plantea una teoría conspirativa, lo hace basado en una convicción infundada'. La anterior formulación no impide que, en algunos casos, la situación problemática que haya dado pie a la actuación procesal se explique en razón del comportamiento, en su momento desconocido, de un grupo de individuos con fines bajos.

Como ya lo aclaró la Sala en su jurisprudencia de casación, el enunciado de una máxima de la experiencia puede llegar a ser inocuo si los medios de conocimiento la desvirtúan, es decir, si se demuestra que en realidad lo que aconteció fue el evento menos probable: “En otras palabras, a partir de una particular experiencia jamás podrá construirse una hipótesis que suprima o elimine a la regla general, esto es, a la que sea estimada como la más próxima al comportamiento humano en el contexto en donde se produjo el caso. Pero, por otro lado, una máxima empírica que no cuente con una base fáctica o hecho indicador adecuado (derivado de las pruebas obrantes en la actuación), nunca logrará establecer la verdad o falsedad histórica del suceso fáctico aducido, así el planteamiento cumpla con el requisito de universalidad y, en teoría, se ajuste a las conductas propias del entorno”.

Es decir, además de los argumentos, las pruebas siempre podrán derrumbar las conclusiones fácticas derivadas de las reglas de la experiencia, pero éstas carecen de la virtud de imponer, sin el apoyo fáctico necesario, la existencia del fenómeno. Por eso, las reglas de la experiencia van precedidas de la frase ‘siempre o casi siempre’ y no de la expresión ‘todas las veces’.

En este sentido, guardan similitud con enunciados de probabilidad (del estilo ‘en esta situación, lo más frecuente es’ o ‘bajo estas condiciones, existe una propensión a’) y no con leyes científicas en estricto rigor¹⁷. En síntesis, como no es un imposible empírico que algunos hechos obedezcan a las maquinaciones ocultas de terceros, quien plantea la teoría conspirativa, ya sea como hipótesis acusatoria o como medio de defensa, tiene la carga procesal de sustentar los fundamentos de su explicación.

En esa secuencia, se exhibe desesperado invocar una teoría conspirativa en contra del procesado Jhonnatan Ferney Restrepo Monsalve, con elementos de juicio que en su sentir, fueron indebidamente apreciados por el a-quo, máxime si la defensa en sede de conainterrogatorio, si lo que pretendía era evidenciar las irregularidades de su dicho, debió utilizar ese escenario para desplegar el arsenal defensivo a efectos de sacar a la luz tales irregularidades, pero por el contrario, decidió guardar silencio y no hacer uso del mismo.

¹⁷ Sentencia de 2 de noviembre de 2011, radicación 36544.

Toda conspiración, entonces, debe ser racionalmente demostrada, lo que no se evidencia en el alegato de la defensa. En ese orden de ideas, la teoría de la defensa no se logró demostrar.

Como argumento adicional, la defensa encuentra otra contradicción que dice, merma la credibilidad al dicho de la menor. Afirma que su mamá la envió a planificar *“Porque en eso cuando después de que pasó eso, tuve un novio y una vez intentamos tener relaciones y mi mamá se enteró y entonces me quería mandar a planificar”*, mientras la madre, en su deponencia reveló *““Ella me había pedido permiso de andar con un compañerito de la escuela, pero como a ella la veía tan rara, llorando todo el tiempo, yo pensé que era de pronto que estaba en embarazo o por el novio, yo dije ahora la voy a mandar a planificar a ver qué me dice a ver qué es lo que tiene y ahí fue donde me contó.”*

Con base en esa disgregación, asevera la defensa, se evidencia la mentira, pues, para la madre el hecho de ordenarle planificar lo fue antes de enterarse del supuesto abuso de la menor MSAC; mientras para la menor MSAC, lo fue después del abuso sexual.

Por otra parte, para la madre el hecho de mandar a la menor a planificar, fue el detonante para que esta le dijera, supuestamente la verdad sobre la violación; para la menor no lo fue.

De lo anteriormente expuesto por el recurrente, encuentra la Sala después de haber analizado lo manifestado por la menor, su madre y lo narrado ante las psicólogas, si bien es cierto, la señora DCC, le dijo a la psicóloga de la comisaria de familia, Carmen Cecilia Ruiz Agudelo, el motivo por el cual determinó que su hija debía empezar a planificar fue el hecho de verla llorando constantemente, necesitando averiguar lo que le sucedía.

En concordancia M.S.A.C, le indicó a la psicóloga Kelly Tatiana Ramírez Quintero, que su madre descubrió los hechos ya mentados, en consecuencia su progenitora le iba a aplicar un método de planificación por lo que ella tenía un novio, entonces cuando se iba a dar ese procedimiento, ella sintió miedo de que su mamá se pudiera enterar que ella no era virgen y que creyera que había sido por tener relaciones sexuales con su pareja, así que decidió revelarle lo sucedido con el procesado. Situación que la menor en juicio declaró, indicando, además, el contarle lo sucedido a su madre porque tenía miedo de que se fuera a dar cuenta de lo pasó por boca de otras personas.¹⁸

Frente a ese entresijo, considera la entidad Tribunalicia que la valoración frente a la contradicción que supuestamente afirmó la madre de la menor víctima DCC y M.S.A.C, no tiene fundamento alguno, pues con todo ello, se entiende que la menor M.S.A.C, simplemente estaba temerosa del hecho de tener pareja sentimental, intentar tener relaciones y a su vez de

¹⁸ Ver minuto 1:55:00 de audio- 4AudeinciaJuicioOralParte2 de fecha 14/07/2022.

que su madre la fuera a mandar a planificar por verla triste, por la sospecha de un presunto embarazo, hace que la preadolescente le revele a su madre los vejámenes del cual fue objeto, y no sembrar en la señora DCC, pensamientos errados ante el descubrimiento de su desfloramiento.

De manera secuenciada, los recurrentes se cuestionan varios aspectos, como el hecho que la menor M.S.A.C, a sus cortos 13 años de edad: i) se le permita tener novio y andar con un compañerito de la escuela, ii) según ella, intento tener relaciones sexuales con él novio, iii) su madre la pretendió llevar a planificar; y a sus 14 años de edad, según el comisario de familia, i) no hace mucho tuvo una relación con una persona mayor, la cual termino por que le habían puesto los cachos, ii) en la actualidad está con un joven muy sardino de 17 años, con el que posiblemente se vaya a vivir a otra región, iii) según la menor, en la actualidad vive con un muchacho de 17 años.¹⁹

Frente a las anteriores postulaciones esgrimidas por los opugnantes, las mismas son improcedentes, tal como lo ha dejado sentado, con criterio de autoridad, la máxima entidad tribunalicia de la jurisdicción ordinaria:

“La Sala, en fallos como CSJ SP, 23 sep. 2009, rad. 23508, «ha rechazado posturas argumentativas en los delitos sexuales que tan solo reflejan los prejuicios, la discriminación por género o las opiniones eminentemente morales de quienes la predicam»²⁰. A su vez, como se dijo en la providencia CSJ SP, 7 sep. 2005, rad. 18455, «las condiciones éticas, sexuales, morales, culturales, políticas, sicológicas, etc., de una persona no la excluyen de ser sujeto pasivo de un delito sexual.»²¹

¹⁹ Ver minuto 1:38:00 de audio- 3AudeinciaJuicioOralParte1 de fecha 14/07/2022.

²⁰ CSJ SP, 23 Sep. 2009, rad. 23508.

²¹ CSJ SP1786 -2018, Rad. 4263

En tanto de índoles exclusivamente sexuales y morales, los aludidos cuestionamientos de la defensa en relación a la vida íntima de la menor víctima, ninguna teoría de absolución penal se puede sostener. De hecho, las connotaciones sexuales de una actividad no podían depender de la postura de cualquier observador que la analizase, sino de los datos objetivos que la acompañan o le brindan contexto, por ende, las afirmaciones de los censores en dichos sentidos no solo son inadmisibles dentro del proceso, sino además infundadas.

Ahora bien, para demostrar el grado de afectación causado a la menor con la conducta a la que fue sometida aparentemente por Jhonnatan Ferney Restrepo Monsalve, ya que desde su óptica, es insostenible que en tan poco tiempo M.S.A.C, haya superado tal trauma, para lo cual, acude a lo dicho por el comisario de familia, quien explicó “generalmente lo que ve en los niños abusados, son cambios en su comportamiento y sobre todo su tranquilidad y estado mental cambia muchísimo, su estado anímico, incluso que ha tenido niños que siguen con problemas psiquiátricos casi que de por vida, como también a reglón seguido indicó que, también hay niños que lo superan muy bien, muy fácil, dependiendo la edad, como hay otros que desafortunadamente no, pero no porque haya pasado con la menor M.S.A.C, no”.²²

Para la Colegiatura si bien es consciente del cuidado que debe tenerse con menores de edad víctimas de abuso sexual, para

²² Ver minuto 1:16:20 de audio- 3AudeinciaJuicioOralParte1 de fecha 14/07/2022.

evitar la revictimización, lo cierto es que varios son los factores que pueden influir para que ciertos síntomas no se hagan visibles en una menor víctima de abuso sexual, todo ello tiene relación con la edad, lo traumático o no del evento, si fue un solo episodio o fue una conducta a repetición, el apoyo afectivo, emocional que haya recibido con posterioridad a los hechos, puesto que todos estos elementos de ayuda a no dudarlo le van a facilitar que la preadolescente supere con mayor facilidad la experiencia vivida.

A pesar de lo planteado por los recurrentes, la aseveración que ahora plantean es falaz, pues tal como se evidenció del registro de audio, acompañado con el sentir del fallador de primer grado, la víctima ante los profesionales en psicología y medicina, notaron a la menor muy afectada por los vejámenes de que fue objeto y en razón a tal afectación la psicóloga de la comisaría de familia de Entrerriós, tuvo que actuar, tratando de tranquilizar a la menor a la que detectó muy afectada, apenada y con llanto recurrente, tanto que la menor no era capaz de relatar lo sucedido. En igual forma, los profesionales señalaron que su estado emocional era consecuente con lo narrado, sin encontrar un motivo distinto.

Por último, se quiere hacer significar que se le avala como prueba de corroboración periférica a los dichos de los Dres. Carmen Cecilia Ruiz Agudelo, Kelly Tatiana Ramírez Quintero y José Daniel Gallego Duran, a efectos de darle mayor credibilidad al dicho de la menor. En esa medida, la crítica solo se soporta en un ámbito etéreo de especulación, pues jamás se

allegaron elementos de juicio, o siquiera argumentativos, que permitan suponer que la menor no sufrió por tales afectaciones emocionales, se itera que, cada persona supera en tiempos distintos, y de manera diferente situaciones traumáticas de su vida.

Por tales motivos, la censura analizada no tiene vocación de prosperar.

En otro orden de cosas, reprocha la Defensa que no puede ser una mera coincidencia la respuesta ya analizada de la menor, respecto al motivo de porque su madre la iba a mandar a planificar, con lo que los testigos de descargo declararon haber observado directamente y de forma personal, en el celular del encausado, un mensaje de Facebook supuestamente enviado por la menor M.S.A.C, el cual decía textualmente:

"Hi jonatha

Aaaaa A la con melani

Es parra de sirle q fer ney la va ade mandar por violación con mi mama el le dio la plata que vendió la moto paq ella le adude a acusarlo por q como Ferney me piyo cuando vibia en la finca del penol con mi novio en la cama en tonses van adesir que fue uste el q me biolo Me toco creaaa este feivu porq mamá me tiene la cave del oto y me dijeron ami que siyono lo acuso ella me castiga yq yo lla se como Chao lo dejo porq juliana me esta compartiendo.

Mensaje enviado el día 21 de marzo de 2021 a las 17: 19 horas"

Tomando en cuenta lo que se ha presentado anteriormente, para acreditar el hecho de haber encontrado a la menor en la cama con su novio, en el municipio de El Peñol, se tiene la declaración de Liliana Patricia Alcaraz Jiménez, quien antes de

leer los mensajes del texto anterior, lo reconoce diciendo haberlo visto en el Facebook de su esposo Jhonnatan Ferney Restrepo Monsalve y en lo pertinente dice: *"...como Ferney me pilló cuando vivía en la finca del Peñol con mi novio en la cama, entonces van a decir que fue usted el que me violó".*²³

Acerca del testimonio de la señora Manuela Alejandra Correa Jaramillo, frente a pregunta de la defensa, indicó textualmente: *"...La sencilla de que estaba recibiendo mensajes constantemente donde la menor Melany escribía por medio de otro Facebook de una amiga de ahí mismo de la finca que la mamá lo iba a denunciar por violación porque a ella la había encontrado Ferney el padrastro, la había encontrado a ella en la cama con el novio..."*²⁴

De igual manera en declaración del señor Wilson De Jesús Álvarez expuso a pregunta de la defensa que: *"...el padrastro como que la encontró a ella como con el novio entonces ahí es donde él aprovecha y le dice a ella que demande a Jhonnatan, que ellos van a meter una demanda en contra de Jhonnatan para que vean que fue Jhonnatan él que había hecho ese daño..."*²⁵ Refiriéndose al desvirgamiento de la menor.

Además, Yeison Andrés Cortés Alcaraz, en su declaración también manifestó: *"pero después de eso se notó en el mensaje que es que a la peladita también la tenían amenazada para que dijera que si la había violado"*.²⁶

²³ Ver minuto 3:07:22 de audio- 5ContinuacionJuicioOralParte1 de fecha 18/07/2022.

²⁴ Ver minuto 2:02:30 de audio- 5ContinuacionJuicioOralParte1 de fecha 18/07/2022.

²⁵ Ver minuto 2:21:24 de audio- 5ContinuacionJuicioOralParte1 de fecha 18/07/2022.

²⁶ Ver minuto 45:19 de audio- 5ContinuacionJuicioOralParte1 de fecha 18/07/2022.

Con todo ello, especula la defensa al decir que queda totalmente demostrado que la menor tuvo relaciones sexuales consentidas con su novio y que al ser descubierta por su madre, esta le dice que la va a mandar a planificar y el pánico de creer estar embarazada, disminuyen emocionalmente a la menor, dejando quizás, sin querer, que sus padres la manipulen, con amenazas que solo ellos sabrán, lo que aunado al enamoramiento de la señora DCC y el desinterés de Jhonnatan Ferney y el enojo del señor Ferney, se mezclan para orquestar y fraguar un supuesto abuso sexual, en contra de su prohijado, pues ante esta afirmación el censor se funda en una interpretación equivocada del enunciado impugnado, como ya se aclaró en párrafos anteriores, las razones en mandar a planificar a la menor, fueron producto del desconocimiento de la señora DCC, al comportamiento de llanto y tristeza de la menor, que hacen que creyera que fue por un posible embarazo o por el novio, así que M.S.A.C con el miedo de que la mamá se diera cuenta de que ya no era virgen y creyera que era por tener relaciones con su novio, la menor le confiesa lo acontecido.

Respecto al mensaje que supuestamente fue enviado por la menor víctima M.S.A.C, que vió, reconoció y leyó la señora Liliana Patricia Alcaraz Jiménez, como también acreditan haberlo visto Manuela Alejandra Correa Jaramillo, Wilson De Jesús Álvarez y Yeison Andrés Cortes.

Considera la Sala que la Defensa no logró demostrar la procedencia de la cuenta de Facebook endilgada a la menor

M.S.AC, mucho menos que el mensaje de texto fuera enviado por ella, hablar de autenticación en redes sociales plantea problemas únicos con respecto a lo que se requiere para demostrar que la página pertenece a quien se dice, es decir, que es lógico que cualquier persona puede crear un perfil de Facebook, no solo con el nombre de otra persona, sino también con sus fotos e información personal.

Así, para probar la autoría es necesario presentar una evidencia, más allá de simplemente identificar el nombre de una persona en la red, sino también evidencia extrínseca, donde en este asunto un perito forense la recolecte y embale, e identifique claramente que los datos consignados de la cuenta son únicos, inequívocos y sin alteraciones, esto en razón a mayor credibilidad a la autoría del perfil, además de cumplir con el requisito de originalidad consagrado en el artículo 8° de la Ley 527 de 1999, por lo que pensar que la misma puede ingresar sin autenticación alguna, la torna ilegal.

No basta entonces que los testigos de descargo afirmen y acrediten haber visto ese mensaje en la cuenta de Facebook del encausado, mucho menos que la emisora del mismo es la menor M.S.A.C, con el argumento de que tiene mala ortografía, ya que no es un factor fehaciente para afianzar el origen del texto.

De otro lado, se observa una clara intención de los testigos de descargo, en favorecer al acusado, pues pese a estar supuestamente con él, se exponen circunstancias totalmente

opuestas, mientras que el señor Yeison Andrés Cortes Alcaraz, manifestó que: *“imagínese en un mero día le hacía hasta 30 llamadas perdidas, la bloqueaba y cuando volvía y la desbloqueaban el número, encontrábamos de 10 a 20 mensajes de “HOLAS”, entonces yo le dije a él, hermano eso es mejor que busque la manera de irse de la finca, para que las cosas no lleguen a ser más graves”*.²⁷ Mensajes que Jhonnatan Ferney le afirma que son de la señora DCC y posteriormente Yeison corroboró la identidad de la madre de esta, tras realizarle una llamada desde su celular.

De las declaraciones la señora Liliana Patricia Alcaraz Jiménez, *“indico leer los mensajes donde a veces la trataban mal, que la señora DCC, estaba enamorada de su esposo, que ella no debería de estar con Jhonnatan Ferney, que no es mujer para él, así que de la rabia elimino los mensajes”*.²⁸

Igualmente, el señor Wilson De Jesús Álvarez Alcaraz, señaló que: *“Primero empieza como con mensajes amoríos, ya pues diciendo, me acuerdo que un mensaje que se quería ver con él, que se volaran a escaparsen un rato y todo eso.”*²⁹

En consecuencia, de todo lo antedicho, además de la irregular manera como se ingresó y valoró la primera instancia, los pantallazos de Facebook y del celular del procesado, son palmarias las inconsistencias de los testigos de la defensa en relación a lo visto y leído en el celular de Jhonnatan.

²⁷ Ver minuto 35:00:00 de audio- 5ContinuacionJuicioOralParte1 de fecha 18/07/2022.

²⁸ Ver minuto 3:14:14 de audio- 5ContinuacionJuicioOralParte1 de fecha 18/07/2022.

²⁹ Ver minuto 2:16:35 de audio- 5ContinuacionJuicioOralParte1 de fecha 18/07/2022.

En suma, acorde con lo hasta ahora dicho, es suficiente para que la Sala concluya, como ya se dijo con antelación, que el Juzgado de primer nivel no incurrió en los yerros de valoración probatoria denunciados por el apelante, y que por el contrario procedió de manera correcta al momento de la apreciación del acervo probatorio, el cual, al ser valorado de manera conjunta, cumplía a cabalidad con los requisitos exigidos por el artículo 381 C.P.P. para poder proferir una sentencia condenatoria en contra del procesado Jhonnatan Ferney Restrepo Monsalve. Razón por la que el fallo confutado será confirmado en todo aquello que atañe con la declaratoria del compromiso penal endilgado al procesado.

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

8. RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR el fallo impugnado en su totalidad.

SEGUNDO: Contra la presente decisión procede el recurso de Casación, el cual deberá ser interpuesto y sustentado dentro de las oportunidades de ley.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

**NANCY ÁVILA DE MIRANDA
MAGISTRADA**

**MARIA ESTELLA JARA GUTÉRREZ
MAGISTRADA**

**JHON 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**

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

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

Código de verificación: **0f9f7990b2d1bb96e3e854e135fed62892820b9cf49a306bde44d9836e9f0e1c**

Documento generado en 16/11/2023 04:59:42 PM

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



TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA PENAL DE DECISIÓN

Medellín, veintitrés (23) de noviembre dos mil veintitrés

Magistrado Ponente
RENÉ MOLINA CÁRDENAS

Aprobado en Acta No. 113 del 7 de noviembre de 2023

Proceso	Penal
Instancia	Segunda
Apelante	Defensa
Tema	Valoración probatoria – uso de declaraciones anteriores y prueba de referencia
Radicado	05-154-60-99152-2021-50820 (N.I. TSA 2023-1634-5)
Decisión	Confirma

ASUNTO

La Sala resuelve el recurso de apelación interpuesto por la defensa en contra de la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Penal del Circuito de Cauca – Antioquia.

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

HECHOS

El 27 de marzo del año 2021, en el municipio de Caucasia – Antioquia, la menor M.Y.C.H., de 11 años de edad ingresó a la casa de SANTIAGO JOSÉ PÉREZ ÁVILA, lugar donde este la penetró por la vagina con el pene.

LA SENTENCIA

El 17 de agosto del año 2023, el Juzgado Penal del Circuito de Caucasia, de conformidad con el sentido de fallo anunciado, profirió sentencia condenatoria en contra de PÉREZ ÁVILA al declararlo penalmente responsable del delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años, artículo 208 del C.P. En consecuencia, le impuso la pena de ciento cuarenta y cuatro (144) meses de prisión, además, le negó la prisión domiciliaria y la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

IMPUGNACIÓN

En contra de esta decisión la defensa presentó y sustentó el recurso de apelación con la finalidad de obtener la revocatoria de la condena y la consecuente absolución de su representado. Soportó su pretensión de la siguiente manera:

No se demostró la penetración vaginal con el pene.

Contrario a lo expuesto por el Juez, el problema advertido no puede solucionarse con el testimonio de M.Y. y las pruebas de corroboración, pues las circunstancias modales y temporales de la conducta que la menor relató en juicio son inconsistentes con las dadas en las versiones previas que

entregó a su madre, Rosiris María Hernández Terán, a la médica Gallego Torres y a la psicóloga Paola Nader Peñate.

A propósito, en el debate público la niña aseguró que se levantó a las 2 a.m. y se fue directo al lugar de los hechos, en contraste, relató a la psicóloga que salió a dicha hora para una tienda. Además, no se acreditó que realmente en ese momento algún establecimiento de tal tipo estuviera abierto al público.

No es posible que los hechos sucedieran en la madrugada del 27 de marzo del año 2021, toda vez que, la víctima y los demás testigos expusieron que el delito se ejecutó después de las “horas del día” de aquella fecha, en la que se celebró el cumpleaños de la progenitora de M.Y.C.H.

La menor manifestó que se sintió mal cuando el vio al procesado con otras mujeres, lo que pudo provocar un señalamiento temerario y falaz en contra de este.

La médica Daniela Gallego Torres valoró a la víctima el 3 de julio del año 2021, hallando que esta presentaba genitales sin alteraciones e himen íntegro. Sin embargo, de manera especulativa y sin el “grado de certeza” que requiere una prueba pericial, la galena aseguró que no se podía descartar que la niña tuviera himen complaciente. Adicionalmente, la perito se graduó de medicina general en febrero de aquella anualidad, así que no contaba con la experiencia e idoneidad necesaria a fin de elaborar un dictamen suficiente para condenar.

La primera instancia no tuvo en cuenta que era imposible que la conducta se perpetrara en la casa del acusado y no fuera percibida por los demás habitantes del inmueble. Para demostrar tal punto, el apelate aludió a lo dicho por dos testigos de descargo: (i) Mirleidy Oviedo Arcila, esposa del acusado, quien informó que en la fecha de los hechos durmió con este, y (ii) Felipe Andrés Esquivel Contreras, conocido de PÉREZ ÁVILA, quien

corroboró las precarias condiciones de construcción e intimidad que tenía el inmueble donde SANTIAGO JOSÉ vivía junto con sus padres.

El Juez dio por probado que el acusado sabía la edad de la menor sin que ninguna prueba aportara tal información de manera incuestionable.

No hubo pronunciamiento por parte de los no recurrentes.

CONSIDERACIONES

La Sala procederá a resolver el recurso de apelación y anticipa que la sentencia de primera instancia será confirmada.

A fin de sustentar debidamente tal anuncio, en desarrollo del principio de limitación de la segunda instancia, se destaca que es deber del apelante establecer con claridad los puntos de controversia que considera fueron indebidamente desarrollados en el fallo recurrido. En ese orden, a dichos objetos problemáticos y a los temas que le son inescindibles se debe limitar el pronunciamiento de esta Corporación.

Por ello, en la presente providencia se analizará la trascendencia del testimonio de la víctima y si fue debidamente corroborada con algunas de las pruebas de cargo, en concreto, los testimonios de su madre, la médica y la psicóloga que la valoraron, además, si el testimonio de M.Y.C.H. fue refutado con ciertos testimonios de descargo, a saber, el de la esposa del acusado y el de un conocido del mismo, pero previo a esto, se impone abordar un tema relevante para desarrollar correctamente tal tarea.

1. De la prueba de referencia

Para lo que interesa a este caso, sobre la noción de la prueba de referencia, el artículo 437 del C.P.P. dispone que esta clase de prueba es toda aquella declaración realizada fuera del juicio oral y que es *“utilizada para probar o excluir uno o varios elementos del delito, el grado de intervención en el mismo, las circunstancias de atenuación o de agravación punitivas, la naturaleza y extensión del daño irrogado, y cualquier otro aspecto sustancial objeto del debate”*. La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia¹ se ha pronunciado al respecto en los siguientes términos:

*“De la redacción del artículo 437 de la Ley 906 de 2004 se colige que son elementos estructurales de la prueba de referencia: (i) debe tratarse de una declaración; (ii) realizada por fuera del juicio oral; (iii) que es utilizada **para probar** o excluir uno o varios elementos del delito u otro de los aspectos referidos en el artículo 375 ídem, de donde se sigue, sin duda, que sólo puede hablarse de prueba de referencia cuando la declaración es utilizada como medio de prueba; (iv) cuando no sea posible practicarla en el juicio, porque de ser ello posible deben seguirse las reglas generales sobre el testimonio.”*

Sobre los requisitos para la debida incorporación de prueba de referencia, la misma Corporación precisó:

“Por otro lado, la apreciación y valoración de una manifestación previa como prueba de referencia presupone que la parte interesada haya solicitado su aducción (en la audiencia preparatoria o en el juicio oral, si es que la circunstancia excepcional de admisibilidad sobreviene en esta última), y tal pretensión debe satisfacer una carga argumentativa precisa:

«En la decisión CSJ AP, 30 Sep. 2015, Rad. 46153 se estableció el procedimiento para la incorporación de una declaración anterior al juicio oral a título de prueba de referencia. En esencia, se dijo que: (i) deben ser objeto de descubrimiento la declaración anterior y los medios que se pretenden utilizar

¹ CSJ SP radicado 44056 del 28 de octubre de 2015, M.P. Patricia Salazar Cuéllar.

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. (...)”^{2,3}

En ese orden, es evidente que debe existir solicitud de parte y pronunciamiento expreso del Juez sobre el decreto de prueba de referencia y del medio de conocimiento que pretenda utilizarse para su incorporación en juicio oral, sin que pueda hacerse oficiosamente.

Además, es necesario tener presente que conforme el literal e del artículo 438 de la Ley 906 de 2004, y a la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia,⁴ es posible la incorporación de declaraciones previas a modo de prueba de referencia en los casos adelantados por delitos sexuales contra menores de edad, aun cuando estas víctimas comparecen a juicio, pero teniendo en cuenta que:

“En ese entendido, lo esencial, a este efecto, es que la disponibilidad del testigo en el juicio no sea plena sino relativa «por su edad, porque el paso del tiempo le impida recordar lo sucedido»⁵ o por cualquier situación análoga que le imposibilite o dificulte atestar de manera adecuada.”⁶

Así que, la declaración de los menores de edad víctimas de un abuso sexual pueden catalogarse, según el caso, como prueba de referencia admisible, siendo necesarias la existencia de una declaración anterior al juicio oral, el medio de prueba que lo lleve a conocimiento del Juez, además, tener en

² CSJ SP, 25 de enero de 2017, radicado 44950.

³ CSJ SP, radicado 52045 del 20 de mayo de 2020, SP 034-2020, M.P. José Francisco Acuña Vizcaya.

⁴ Entre otras, CSJ SP, Radicado 43916 del 31 de agosto de 2016, M.P. Patricia Salazar Cuéllar, y radicado 52045 del 20 de mayo de 2020, SP 034-2020, M.P. José Francisco Acuña Vizcaya.

⁵ CSJ SP, 4 dic. 2019, rad. 55651.

⁶ CSJ SP, radicado 52045 del 20 de mayo de 2020, SP 034-2020, M.P. José Francisco Acuña Vizcaya.

cuenta los requisitos para su debida solicitud, decreto e incorporación, así como la forma en que se armonizan los derechos de los menores y las garantías del procesado.

2. Del testimonio de la víctima

M.Y.C.H. rindió testimonio el 9 de agosto del año 2022, en su presentación adujo que nació el 15 de junio del año 2009. Durante el interrogatorio cruzado informó que aproximadamente a las 12 “de la noche” del 27 de marzo del año 2021, cuando tenía 11 años de edad, salió de su casa, ubicada en el municipio de Caucasia, a la de SANTIAGO PÉREZ, quien vivía cerca y con sus padres -de él-, con el pretexto de ir por un regalo que aquel compró para la madre de aquella, pues esta se encontraba de cumpleaños. Una vez allí, en el cuarto del hombre, vieron películas y sostuvieron relaciones sexuales consistentes en la penetración vaginal con el pene. Aseguró la niña que posteriormente se sintió angustiada, pues el sujeto la amenazó con asesinar a sus padres si revelaba lo sucedido, aun así, le contó a su mamá, lo que originó la denuncia del abuso y la posterior muerte de su papá. La testigo afirmó que conoció a SANTIAGO como un cliente de su padre, que se comunicaban casi a diario y que aquel sabía su edad.⁷

El relato de M.Y. es claro, el 27 de marzo del año 2021, el acusado logró llevarla hasta su habitación, donde la accedió carnalmente vía vaginal con el pene. Así que, contrario a lo pretendido por el recurrente, tal prueba se advierte sólida y no se observan inconsistencias relevantes o elementos que le resten credibilidad.

La estrategia del apelante es objetar el medio de conocimiento aduciendo que la menor no fue consistente en juicio ni con sus versiones anteriores, que las demás pruebas de cargo no la corroboran, mientras que, las de

⁷ Juicio oral del 9 de agosto de 2022, archivo “AUDIENCIA JUICIO 2021-0007”, récord 00:22:20 a 01:09:14.

descargo, demuestran una hipótesis posible de inocencia. Objeciones que no serán aceptadas por la Sala, como pasará a explicarse.

En cuanto a las inconsistencias con las declaraciones previas, se debe resaltar que para dar cuenta de lo ocurrido la fiscalía llevó a la víctima al juicio oral, en ese escenario estuvo disponible para el interrogatorio cruzado. Durante la práctica de la prueba -la víctima contaba con 13 años de edad- no se utilizaron sus versiones anteriores como herramientas para facilitar el interrogatorio cruzado, es decir, mediante la impugnación de credibilidad o el refrescamiento de memoria. Tampoco se hizo uso excepcional, cumpliendo con los correspondientes requisitos legales y jurisprudenciales,⁸ de la prueba de referencia, o de las declaraciones previas inconsistentes con lo declarado en juicio, también llamadas testimonio adjunto.

De forma que no hubo decreto probatorio que permitiera el uso de las declaraciones previas de la víctima a modo de prueba de referencia. Sin embargo, la primera instancia permitió la incorporación de las versiones anteriores de M.Y. y las utilizó en la sentencia apelada para verificar la consistencia de su relato en diferentes escenarios. Frente a esta particularidad es necesario destacar que la posición del Juez no es acertada, véase que incluso para tal fin las declaraciones anteriores no pierden su naturaleza de información referencial inadmisibles ya que lo buscado es analizar el componente fáctico referido por la menor en una declaración anterior.

Así que no se cuenta con fundamento suficiente para valorar las versiones previas de la víctima de la manera en que lo hizo el Juez y tampoco como propone el recurrente, quien quiso utilizar la información referencial incorporada en el debate público para asegurar que esta no guarda consistencia con el relato que la menor aportó en el juicio oral. Se insiste, si

⁸ Sobre la utilización de declaraciones anteriores al juicio oral, véase entre otras SP CSJ, radicados 44950 del 25 de enero de 2017, 43656 del 30 de enero de 2017, 43916 del 31 de agosto de 2016, y 52045 del 20 de mayo de 2020.

su intención era impugnar credibilidad con sus declaraciones anteriores, debió utilizar tal herramienta al momento de la práctica del testimonio de la menor, o solicitar la incorporación excepcional de información referencial, o el testimonio adjunto, si es que contaba con los requisitos para estas dos particulares pruebas, pero ello no ocurrió.

En consecuencia, se debe dar aplicación estricta al artículo 402 del C.P.P., según el cual, los testigos sólo deben declarar sobre los hechos que les consten de forma directa, y por lo tanto, es imposible que con las demás pruebas se incorpore información referencial, por lo que, si así se hizo, esta debe ser excluida de valoración. Bajo estos parámetros se deben analizar todos los medios de conocimiento, lo que no afecta el sentido condenatorio de la decisión que se perfila.

En ese orden, se reitera que el testimonio de M.Y.C.H. es concluyente respecto a la existencia de los hechos jurídicamente relevantes y la responsabilidad penal del procesado sin que sea posible analizar la información referencial que fue indebidamente incorporada con los testimonios de su madre, Rosiris María Hernández Terán, la médica Daniela Gallego Torres y la psicóloga Paola Nader Peñate.

Así las cosas, se impone destacar que en juicio M.Y. expuso haber salido de su casa y dirigirse al lugar de los hechos, nada dijo respecto a un presunto desplazamiento a una tienda antes de ir al sitio donde se dio el abuso. De modo que, no era necesario probar que en aquel momento hubiese algún establecimiento de comercio de tal tipo abierto al público.

La niña tampoco manifestó durante su testimonio que se sintiera mal porque el acusado tuviera contacto con algunas mujeres, de ahí que resulte infundado el argumento del recurrente, según el cual, el señalamiento en contra de PÉREZ ÁVILA fue falaz y temerario, originado en una indebida retaliación de la víctima, quien se vio afectada emocionalmente por dichas actuaciones del sujeto.

Adicionalmente, la menor fue reiterativa en que el delito se cometió el 27 de marzo del año 2021, fecha en que su madre estaba cumpliendo años, de ello no hay duda, dato que guarda congruencia con el aspecto temporal fijado en la acusación, donde se delimitó para el efecto un periodo comprendido entre los días 25 a 27 de los citados mes y año.

Ahora, ciertamente no quedó claro si el delito se cometió en la madrugada de aquel día o al finalizar la noche, pues a la menor se le efectuaron dos preguntas al respecto, así: (I) *“¿Esa entrega del regalo que le ibas a hacer a la mamá, fue antes o después, era antes de lo que se presentó con SANTIAGO?”*, a lo respondió: *“después”*, y (II) *“¿La entrega del regalo fue antes o después de la situación que se presentó con SANTIAGO?”*, a esto contestó: *“fue antes”*. En esos términos, es evidente que hubo una imprecisión en las respuestas, sin embargo, ello no tiene la trascendencia suficiente para revocar el fallo de condena.

Nótese que, pese a esta particularidad, las partes e intervinientes no aclararon el tema con M.Y.C.H., aun así, la testigo siempre se ubicó temporalmente en una fecha precisa, la cual recordaba por coincidir con el cumpleaños de su madre, data que se corresponde con la establecida en la hipótesis acusatoria. Además, no se advierte cuál sería la relevancia de tal inconsistencia en punto de demostrar la existencia del delito o la responsabilidad del procesado. En otras palabras, no hay duda que el acceso carnal relatado por M.Y. se ejecutó el 27 de marzo del año 2021.

Para superar suficientemente este punto, resulta apropiado destacar que los relatos de las menores víctimas no tienen que ser totalmente consistentes. Lo importante es que la prueba sea coherente en los aspectos sustanciales, sin que las imprecisiones en que pueda eventualmente incurrir el testigo generen una incongruencia de importancia determinante.

En ese orden, aunque no se puede desconocer que la información aportada por la niña fue imprecisa, ello solo afecta un particular punto del aspecto temporal, lo que no resta valor suasorio al señalamiento que hizo de un día en específico, a saber, el 27 de marzo del año 2021, dato que sin duda es el elemento sustancial de las circunstancias temporales del delito.

Además, la imprecisión obedeció principalmente a la desidia de las partes e intervinientes para superar la situación, de ahí que no pueda asegurarse que la testigo estuviera faltando a la verdad, o que sus manifestaciones sobre el aspecto temporal de la conducta lleven a asegurar que esta no existió.

Otro tema que debe destacarse es que M.Y. fue inequívoca cuando afirmó que PÉREZ ÁVILA conocía su edad, lo que es coherente con su relato si se tiene en cuenta que la niña manifestó que tenía contacto casi a diario con dicho sujeto vía celular, incluso, el propio acusado renunciando a su derecho a guardar silencio, testificó en juicio y aceptó que conversaba con ella por tal medio,⁹ así que sí hubo oportunidad para enterarlo de su edad. En ese orden, no se advierten elementos que resten credibilidad a esa manifestación de la testigo, y contrario a lo dicho por el apelante, en este caso tal elemento del tipo penal sí tiene sustento probatorio.

Véase que, en este punto, a la par del testimonio de la víctima, se han analizado las objeciones planteadas en relación a los testimonios de la psicóloga Paola Nader Peñate,¹⁰ así como el de Rosiris María Hernández Terán,¹¹ madre de la menor, pues el defensor quiso infructuosamente refutar la versión que M.Y.C.H. aportó en juicio con información referencial que aquellas transmitieron.

Aparte de esto, es pertinente señalar que Nader Peñate y Hernández Terán corroboraron que la menor presentó una actitud de tristeza posterior a la

⁹ Juicio oral del 10 de noviembre de 2022, archivo “*Audiencia Juicio 10-11-2022*” récord 00:21:01 a 00:37:14.

¹⁰ Juicio oral del 9 de agosto de 2022, archivo “*AUDIENCIA JUICIO 2021-0007*”, récord 02:11:07 a 02:33:44.

¹¹ *Ibidem*, récord 01:10:20 a 01:31:44.

comisión de la conducta. Además, la progenitora informó que su hija le dio un regalo de cumpleaños en el año 2021. Véase que estos son datos que se corresponden periféricamente con el relato de los hechos que entregó la víctima en juicio, haciéndola más creíble.

En consecuencia, resta por responder a los reproches que tienen por objeto el testimonio de la profesional de la medicina que efectuó la valoración médico legal a la niña y algunas pruebas de descargo.

3. La valoración médica

La fiscalía presentó el testimonio de la médica Daniela Gallego Torres,¹² quien manifestó haberse graduado de la carrera de medicina en febrero del 2021, ese mismo año, el 7 de mayo, se vinculó laboralmente con el hospital César Uribe Piedrahita, de Caucasia, en donde valoró a M.Y.C.H. el 3 de julio de dicha anualidad, hallando en el examen genital, tras aplicar la maniobra de riendas, un himen anular íntegro y elástico. Sobre esta última característica de tal membrana, explicó que es común en menores entre los 10 hasta los 13 años de edad, en razón del alto contenido de colágeno, lo cual permite que por esa zona pueda pasar de un pene erecto sin producir desgarros. Aunque tuvo en cuenta la versión de la niña, señaló que sus hallazgos tenían soporte esencialmente en las técnicas que utilizó.

El apelante critica la experiencia e idoneidad de la perito, aparte de ello, aduce que su intervención no es concluyente ni suficiente para soportar la sentencia condenatoria.

Al respecto, la postura de la defensa es meramente especulativa, a consecuencia de no haber demostrado que efectivamente la médica se equivocó, véase que, finalmente solo intenta ponerla en duda. Sobre las calidades profesionales de esta, importa señalar que ninguna discusión se

¹² Juicio oral del 9 de agosto de 2022, archivo “AUDIENCIA JUICIO 2021-0007”, récord 01:36:44 a 02:10:39.

presentó frente a su preparación académica. Ahora, la posición del recurrente supone una premisa que no soporta una evaluación rigurosa, pues implicaría que ninguna niña, en edad similar a la de M.Y., podría ser valorada por un médico con pocos meses de experiencia laboral. Si ello fuera así, los entes encargados de la regulación del ejercicio médico habrían dispuesto tal regla, pero no lo han hecho, por el contrario, enseña la experiencia judicial que es común que en muchos municipios, por diferentes razones, este tipo de dictámenes sea realizado por quienes apenas se encuentran iniciando su vida laboral como médicos.

Resulta importante destacar que en el presente caso interesa saber si se dio el acceso carnal en términos del artículo 212 del C.P., tarea exclusiva del Juez después de valorar las pruebas debidamente practicadas. En ese orden, una valoración serena del testimonio de la menor y los hallazgos médicos en su cuerpo, dan cuenta de que su zona vaginal presentaba características que eran compatibles con los hechos que comunicó en el estrado judicial.

Nótese que, dada la característica elástica del himen de la víctima, bien pudo darse la penetración sin dejar huellas. La prueba pericial no da cuenta de una condición diferente de los genitales de la niña que sirva para edificar una duda o descartar el acceso carnal. A propósito, es importante destacar que no es posible asimilar la desfloración del himen con la penetración, pues con tal argumento se olvida que no todo acceso carnal vía vaginal produce la desfloración del himen,¹³ por lo tanto, no es necesario que la demostración de la penetración deba hacerse a partir de este tipo hallazgos médicos.

Conforme a lo expuesto, se puede señalar que el resultado del examen evidencia que la menor presentaba huellas en su cuerpo concordantes con un contacto sexual que pudo implicar penetración, esto, aunque no es

¹³ Sobre el tema véase entre otras, SP CSJ radicados 49360 del 12 de mayo de 2021, SP1799-2021, M.P. José Francisco Acuña Vizcaya, y 57412 del 9 de junio de 2021, AP2302-2021, M.P. Eugenio Fernández Carlier.

totalmente determinante para asegurar la responsabilidad del acusado, sí hace más probable la tesis acusatoria y corrobora periféricamente la versión de la niña.

Entonces, en este caso la conclusión sobre la real existencia del abuso no depende exclusiva y estrictamente de los hallazgos médicos. Además, no puede olvidarse que es el Juez quien debe determinar si la pericia, valorada junto al restante material probatorio, es suficiente para afirmar la existencia del delito y la responsabilidad penal procesado.¹⁴

4. De las pruebas de descargo referidas por el apelante

Mirleidy Oviedo Arcila manifestó que PÉREZ ÁVILA es su compañero sentimental desde el año 2010, tienen un hijo en común, vivieron juntos en una casa humilde, cercada con plástico, la cual tiene una única una división con cortinas, precisamente su cuarto, y está ubicada en El Camello. Residencia que compartían con los padres y el hermano del procesado. Precisó que SANTIAGO JOSÉ, su hijo y ella dormían juntos. Destacó que entre el 25 y 27 de marzo del año 2021 estuvo con el acusado en tal vivienda, que recuerda esas fechas porque no salía de ahí y siempre estaba con aquel.¹⁵

Felipe Andrés Esquivel Contreras informó que conoce a SANTIAGO JOSÉ PÉREZ ÁVILA desde el año 2010 aproximadamente, pues este trabajó para él como ayudante de construcción.¹⁶ Aseguró que visitó la casa del acusado, ubicada en El Camello, la que aquel compartía con el papá, el hermano y la compañera sentimental, residencia que contaba con techos de plástico, paredes de tablas y no tenía divisiones, era solo un salón.

¹⁴ Sobre el tema, véase entre otras, SP CSJ Radicado 55052 del 30 de abril de 2019, AP1535-2019, M.P. Eugenio Fernández Carlier.

¹⁵ Juicio oral del 13 de septiembre de 2022, archivo "03ContJuicio13-09-2022Parte1", récord 00:03:35 a 00:32:52.

¹⁶ Juicio oral del 13 de septiembre de 2022, archivo "03ContJuicio13-09-2022Parte1", récord 00:35:00 a 00:42:15.

Estas pruebas de descargo, contrario a lo pretendido por el recurrente, no son suficientes para desacreditar la información que incrimina al acusado. Nótese que ambos aportaron información de la que se infiere que PÉREZ ÁVILA es una persona de sus afectos, Oviedo Arcila es su compañera sentimental y Esquivel Contreras su empleador desde hace varios años, en ese orden, sus declaraciones resultan limitadas por la falta de objetividad, es claro que difícilmente aportarían información que le comprometiera. Así que tales manifestaciones resultan insuficientes para desacreditar la versión de la víctima.

Véase que, aun cuando Mirleidy aseguró que para la fecha de los hechos estuvo en la casa donde se llevaron a cabo, no niega la conducta. Además, manifestó recordar tales datas porque nunca salía del lugar y siempre estaba en compañía de SANTIAGO JOSÉ, explicaciones muy genéricas y por lo tanto equívocas, pues resulta por lo menos llamativo que en 11 años de residir en tal inmueble nunca saliera de él o se separara de su compañero. Mientras tanto, Felipe Andrés no podía haber percibido el punible, por lo que no podía refutarlo.

Ahora, la víctima no dio cuenta de ninguna condición del lugar de los hechos que impidieran la ejecución del delito, tampoco se refirió a la presencia de otras personas allí, de modo que no se le confrontó sobre estos especiales puntos cuando testificó en juicio, adicionalmente, las pruebas de descargo atrás referidas no atacan de manera directa sus manifestaciones.

Conforme a lo analizado en esta providencia, no se advierte una hipótesis plausible de inocencia que beneficie al procesado. Por el contrario, se alcanzó en términos del artículo 381 del C.P.P., el conocimiento necesario para condenar, pues no existen dudas razonables sobre la responsabilidad penal de este en el acceso carnal abusivo del que fue víctima la menor M.Y.C.H. Respondidas así todas las inconformidades planteadas por el apelante, esta Sala confirmará la sentencia de primera Instancia.

Sin necesidad de otras consideraciones, **EL TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA**, en Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de naturaleza y origen conocidos, en cuanto fue materia de apelación.

Contra esta decisión procede el recurso extraordinario de casación en los términos del artículo 183 de la Ley 906 de 2004.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

RENÉ MOLINA CÁRDENAS

Magistrado

GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME

Magistrado

EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA

Magistrado

Firmado Por:

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

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

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

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

Código de verificación: **67ee355337fd2031f57717cc1f68a0f261a20ef5c1de8de60ae80be8de6f555f**

Documento generado en 09/11/2023 09:59:14 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, veintitrés (23) de noviembre de dos mil veintitrés

Magistrado Ponente
RENÉ MOLINA CÁRDENAS

Aprobado en Acta 115 del 9 de noviembre de 2023

Proceso	Penal
Instancia	Segunda
Apelante	Defensa
Tema	Prisión domiciliaria
Radicado	11001 60 000 97 2023 00010 (N.I. TSA 2023-1909-5)
Decisión	Confirma

ASUNTO

La Sala resolverá el recurso de apelación presentado por la Defensa en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 14 de septiembre de 2023 por el Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Antioquia.

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

No se relacionan los hechos porque no fueron objeto de apelación.

ANTECEDENTES PROCESALES Y SENTENCIA IMPUGNADA

Presentado el escrito de acusación y en sede de audiencia preparatoria se presentó preacuerdo en el que la fiscalía y los procesados debidamente asesorados por su defensor pactaron aceptar la responsabilidad por una rebaja de pena. JOIBER FABIAN TORRES ALARCÓN, HERIBERTO CIFUENTES GRACIANO y otro, aceptaron la responsabilidad en el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes agravado; como contraprestación, y solo para efectos de tasar la pena, el ente acusador, disminuyó el grado de participación de autores a cómplices, pactándose una pena de ciento veintiocho (128) meses de prisión y multa de mil trescientos treinta y cuatro (1334) S.M.L.M.V.

En el trámite del artículo 447 del Código de Procedimiento Penal, la Defensa solicitó el sustituto de prisión domiciliaria por padre cabeza de familia para JOIBER FABIAN TORRES ALARCÓN y HERIBERTO CIFUENTES GRACIANO, por este último también presentó sustituto por grave enfermedad.

El 14 de septiembre de 2023 el Juzgado profirió sentencia condenatoria en contra de los citados en razón del preacuerdo por la conducta punible ya reseñada, imponiendo la pena acordada. Les negó el subrogado penal de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria por padre cabeza de hogar y por grave enfermedad.

IMPUGNACIÓN

En contra de la decisión la defensa interpuso y sustentó recurso de apelación con el que pretende se conceda la prisión domiciliaria a los procesados. Del escrito se pueden sintetizar los siguientes aspectos:

Advirtió que se está juzgando dos veces a sus representados por haber cometido el mismo delito, se les está haciendo un doble reproche por los mismos hechos, cuando cumplen a cabalidad con los elementos objetivos para que se les conceda la prisión domiciliaria.

Afirma que se demostró la calidad de padre cabeza de familia de los procesados y la gravedad de la enfermedad de HERIBERTO CIFUENTES GRACIANO. Se acreditó que se dedican a oficios varios, a su hogar y son los encargados del sostenimiento económico de sus familias.

Refiere que no comprende la sentencia al negar el sustituto a sus defendidos. No se realizó un examen adecuado de las pruebas. Con la negativa del sustituto se desampara a los menores y demás familiares que dependen de JOIBER FABIAN TORRES ALARCÓN y HERIBERTO CIFUENTES GRACIANO para su subsistencia.

Frente a **JOIBER FABIAN TORRES ALARCÓN** dijo lo siguiente:

Se logró demostrar mediante informe y seguimientos psicológicos, sociales y del Instituto de Bienestar familiar que el núcleo familiar de JOYBER FABIAN TORRES requiere que este ciudadano continúe ejerciendo su rol paterno, de hijo y de hermano como lo ha venido ejerciendo.

Indica que la valoración probatoria tiene que ser muy estricta en lo que tiene que ver con la coherencia, consistencia, objetividad y

Sentencia de segunda instancia

Sentenciado: Joiber Fabián Torres Alarcón y otros
Delito: Tráfico, Fabricación o Porte de Estupefacientes
Agravado
Radicado: 11001 60 000 97 2023 00010
(N.I. TSA 2023-1909-5)

credibilidad. El despacho no observó ni valoró las condiciones médicas de los miembros de esta familia, el menor MATHIAS TORRES presenta historias clínicas en las cuales se consta de que JOYBER FABIAN TORRES ALARCON es el responsable de su cuidado médico. Pero el Juez no realizó un análisis constitucional donde se ponderen los derechos fundamentales del menor.

Refiere que se demostró mediante historias clínicas y dictámenes médicos que YECID FERNANDO TORRES ALARCON (hermano del condenado) tiene una patología de *“meningitis bacteriana, con parálisis cerebral infantil, presenta convulsiones tinoco crónicas generalizadas, ataques parciales simples, retraso mental grave. parálisis cerebral espástica,”* posee una discapacidad total que le impiden realizar sus actividades cotidianas dependiendo al 100% del señor JOYBER FABIAN TORRES ALARCON. Asimismo, la señora EDILMA DE JESUS ALARCON MARIN (madre del condenado) de conformidad con las historias clínicas y dictámenes médicos suministrados por la defensa, se puede establecer que es una señora de 61 años, que presenta cuadro clínico de más de 6 años por padecer de trastorno de ansiedad y escucha voces en lugares donde no hay nadie, tiene cataratas que limitan su visión, se encuentra en el programa de *“hipertensión arterial, presenta obesidad no especificada. tumefacción – masa o prominencia entra abdominal y pélvica”* y *“coxartrosis no especificada,”*-

Reitera la necesidad de conceder la prisión domiciliaria a Torres Alarcón para proteger los derechos de su hijo, su hermano y su madre.

Frente a **HERIBERTO CIFUENTES GRACIANO** se dijo lo siguiente:

Advierte que se demostró que la señora YORLENIS BANQUET RAMOS compañera sentimental del señor HERIBERTO CIFUENTE GRACIANO,

Sentencia de segunda instancia

Sentenciado: Joiber Fabián Torres Alarcón y otros
Delito: Tráfico, Fabricación o Porte de Estupefacientes
Agravado
Radicado: 11001 60 000 97 2023 00010
(N.I. TSA 2023-1909-5)

actualmente se encuentra en estado de embarazo de alto riesgo, lo que le impide continuar con su vida en normalidad. Necesita del soporte tanto económico, moral y de cuidado por parte de su pareja y padre de sus hijos, toda vez, que no cuenta con familia extensa que provea por ella tal como quedó en evidencia con los informes psicológicos.

Afirma que HERIBERTO CIFUENTES GRACIANO es un “paciente masculino de 43 años de edad, quien presenta un cuadro clínico de angina de pecho.” Patología que suele ser grave. Si el flujo sanguíneo no mejora, el corazón se queda sin oxígeno y se produce un ataque cardíaco. La angina de pecho es peligrosa y requiere tratamiento de urgencia. Refiere que es una enfermedad que puede causarle graves daños en la salud del procesado si no son tratadas, incluso la muerte, situación que omitió completamente el fallador de primera instancia.

En el mismo sentido, informa que el Juez no valoró el historial médico de HERIBERTO CIFUENTES GRACIANO, obviando los informes de médicos tanto particulares como oficiales quienes después de diferentes exámenes pudieron determinar que tiene un grave riesgo en su salud, propenso y expuesto a infartos, pre infartos entre otras afectaciones graves. El procesado requiere manejo médico y seguimiento por especialista en medicina interna, nutrición y dietética e ingreso urgente al programa de riesgo cardiovascular, es decir, requiere de condiciones dignas de vida y que negarle la detención domiciliaria, estaría frente a condiciones sanitarias deplorables debido al hacinamiento en las cárceles colombianas.

En síntesis, debido a la decisión del Juez de primera instancia existe una afectación de múltiples derechos, que el ciudadano, los menores de edad y su compañera sentimental no se encuentra obligados a soportar.

Solicita se revoque la decisión de primera instancia en cuanto a la negativa del sustituto a sus defendidos.

El Ministerio público como no recurrente informó que la defensa no agregó nada nuevo en el recurso, propone los mismos planteamientos que fueron presentados en la audiencia de 447. Advirtió que a pesar de las consecuencias colaterales de la medida intramural el estado no debe ceder en esta oportunidad ya que en realidad no quedó probado que los presuntos afectados queden totalmente desprotegidos.

CONSIDERACIONES

La Sala anuncia desde ya que confirmará la sentencia recurrida, de acuerdo con lo siguiente:

En audiencia de individualización de pena la defensa pidió que se concediera la prisión domiciliaria por concurrir en JOIBER FABIAN TORRES ALARCÓN y HERIBERTO CIFUENTES GRACIANO la condición de padre cabeza de familia.

La condición de hombre o mujer cabeza de familia, dispuesta en el artículo 1° de la Ley 1232 de 2008 constituye un presupuesto indispensable para conceder la prisión domiciliaria. Implica que quien alegue tal condición debe acreditar que ejerce la jefatura exclusiva del hogar, teniendo bajo su cargo afectiva, económica o socialmente, en forma permanente, hijos menores propios u otras personas incapaces o incapacitadas para trabajar, ya sea por ausencia permanente o incapacidad física, sensorial, síquica o moral del cónyuge o compañero permanente o deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros del núcleo familiar. Veamos:

- Se indicó que **JOIBER FABIAN TORRES ALARCÓN** es la única persona que vela por su hijo Mathias Torres, su hermano Yecid Fernando Torres Alarcón que es discapacitado y su madre Edilma de Jesús Alarcón Marín quien padece de hipertensión arterial y otras patologías. Afirma que de negarse el sustituto estas personas quedarían desprotegidas.

Del análisis realizado por el Juez de primera instancia se extrajo que efectivamente los medios de convicción aportados no logran demostrar los supuestos de hecho que permiten derivar la condición de padre cabeza de familia. Es necesario probar los supuestos que fundamentan la petición.

En este caso y según los criterios jurisprudenciales¹ no se demostró la condición que se aduce. Indicó el recurrente que negar el sustituto es desconocer los intereses del menor. Sin duda, se evidencia que el menor cuenta con su madre Mary Luz Anaya que tiene la obligación legal de proteger sus derechos. Además de contar con su abuela Paterna Edilma de Jesús Alarcón Marín y la familia materna de la que nada se dijo en la sustentación de la solicitud. Existen personas en la red extensa que por principio de solidaridad brinden el apoyo y cuidado del menor en los momentos que la madre se vea impedida, sin que se vean afectados los intereses de Mathias Torres.

Referente a la señora Edilma de Jesús Alarcón Marín, madre de Torres Alarcón, si bien cuenta con 61 años de edad y con varias patologías, entre ellas hipertensión arterial, no se evidenció que cuente con alguna limitación física que le impida desempeñar las labores del hogar, entre

¹ SP4945-2019 de 13 de noviembre de 2019 "Por ello, el juez debe valorar (i) que la medida sea manifiestamente necesaria, en razón al estado de abandono y desprotección a que quedarían expuestos los hijos del condenado, (ii) que ésta sea adecuada para proteger el interés del menor y (iii) que no comprometa otros intereses y derechos constitucionalmente relevantes."

ellas velar por el cuidado de su hijo Yecid Fernando Torres Alarcón que cuenta con discapacidad física y sensorial. En las historias clínicas aportadas, se evidenció que Edilma de Jesús Alarcón Marín cuenta con otro hijo del que nada se informó en la solicitud presentada.

Como se indicó, es Edilma de Jesús Alarcón Marín quien puede suministrar el cuidado actualmente a su hijo Yecid Fernando Torres Alarcón. Además, se evidenció que hay varias personas de su círculo social que están al pendiente de su hogar, esto es: Norbey Hurtado Beltrán, Jhainover Purgarin Berrío, Cesar Humberto Jiménez Velásquez, Davilson Rabillas Guzmán, entre otros.² Red extensa que por principio de solidaridad pueden brindar el apoyo que necesiten cuando Edilma de Jesús Alarcón Marín se vea impedida, sin que se vean afectados los intereses de Yecid Fernando Torres Alarcón.

Es preciso indicar que la calidad de padre cabeza de familia no es procedente solo por la necesidad de solvencia económica como lo advierte el solicitante. Debe de existir un estado total de abandono o desprotección y evidenciarse que es esa persona y no otra quien puede brindar el apoyo y cuidando que los familiares que lo necesitan.

- Se dijo que **HERIBERTO CIFUENTES GRACIANO** tiene a cargo a su pareja sentimental YORLENIS BANQUET RAMOS quien se encuentra en proceso de gestación, también tiene a cargo a sus hijos. No cuenta con familia extensa que provea cuidado y los gastos económicos del hogar.

Los medios de convicción aportados no logran demostrar los supuestos de hecho que permiten derivar la condición de padre cabeza de familia.

² "DECLARACION EXTRAJUICIO VARIAS" 013EMPDefensa447-Joiber

Sentencia de segunda instancia

Sentenciado: Joiber Fabián Torres Alarcón y otros
Delito: Tráfico, Fabricación o Porte de Estupefacientes
Agravado
Radicado: 11001 60 000 97 2023 00010
(N.I. TSA 2023-1909-5)

Indicó el recurrente que con la negativa del sustituto se deja desprotegida a su pareja sentimental y a sus hijos. Sin duda, se evidencia que el menor Ian Alexis Cifuentes Banquet cuenta con su madre Yorlenis Banquet Ramos, quien, a pesar de que se advirtió que se encuentra en estado de embarazo y cuenta con sobrepeso, esto no la impide para realizar las labores del hogar, entre ellos el cuidado del menor, pues informó en declaración que: *“se encuentra más aliviada que su pareja y puede estar al pendiente del cuidado de su salud y de todas sus cosas”*³, por tanto, si nada la impide para estar al pendiente de su pareja mucho menos será frente a las necesidades de los menores que conviven en su hogar.

Frente al otro hijo del procesado Luis Mateo Cifuentes Vélez, cuenta con su progenitora Patricia Elena Vélez quien tiene la obligación legal de garantizar todas las necesidades del menor.

Se observa que las personas que se dice quedarían desprotegidas a falta de la presencia de HERIBERTO CIFUENTES GRACIANO no lo están. Y aunque nada se dijo frente a la falta de familia extensa por parte YORLENIS BANQUET RAMOS, se evidenció que hay varias personas de su círculo social que están al pendiente de su hogar, esto es: Luz Dary del Carmen Padilla, Yesenia Paola Ochoa, Nancy Vélez, Luis Fernando Ávila, entre otros. Red extensa que por principio de solidaridad pueden brindar el apoyo y cuidado a los menores en los momentos que la madre se vea impedida, sin que se vean afectados los intereses de Ian Alexis Cifuentes Banquet y Luis Mateo Cifuentes Vélez.

Luego de analizar todos los elementos aportados en la solicitud de 447 no se logra determinar la calidad que se predica a los procesados. Incluso, la Sala observó con extrañeza que todos los informes

³ Folio 7 “camScanner 28-08-23” – “028EMPDefensa447-HerbertoCifuentes”- 013EMPDefensa447-Joiber

psicológicos presentados y realizados por la profesional Susan Mary Díaz González determinaran que todas las personas que evaluó padecen los mismos diagnósticos psicológicos: ansiedad y trastornos de pánico presuntamente provocados por el abandono o la ausencia de los aquí procesados, cuando JOIBER FABIAN TORRES ALARCÓN y HERIBERTO CIFUENTES GRACIANO han cumplido la medida preventiva en sus hogares al lado de sus familiares. En ese entendido, no ha existido el presunto abandono con el que se argumentan los diagnósticos psicológicos en los informes presentados.

- Finalmente, frente a la prisión domiciliaria por grave enfermedad de **HERIBERTO CIFUENTES GRACIANO**:

La jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, ha sido enfática en señalar que para reconocer el mecanismo sustitutivo invocado en favor del sentenciado no basta con que un médico particular advierta la gravedad del estado de salud del procesado, pues en todo caso es necesario que la conclusión apunte inequívocamente a la imposibilidad de cumplimiento de la pena o medida en reclusión formal.⁴

El artículo 68 del Código Penal⁵ establece una medida de carácter humanitario en favor de los procesados o condenados que padezcan

⁴ AP 1927-2017, del 22 de marzo de 2017, Radicado 49685.

⁵ **“RECLUSIÓN DOMICILIARIA U HOSPITALARIA POR ENFERMEDAD MUY GRAVE.** El juez podrá autorizar la ejecución de la pena privativa de la libertad en la residencia del penado o centro hospitalario determinado por el INPEC, en caso que se encuentre aquejado por una enfermedad muy grave **incompatible con la vida en reclusión formal**, salvo que en el momento de la comisión de la conducta tuviese ya otra pena suspendida por el mismo motivo. Cuando el condenado sea quien escoja el centro hospitalario, los gastos correrán por su cuenta. Para la concesión de este beneficio debe mediar concepto de médico legista especializado. **Se aplicará lo dispuesto en el inciso 3 del artículo 38.**

El Juez ordenará exámenes periódicos al sentenciado a fin de determinar si la situación que dio lugar a la concesión de la medida persiste.

En el evento de que la prueba médica arroje evidencia de que la patología que padece el sentenciado ha evolucionado al punto que su tratamiento sea compatible con la reclusión formal, revocará la medida.

una enfermedad muy grave incompatible con la reclusión carcelaria, a efectos de que puedan cumplir la pena en sus domicilios o en un centro hospitalario, hasta tanto se superan, si es del caso, sus dolencias físicas. Sin embargo, de la lectura literal de la norma lo que se establece es que el Juez “podrá” autorizar la sustitución de la reclusión intramural por la domiciliaria, es decir, se trata de una facultad optativa que no obliga al operador jurídico de manera automática a conceder dicha sustitución, aun cuando se cumpla con los requisitos exigidos en la Ley.

Ahora, la jurisprudencia ha propuesto varios factores para conceder la prisión domiciliaria por enfermedad grave,⁶ siendo necesario cumplir con el primero de ellos -que la enfermedad sea tan grave que resulte incompatible con la reclusión formal, lo cual implica que no se trata de cualquier padecimiento sino aquel que se vea seriamente agravado por la reclusión en sí misma-. Veamos:

Advirtió la defensa que no fueron valorados por el Juez de instancia los dictámenes de médicos particulares y oficiales presentados en la audiencia de 447.

Cotejadas las historias clínicas y el informe del 16 de agosto de emitido por el médico Deivi Gregorio Roque Rivas, si bien, se realiza una descripción de las patologías que padece HERIBERTO CIFUENTES GRACIANO, no existe un informe conclusivo donde un especialista de la salud determine si en realidad la patología que padece el procesado no es compatible con la vida en reclusión. Además,

Si cumplido el tiempo impuesto como pena privativa de la libertad, la condición de salud del sentenciado continúa presentando las características que justificaron su suspensión, se declarará extinguida la sanción.” (Negritas propias)

⁶ Para determinar si resulta procedente otorgar la reclusión domiciliaria u hospitalaria por enfermedad grave el Juez debe evaluaró i) **Que la enfermedad sea tan grave que resulte incompatible con la reclusión formal, lo cual implica que no se trata de cualquier padecimiento sino aquel que se vea seriamente agravado por la reclusión en sí misma;** ii) La naturaleza y gravedad del delito por el que la persona resultó condenada y; iii) Que la pena se muestre proporcional, necesaria y razonable frente a los fines de la misma y al delito por el cual se condenó a la persona. Sentencia 55614 del 10 de junio de 2020 entre otras.

Cifuentes Graciano no fue valorado por el instituto de medicina legal a fin de que sea un médico oficial el que determine la incompatibilidad pretendida. Aunque el recurrente informó haber presentado dictamen de médico oficial, este no fue evidenciado en los elementos trasladados en la solicitud.

En todo caso, como lo advirtió la Corte Constitucional en la sentencia C-163 de 2019, no son los calificativos de la enfermedad los que posibilitan la concesión de la prisión domiciliaria sino la condición grave que lo imposibilita para permanecer recluido en el centro carcelario.

No hay una situación clara frente a la condición de salud de Cifuentes Graciano, el informe médico aportado por la defensa, no permite fundamentar un estado grave por enfermedad o enfermedad muy grave incompatible con la vida en reclusión.

Los demás planteamientos del recurrente resultan simples hipótesis y situaciones que eventualmente pudieran llegar a presentarse que por su misma índole de especulativas no acreditan las exigencias legales para otorgar la prisión domiciliaria por enfermedad.

Sin necesidad de más consideraciones la Sala confirmará la sentencia de primera instancia emitida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Antioquia.

En caso de que los presupuestos sobre los que solicitó la sustitución varíen, los condenados podrán solicitar su reconocimiento ante el Juez de Ejecución de Penas.

Por lo expuesto, **EL TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA**, en Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley;

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia recurrida por los motivos previamente expuestos.

SEGUNDO: Contra esta decisión procede el recurso extraordinario de casación en los términos del artículo 183 de la Ley 906 de 2004.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

RENÉ MOLINA CÁRDENAS

Magistrado

GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME

Magistrado

EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA

Magistrado

Firmado Por:

Rene Molina Cardenas

Magistrado

Sala 005 Penal

Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Edilberto Antonio Arenas Correa

Magistrado

Sala 001 Penal

Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

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

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

Código de verificación: **86d1e00a3c63da20e4cfb695e94e1fb64a2d91e6f320bca7cb38bdd40f94f93e**

Documento generado en 10/11/2023 04:47:12 PM

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



TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA PENAL DE DECISIÓN

Medellín, veintitrés (23) de noviembre dos mil veintitrés

Magistrado Ponente
RENÉ MOLINA CÁRDENAS

Aprobado en Acta 116 del 16 de noviembre de 2023

Proceso	Penal
Instancia	Segunda
Apelante	Defensa
Tema	Valoración probatoria
Radicado	05-736-60-00310-2021-00018 (N.I. TSA 2023-1378-5)
Decisión	Confirma

ASUNTO

La Sala resuelve el recurso de apelación, interpuesto por la defensa en contra de la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Segovia - Antioquia.

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

HECHOS

Al amanecer del 1 de enero del año 2021, en Segovia – Antioquia, Catalina Alzate Velásquez salió de una fiesta rumbo a su residencia, por lo que se transportaba en una motocicleta conducida por JORGE ELIECER GAVIRIA CASTRILLÓN, sin embargo, este se desvió del camino, llevándola a una zona alejada y desolada, ante esta novedad, aquella se arrojó de la moto e intentó huir, pero el hombre la persiguió hasta alcanzarla, luego la despojó de su celular, la golpeó, tiró al suelo, asfixió, insultó, le movió sus prendas de vestir y accedió carnalmente con el pene vía vaginal y anal hasta lograr eyacular.

El hombre no quiso dejar sola a la víctima, pero la amenazó de muerte si relevaba lo sucedido, esta prometió callar persuadiéndolo de llevarla a casa de una amiga a cambiarse la ropa, pero en realidad lo llevó hasta la residencia de sus progenitores (de Catalina), a quienes contó lo sucedido, provocando un enfrentamiento entre el padre y el agresor, aunque este último logró huir cuando Alzate Velásquez intentó agredirlo con un cuchillo.

LA SENTENCIA

El 7 de julio de 2023, luego de finalizada la audiencia de juicio oral y de conformidad con el sentido de fallo anunciado, el Juez Promiscuo del Circuito de Segovia – Antioquia profirió fallo condenatorio en contra de GAVIRIA CASTRILLÓN al declararlo penalmente responsable como autor del delito de acceso carnal violento, previsto en el artículos 205 del C.P., como consecuencia, le impuso la pena de ciento cuarenta y

cuatro (144) meses de prisión, negó la prisión domiciliaria y la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

IMPUGNACIÓN

En contra de esta decisión la defensa presentó y sustentó el recurso de apelación con la finalidad de obtener su revocatoria y la consecuente absolución de su representado. Sus argumentos pueden sintetizarse de la siguiente manera:

- El testimonio de la víctima, Catalina Alzate Velásquez, no es creíble. La versión que entregó en juicio no fue consistente ni debidamente corroborada, en concreto, porque fue tardía su reacción cuando quiso arrojar de la motocicleta que conducía el agresor, no es creíble que este la accediera carnalmente por las vías vaginal y anal, no es relevante que previo a los hechos estuviera en una fiesta con el acusado, quien no era un mototaxista sino una persona que conoció en el citado festejo, y contrario a lo dicho por el Juez, no se observaron sentimientos de dolor en su rostro y voz. Además, es propensa a embriagarse y estar con hombres.
- Albeiro de Jesús Alzate Osorio, padre de Catalina, informó sobre las condiciones en que aquella llegó a su casa después de los hechos, en las que resultaba poco probable que el procesado aceptara llevarla hasta allí. Este testigo y Luz Marina Velásquez Atehortua, madre de la víctima, no percibieron los hechos sino algunos posteriores, así que, sobre el delito solo conocen lo que les narró su hija, quien pudo mentirles al respecto al no saber justificar la compañía del procesado. No se demostró que la ropa de Catalina Alzate Velásquez estuviera estropeada, como narraron sus progenitores, así que no se corroboró este aspecto.

- El médico Carlos Alberto Mejía Tamayo, prueba de descargo, refutó las conclusiones de la profesional de la medicina que auscultó a la víctima y se presentó como prueba de cargo, Karen Yulieth Mora Flórez. Mejía Tamayo expuso que se debieron encontrar lesiones producidas por un tercero compatibles con asfixia mecánica, puños y patadas, en contraste, los hallazgos de Mora Flórez apuntan a un accidente con un cuchillo y a una caída desde una motocicleta. Así que no hay evidencia del forcejeo referido por la víctima.

No es creíble que Alzate Velásquez se desmayara y luego fuera accedida carnalmente, tampoco se estableció que el semen perteneciera al acusado. La galena expuso que no se encontraron rastros de penetración anal en el cuerpo de Catalina. De modo que la pericia no fue concluyente sobre el acceso carnal ni la responsabilidad de JORGE ELIECER, solo se dijo que la presencia de los referidos fluidos corporales servía para afirmar que la mujer sostuvo relaciones sexuales en las anteriores 72 horas.

- El procesado, contrario a lo dicho por la agredida, no se presentó como un mototaxista. Según los testigos de descargo, el hombre estuvo todo el tiempo en la fiesta donde también se hizo presente Catalina Alzate Velásquez, incluso bailaron y se fueron juntos en una motocicleta, como relató Johana Monsalve Vásquez. Adicional a ello, no es cierto que los testigos de descargo informaran que GAVIRIA CASTRILLÓN llegó con la víctima a la casa de los padres de esta.
- No se alcanzó el conocimiento necesario para condenar. No se demostró el acceso carnal, la responsabilidad del procesado ni la violencia.

No hubo pronunciamiento por parte de los no recurrentes.

CONSIDERACIONES

La Sala resolverá el recurso de apelación limitándose estrictamente a los asuntos que fueron objeto de impugnación y anticipa que la sentencia de primera instancia será confirmada. A fin de sustentar debidamente tal anuncio, primero, se analizará la trascendencia del testimonio de la víctima, luego, su corroboración con los testimonios de sus padres y la relevancia de la valoración médica que se le efectuó, finalmente, se establecerá el valor probatorio de las pruebas de descargo.

1. Del testimonio de la víctima

Catalina Alzate Velásquez¹ rindió testimonio el 3 de octubre de 2022, cuando tenía 24 años de edad. Para lo que interesa a este caso, manifestó que en la madrugada del 1 de enero del año 2021, estuvo por varias horas en una fiesta en el sector 20 de Julio del municipio de Segovia, hasta que a las 5:30 a.m. se fue de allí en una motocicleta conducida por un sujeto vestido con una gorra negra y una camisa del mismo color, a quien no conocía pero que le ofreció el servicio de mototaxi. Destaca que su destino era el sector Alfonso López, sin embargo, el hombre se desvió del camino y aceleraba cuando ella le decía que por ahí no era o intentaba arrojarla del vehículo.

Así llegaron al sector de La Tupia, donde aquella logró lanzarse de la moto, aun así, el conductor la persiguió, le quitó el teléfono y en un sitio

¹ Juicio oral del 3 de octubre de 2022, archivo "32AudioCont.JuicioOral.3-oct,2022", récord 00:03:40 a 01:28:10

despoblado, con una alta maleza, la tiró al suelo, le bajó el pantalón, le alzó la blusa, la mordió, golpeó, haló del pelo, insultaba, asfixiaba y la penetró con el pene vía vaginal y anal. Aseguró la testigo que en un momento perdió la consciencia por el forcejeo y las maniobras asfixiantes del agresor, pero posteriormente logró percibir que tenía semen en su cuerpo y sangre en la zona anal.

Luego, el sujeto se mostró nervioso, no quiso dejarla sola en el sitio y la amenazó con asesinarla si informaba lo sucedido. De modo que, ante las súplicas de ella y la promesa de callar, este aceptó llevarla donde una amiga para cambiarse la ropa y volver al lugar de la fiesta, pero en realidad arribaron a la casa de sus padres (de la víctima), a los esta reveló el delito señalándoles a su responsable, quien la esperaba en inmediaciones del inmueble. Su papá, tras ver el estado en que ella se encontraba, reaccionó agrediendo al hombre e intentando inmovilizarlo, situación que Catalina quiso aprovechar para lesionarlo con un cuchillo con el que se armó. Sin embargo, el sujeto logró quitarle tal elemento y huir del sitio. Posteriormente, la víctima aseguró haberse dirigido al hospital.

En los días siguientes, por medio de una búsqueda en redes sociales, Alzate Velásquez logró identificar a su agresor, observando que este estuvo en la misma fiesta a la que ella asistió. De esa manera logró denunciarlo. En el juicio oral, señaló al procesado como el sujeto que la agredió sexualmente.

Véase que el relato de la víctima, testigo directa de la conducta, es concluyente no solo en relación a la existencia del delito sino a su responsable. En ese orden, de la prueba se extrae que al amanecer del 1 de enero del año 2021, en el sector La Tupia del municipio de Segovia, JORGE ELIECER GAVIRIA CASTRILLÓN doblegó a Catalina Alzate Velásquez mediante el uso de la fuerza, moral y física, hasta que logró accederla carnalmente vía vaginal y anal con el pene. Aunque en

aquel momento la mujer no identificaba al sujeto, pudo individualizarlo, y finalmente lo identificó tras ubicarlo por redes sociales a través de personas en común.

Así que, contrario a lo pretendido por el recurrente, tal prueba se advierte sólida y no se observan inconsistencias relevantes o elementos que le resten credibilidad.

De manera totalmente inaceptable y subrepticia, el recurrente reprocha aspectos íntimos que tienen que ver exclusivamente con la personalidad de la víctima, como por ejemplo, alude de forma genérica al modo en que se relaciona con los hombres o la eventual ingesta de bebidas embriagantes. De esa manera pretende descalificar a la testigo, lo que no puede ser avalado por esta Corporación. Sobre este tipo de argumentos, la Sala Penal de la Corte Suprema de justicia ha señalado:

«Sobre el particular, en la CSJ SP 31 oct. 2012, rad. 34.494, advirtiendo sobre la integración de fuentes de derecho aplicables en la Corte Penal Internacional al ordenamiento interno², la Sala puntualizó:

Es hoy reconocido por instrumentos internacionales de los cuales Colombia hace parte, como las Reglas de Procedimiento y Prueba para la aplicación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, de necesaria consulta en el derecho interno, según lo ha precisado la Corte Constitucional y esta Sala en otras oportunidades³. Dicho estatuto, en su regla 70, establece,

“Principios de la prueba en casos de violencia sexual. En casos de violencia sexual, la Corte se guiará por los siguientes principios y, cuando proceda, los aplicará:

² En la misma dirección, cfr., entre otras, CSJ SP5333-2018, rad. 50.236.

³ Cfr. CSJ SP 5 nov. 2008, rad. 29.053.

a) *El consentimiento no podrá inferirse de ninguna palabra o conducta de la víctima cuando la fuerza, la amenaza de la fuerza, la coacción o el aprovechamiento de un entorno coercitivo hayan disminuido la capacidad para dar un consentimiento voluntario y libre;*

(...)

c) *El consentimiento no podrá inferirse del silencio o la falta de resistencia de la víctima a la supuesta violencia sexual;*

d) *La credibilidad, la honorabilidad o la disponibilidad sexual de la víctima o de un testigo no podrá inferirse de la naturaleza sexual del comportamiento anterior o posterior de la víctima o de un testigo*".

(...)

El impugnante es quien, en verdad, propone una valoración contraria a la lógica, porque pretende que la versión de la víctima se descalifique con incursión en la falacia ad hominem⁴, desconociendo la fuerza demostrativa del contenido objetivo del relato y atacando a la víctima en aspectos personales, que además de ser inadmisibles para ese propósito, en nada influyen en el hecho de que hubiera sido agredida sexualmente.»⁵

Entonces, como en este caso la vida íntima y privada de la víctima no son determinantes para la comisión del delito, no pueden tenerse como elemento para desacreditar su testimonio. Véase que más allá de cualquier apreciación personal, como sugiere el defensor, lo cierto es que ello no habilitaba en modo alguno que Catalina Alzate Velásquez fuese víctima del comportamiento sexual violento del procesado.

⁴ Consistente en un argumento que, en lugar de presentar las razones adecuadas o pertinentes contra una opinión determinada, pretende refutar tal opinión censurando a la persona que la sostiene.

⁵ SP CSJ radicado 56474 del 1 de julio de 2020, SP2135-2020, M.P. Patricia Salazar Cuéllar.

Tampoco podía exigírsele a la víctima actos de valentía, como arrojarla de la motocicleta conducida por el acusado al percibir que aquel se desviaba del camino inicialmente trazado y la llevaba a lugares diferentes. Al respecto, es importante señalar que Alzate Velásquez fue clara en manifestar que su intención sí fue lanzarse del citado vehículo antes de llegar al lugar de los hechos, pero el agresor evitó que ello sucediera al acelerar la moto, así que no puede ponerse en cabeza de la víctima la obligación de poner en riesgo su integridad física para evitar un atentado sexual en su contra. Además, Catalina destacó que sí descendió abruptamente de dicho medio de transporte, pero ello no impidió que el sujeto consiguiera su objetivo sexual tras perseguirla y agredirla física y moralmente.

La cita jurisprudencial expuesta también sirve para destacar que las condiciones del lugar donde se cometió el delito, un paraje boscoso y desolado, en horas del amanecer -posteriores a la celebración de fin de año e inicio del nuevo-, propiciaron un escenario que facilitó la comisión de la agresión. No puede obviarse que el hombre utilizó el entorno, su fuerza física y palabras soeces⁶ para maltratar a una mujer, de esa manera creó una situación claramente intimidante y coercitiva que limitó la capacidad de aquella para dar un consentimiento libre y voluntario. Así que el procesado sí ejerció violencia sobre la víctima. A propósito, el artículo 212 A del C.P. precisa:

“VIOLENCIA. Para los efectos de las conductas descritas en los capítulos anteriores, se entenderá por violencia: el uso de la fuerza; la amenaza del uso de la fuerza; la coacción física o psicológica, como la causada por el temor a la violencia, la intimidación; la detención ilegal; la opresión psicológica; el abuso de poder; la utilización de entornos de coacción y circunstancias similares que impidan a la víctima dar su libre consentimiento.”

⁶ Según la testigo, el sujeto utilizó palabras y expresiones como: “malparida”, “perra”, “no vas a hacer caso”.

En el juicio Catalina manifestó las condiciones en las que se dio el acceso carnal, lo que sin duda evidencia de un proceder violento por parte del hombre, por lo cual era razonable que la doblegara. La voluntad de la víctima se quebrantó ante la imposibilidad física y moral de hacer frente a las acciones ejecutadas por su agresor. No se evidenció durante el trámite del proceso ninguna limitación física del acusado, por lo que era posible que sometiera a la mujer con la que se encontraba a solas.

Además, Álzate Velásquez intentó hacer frente a su agresor para que no continuara con su actuar, incluso intentó huir arrojándose de la motocicleta. Ello demuestra que no medió su consentimiento para ser accedida y que fue la actitud beligerante del agresor la que permitió su ejecución. Así las cosas, es evidente la estructuración de la violencia, de ahí que sea totalmente aplicable lo expuesto por la jurisprudencia⁷ citada por el Juez.

Obviando lo anterior y sin ninguna explicación, el impugnante adujo que no es creíble que la víctima fuera accedida carnalmente vía vaginal y anal. Así que tal proposición resulta infundada. Estratégicamente, el defensor omite que la testigo informó durante el interrogatorio cruzado que intentó oponer resistencia a la agresión del acusado, a pesar de ello, este logró doblegarla físicamente y mientras esto sucedía, estando en el suelo, la penetró como pudo, de ahí que la accediera por dichas cavidades de manera indiscriminada. Relato que se advierte razonable, consistente y creíble.

Ahora, el registro de la diligencia, la cual se llevó a cabo de manera virtual, presenta falencias que impiden observar con total claridad la actitud de la testigo en todo momento, en ese orden, no es posible

⁷ SP CSJ radicado 51936 del 12 de mayo de 2021, SP1793-2021, M.P. Patricia Salazar Cuéllar. Decisión correctamente citada por el Juez para dar cuenta de que no puede arrojarse a la víctima la responsabilidad de hacer frente a la agresión. Además, la Corte expuso allí la necesidad de analizar los casos con perspectiva de género.

asegurar que el Juez se equivocó al interpretar en la voz y rostro de esta sentimientos de dolor. Lo anterior no implica que deba restarse valor a la prueba, como pretende el apelante, pues ello no es un aspecto determinante para su valoración. Véase que, más allá de tal particularidad, lo cierto es que no se observan elementos que le resten credibilidad a tal versión a partir de la actitud de la testigo, pues la experiencia judicial enseña que no siempre en este tipo de casos las víctima se muestran afligidas al narrar los hechos en juicio.

Otro aspecto que merece pronunciamiento de la Sala es que si Catalina decidió transportarse en la moto conducida por el agresor porque este le ofreció los servicios de moto taxi, o si lo hizo porque conoció a dicho hombre en la fiesta en donde se encontraba, ello no habilitaba en modo alguno que artificiosamente el sujeto la llevara a un lugar desolado y de manera violenta, contra su voluntad, la accediera carnalmente.

Además, la testigo aseguró que no vio al procesado durante la reunión, sin embargo, al buscar a su agresor por redes sociales lo identificó en las fotos de un conocido de su amigo Giovanni, así supo que el sujeto estuvo presente en la fiesta y finalmente pudo señalarlo en el juicio oral, por lo que no mostró dudas sobre quién era el responsable del delito.

A propósito, es de resaltar que Catalina Alzate Velásquez adujo que en la fiesta hubo gran concurrencia de personas, algunas conocidas para ella, pero no todas, y que cuando se fue del lugar lo hizo con un hombre al que no distinguía pero que se ofreció como mototaxista, sin embargo, aquel no la llevó al destino esperado sino a un sitio diferente donde la accedió carnalmente de forma violenta. Se insiste, tal versión guarda coherencia interna y como se verá en los próximos puntos de esta decisión, fue corroborada por las demás pruebas practicadas, incluso las de descargo, las que, se adelanta, paradójicamente ubican

al acusado como la única persona que se fue con la víctima, hecho indicador de que solo él pudo cometer el delito.

2. Sobre los testimonios de los padres de la víctima

Albeiro de Jesús Alzate Osorio⁸ relató que el día de los hechos su hija, Catalina Alzate Velásquez, llegó a eso de las 6 a.m. a su casa (del testigo), con lesiones en su cuerpo, la ropa en mal estado y manifestando que la había “violado” un hombre que se encontraba afuera de la residencia en una motocicleta. Ante tal escenario, Alzate Osorio intentó confrontar al sujeto y retenerlo en el citado vehículo, a su vez, Catalina quiso utilizar un cuchillo contra el hombre, sin embargo, aquel logró evadirlos y huir del lugar. Albeiro de Jesús lo persiguió infructuosamente, buscó ayuda en la policía y llevó a la víctima al médico. Aseguró que el agresor era el procesado, a quien señaló en juicio, destacando que aunque lo veía un poco diferente, era el mismo al que se enfrentó tras la revelación del delito por parte de su hija y a quien finalmente ubicó e identificó días después de los hechos.

Luz Marina Velásquez Atehortua,⁹ madre de la agredida, testificó de forma muy similar a su esposo, Albeiro de Jesús Alzate Osorio. Expuso cómo su hija les reveló el delito y les señaló a su agresor, al que la testigo reconoció en juicio como el acusado, aunque aceptando que había cambiado ciertos aspectos morfológicos, como su contextura en cuerpo y rostro, así como el tono de su piel. Adicionalmente, aseguró que se paralizó mientras observaba como su compañero y la víctima se enfrentaban a GAVIRIA CASTRILLÓN, además, precisó que este no llevaba casco.

⁸ Juicio oral del 6 de julio del 2022, archivo “25-05736600031020210001800_L057363189001CSJVirtual_01_20220706_Jorge Eliecer Gaviria”, récord 00:15:56 a 00:46:04.

⁹ *Ibidem*, récord 00:50:20 a 01:22:30.

Lo primero a destacar de estos dos medios de conocimiento es que, conforme al artículo 402 del C.P.P., los testigos deben declarar sobre los hechos que les consten de forma directa, no sobre los que otras personas les contaron, pues ello encajaría en el concepto de prueba de referencia, artículo 437 *ibídem*. En este caso la fiscalía solicitó el testimonio de la víctima mayor de edad y la presentó en juicio, donde estuvo disponible para el interrogatorio cruzado, esa disponibilidad impide la incorporación de sus versiones anteriores a modo de prueba de referencia. En ese orden, los testimonios deben ser valorados teniendo en cuenta el artículo 439 de la Ley 906 de 2004, es decir, excluyendo de ellos los apartes referenciales inadmisibles.

Lo anterior es importante para precisar que los testimonios de Albeiro de Jesús Alzate Osorio y Luz Marina Velásquez Atehortua no son trascendentes para conocer la versión de los hechos jurídicamente relevantes que les entregó su hija, pues para tal efecto se practicó en juicio el testimonio de esta última, prueba que como se vio en el punto anterior de esta decisión merece credibilidad. De ahí que, el argumento del defensor que apunta a que Catalina pudo mentir a sus padres sobre el delito, resulta especulativo e infundado.

Ahora bien, los aspectos previos y posteriores a los hechos jurídicamente relevantes de los que tuvieron conocimiento los testigos sirven para corroborar periféricamente el delito.

Los progenitores concuerdan en que su hija les informó haber sido violentada sexualmente por un sujeto que estaba afuera del inmueble en aquel momento, además, que Catalina Alzate Velásquez llevaba sus prendas de vestir en mal estado y presentaba las lesiones en el cuerpo, lo cual propició que el padre confrontara al procesado e intentara retenerlo. Nótese que todo este acontecer facilitó a los testigos la posibilidad de visibilizar al hombre, al punto de lograr

individualizarlo y luego reconocerlo, así fue como aseguraron en juicio que dicho sujeto no era otro que el acusado.

Adicional a lo anterior, es de resaltar que ninguno de los testigos informó conocer a GAVIRIA CASTRILLÓN hasta aquel día, de modo que no se advierte que tuvieran algún ánimo indebido o animadversión que impulsara una acusación temeraria o falaz. Ante la contundencia de esta premisa, el recurrente propuso que el señalamiento obedeció a que la víctima no supo explicar a sus padres la compañía del procesado y ello originó que faltara a la verdad inculpándolo del punible.

Tal planteamiento del defensor lleva implícito un punto que sirven para corroborar la tesis acusatoria: acepta la presencia del acusado en la zona adyacente a la residencia en donde la víctima reveló el delito, el que, según Catalina, se había ejecutado momentos antes, lo que permitió que se individualizara al sujeto y su posterior señalamiento en juicio.

Véase que, contradictoriamente, el apelante aseguró que no era creíble que el acusado llevara a la víctima hasta aquel lugar en las condiciones que los testigos relataron que estaba la mujer, de esa manera parece que intentó poner en duda que este estuvo allí. Sin embargo, en su afán de refutar las pruebas de cargo, el mismo defensor ubicó a JORGE ELIECER en el referido sitio.

Ahora, la víctima explicó que la actitud de JORGE ELIECER GAVIRIA CASTRILLÓN cuando término de agredirla sexualmente fue de nerviosismo, que no quería dejarla en el lugar de los hechos ni que revelara lo sucedido, por lo que ella le dijo que guardaría silencio si la llevaba donde una amiga y luego a la fiesta de donde salieron, propuesta que el hombre aceptó.

Entonces, la presencia de sujeto en las proximidades de la casa de los padres de Catalina se debió a que esta logró persuadirlo de ello, pero no porque aquel supiera que estaba afuera de la casa de tales personas, sino debido a que aquella tuvo que hacerle creer que no informaría sobre los hechos y que iban a la residencia de una amiga de ella, a donde se cambiaría sus vestimentas. Esta explicación se advierte razonable, es posible que el agresor aceptara llevar a la mujer a donde aquella se lo pedía, si lo pretendido era que su conducta se mantuviera en la clandestinidad.

Sobre la ropa que llevaba puesta la víctima, debe tenerse presente que todos los testigos coincidieron en que estaba en malas condiciones, sin que se adviertan elementos para restar credibilidad a dichas manifestaciones. Ahora, este no es un hecho jurídicamente relevante y tampoco uno que necesariamente tenía que corroborarse, de modo que no se advierte la trascendencia de tal reparo, pues lo importante es que el acceso carnal se dio de manera violenta y sin consentimiento de la agredida.

A propósito, con tal planteamiento se confunde la obligación que tiene la fiscalía de probar los hechos jurídicamente relevantes, con la forma en que puede hacerlo. Es cierto que el ente acusador debe llevar a conocimiento del Juez todas las circunstancias con relevancia penal a efectos de alcanzar el estándar de prueba necesario para condenar.¹⁰ Pero tal obligación, consustancial a la labor acusatoria, no implica la necesidad de una especie de tarifa probatoria que imponga que ciertas circunstancias solo puedan probarse a través de determinados medios de prueba. Esto claro, conforme el artículo 373 del C.P.P., que rige el principio de libertad probatoria. Este principio permite que los hechos puedan ser demostrados con cualquier medio de conocimiento que no viole derechos humanos.

¹⁰ Sobre el conocimiento necesario para condenar véase entre otras, CSJ SP, SP-3332-2016, Radicación No. 43866, aprobado por acta No. 80 del 16 de marzo de 2016, M.P. Patricia Salazar Cuellar.

Línea argumentativa bajo la cual resulta apropiado destacar que más allá de la conveniencia o no de un determinado medio de conocimiento para demostrar una particular circunstancia, la fiscalía no estaba en obligación de incluir dentro de sus pruebas una en específico, pues aportó medios de conocimiento para cumplir con la demostración de los aspectos referidos por el apelante, es decir, las condiciones de la ropa de la víctima. Si la intención de la defensa era probar que el delito no se cometió porque la ropa no estaba estropeada, debió plantear con mayor contundencia las premisas que soportaban tal conclusión y cómo las pruebas practicadas u omitidas servían a tal objetivo, pero no lo hizo.

Aparte de esto, estratégicamente el apelante omite tener en cuenta que ningún testigo expuso que Albeiro de Jesús o Luz Marina presenciaran la llegada de su hija en compañía del hombre, en esas condiciones, no se advierte que esta tuviera que dar cuenta de las razones por las que arribó al lugar con aquel. Por el contrario, lo que se dijo, más claramente por parte de la víctima, es que se adentró hasta el lugar donde sus padres se encontraban acostados y luego les mostró al responsable, aprovechando que este aun se encontraba a las afuera de la vivienda.

Las pruebas analizadas hasta este punto son consistentes sobre la forma en que se dio la revelación de la agresión y la persona señalada como responsable de dicha conducta. En otras palabras, lo relevante de los testimonios analizados en este punto es que aquel sujeto, al que señalaron en juicio, precisamente GAVIRIA CASTRILLÓN, fue el hombre que estaba afuera de su casa cuando la víctima lo expuso ante ellos e intentó atacarlo por ser su agresor, persona que se transportaba en una moto, de donde se puede inferir que efectivamente era él quien había llevado a la víctima hasta allí.

3. Sobre la valoración médica

La médica Karen Yulieth Mora Flórez¹¹ manifestó que el 1 de enero de 2021, basada en los protocolos de medicina legal, efectuó valoración médica a Catalina Alzate Velásquez, quien estaba en estado de embriaguez, actuación que consignó posteriormente en los correspondientes formatos, pues en aquel momento no contaba con un SPOA. Precisó los siguientes hallazgos en el cuerpo de la víctima: equimosis en las rodillas y muslos, laceraciones en la base del primer dedo de la mano y en una rodilla, escoriación en una rodilla, cuatro desgarros antiguos del himen, presencia de espermatozoides y carúnculas en la vagina, así como una infección vaginal. Destacó que no podía dar la causa exacta de las lesiones, pues al respecto se limitaba a la información aportada por Catalina, sin embargo, expuso que las carúnculas eran propias de partos y que los espermatozoides podían recolectarse en la vagina hasta 72 horas, lo que daría cuenta de una penetración reciente, además, adujo que no podía descartar "*maniobras a otros niveles*" y tampoco saber si hubo violencia.

Nótese que este testimonio entrega información relevante para corroborar la versión de la víctima. Primero, da cuenta de lesiones que esta presentaba en una mano, rodillas y muslos, rastros que concuerdan con circunstancias previas, concomitantes y posteriores a los hechos que narró en juicio, como arrojarse de la motocicleta, forcejear con GAVIRIA CASTRILLÓN o intentar agredirlo con un cuchillo. Segundo, conforme a la naturaleza de su himen, es posible que el acceso carnal vía vaginal se diera sin producir lesiones evidentes, además, la presencia de espermatozoides en la zona vaginal permitía concluir que tuvo contacto sexual con un hombre horas antes de ser

¹¹ Juicio oral del 23 de febrero de 2023, archivo "*48AudioJuicioOral- 23-02-2023-05736600031020210001800_*", récord 00:03:45 a 00:51:09.

examinada. Tercero, pese a la ausencia de lesiones anales, la profesional no descartó que hubiese existido manipulación de tal área.

La defensa de manera contradictoria, reprochó esta prueba y a su vez quiso utilizarla para atacar la versión de Catalina Álzate Velásquez, efectos para los cuales presentó en juicio el testimonio del médico Carlos Alberto Mejía Tamayo,¹² quien apoyado en la actuación de su colega, concluyó que la versión de Alzate Velásquez en la anamnesis no era congruente con los hallazgos en su cuerpo, debido a que esta no presentaba ninguna lesión que se correspondiera con puños, patadas y una asfixia mecánica que produjera el desvanecimiento, en su lugar, solo contaba con lesiones ocasionadas en el accidente con el cuchillo y la caída de la motocicleta.

En esas condiciones, el apelante criticó que el Juez acogiera el concepto de Mora Flórez y no el expuesto por Mejía Tamayo, objeción que no es acertada por varios motivos. Veamos.

El profesional allegado por la defensa parte de las mismas premisas fácticas de la médica que asistió al juicio como testigo de cargo, así que la prueba de descargo no refuta los hallazgos encontrados por aquella en el cuerpo de Catalina Alzate Velásquez, de ahí que resulte contradictorio que el apelante critique la labor de la galena.

La diferencia es que mientras la médica, quien atendió personalmente el caso, no dio conclusiones de certeza sobre las causas de las lesiones, el testigo de descargo se aventuró a afirmar que Alzate Velásquez otorgó una versión de los hechos incongruente con los hallazgos médicos en su cuerpo.

¹² Juicio oral del 9 de mayo de 2023, archivo "57VideoContinuacionJuicioOral09052023Parte1", récord 00:13:45 a 00:44:09.

De este modo el médico quiso imponer su particular criterio sobre la credibilidad de la víctima. Esto no puede acogerse, pues implicaría omitir que sí se presentaron hallazgos de equimosis en los muslos de la mujer, los que podrían ser consecuentes con el proceder violento que aquella atribuyó a GAVIRIA CASTRILLÓN y que no necesariamente fueron provocados con el cuchillo o la caída de la moto.

Ahora, que no se encontraran en el cuerpo de la víctima lesiones claras producidas por patadas, puños o acciones de asfixia mecánica que produjera el desvanecimiento, no implica necesariamente que tales agresiones no existieran. Nótese que el médico Carlos Alberto Mejía Tamayo se limitó a exponer que siempre debe producirse una lesión a causa de una agresión de tal tipo, sin embargo, no explicó cuál es el fundamento científico o técnico de tal afirmación, solo dijo que así se lo sabía por sus conocimientos académicos y experiencia.

En ese orden, el profesional de la medicina plantea un argumento soportado en una tácita pretensión de regla de la experiencia que no alcanza dicha categoría al carecer de pretensión de universalidad y generalidad, es decir, *“la observación de un proceder generalizado y repetitivo desarrollado en circunstancias y contextos similares (...).”*¹³ Y es que, pese a que ello puede suceder, no siempre que una víctima recibe golpes en su cuerpo producidos con las manos o pies de otra persona, se generan lesiones observables horas después.

Además, el testigo de descargo no explicó con suficiencia la técnica o el método científico utilizado para tal conclusión, así que no puede calificarse realmente como un concepto pericial con base técnica o científica, en términos del artículo 404 del C.P.P. Así que solo se trata de una apreciación personal entregada por quien rindió un testimonio en razón de una labor desarrollada en su condición de profesional de la medicina.

¹³ CSJ SP Radicado 43665 del 22 de marzo de 2017, SP3964-2017, M.P. Eugenio Fernández Carlier.

Estratégicamente, el defensor ignora que no era la médica ni su colega los indicados para dar cuenta de la causa exacta de los hallazgos en el cuerpo de la víctima, pues evidentemente no estuvieron en el lugar de los hechos.

A propósito, con la prueba de descargo se pretende restar valor al testimonio de la víctima, pero de manera insuficiente pues el profesional expuso que su trabajo fue elaborar un informe crítico de los elementos con los que contaba la fiscalía, para de esa forma concluir que las lesiones de Catalina no se correspondían con las que narró en la anamnesis.

Nótese que el galeno no tuvo como objeto de su labor el testimonio de la víctima sino una versión previa consignada en la anamnesis. A propósito, aunque con la médica se escuchó parte de aquella declaración anterior, dicho relato es una pieza imprescindible de su pericia y no tienen un fin distinto que el de establecer el marco fáctico que determinó las observaciones y los hallazgos que habían de sustentar sus conclusiones, sin que ello habilite su uso como prueba, pues para el efecto, es decir, en relación con el señalamiento en contra del procesado y las circunstancias modales del delito, su testimonio constituye prueba de referencia, en este caso inadmisibile.¹⁴

En ese orden, trata de dársele a esta prueba una trascendencia que no tiene, ya que su conclusión no es vinculante para la Sala en el entendido de que la congruencia a la que alude el profesional Mejía Tamayo tiene que ver con una versión que no fue objeto del debate probatorio. Adicional a esto, y no menos importante, porque solo al Juez le corresponde realizar juicios jurídicos en punto de establecer la materialidad del delito y la responsabilidad del procesado a partir de

¹⁴ Sobre la naturaleza referencial de ese tipo de información, véase entre otras, SP CSJ radicados 50637 del 11 de julio de 2018, SP2709-2018, M.P. Patricia Salazar Cuellar; y 53127 del 12 de febrero de 2020, SP358-2020, M.P. Luis Antonio Hernández Barbosa.

la valoración conjunta de la totalidad de las pruebas practicadas,¹⁵ en ese orden, estratégicamente el defensor olvida que, conforme al artículo 404 del C.P.P., el Juez es el único encargado de apreciar el testimonio.

Aparte de lo anterior, el médico no criticó los hallazgos en la zona genital de la víctima, aunque los omitió por completo. Lo que no puede dejarse pasar por alto, pues estos guardan correspondencia con la agresión sexual expuesta por aquella en juicio, se reitera, en la zona vaginal se encontraron espermatozoides y el himen de la mujer presentaba desgarros antiguos, lo que permitía la penetración por tal zona sin dejar lesiones.

Entonces, contrario a lo pretendido por el defensor, el testimonio de la víctima junto a las equimosis de sus muslos y los elementos encontrados en su vagina, son suficientes para aceptar que sí pudo existir la agresión y la violencia que propiciaron la relación sexual que ahora se juzga. Además, la sola ausencia de lesiones claras de puños, patas o asfixia mecánica no implica que la mujer consintiera ser accedida carnalmente vía vagina y anal.

Otro punto atacado por el defensor es que no se acreditara que el semen encontrado en la vagina de la víctima fuera del acusado. Sobre este aspecto, no puede olvidarse que con la prueba pericial se buscaba observar si los hallazgos en el cuerpo de la víctima demostraban el acceso. Sobre la causa de las lesiones y elementos encontrados, la víctima informó que JORGE ELIECER le introdujo el pene en su vagina. Esa fue la única explicación que se dio al respecto en juicio y guarda de manera coherente una relación directa con los hallazgos clínicos.

¹⁵ Sobre el tema, véase entre otras, SP CSJ Radicado 55052 del 30 de abril de 2019, AP1535-2019, M.P. Eugenio Fernández Carlier, y 56932 del 18 de agosto de 2021, SP3582-2021, M.P. Gerson Chaverra Castro, 47063 del 28 de julio de 2021, SP3218-2021, y 49360 del 12 de mayo de 2021, SP1799-2021, las dos últimas M.P. José Francisco Acuña Vizcaya.

A fin de responder a todas las objeciones planteadas en la apelación, importa destacar que pese a no encontrarse lesiones en tal zona anal de la víctima, ello no es suficiente para descartar el delito, como parecen entender el apelante, pues en el presente evento la penetración vaginal no puede descartarse solo por no hallarse rastros físicos de la penetración anal, de modo que esta última particularidad no puede llevar a la revocatoria de la condena. Adicionalmente, el protocolo del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses enseña:

“Aun el hecho de que no se encuentren lesiones en el ano y que el tono, la forma y los pliegues estén normales, no descarta la ocurrencia de penetración, eyaculación, contacto a nivel anal por lo que se debe valorar la versión de la víctima.”¹⁶

En consecuencia, el no advertir rastros físicos en el ano de la víctima no es suficiente para asegurar que el hecho jurídicamente relevante no existió. De lo analizado hasta el momento es razonable sostener que cuando la entidad de la agresión no sea suficiente para propiciar lesión anal, es posible que el acceso carnal se efectúe sin producir tales evidencias físicas. Conclusión que no depende exclusiva y estrictamente de los hallazgos médicos, conforme viene analizándose.

Adicional a lo anterior, para el defensor no es creíble que la Catalina Alzate Velásquez se desmayara y fuera accedida carnalmente, sin embargo, no propuso un argumento claro que lo llevara a tal conclusión, lo que deja su premisa en el ámbito de la especulación. Por el contrario, como se ha analizado a lo largo de esta providencia, el testimonio de Alzate Velásquez es creíble y tiene corroboración en otras pruebas, incluso las de descargo.

¹⁶ REGLAMENTO TÉCNICO PARA EL ABORDAJE FORENSE INTEGRAL DE LA VÍCTIMA EN LA INVESTIGACIÓN DEL DELITO SEXUAL R.T INML-CF- 01 VERSIÓN 03, JULIO 2009. INSTITUTO NACIONAL DE MEDICINA LEGAL Y CIENCIAS FORENSES. Pág. 93.

4. Sobre las pruebas de descargo

Adicional al profesional de la medicina analizado en el punto anterior, la defensa presentó en juicio los testimonios de Pablo Emilio Alcaraz García,¹⁷ José Guillermo González Hoyos¹⁸ y Johana Monsalve Vásquez,¹⁹ todos amigos del procesado, quienes coincidieron en afirmar que estuvieron en la fiesta referida por la víctima, la que estuvo concurrida por un gran número de personas, entre ellas, GAVIRIA CASTRILLÓN.

De manera particular, Alcaraz García aseguró haber visto a JORGE ELIECER bailando con Catalina y que estos se fueron juntos del lugar, cerca a las 8:30 o 9 a.m., en la motocicleta del sujeto, a la que víctima subió de manera “normal”.

González Hoyos manifestó que aquel día se limitó a llevar en Catalina y a Giovanni a la reunión, después de esto, se desentendió de aquellos. Además, informó que no vio a la víctima con el acusado.

Por su parte, Monsalve Vásquez expuso que estuvo en la fiesta aproximadamente desde las 5 a.m., en donde observó a Catalina bailando y en compañía de Giovanni. También sostuvo que vio a la víctima hablando con JORGE ELIECER GAVIRIA CASTRILLÓN, aunque no percibió que estos dos salieran juntos de allí. Adicionalmente, reprochó la conducta social de la agredida, a la que calificó como “*mujer de rebusque*”.

¹⁷ Juicio oral del 9 de mayo de 2023, archivo “57VideoContinuacionJuicioOral09052023Parte1”, récord 00:50:28 a 01:10:56.

¹⁸ *Ibidem*, récord 01:15:25 a 01:25:23.

¹⁹ Juicio oral del 9 de mayo de 2023, archivo “58VideoContinuacionJuicioOral09052023Parte2”, récord 00:00:45 a 00:20:09.

Nótese que ninguno de estos testigos percibió los hechos sino circunstancias previas a ellos, de ahí que sus testimonios sean insuficientes para refutar el delito o la responsabilidad del procesado. Aun así, paradójicamente, todos entregaron información que sirven para asegurar que el procesado y Catalina Alzate Velásquez estuvieron en la citada fiesta de año nuevo, además, Pablo Emilio Alcaraz García (no Johana Monsalve Vásquez como equivocadamente refirió el apelante) dijo que estos salieron juntos de allí en la motocicleta del hombre.

Los aspectos acabados de referir corroboran la versión de la víctima, la que afirmó que el sujeto con quien se fue la reunión era el mismo que la agredió sexualmente y luego la llevó a casa de sus padres. Entonces, conforme a las propias pruebas de descargo, fue GAVIRIA CASTRILLÓN es el hombre que transportó a Alzate Velásquez cuando esta decidió irse de allí, así que no pudo ser otro su agresor.

Ante tal conclusión, se reitera, resulta de poca trascendencia si JORGE ELIECER se presentó a la víctima como mototaxista, pues en todo caso, era él quien conducía el vehículo utilizado para ir de la fiesta al lugar de los hechos y luego a casa de los progenitores de la mujer. Tampoco es relevante si el sujeto estuvo presente en la fiesta, ya que es claro que salió de allí justamente en compañía de Catalina.

Adicional a lo anterior, es cierto que estos testigos de descargo no son pertinentes para afirmar que Catalina Alzate Velásquez llegó a casa de sus padres con GAVIRIA CASTRILLÓN, toda vez que no estaban en aquel sitio. Aun así, la presencia del agresor en este último lugar se demostró con los testimonios de la víctima y sus papás, de modo que, esta claro que fue JORGE ELIECER GAVIRIA CASTRILLÓN el hombre señalado por Catalina como su agresor.

Así las cosas, las pruebas de descargo no tiene la relevancia que pretendió darles el apelante, además, importa destacar que dada su cercanía con el procesado, tenían comprometida su objetividad, principalmente, Johana Monsalve Vásquez, quien evidenció sentimientos negativos con la víctima, pues utilizó referencias peyorativas y subjetivas para describirla.

Conforme a lo analizado en esta providencia, no se advierte una hipótesis plausible de inocencia que beneficie al procesado. Por el contrario, se alcanzó en términos del artículo 381 del C.P.P., el conocimiento necesario para condenar, pues no existen dudas razonables sobre su responsabilidad penal en el acceso carnal violento del que fue víctima Catalina Alzate Velásquez. Respondidas así todas las inconformidades planteadas por el apelante, esta Sala confirmará la sentencia de primera Instancia.

Por lo expuesto, **EL TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA**, en Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de naturaleza y origen conocidos, en cuanto fue materia de apelación.

Contra esta decisión procede el recurso extraordinario de casación en los términos del artículo 183 de la Ley 906 de 2004.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

RENÉ MOLINA CÁRDENAS

Magistrado

GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME

Magistrado

EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA

Magistrado

Firmado Por:

Rene Molina Cardenas

Magistrado

Sala 005 Penal

Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Edilberto Antonio Arenas Correa

Magistrado

Sala 001 Penal

Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Gustavo Adolfo Pinzon Jacome

Magistrado Tribunal O Consejo Seccional

Sala 007 Penal

Tribunal Superior De Antioquia - Antioquia

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

Código de verificación: **70c6f6f9c375f126dfd8354d369ebb91d9d75487713c1ae71e333472b787c2f2**

Documento generado en 17/11/2023 04:29:48 PM

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

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