

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA SECRETARÍA SALA PENAL

ESTADO ELECTRÓNICO 044

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

Radicado Interno	Tipo de proceso	Accionante Solicitante / DELITO	Accionado / Acusado	Decisión	Fecha de decisión
2020-0632-1	Auto ley 906 2° inst.	Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes	Robinson Galeano Becerra	Declara infundado impedimento	Julio 31 de 2020
2020-0610-6	Tutela de 1° instancia	Martha Cecilia Gaviria Garcia	Presidencia de la República y otros	Declara hecho superado	Agosto 03 de 2020
2020-0636-4	Auto ley 906 2° inst	Homicidio	Rafael Antonio Monsalve Guzmán	Confirma auto de 1° instancia	Agosto 03 de 2020
2020-0599-4	Auto ley 906 2° inst	Actos Sexuales con menor de 14 años	Darío de Js. Gómez Ocampo	Confirma auto de 1° instancia	Agosto 03 de 2020
2020-0518-6	Auto ley 906 2° inst	Concierto para delinquir agravado	Jorge Enrique Echavarría Peña y otros	Modifica auto de 1° instancia	Agosto 03 de 2020

FIJADO, HOY 04 DE AGOSTO DE 2020, A LAS 08:00 HORAS


ALEXIS TOBÓN NARANJO
Secretario

DESEFIJADO EN LA MISMA FECHA A LAS 17:00 HORAS


ALEXIS TOBÓN NARANJO
Secretario

TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA

SALA DE DECISIÓN PENAL

Medellín, treinta y uno (31) de julio de dos mil veinte (2020)

Proyecto discutido y aprobado en sesión de la fecha, Acta No. 074

RADICADO : 050446100158201880006 (2020- 0632-1)
PROCESADO : ROBINSON GALEANO BECERRA
DELITO : TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE
ESTUPEFACIENTES
ASUNTO : INTERLOCUTORIO DE SEGUNDA INSTANCIA

VISTOS

Procede la Sala a resolver de plano, conforme las previsiones del artículo 57 de la Ley 906 de 2004, modificado por el artículo 82 de la Ley 1395 de 2010, el impedimento deprecado por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Santa Fe de Antioquia, para atender el proceso que se impulsa en contra de ROBISON GALEANO BECERRA.

LO SUCEDIDO

Procedente del Juzgado Promiscuo del Circuito de Sopetrán (Ant.), fueron remitidas las presentes diligencias a esta Magistratura, para efectos de resolver sobre el impedimento

aducido por el Juez Promiscuo del Circuito de Santa Fe de Antioquia y a su vez, el suyo.

Mediante Auto del 27 de julio de 2020, el Juez Promiscuo del Circuito de Sopetrán, Antioquia, expuso a esta Magistratura, que de manera errónea, la Fiscalía 6ª Delegada ante Juzgado Promiscuo del Circuito de Santa Fe de Antioquia, radicó en su Despacho el escrito de acusación con Radicado 050446100158201880006, adelantado en contra de ROBINSON GALEANO BECERRA.

Explicó que esa agencia judicial, atendiendo la competencia por el factor territorial, no era la competente y no obstante advertir tal situación dentro del Auto del 1º de julio de 2020, lo que puede evidenciarse en el numeral primero de la parte resolutive de dicha providencia, es que manifestó estar impedido por estar inmerso en la causal dispuesta en el numeral 6º del artículo 56 del C.P.P.

Lo anterior porque se encuentra conociendo del proceso penal adelantado en contra de LUIS FERNANDO GÓMEZ VELÁSQUEZ, por idénticos fundamentos fácticos y jurídicos a lo que se señalan en contra de GALEANO BECERRA, toda vez que ambos ciudadanos, fueron capturados por los mismos hechos. Además, de manera concomitante, ha efectuado valoración probatoria de los elementos del juicio que en sede de preacuerdo presentaron las partes dentro del proceso.

Consecuente con lo anterior, indicó que remitió el asunto a su homólogo de Santa Fe de Antioquia para que se pronunciara sobre la manifestación de impedimento, sin embargo, dicho funcionario, quien debía pronunciarse si aceptaba o rechaza dicha manifestación, no lo hizo, sino que procedió a declararse impedido y a remitirle nuevamente el proceso, por lo que, atendiendo dicha controversia, ordenó remitir las diligencias a la Corporación para que se pronunciara sobre el asunto.

Obra dentro de las diligencias, Auto del 10 de julio de 2020, mediante el cual, el Juez Promiscuo del Circuito de Santa Fe de Antioquia, señaló que recibía el expediente por parte del Juzgado Promiscuo del Circuito de Sopetrán, atendiendo que el titular de dicho Despacho se declaró incompetente. A pesar de reconocer que a dicho funcionario le asistía la razón frente a la incompetencia deprecada, teniendo en cuenta que los hechos presuntamente fueron cometidos en el municipio de Anzá, que pertenece a su jurisdicción, destacó que la Fiscalía debió presentar el escrito de acusación ante su despacho para que una vez puesto a su consideración pudiera manifestar si conocía del mismo o declarararía alguna causal de impedimento.

Advirtió que efectivamente, el despacho que dirige, conoció de la solicitud de preclusión elevada y mediante Auto del 08 de abril de 2019, decretó la preclusión en favor de ROBINSON GALEANO BECERRA, decisión apelada por el representante del Ministerio Público y revocada por esta Sala mediante Auto del 19 de noviembre de 2019.

Consideró que con dicha actuación, de cara al escrito de acusación que se presenta por el ente acusador, se encuentra impedido para continuar conociendo del asunto, ya que al resolver la preclusión invocada en la actuación, el criterio a adoptar con relación a la nueva petición, se tornaría previsible al momento de analizar y resolver el asunto, ya que se realizó la respectiva valoración de los elementos materiales probatorios aportados por la Fiscalía como sustento de la misma, los cuales fundamentan y apoyan la acusación presentada.

Hizo referencia a lo dispuesto en el No 14 del artículo 56 de la Ley 906 de 2004, reiterado en el artículo 365 ídem y consideró que: *“...al precisar el alcance normativo de este precepto, **se hace necesario interpretarlo**, en el contexto general de los principios y fines que orientan la preclusión en el sistema penal de tendencia acusatoria, por lo que las instituciones de los impedimentos están fijadas constitucional y legalmente con el propósito de preservar y amparar el derecho a ser juzgado por funcionarios imparciales, circunstancias que impiden que un funcionario judicial siga conociendo de un asunto, porque de continuar vinculado a la decisión compromete la independencia de la administración de justicia y quebranta el derecho fundamental de las partes a obtener un fallo proferido con imparcialidad”*.

En razón a lo anteriormente anotado, advirtió el fallador que, dichas apreciaciones, eran razón suficiente para declararse impedido, teniendo en cuenta la emisión de la decisión a la que hizo referencia: *“...con valoración de posibles elementos materiales a debatirse en el juicio que se llevará a cabo en este proceso...”*.

En consecuencia, remitió el asunto a su homólogo de Sopetrán, con el fin de que se pronunciara sobre la causal de impedimento.

CONSIDERACIONES:

En el presente trámite se advierte que los Jueces Promiscuos de los Circuitos de Santa Fe de Antioquia y Sopetrán, se están declarando impedidos para conocer del juicio a adelantarse en contra del ciudadano ROBINSON GALEANO BECERRA.

Es entonces esta Corporación la competente para resolver el presente asunto mediante decisión de plano, no sin antes resaltar que conforme a los criterios de competencia, atendiendo el factor territorial, tal como lo indicara el titular del Juzgado Promiscuo del Circuito de Sopetrán y que fuera aceptado por su homólogo de Santa Fe de Antioquia, el asunto debió haberse radicado, ante este último funcionario, pues es en principio, conforme a dichos criterios, quien debe atender la solicitud en su condición de juez natural para adelantar la causa.

Por lo tanto, esta Corporación efectuará el análisis sobre la causal de impedimento deprecada por el Juez que por competencia le corresponde adelantar el juicio, esto es, el Juez Promiscuo del Circuito de Santa Fe de Antioquia y de prosperar el mismo, se procederá a analizar las manifestaciones de

impedimento deprecadas por su homólogo de Sopetrán, para que una vez resuelta la situación de éste, se establezca dónde deberá remitirse el asunto, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 57 de la Ley Procesal Penal.

Con respecto al planteamiento aducido por el Juez Promiscuo del Circuito de Santa Fe de Antioquia, ha de decirse, que tal como en otras ocasiones ha sido explicado por parte del Tribunal, para que la manifestación de impedimento por parte del juzgador o la recusación que le formulen alguna de las partes alcance su cometido, esto es, la separación del conocimiento de un determinado asunto, es imprescindible que la causal invocada esté fundamentada en aspectos que demuestren en el funcionario un interés particular que lo afecte directa o indirectamente y, por lo mismo, que puedan socavar la imparcialidad y la ponderación en el juicio que debe realizar, es decir, que la causal se orienta a salvaguardar la absoluta independencia con que los jueces deben resolver los casos sometidos a su conocimiento.

Una vez analizado por esta Sala, las razones expuestas en la decisión tomada por el Juez Promiscuo del Circuito de Santa Fe de Antioquia, concluye que la causal de impedimento aducida por el funcionario, no está llamada a prosperar, por las siguientes razones.

- 1) Invocó como causal, la señalada en el numeral 14 del artículo 56 de la Ley 906 de 2004, que dispone:

ARTÍCULO 56. CAUSALES DE IMPEDIMENTO. Son causales de impedimento:

(...)

*14. Que el juez haya conocido de la solicitud de preclusión formulada por la Fiscalía General de la Nación y la **haya negado**, caso en el cual quedará impedido para conocer el juicio en su fondo. (Resalta la Sala)*

Con respecto a la causal invocada, sin mayores elucubraciones, debe decirse en primer lugar, que la misma, sólo opera cuando el juez haya negado la preclusión. Y con base en la jurisprudencia reiterada sobre el tema, se debe advertir que además del requisito concerniente a la negación de la solicitud, no opera de manera automática, al respecto, ha explicado la jurisprudencia desde tiempo atrás y aún lo reitera, que¹:

“La finalidad del régimen de los impedimentos y las recusaciones no es otro que la satisfacción de la garantía fundamental de un juez natural, independiente e imparcial que garantice a los ciudadanos una recta y cumplida administración de justicia, esto es, que la imparcialidad y la ponderación del funcionario judicial llamado a resolver el conflicto jurídico no se encuentren perturbadas por alguna circunstancia ajena al proceso.

*Al respecto, esta Sala ha señalado de manera pacífica y reiterada que la manifestación de impedimento está sujeta al particular arbitrio de quien la declara pero vinculada inevitablemente **a la taxatividad de las causales, sin que sea posible acudir a la analogía o a la extensión***

¹ Sala de Casación Penal, Auto AP241-2020 (56747) del 29 de enero de 2020. M.P. Jaime Humberto Moreno Acero.

de los motivos estrictamente señalados por la ley, en aras de sustentar su procedencia.

En el presente asunto, la causal de impedimento invocada es la prevista en el numeral 14 del artículo 56 de la Ley 906 de 2004, reiterada en la disposición 335, inciso 2° ibídem , que se presenta cuando el funcionario judicial « (...) haya conocido de la solicitud de preclusión formulada por la Fiscalía General de la Nación y la haya negado, caso en el cual quedará impedido para conocer el juicio en su fondo.»

Sin embargo, sobre dicha causal, la Sala tiene establecido que la razón impeditiva descrita no emana automáticamente y, por el contrario, requiere para su configuración examinar el tipo de intervención efectuada por el juez o la corporación judicial involucrada en la decisión de preclusión. Asimismo, se ha insistido en la necesidad de determinar si ese pronunciamiento previo cuenta con la virtualidad «objetiva y materialmente [de poner] en tela de juicio la imparcialidad y neutralidad de los funcionarios o la confianza de la comunidad en la administración de justicia».

También expuso la Máxima Corporación, en reciente pronunciamiento, que²:

“En el presente asunto, el proveído que confirmó la negativa de la preclusión tuvo por fundamento la exigua labor investigativa adelantada por la Fiscalía General de la Nación de cara a esclarecer la veracidad de los hechos narrados por el menor víctima ante la psicóloga de la SIJIN y de la Asociación Creemos en Ti.

Concretamente, en éste se advirtió sobre la urgencia de continuar con la indagación y así determinar la veracidad de la denuncia, por cuanto la información recaudada se ofrecía insuficiente para establecer si era

² Providencia AP181-2020 (56799) del 22 de enero de 2020. M.P. Luis Antonio Hernández Barbosa.

una venganza por parte de la madre de PHLH, si era el resultado conductual del menor por haber sido alejado de su madre –dada la existencia de un proceso previo por el delito de ejercicio arbitrario de la custodia de hijo menor de edad- o si realmente los hechos narrados por el menor tuvieron lugar.

Por consiguiente, es manifiesto que el análisis probatorio no puede considerarse profundo o detallado, ya que de manera superficial se indicó simplemente que las entrevistas y conceptos psicológicos eran contradictorios. Además, no hubo un minucioso estudio del contenido de dichos medios cognoscitivos, y mucho menos de su mérito suasorio. Recuérdese que para ese momento sólo se contaba con la denuncia, la entrevista de la tía materna del menor y dos valoraciones psicológicas, siendo que en juicio se practicaron varias pruebas adicionales.

Por ende, se insiste, la providencia de segunda instancia referida no contiene ninguna apreciación probatoria ni mucho menos consideración alguna respecto de los hechos objeto de juzgamiento con la virtualidad de instituir un acto de prejuzgamiento y, en ese orden, es claro que lo allí consignado carece de la entidad suficiente para comprometer el criterio de los Magistrados de la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá Fernando Adolfo Pareja Reinemer y Alberto Poveda Perdomo.

Entonces, sin lugar a dudas, la Sala que conforman está perfectamente facultada para estudiar la alzada propuesta por la representación de víctimas. En consecuencia, se declarará infundado el impedimento manifestado.”

En el caso bajo estudio, el Juez Promiscuo del Circuito de Santa Fe de Antioquia se declaró impedido, teniendo en cuenta que dentro del proceso adelantado en contra del señor GALEANO BECERRA, se pronunció sobre la solicitud efectuada por el Delegado de la Fiscalía General de la Nación,

decretando en favor del procesado, la preclusión invocada. Según se expuso en la decisión de segunda instancia, remitida para analizar el asunto, el A quo en esa oportunidad, dijo:

- 1) “Que si bien el día de los hechos, la policía recibió una llamada telefónica con la que se informó que los procesados eran vendedores de estupefacientes, lo cual, permitió la captura, y aunque ese informante anónimo señaló directamente al imputado Galeano Becerra como expendedor de alucinógenos en el casco urbano de Anzá, no se cuenta en el proceso con la identidad del informante, por lo que mal haría la Fiscalía en sustentar una investigación con una denuncia anónima, sin contar con más medios de juicio que respalden tales señalamientos.
- 2) Aunque no se desconoce que a la Fiscalía le es exigible rigurosidad en la investigación, no por ello está en la obligación de realizar cualquier tipo de acto investigativo, pues, ha de verificar cuáles son las labores idóneas para cada caso. En este asunto, resulta infructuoso confrontar las versiones dadas por los indiciados con la información suministrada por una fuente anónima, esto es, la información suministrada a la Policía telefónicamente y que permitió la captura de Galeano Becerra, por haber sido suministrada por un ciudadano no identificado, no resulta el asunto esencial para la investigación.
- 3) Según el juez, para acceder a la preclusión, adujo, son suficientes los dichos de los indiciados y los certificados entregados por la defensa, donde vecinos del municipio

de Anzá, entre los que se encuentran miembros de la Policía Nacional que presta sus servicios en este municipio, afirmaron el buen comportamiento de Galeano, de quien aseguran, se desempeña como moto taxista en la región, elementos con los cuales en todo caso, se controvierte la información anónima que lo señala como expendedor de sustancias alucinógenas”.

Respecto de lo que es materia de controversia, la Sala en diversas oportunidades ha expresado que el instituto de los impedimentos y las recusaciones tiene una clara fuente constitucional, pues, de un lado, el artículo 228 de la Carta Política dispone que la administración de justicia es función pública y que sus decisiones son independientes, y, de otro, el artículo 230 de la misma prevé que en sus providencias los jueces sólo están sometidos al imperio de la ley.

En desarrollo del principio de imparcialidad que deben presidir las actuaciones judiciales, la legislación procesal ha previsto una serie de causales de orden objetivo y subjetivo por virtud de las cuales el juez debe declararse impedido para decidir, garantizando a las partes, terceros, demás intervinientes e incluso a la comunidad en general, la transparencia y rigor que deben gobernar la tarea de administrar justicia.

Pero como a los jueces no les está permitido separarse por su propia voluntad de las funciones que les han sido asignadas, y a las partes no les está dado escoger libremente la persona del

juzgador, las causas que dan lugar a separar del conocimiento de un caso determinado a un juez o magistrado no pueden deducirse por analogía, ni ser objeto de interpretaciones subjetivas, en cuanto se trata de reglas con carácter de orden público, fundadas en el convencimiento del legislador de que son éstas y no otras las circunstancias fácticas que impiden que un funcionario judicial siga conociendo de un asunto, porque de continuar vinculado a la decisión compromete la independencia de la administración de justicia y quebranta el derecho fundamental de los asociados a obtener un fallo proferido por un tribunal imparcial.

Si bien, el sólo hecho de que no se presente en el caso bajo estudio el presupuesto constitutivo del impedimento invocado, pues claramente la norma define que es la negación de la solicitud de preclusión, también debe destacarse que el pronunciamiento efectuado por el funcionario judicial para efectos de tomar la decisión que considera afecta su ecuanimidad, tampoco cuanta con la entidad suficiente para comprometer su criterio, pues, en aquella oportunidad, determinó conforme con la causal de preclusión invocada por la Fiscalía de manera principal, esto es, la causal sexta del artículo 332, “*imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia*”, que con los dichos de los indiciados y unas entrevistas aportadas por la defensa, donde se resaltaba el buen comportamiento del procesado, era suficiente para acceder a la preclusión, pues dichos elementos controvierten la información anónima que lo señaló como expendedor de sustancias alucinógenas.

No obstante se evidencia dentro de los documentos anexados dentro de este trámite, que la Fiscalía dentro escrito de acusación presentado en disfavor de Galeano Becerra, dentro del descubrimiento probatorio, enlistó una serie de elementos materiales probatorios, los cuales no fueron objeto de análisis por parte del fallador al momento de atender la solicitud de preclusión. De donde surge evidente que en el presente caso el juez ha mantenido por una parte, incólume la presunción de inocencia del procesado como ha de ser y de otra, la nueva pretensión de la Fiscalía General de la Nación concerniente en adelantar el juicio, viene apoyada en otros elementos de prueba que no fueron objeto de análisis por el fallador y por tanto se verifica que su imparcialidad en torno al adelantamiento del juicio aún persiste.

En tal sentido se constató por parte de esta Corporación, no sólo que no hubo valoración del material probatorio que comporta la pretensión acusatoria, por parte del funcionario que se declara impedido, al momento de resolver el trámite planteado por la Fiscalía en aquella oportunidad, sino también, que ningún pronunciamiento hizo en torno a presunta la responsabilidad penal del acusado, por lo que se considera, que ninguna pérdida de ecuanimidad se observa para separar al Juez Promiscuo del Circuito de Santa Fe de Antioquia, del proceso que se pretende adelantar en contra de ROBINSON GALEANO BECERRA.

Con lo anterior, no es necesario efectuar algún análisis adicional.

Por lo expuesto, el Tribunal Superior de Antioquia, en Sala de Decisión Penal,

RESUELVE:

Declarar infundado el IMPEDIMENTO promovido por el Juez Promiscuo del Circuito de Santa Fe de Antioquia, para no continuar con el conocimiento del asunto que por el delito de Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, se sigue en contra de ROBINSON GALEANO BECERRA, con relación a la causal invocada. En consecuencia, se ordena retornar la actuación a dicho despacho judicial para que continúe con el desarrollo del proceso, acorde con lo ya explicado.

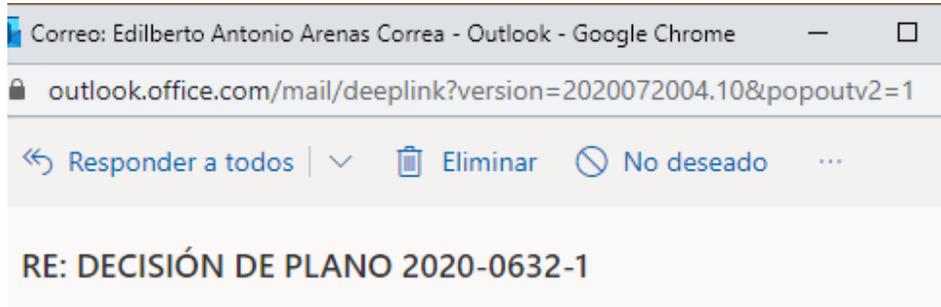
CÓPIESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA
Magistrado

NANCY ÁVILA DE MIRANDA
Magistrada

JUAN CARLOS CARDONA ORTIZ
Magistrado

Aprobación de Proyecto por parte de la Magistrada Dra. Nancy Ávila de Miranda



De: Nancy Avila De Miranda <navilam@cendoj.ramajudicial.gov.co>
Enviado: viernes, 31 de julio de 2020 4:01 p. m.
Para: Edilberto Antonio Arenas Correa
<earenasc@cendoj.ramajudicial.gov.co>
Asunto: Fwd: DECISIÓN DE PLANO 2020-0632-1

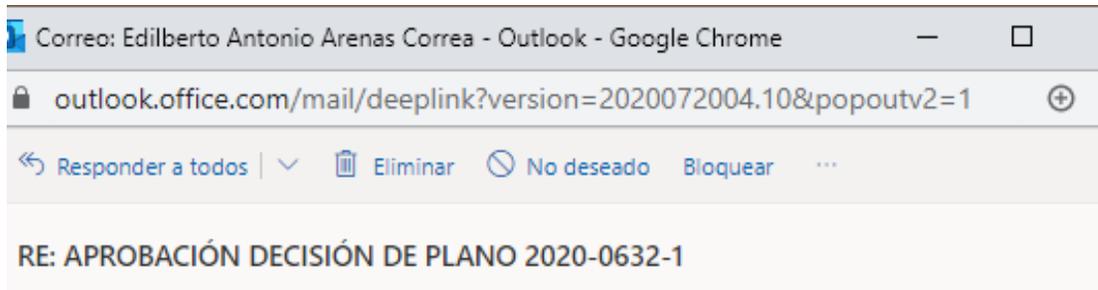
Get [Outlook for Android](#)

From: Nancy Avila De Miranda <navilam@cendoj.ramajudicial.gov.co>
Sent: Friday, July 31, 2020 3:55:41 PM
To: Nancy Avila De Miranda <navilam@cendoj.ramajudicial.gov.co>
Subject: Re: DECISIÓN DE PLANO 2020-0632-1

Buenas tardes. Apruebo el proyecto de auto interlocutorio de segunda instancia. Rad 2020-0632-1. Se omite la firma escaneada de la providencia, pese a ser partidaria de la misma, debido a la disparidad de criterio en la Sala Penal del Tribunal Superior de Antioquia, en materia de firmas. Tema discutido en la Sala Penal celebrada el 16 de abril de 2020, vía WhatsApp. Pendiente implementación de la firma electrónica, para decisiones de Sala.

De: Nancy Avila De Miranda <navilam@cendoj.ramajudicial.gov.co>
Enviado: viernes, 31 de julio de 2020 15:26
Para: Nancy Avila De Miranda <navilam@cendoj.ramajudicial.gov.co>
Asunto: RV: DECISIÓN DE PLANO 2020-0632-1

Aprobación de Proyecto por parte del Magistrado, Dr. Juan Carlos Cardona Ortiz



De: Despacho 04 Sala Penal Tribunal Superior - Antioquia - Antioquia
<des04sptsant@cendoj.ramajudicial.gov.co>
Enviado: viernes, 31 de julio de 2020 4:52 p. m.
Para: Edilberto Antonio Arenas Correa <earenasc@cendoj.ramajudicial.gov.co>
Cc: Nancy Avila De Miranda <navilam@cendoj.ramajudicial.gov.co>
Asunto: APROBACIÓN DECISIÓN DE PLANO 2020-0632-1

Doctores:
EDILBERTO ANTONIO ARENAS
NANCY ÁVILA DE MIRANDA
Magistrados Sala Penal
Tribunal Superior de Antioquia

A través del presente medio y en atención a las facultades otorgadas por los acuerdos PCSJA20-11517 del 15 de marzo y PCSJA20-11518 de 16 de marzo de 2020, y prórrogas establecidas en el PCSJA20-11521 de 19 de marzo, PCSJA20-11526 de 22 de marzo, PCSJA20-11532 de 11 de abril, PCSJA20-11546 de 25 de abril, PCSJA20-11549 de 7 de mayo, PCSJA20-11556 de 22 de mayo y PCSJA20-11567 de 5 de junio de 2020; apruebo el proyecto DECISIÓN DE PLANO, identificado con radicado 050446100158201880006 (2020- 0632-1), procesado ROBINSON GALEANO BECERRA, delito TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES, por medio de la cual se resuelve "...Declarar infundado el IMPEDIMENTO promovido por el Juez Promiscuo del Circuito de Santa Fe de Antioquia, para no continuar con el conocimiento del asunto que por el delito de Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, se sigue en contra de ROBINSON GALEANO BECERRA, con relación a la causal invocada. En consecuencia, se ordena retornar la actuación a dicho despacho judicial para que continúe con el desarrollo del proceso, acorde con lo ya explicado."

Lo anterior, conforme a lo manifestado por el Magistrado Ponente en la decisión, y tras la revisión de las piezas principales anexas al correo electrónico.

Cordialmente,

JUAN CARLOS CARDONA ORTIZ
Segundo Revisor Sala 1.

TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA DE DECISIÓN PENAL

CONSTANCIA

Medellín, treinta y uno (31) de julio de dos mil veinte (2020). La Sala de Decisión Penal integrada por los Magistrados Edilberto Antonio Arenas Correa (***quien la preside***), Nancy Ávila de Miranda y Juan Carlos Cardona Ortiz, de manera virtual estudiaron el proyecto de la referencia, procediendo a emitir su aprobación por medio del correo institucional y en la cual se resolvió lo siguiente: “**Declarar infundado el IMPEDIMENTO promovido por el Juez Promiscuo del Circuito de Santa Fe de Antioquia, para no continuar con el conocimiento del asunto que por el delito de Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, se sigue en contra de ROBINSON GALEANO BECERRA, con relación a la causal invocada. En consecuencia, se ordena retornar la actuación a dicho despacho judicial para que continúe con el desarrollo del proceso, acorde con lo ya explicado.**”.

RADICADO : 050446100158201880006 (2020- 0632-1)
PROCESADO : ROBINSON GALEANO BECERRA
DELITO : TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE
ESTUPEFACIENTES
ASUNTO : INTERLOCUTORIO DE SEGUNDA INSTANCIA

Es de anotar que la aprobación del citado proyecto se realiza de manera virtual, teniendo en cuenta que por la presencia del nuevo CORONAVIRUS (COVID-19), enfermedad que ha originado la declaratoria de pandemia por parte de la Organización Mundial de la Salud y declaración de Emergencia Sanitaria por el Gobierno Nacional, mediante la Resolución 385 del 12 de marzo de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, se han tomado medidas por razones de salubridad pública para controlar la propagación de la misma, al respecto se emitió CIRCULAR CSJANTC20-13 del Consejo Seccional de la Judicatura Antioquia y la Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial Medellín, que aclararon el alcance de la CIRCULAR CSJANTC20-12 del 17 de marzo de 2020 y establecieron que sólo podrían ingresar a las sedes judiciales los servidores que hacen parte del sistema penal acusatorio con funciones de control de garantías y los demás servidores judiciales realizarían sus funciones de manera virtual a través de los correos instituciones, incluido el reparto de tutelas y hábeas corpus. Lo anterior, para dar cumplimiento a las Medidas transitorias adoptadas por los acuerdos PCSJA20-11517 del 15 de marzo y

PCSJA20-11518 de 16 de marzo de 2020; además de las prórrogas establecidas en el PCSJA20-11521 de 19 de marzo, PCSJA20-11526 de 22 de marzo, PCSJA20-11532 de 11 de abril, PCSJA20-11546 de 25 de abril de 2020, PCSJA20-11549 de 7 de mayo 2020, PCSJA20-11556 de 22 de mayo de 2020 y PCSJA20-11567 de 5 de junio de 2020.

El suscrito Magistrado³

Firmado Por:

**EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA
MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL
TRIBUNAL SUPERIOR SALA 001 PENAL 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:

6038458383dceed34c4cf16bf182991b0c85101809e9a81cb10f31f80233552f

Documento generado en 31/07/2020 10:28:32 p.m.

³ Puede validar la autenticidad del documento firmado electrónicamente ingresando en la dirección: <https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE ANTIOQUIA

SALA DE DECISIÓN PENAL

Proceso No: 05000220400020200019600 **NI:** 2020-0610-6

Accionante: MARTHA CECILIA GAVIRIA GARCIA

Accionados: PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA Y OTROS

Decisión: Declara hecho superado

Aprobado Acta 55 virtual

Sala No.:6

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

Medellín, agosto tres del año dos mil veinte

VISTOS

La señora Martha Cecilia Gaviria García solicita el amparo constitucional de sus derechos fundamentales a la vida digna y al mínimo vital, presuntamente vulnerados por parte de la Presidencia de la República, el Ministerio del Trabajo y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

LA DEMANDA

Apunta la señora Martha Cecilia Gaviria García en su escrito que es empleada de la agencia de viajes y turismo "AVIATUR" con contrato a término fijo, y por decisión unilateral de esa compañía dicho convenio fue suspendido por licencia no remunerada durante los meses de mayo y junio por una supuesta fuerza mayor.

Señala que el pasado 03 de junio de la presente anualidad, el Ministerio del Trabajo expidió el Decreto 770 *"Por medio del cual se adopta una medida de protección al cesante, se adoptan medidas alternativas respecto a la jornada de trabajo, se adopta una alternativa para el primer pago de la prima de servicios, se crea el Programa de Apoyo para el Pago de la Prima de Servicios PAP, Y se crea el Programa*

de auxilio a los trabajadores en suspensión contractual, en el marco de la Emergencia Económica, Social y Ecológica declarada mediante el Decreto 637 de 2020”.

Refiere que a la fecha la Presidencia de la República, el Ministerio del Trabajo, el Departamento de Planeación Nacional, el Ministerio de Hacienda, la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales y la Compañía Aerovías del Continente Americano Avianca, han dado respuesta a su solicitud de aplicar o beneficiarla del Decreto Ley 770 del 2020. Continúa señalando que debido a la suspensión del contrato no cuenta con ningún ingreso económico que le ayude a subsistir, o velar por la manutención de su grupo familiar como madre cabeza de familia.

Pide entonces se tutele en su favor los derechos fundamentales invocados y, en consecuencia, se ordene a las entidades accionadas procedan a su inclusión como beneficiaria del programa de auxilio a los trabajadores en suspensión contractual del Decreto 770 del 2020.

TRÁMITE Y MATERIAL PROBATORIO RECAUDADO

Esta Sala mediante auto del pasado 23 de julio de la presente anualidad, admitió la acción de amparo y se notificó a la Presidencia de la República, al Ministerio del Trabajo, al Ministerio de Hacienda y Crédito Público y a la Agencia de Viajes y Turismo “AVIATUR”, al tiempo que se dispuso la vinculación de todos los demás Ministerios, así como también de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP).

PRONUNCIAMIENTO DE LAS ACCIONADAS

La Presidencia de la República apuntó que el accionante no demostró en ningún momento un acercamiento a los programas o instituciones competentes para entrega de ayudas para beneficiar a las personas en condición de vulnerabilidad manifiesta. Refiere que la naturaleza de dichos beneficios económicos es de carácter social, dirigidos a la población más vulnerable para que puedan solventar sus necesidades básicas, circunstancia que por demás no probó el accionante, carga que se encontraba en el mismo conforme lo dispuesto en el artículo 167 del Código General del Proceso.

Señala que las funciones de la Presidencia de la República se encuentran encaminadas a prestar apoyo logístico y administrativo al señor Presidente en el cumplimiento de sus funciones, que son principalmente las consignadas en el artículo 189 de la Constitución. Concluye señalando que se evidencia la falta de legitimación en la causa por pasiva de la Presidencia de la República y del señor Presidente para actuar como accionados en el caso de autos.

El Ministerio del Trabajo señaló que por medio del Decreto Legislativo 770 del 2020, se creó el programa de auxilio a los trabajadores en suspensión contractual cuyo objetivo es la entrega de transferencias monetarias no condicionadas (\$160.000 mensuales hasta por tres meses), a los trabajadores dependientes de las personas jurídicas o naturales, consorcios y uniones temporales postulantes al programa de apoyo al empleo formal – PAEF – que hayan cumplido los requisitos del artículo 2º del Decreto legislativo 639 del 08 de mayo de los corrientes y sus decretos modificatorios; que devenguen hasta 04 salarios mínimos legales mensuales vigentes, se les haya suspendido su contrato laboral o

se encuentren en licencia no remunerada y no estén cubiertos por otros programas.

Apuntó que ese Ministerio expidió la resolución 1262 del 2020, *“por la cual se establece el procedimiento para la identificación de los beneficiarios y la entrega de transferencia monetaria no condicionada en el marco del Programa de Auxilio a los Trabajadores en Suspensión Contractual o Licencia No Remunerada, creado mediante Decreto 770 de 2020 y se adopta el Manuel Operativo del Programa”*. Refiere que los beneficiarios de la transferencia serán identificados para las nóminas de los meses de abril, mayo y junio de 2020, por la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social.

Refiere que de acuerdo con el Decreto 770 y la resolución 1262 del 2020, ese Ministerio es el encargado de expedir los actos administrativos que ordenan el gasto y giro directo de la transferencia monetaria no condicionada a los beneficiarios del programa de auxilio a los trabajadores en suspensión contractual, previas las verificaciones realizadas por la UGPP y otras entidades.

El Ministerio de Hacienda y Crédito Público apuntó que la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP), es la entidad encargada de identificar los beneficiarios para poder acceder al programa de auxilio a los trabajadores en suspensión contractual y a las situaciones que presuntamente están vulnerando los derechos fundamentales de la accionante, conforme al artículo 22 del Decreto 770 del 2020; por lo que solicita la desvinculación de ese Ministerio en el presente trámite.

La Agencia de Viajes y Turismo Aviator señala que la accionante actualmente se encuentra vinculada a esa empresa mediante contrato a término fijo; sin embargo, a partir del 15 de mayo de los corrientes se encuentra suspendido debido a motivos de fuerza mayor y caso fortuito que le impiden a esa compañía continuar con la ejecución de los compromisos, no por licencia remunerada como lo aduce la actora.

Apunta que de acuerdo a lo dispuesto en el Decreto 770 y la resolución 1262 del 2020, para que los trabajadores que se encuentran con contrato suspendido puedan acceder al *“Programa de auxilio a los trabajadores en suspensión contractual”*, se requiere el reconocimiento directo por parte de la UGPP a los empleados que presenten esta novedad, siempre y cuando su empresa empleadora se postule al programa de apoyo al empleo formal –PAEF -, requisito que se agotó correctamente por parte de esa compañía, además de reportar la novedad de suspensión del contrato de la trabajadora en la planilla integrada de liquidación de aportes –PILA – para el mes de mayo de los corrientes, postulación para el mes de junio.

Señala que por parte de esa empresa además del pago a salud y pensión se adelantó el pago de la prima de servicios para el 15 de junio, y el 15 de julio se realizó el pago de un auxilio económico por mera liberalidad de COP \$170.000, esperando que a este mes se empiecen a reconocer los auxilios por parte del Gobierno.

La Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP), señala que en el marco de la emergencia social y ecológica declarada mediante Decreto 637 del 2020,

se profirió el Mandato Legislativo 770 de este año por medio del cual se adopta una medida de protección al cesante y otras alternativas, además se crea el programa de auxilio a los trabajadores en suspensión contractual; beneficio que se podrá otorgar hasta por 03 meses a quienes para los períodos de abril, mayo y junio se les haya suspendido su contrato laboral o se encuentren en licencia no remunerada, transferencia no condicionada que será por un valor de \$160.000 mensuales.

Apunta que los beneficiarios de la transferencia serán identificados por esa Unidad, conforme a la información de novedades de suspensión temporal del contrato de trabajo o licencia no remunerada reportada en la planilla integrada de liquidación de aportes –PILA. Refiere que el Ministerio de Trabajo emitió la resolución 1262 de julio del 2020, estableciendo el procedimiento para identificar los beneficiarios y entrega de transferencia monetaria no condicionada y se adopta el manual operativo del programa.

Continúa señalando que esa Unidad Administrativa el 13 de julio de los corrientes, puso a disposición del Departamento Nacional de Planeación el listado de trabajadores del mes de abril y mayo y este último validó si estas personas hacían parte de algún programa estatal, remitiendo la lista de los que hacían parte de dichos planes. Refiere que esa Unidad con resolución 670 del año que avanza, estableció el listado de beneficiarios identificados para el programa para los meses de abril y mayo, junto con la información de la entidad financiera donde el receptor cuenta con un producto de depósito, lo cual se puso a disposición del Ministerio del Trabajo para que se continúe con el trámite correspondiente para el pago.

Señala que la accionante fue reconocida en este listado para el subsidio del mes de mayo. Concluye indicando que los beneficiarios del programa para el mes de junio se están depurando, razón por la cual hasta tanto no se agote el procedimiento establecido en el Decreto 770 del 2020, las resoluciones 1262 y 1375 del mes de julio de este mismo año, no se emitirá el acto administrativo correspondiente.

Por su parte el Ministerio de Justicia y del Derecho, el Ministerio de la Cultura, el Ministerio del Deporte, el Ministerio del Transporte, el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, el Ministerio de Defensa Nacional, el Ministerio de Interior y el Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio, nada relevante aportan en su respuesta a esta acción, aparte de señalar que los hechos que expone la accionante no guardan relación alguna con las funciones y competencias asignadas a esas Carteras Ministeriales, configurándose la falta de legitimación en la causa por pasiva.

CONSIDERACIONES

Competencia

Esta Corporación es competente para conocer el mecanismo activado, de conformidad con el artículo 1º numeral 2º del Decreto 1382 del 2000, así como del artículo 1º numeral 5º del Decreto 1983 de 2017, que modificara el Decreto 1069 de 2015, respecto de las reglas de reparto de la acción de tutela.

Naturaleza de la acción

Ha de precisarse que el alcance de la acción de tutela es un mecanismo de defensa subsidiario y residual, para la protección de derechos constitucionales fundamentales vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares en los casos específicamente contemplados en la ley.

Lo anterior indica que no es suficiente que se alegue vulneración o amenaza de un derecho fundamental para que se legitime automáticamente su procedencia, pues no ha sido consagrada para provocar procesos alternativos o sustitutivos de los ordinarios o especiales ni para modificar las reglas que fijan los diversos ámbitos de competencia de los jueces, ni para crear instancias adicionales a las existentes.

La solicitud de amparo

En el caso bajo estudio la señora Martha Cecilia Gaviria García solicitó se amparen en su favor los derechos fundamentales invocados, presuntamente conculcados por parte de la Presidencia de la República, el Ministerio del Trabajo, el Departamento de Planeación Nacional, el Ministerio de Hacienda, la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales y la Agencia de Viajes y Turismo “AVIATUR”, por lo que pide ser incluida como beneficiaria del programa de auxilio a los trabajadores en suspensión contractual de que trata el Decreto 770 del 2020

Del caso en concreto

En el presente asunto se tiene que la señora Martha Cecilia Gaviria García, pretende se proceda a incluir su nombre en el programa de auxilio a los trabajadores en suspensión contractual o licencia no remunerada conforme lo dispuesto en el Decreto 770 del 2020, debido a la suspensión temporal del contrato laboral que venía ejecutando con la empresa Agencia de Viajes y Turismo Aviatur.

En este caso lo que se puede evidenciar es que en efecto la señora Martha Cecilia Gaviria García, venía ejecutando un contrato laboral con la Agencia de Viajes y Turismo “Aviatur” y en vista de las diversas dificultades que se han presentado en el marco de la emergencia social y ecológica declarada por el Gobierno Nacional mediante Decreto 637 del 2020 por causa del COVID-19, esa empresa se vio en la necesidad de suspender dicho convenio a partir del mes mayo de los corrientes.

El Ministerio del Trabajo por su parte señaló que por medio del Decreto Legislativo 770 del 2020, se creó el programa de auxilio a los trabajadores en suspensión contractual cuyo objetivo es la entrega de transferencias monetarias no condicionadas hasta por un término de tres meses, para quienes se les haya suspendido su contrato laboral o se encuentren en licencia no remunerada durante los meses de abril, mayo y junio, programa precisamente en el que pretende la señora Gaviria García sea incluida.

Apuntó también que ese Ministerio expidió la resolución 1262 de este año, por medio de la cual se implantó el proceso para la identificación de los beneficiarios y la entrega de transferencias monetarias en el marco del programa de auxilio de trabajadores en suspensión contractual o licencia no remunerada, en todo caso señaló que los receptores serán

reconocidos por parte de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social.

Vinculada la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social, señaló que en efecto esa entidad es la encargada de identificar los beneficiarios de la transferencia monetaria, conforme a la información de novedades de suspensión temporal del contrato de trabajo o licencia no remunerada reportada en la planilla integrada de liquidación de aportes; siendo así entonces como el 13 de julio de los corrientes puso a disposición del Departamento Nacional de Planeación el listado de trabajadores del mes de abril y mayo, para que sea este Departamento quien valide si estas personas hacen parte de algún programa estatal o no, conforme lo establece el Decreto 770 del 2020.

Apuntó que esa Unidad en resolución 670 del año que avanza, estableció el listado de beneficiarios identificados del programa para los meses de abril y mayo, que puso a disposición del Ministerio del Trabajo para que se continúe con el trámite correspondiente para su pago; lista dentro de la cual precisamente fue reconocida la señora Martha Cecilia Gaviria García para el subsidio del mes de mayo.

Es claro entonces que frente a la pretensión de la señora Martha Cecilia Gaviria García, de cara a que la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social, que es precisamente la entidad encargada de identificar los beneficiarios del programa de auxilio de trabajadores en suspensión contractual o licencia no remunerada conforme al Decreto 770 del 2020, procediera a su inclusión en dicho programa ya se cumplió, pues que ésta fue reconocida

dentro del listado correspondiente al subsidio del mes de mayo de este año.

Así las cosas, debe indicarse que del material probatorio allegado a la presente acción Constitucional se evidencia que frente a la pretensión de la señora Martha Cecilia Gaviria García, nos encontramos ante un hecho superado, como quiera que la circunstancia que dio origen a la solicitud ha sido enmendada, lo cual torna improcedente el amparo.

Frente a este tema la Corte Constitucional en sentencia T-017 del 23 de enero del 2020, señaló:

“E. Carencia actual de objeto - Modalidades. Reiteración de jurisprudencia⁽⁷⁸⁾.”

“113. Durante el trámite de la acción de tutela, hasta antes de que se profiera sentencia, pueden presentarse tres situaciones: (i) que los hechos que dieron origen a la acción persistan, y el asunto amerite emitir un pronunciamiento de fondo, porque se encuentran satisfechos los requisitos generales de procedencia, y 1. puede evidenciarse la configuración vulneración alegada, caso en el cual es procedente amparar los derechos invocados, o 2. no pudo comprobarse la afectación de un derecho fundamental, y debe entonces negarse la protección deprecada; (ii) que persistan los hechos que dieron origen al amparo, pero el caso no cumpla los requisitos generales de procedencia, caso en el cual debe declararse improcedente la acción de tutela; y (iii) que ocurra una variación sustancial en los hechos, de tal forma que desaparezca el objeto jurídico del litigio, porque fueron satisfechas las pretensiones, ocurrió el daño que se pretendía evitar o se perdió el interés en su prosperidad. Estos escenarios, han sido conocidos en la jurisprudencia como el hecho superado, daño consumado y situación sobreviniente, y son las modalidades en las que puede darse la carencia actual de objeto.”

“114. Al respecto, este tribunal ha reconocido, que antes de emitir un pronunciamiento de fondo en el marco de un proceso de tutela, pueden presentarse ciertas circunstancias que, por encajar en alguna de las hipótesis antes mencionadas, hacen desaparecer el objeto jurídico de la acción, de tal forma que cualquier orden que pudiera emitirse al respecto “caería en el vacío” o “no tendría efecto alguno”⁽⁷⁹⁾.”

“115. La primera modalidad, conocida como el hecho superado, se encuentra regulada en el artículo 26 del Decreto 2591 de 1991⁽⁸⁰⁾, y consiste en que, entre la interposición de la acción de tutela, y el momento en que el juez va a proferir el fallo, se satisfacen íntegramente las pretensiones planteadas, por hechos atribuibles a la entidad

accionada. De esta forma, pronunciarse sobre lo solicitado carecería de sentido, por cuanto no podría ordenarse a la entidad accionada a hacer lo que ya hizo, o abstenerse de realizar la conducta que ya cesó. En este caso, el juez no debe emitir un pronunciamiento de fondo, ni realizar un análisis sobre la vulneración de los derechos, pero ello no obsta para que, de considerarlo necesario, pueda realizar un llamado de atención a la parte concernida, por la falta de conformidad constitucional de su conducta, conminarla a su no repetición o condenar su ocurrencia⁽⁸¹⁾.”

“116. De esta manera, para que se configure la carencia actual de objeto por hecho superado, deben acreditarse tres requisitos, a saber: (i) que ocurra una variación en los hechos que originaron la acción; (ii) que dicha variación implique una satisfacción íntegra de las pretensiones de la demanda; y (iii) que ello se deba a una conducta asumida por la parte demandada, de tal forma que pueda afirmarse que la vulneración cesó, por un hecho imputable a ésta. Así, esta Corte ha procedido a declarar el hecho superado, por ejemplo, en casos en los que las entidades accionadas han reconocido las prestaciones solicitadas⁽⁸²⁾, el suministro de los servicios en salud requeridos⁽⁸³⁾, o dado trámite a las solicitudes formuladas⁽⁸⁴⁾, antes de que el juez constitucional emitiera una orden en uno u otro sentido.”

Se reitera entonces, en este caso nos encontramos frente al fenómeno denominado carencia actual de objeto por hecho superado, pues que para este momento ha variado la situación que originó la acción constitucional, toda vez que en el trámite de esta acción constitucional los demandados han gestionado lo necesario para conseguir se ejecute el objeto de esta solicitud de amparo, por lo que perdería entonces eficacia dar una orden en tal sentido.

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

RESUELVE

PRIMERO: Declarar Improcedente el amparo de los derechos fundamentales invocados por la señora Martha Cecilia Gaviria García, en contra de la Presidencia de la República, el Ministerio del Trabajo, el

Ministerio de Hacienda y Crédito Público, la Agencia de Viajes y Turismo “AVIATUR” y la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP), al presentarse la carencia actual de objeto por hecho superado; de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

Desvincular de la presente acción constitucional al Ministerio del Interior, el Ministerio de Relaciones Exteriores, el Ministerio de Justicia y del Derecho, el Ministerio de Defensa, el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, el Ministerio de Salud y Protección Social, el Ministerio de Minas y Energía, el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, el Ministerio de Educación Nacional, el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, el Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio, el Ministerio de Tecnologías de la información y las comunicaciones, el Ministerio de Transporte, el Ministerio de Cultura y el Ministerio del Deporte.

La notificación de la presente providencia se realizará de conformidad con el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991. Providencia discutida y aprobada por medios virtuales.

En caso de no ser apelada, envíese a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Firma electrónica
Gustavo Adolfo Pinzón Jácome
Magistrado

Correo electrónico	Correo electrónico.
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
TRIBUNAL SUPERIOR SALA 007 PENAL 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:

6d60b31ac5603f0e8442ba82d9c95b02691dc803b0c3489b82cc0668c9cf
a4b0

Documento generado en 03/08/2020 08:58:08 a.m.

8:37



AA

outlook.office.com



ROTA PROYECTO DE TUTELA DE PRIMERA INSTANCIA NI: 2020-0610-6



Nancy Avila De Miranda



Para: Edilberto Antonio Arenas Correa + 1

Vie 31/07/2020 4:01 [Ver más](#)

Buenas tardes.. Apruebo el proyecto de sentencia de tutela primera instancia. Rad 2020-0610-6. Se omite la firma escaneada de la providencia, pese a ser partidaria de la misma, debido a la disparidad de criterio en la Sala Penal del Tribunal Superior de Antioquia, en materia de firmas. Tema discutido en la Sala Penal celebrada el 16 de abril de 2020, vía WhatsApp. Pendiente implementacion de la firma electrónica, para decisiones de Sala.



Edilberto Antonio Arenas ... Vie 31/07/2020 3:52

Doctores: GUSTAVO PINZÓN JÁCOME NANCY Á...



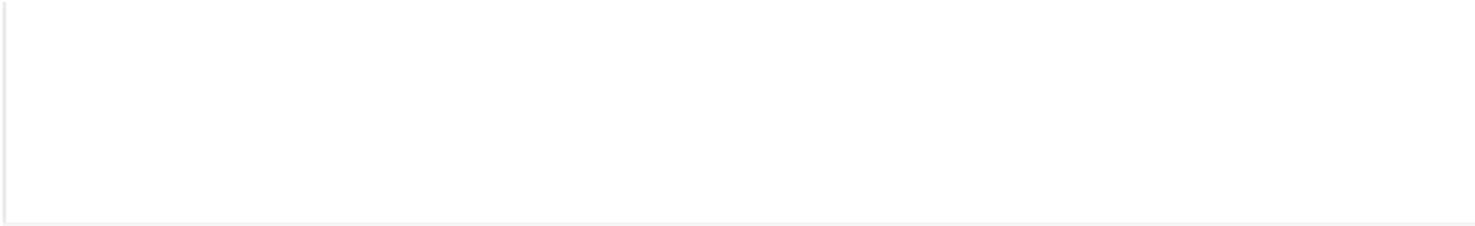
Edilberto Antonio Arenas ... Vie 31/07/2020 3:24

Buenas tardes. Se acusa recibido. Mary Luz Zapat...



Gustavo Adolfo Pinzon Ja... Vie 31/07/2020 3:13

Doctores NANCY AVILA DE MIRANDA EDILBERT...



8:37



outlook.office.com



Edilberto Antonio Arenas Correa



Para: Gustavo Adolfo Pinzon Jacome + 1

Vie 31/07/2020 3:52 [Ver más](#)

Doctores:

GUSTAVO PINZÓN JÁCOME**NANCY ÁVILA DE MIRANDA**

Magistrados Sala Penal

Tribunal Superior de Antioquia

A través del presente medio y en atención a las facultades otorgadas por los acuerdos PCSJA20-11517 del 15 de marzo y PCSJA20-11518 de 16 de marzo de 2020, además de las prórrogas establecidas en el PCSJA20-11521 de 19 de marzo, PCSJA20-11526 de 22 de marzo, PCSJA20-11532 de 11 de abril, PCSJA20-11546 del 25 de abril de 2020, PCSJA20-11549 del 7 de mayo de 2020, PCSJA20-11556 del 22 de mayo de 2020 y PCSJA20-11567 del 5 de junio de 2020; apruebo el proyecto de Sentencia Tutela 2020 0610-6 accionante MARTHA CECILIA GAVIRIA por medio de la cual declaró hecho superado.

Lo anterior, conforme a lo manifestado por el Magistrado Ponente en la decisión, y tras la revisión de las piezas principales anexas al correo electrónico.

Cordialmente,

EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA

Primer Revisor Sala 6



Edilberto Antonio Arenas ...

Vie 31/07/2020 3:24



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

Medellín, tres (03) de agosto de dos mil veinte (2020)

Nº Interno : 2020-0636-4
Auto (Ley 906) - 2ª instancia.
Radicado : 05-361-61-09-281-2016-80060
Procesado : Rafael Antonio Monsalve Guzmán
Delitos : Homicidio
Decisión : Confirma

Proyecto discutido y aprobado en sesión virtual de la
fecha. Acta N° 065

M.P. PLINIO MENDIETA PACHECO

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación que interpusiera el Dr. Germán David Zapata Castaño, defensor público del procesado RAFAEL ANTONIO MONSALVE GUZMÁN, respecto de la decisión proferida el *10 de julio de 2020*, por el *Juzgado Promiscuo del Circuito de Ituango, Antioquia*, a través de la cual se le negó la sustitución de la medida de aseguramiento por vencimiento de términos dentro del proceso adelantado en su contra por el delito de Homicidio simple con exceso en la legítima

Nº Interno : 2020-00636-4
Auto (Ley 906) - 2ª instancia.
Radicado : 05-3616109281201680060
Procesado : Rafael Antonio Monsalve Guzmán
Delitos : Homicidio

defensa y Fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego.

ANTECEDENTES

El 10 de julio de 2020, conoció el Juzgado Promiscuo del Circuito de Ituango, Antioquia, sobre la solicitud de sustitución de la medida de aseguramiento presentada por el defensor del señor Rafael Antonio Monsalve Guzmán, según el párrafo primero del artículo 307 de la ley 906 de 2004, modificado por el artículo 1º de la ley 1786 de 2016.

Al respecto, manifestó el profesional del derecho que de acuerdo al aludido precepto, el 10 de mayo de 2016, tuvo lugar la imposición de la medida de aseguramiento privativa de la libertad del señor Monsalve Guzmán, de ahí que a estas alturas haya lugar a su sustitución por una no privativa de la libertad, como lo permitiría el literal B del mismo artículo 307 ibidem.

Lo anterior, toda vez que existe una considerable prolongación en el tiempo, más de un año, dentro de este asunto, dado el espacio temporal transcurrido desde la audiencia de imposición de medida de aseguramiento, sin solucionarse definitivamente la situación jurídica de su prohijado, pues habiéndose apelado la sentencia condenatoria en su contra por parte del apoderado de víctimas, hasta el momento no existe decisión frente a la apelación sobre la sentencia condenatoria.

Cita la sentencia C 221 de 2017, en que la Corte

Nº Interno : 2020-00636-4
Auto (Ley 906) - 2ª instancia.
Radicado : 05-3616109281201680060
Procesado : Rafael Antonio Monsalve Guzmán
Delitos : Homicidio

Constitucional declaró la exequibilidad condicionada de la mencionada norma y señaló que las personas condenadas en primera instancia tienen derecho a que su asunto se resuelva en un plazo razonable y por lo tanto su privación de la libertad tiene un límite en el tiempo que es precisamente el señalado en el párrafo primero del artículo 307 de la ley procesal penal, determinando por lo tanto que la medida de aseguramiento se extiende hasta el proferimiento del fallo de segunda instancia.

En ese orden de ideas, recuerda que el 10 de mayo de 2016 el señor Monsalve Guzmán fue asegurado intremuros por los delitos de Homicidio simple y Fabricación, tráfico y porte de armas de fuego, luego de lo cual en sede de conocimiento se surtió la verificación de un preacuerdo, que al ser avalado, el 9 de agosto de 2017, fue sentenciado el señor Monsalve Guzmán por los delitos de Homicidio simple con exceso en la legítima defensa y Fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, negándosele el subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y el sustituto de la prisión domiciliaria.

Y con ocasión del recurso de apelación frente a la sentencia condenatoria interpuesto por el apoderado de la víctima, arribaron las diligencias a esta Sala Penal el 8 de agosto de 2017, sin que desde esa oportunidad se haya dictado el fallo que corresponda por parte del Ad quem.

Por lo expuesto, de cara a la Ley 1786 de 2016, en el caso concreto el señor Monsalve Guzmán debe acceder a una medida no privativa de la libertad, por el vencimiento del término de un año fijado por el legislador, y conforme a la sentencia

Nº Interno : 2020-00636-4
Auto (Ley 906) - 2ª instancia.
Radicado : 05-3616109281201680060
Procesado : Rafael Antonio Monsalve Guzmán
Delitos : Homicidio

C 221 de 2017 de la Corte Constitucional.

La Fiscalía no se opone a la solicitud de la defensa, mientras que el apoderado de la víctima censura el pedimento.

DECISIÓN CONFUTADA

En esencia, expuso el señor juez que no obstante haber referido la Corte Constitucional, en la sentencia C 221 de 2017, que en punto a las personas condenadas en primera instancia, privados de la libertad, se entenderá que permanecen arropadas por una medida de aseguramiento, la Corte Suprema de Justicia en decisión bajo radicado 55374 de 2019, dejó en claro que dicha medida restrictiva se extiende hasta la emisión del proferimiento del sentido del fallo, luego de lo cual ya lo que se surte es el cumplimiento de una sentencia.

Así las cosas, considera que a partir de ese momento por el transcurso del tiempo ya no hay lugar a la sustitución de la medida de aseguramiento; que en el caso concreto ya existe una sentencia condenatoria producto de un preacuerdo celebrado entre la Fiscalía y el procesado, a quien se le negaron los subrogados o sustitutos penales, por lo cual a la fecha no se encuentra cobijado por una medida de aseguramiento sino bajo una pena de prisión, de ahí que no proceda la sustitución de la medida de aseguramiento solicitada por el señor defensor.

Nº Interno : 2020-00636-4
Auto (Ley 906) - 2ª instancia.
Radicado : 05-3616109281201680060
Procesado : Rafael Antonio Monsalve Guzmán
Delitos : Homicidio

RECURSO DE ALZADA

Asegura la defensa que su solicitud se funda sobre argumentos normativos y constitucionales sólidos que darían paso a la sustitución de la medida de aseguramiento, recalando en ese sentido que el procesado se encuentra detenido desde el mes de mayo de 2016, sin que hasta el momento haya una sentencia debidamente ejecutoriada, lo cual le permite sostener que hay razón más que suficiente para acceder a lo pedido, de acuerdo a la ley 1786 de 2016, que fija el término máximo de un año para la materialización de una medida de aseguramiento.

Recuerda asimismo, que la sentencia se encuentra desde el 8 de septiembre de 2017 a instancias del Tribunal Superior de Antioquia, sin que además, la Fiscalía haya solicitado la prórroga de la medida de aseguramiento.

Además advierte que la sentencia invocada por el A quo, emitida por la Corte Suprema de Justicia, obedece a la comisión de un delito de prevaricato que tiene una naturaleza jurídica distinta a los delitos por los cuales fue sentenciado el procesado. Que además en el proceso estudiado por la Alta Corporación no se impuso medida de aseguramiento y la privación de la libertad apenas se materializó a partir del anuncio del sentido del fallo, de ahí que concluya que la decisión invocada para decidir por parte del A quo no podría aplicarse a este caso concreto.

Nº Interno : 2020-00636-4
Auto (Ley 906) - 2ª instancia.
Radicado : 05-3616109281201680060
Procesado : Rafael Antonio Monsalve Guzmán
Delitos : Homicidio

De ahí que considere que lo determinado en primera instancia debe ser revocado.

NO RECURRENTES

FISCALÍA:

El señor Fiscal expone que de cara a la decisión de la Sala de Casación Penal invocada por el juez de conocimiento, es cierto que la materialización de la medida de aseguramiento va hasta el anuncio del sentido del fallo, por lo tanto, el señor procesado lo que ya descuenta es una pena de prisión debido a la emisión de una sentencia que actualmente se encuentra en apelación.

En todo caso, llama la atención de este superior funcional a fin de que en virtud de los derechos fundamentales del señor Monsalve Guzmán sea resuelto el recurso de apelación que hasta hora se encuentra pendiente frente a la sentencia condenatoria.

APODERADO DE LAS VÍCTIMAS:

Sostiene su oposición a lo pedido por el señor defensor, reiterando que en realidad lo sucedido es el cumplimiento de una sentencia condenatoria contra el señor Monsalve Guzmán, lo cual también es expresión de los derechos fundamentales de los afectados con la comisión de los delitos ya citados, por lo cual considera que la decisión del juez de primer grado debe

Nº Interno : 2020-00636-4
Auto (Ley 906) - 2ª instancia.
Radicado : 05-3616109281201680060
Procesado : Rafael Antonio Monsalve Guzmán
Delitos : Homicidio

confirmarse.

CONSIDERACIONES

Analizado el recurso de apelación interpuesto por la defensa del procesado, el problema jurídico a resolver se centra en determinar si en el presente caso es viable la libertad o sustitución de la medida de aseguramiento por vencimiento de términos, al presentarse la circunstancia prevista en el artículo primero de la *Ley 1786 de 2016* “...el término de las medidas de aseguramiento privativas de la libertad no podrán exceder de un (1) año. (...)”, o si la razón está del lado del señor Juez Primero Promiscuo del Circuito de Ituango, Antioquia, quien mediante decisión del *10 de julio de 2020*, denegó dicha solicitud que se presentara en favor del procesado RAFAEL ANTONIO MONSALVE GUZMÁN.

Para abordar la temática planteada nada más apropiado que acudir a la decisión de esta Corporación de fecha *octubre 4 de 2018*, con ponencia del Dr. EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA, en la que se resolvió solicitud de igual naturaleza y que por lo mismo servirá de completa orientación en el caso a estudio, de ahí que la generalidad de sus apartes, como se verá, serán aquí objeto de transcripción, con las variables de rigor.

Sobre dicha normatividad, se dijo en la aludida providencia que la Corte Constitucional, en sentencia *C-221 de 2017*, consideró que en el término de un año se encontraba cobijada la decisión de segunda instancia, y así lo advirtió la alta Corporación, atendiendo los argumentos presentados en el proyecto de ley por

Nº Interno : 2020-00636-4
Auto (Ley 906) - 2ª instancia.
Radicado : 05-3616109281201680060
Procesado : Rafael Antonio Monsalve Guzmán
Delitos : Homicidio

parte del Ministerio de Justicia y del Derecho y la Fiscalía General de la Nación.

Ahora, en razón de la anterior decisión, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, en decisión AP4711-2017 Rad. 49734 del 24 de julio de 2017, así se pronunció:

“Indiscutiblemente, la contabilización del término máximo de vigencia de la detención preventiva ha de partir del momento en que efectivamente se impone dicha medida de aseguramiento. Ahora, la cabal comprensión de la consecuencia jurídica derivada de la superación del plazo razonable, fijado legalmente para la definición del proceso con privación de la libertad del procesado -sustitución de la detención por una medida de aseguramiento no privativa de la libertad- ha de incluir, para los fines del art. 7-5 de la C.A.D.H., la determinación de cuándo se entiende que la persona ha sido juzgada.

*A ese respecto, la jurisprudencia constitucional (sent. C-221 de 2017) es del criterio que el plazo máximo fijado por el art. 1º de la Ley 1786 de 2016 para “evacuar” los procesos con personas privadas de la libertad se extiende hasta la audiencia de lectura de fallo de segunda instancia. Para la Corte Constitucional, ese término funciona como “una cláusula general de libertad a favor del acusado, fundada en un cálculo del tiempo prudencial que toma el trámite del proceso, precisamente, **hasta la adopción del fallo que resuelve la apelación contra la sentencia**”. De ahí que, en criterio de esa Corporación, “las medidas de aseguramiento privativas de la libertad no pueden exceder de un año, regla fundada en que este término de detención sin que haya sido resuelta la apelación de la decisión de primera instancia resulta razonable para que el acusado sea dejado en libertad”.*

Sin embargo, para la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, tal fijación del ámbito temporal de aplicación de la plurimencionada causal genérica de libertad por vencimiento del plazo máximo razonable sin que el detenido haya sido juzgado se ofrece errónea. Por una parte, se advierte una equivocada equiparación de lo

Nº Interno : 2020-00636-4
Auto (Ley 906) - 2ª instancia.
Radicado : 05-3616109281201680060
Procesado : Rafael Antonio Monsalve Guzmán
Delitos : Homicidio

que significa ser juzgado, en los términos del art. 7-5 de la C.A.D.H. - norma que consagra la causal de libertad por vencimiento del plazo razonable-, con la duración del proceso penal como tal; por otra, a la hora de interpretar el art. 1º de la Ley 1786 de 2016, únicamente se acudió a una interpretación subjetiva de la norma -guiada por el método histórico- sin consideración de importantes razones sistemáticas y teleológicas, suficientemente depuradas por la jurisprudencia especializada de la Corte Suprema, concernientes a la vigencia de las medidas de aseguramiento, desde la perspectiva material de su fundamento procesal.

En efecto, de manera pacífica y reiterada, la Sala tiene dicho que, en consideración a la naturaleza cautelar de la detención preventiva, así como en vista de las finalidades a las que sirve en el proceso, tal medida de aseguramiento tiene vigencia hasta que se profiere la sentencia de primera instancia, si el proceso es tramitado por la Ley 600 de 2000, o hasta la lectura del fallo de primera instancia, si se aplica la Ley 906 de 2004”.

(...).

Respecto de la forma de entender la medida preventiva de la privación de la libertad y su plazo razonable, en los trámites adelantados por la Ley 906 de 2004, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia antes referida, luego de hacer un estudio sistemático de la medida, concluyó que:

“ (...)

“Ahora bien, ciertamente, en la exposición de motivos del Proyecto de Ley Nº 115 de 2014 Senado¹, que antecedió a la Ley 1760 de 2015 -por medio de la cual se fijó por primera vez el término máximo de vigencia de la medida de aseguramiento- se presentó un esquema de la duración -contando los términos legalmente establecidos- “del proceso penal ordinario”, que desde luego se prolonga hasta la sentencia de

¹ Gaceta del Congreso Nº 660 de 2014.

Nº Interno : 2020-00636-4
Auto (Ley 906) - 2ª instancia.
Radicado : 05-3616109281201680060
Procesado : Rafael Antonio Monsalve Guzmán
Delitos : Homicidio

segunda instancia. Sin embargo, de ninguna manera se advierte la intención de extender hasta ese momento procesal la aplicación de la garantía, en cabeza del procesado detenido, de recobrar la libertad por vencimiento del término máximo de vigencia de la detención preventiva. Antes bien, desde el mismo proyecto de ley se diferenció con claridad que uno es el plazo límite genérico para cualquier medida de aseguramiento, y otra la causal de libertad específica por vencimiento de términos entre el inicio del juicio y la audiencia de lectura de fallo.

Y esa audiencia no puede ser otra sino la prevista en el art. 446 de la Ley 906 de 2004, sin que sea dable ampliar el término hasta la segunda instancia, como lo entiende la Corte Constitucional, por el hecho de que el fallo de segundo grado también deba ser leído. La lectura de las decisiones es una exigencia derivada de la concreción de los principios de oralidad y publicidad que rigen la actuación procesal, no un referente de identificación del momento de culminación del proceso. No sólo se leen las sentencias de primera y segunda instancia (arts. 447 y 179 inc. 3º de la Ley 906 de 2004, respectivamente), sino también los autos dictados en segunda instancia (art. 178 inc. 2º ídem) y los fallos de casación y revisión (arts. 185 inc. 3º).

A tono con las razones hasta aquí expuestas existe claridad en torno a que la medida de aseguramiento, si no se supera el plazo máximo legal de vigencia, rige hasta la sentencia de primera instancia, bien porque se conceda la libertad o porque se ordene la privación de ésta, en virtud del fallo. De ahí que, desde la génesis misma de la causal de libertad -específica- por vencimiento de términos del actual art. 317-6 de la Ley 906 de 2004 se haya considerado, sin más, que “ante la inexistencia de regulación específica en torno al tiempo que ha de transcurrir entre la audiencia de juicio y la audiencia de lectura del fallo, lo cual también afecta el derecho a la libertad del acusado, se propone el término de 150 días para tal efecto”. Si la intención del legislador hubiera sido la de extender el plazo hasta la lectura de fallo de segunda instancia, así lo habría precisado expresamente.

(Subraya la Sala).

Nº Interno : 2020-00636-4
Auto (Ley 906) - 2ª instancia.
Radicado : 05-3616109281201680060
Procesado : Rafael Antonio Monsalve Guzmán
Delitos : Homicidio

De las anteriores interpretaciones que han realizado las altas Corporaciones en materia jurisdiccional, esta Sala ha acogido aquella establecida por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, teniendo en cuenta el estudio sistemático realizado frente a dicha normatividad, sin dejar de lado que la jurisprudencia se erige como criterio auxiliar para interpretar la ley, y si bien la Corte Constitucional se encarga de salvaguardar la integridad y supremacía de la Constitución, teniendo la potestad de derogar vía inexecutable las normas que la contraríen, también lo es que las decisiones de la Corte Suprema de Justicia como Tribunal de Cierre en materia penal y que apuntan al desarrollo de un mismo problema jurídico, se constituyen en precedente judicial al cual está plenamente autorizado acudir el fallador para solucionar los diferentes casos.

Así mismo, se advierte que en el análisis realizado por la H. Corte Constitucional, no se incluye la disposición contenida en el artículo 450 de la ley 906 de 2004 que establece:

ARTÍCULO 450. ACUSADO NO PRIVADO DE LA LIBERTAD. *Si al momento de anunciar el sentido del fallo el acusado declarado culpable no se hallare detenido, el juez podrá disponer que continúe en libertad hasta el momento de dictar sentencia.*

Si la detención es necesaria, de conformidad con las normas de este código, el juez la ordenará y libraré inmediatamente la orden de encarcelamiento.

La norma atrás descrita, fue objeto de demanda por considerarse que la misma: “*resultaba contraria a la Constitución por violar el derecho a la libertad personal, el debido proceso, el acceso a la*

Nº Interno : 2020-00636-4
Auto (Ley 906) - 2ª instancia.
Radicado : 05-3616109281201680060
Procesado : Rafael Antonio Monsalve Guzmán
Delitos : Homicidio

segunda instancia, el recurso judicial efectivo, la presunción de inocencia y el derecho a la impugnación.”²

En tal sentido, la Máxima Corporación en materia constitucional, consideró que:

“La Corte estableció que los segmentos demandados no resultan violatorios de los derechos fundamentales señalados, resaltando el amplio margen de configuración que tiene el legislador sobre los procedimientos judiciales. No obstante la Corporación llamó la atención sobre el carácter excepcional y de interpretación restrictiva que tienen las medidas privativas de la libertad, donde se impone el derecho de la libertad como regla general y la privación de la libertad como excepción ante la presencia de algunas causales de detención preventiva.

Recordó además la Sala Plena que la presunción de inocencia, contenida en el artículo 29 de la Constitución Política y garantiza el derecho fundamental del debido proceso solo se desvirtúan con una sentencia debidamente ejecutoriada”³.

Finalmente se concluye en la decisión de la Sala, a que hemos venido haciendo referencia, con ponencia, se itera, del Dr. Edilberto Antonio Arenas Correa, lo siguiente:

“De lo anterior debe concluirse que no puede perderse de vista que el artículo 450 de la Ley 906 de 2004, faculta al funcionario judicial al momento de emitirse el sentido del fallo condenatorio, disponer la privación de la libertad del procesado que se hallare libre, para asegurar que cumpla con los términos de la condena, lo que

²

<http://www.corteconstitucional.gov.co/comunicados/No.%2030%20comunicado%2024%20de%20mayo%20de%202017.pdf> Comunicado No 30 del 24 de mayo de 2017.

³ Ídem.

Nº Interno : 2020-00636-4
Auto (Ley 906) - 2ª instancia.
Radicado : 05-3616109281201680060
Procesado : Rafael Antonio Monsalve Guzmán
Delitos : Homicidio

demuestra que a partir de dicho momento procesal, el enjuiciado no está por cuenta de la medida cautelar de detención preventiva, sino por cuenta de la respectiva sanción impuesta o a imponer en fallo de primera instancia. De ahí que una vez se profiere la decisión a través de la lectura del fallo, las partes pueden ejercer el derecho a la impugnación, en contra de los argumentos expuestos en providencia, donde se puede atacar la valoración probatoria realizada por la primera instancia y si la misma es de carácter condenatorio, también es posible impugnar aquellos aspectos que tendría que ver con el monto de la pena o la concesión o no de algún subrogado.

(...)

En conclusión, al establecerse que la medida de aseguramiento de detención preventiva se extiende hasta la emisión del sentido del fallo y de ahí en adelante dicha detención obedece a si el anuncio es de carácter condenatorio y de acuerdo a la valoración que haga el juez de primera instancia sobre la procedencia o no del subrogado penal de la suspensión condicional de la ejecución de la pena o de la prisión domiciliaria, donde deberá concluir desde ese instancia procesal (anuncio del sentido del fallo), si el sentenciado tiene derecho a los sustitutos penales, disponer la libertad inmediata o de lo contrario, continuará con la medida. En igual sentido deberá disponer si la persona que se viene juzgado ha permanecido en libertad. Y si el fallo es de carácter absolutorio y el enjuiciado se encuentra detenido, también deberá disponer de su libertad de manera inmediata.”

En el caso a estudio es claro que el señor RAFAEL ANTONIO MONSALVE GUZMÁN en la audiencia de lectura de fallo que tuvo lugar el 9 de agosto de 2017, fue condenado a 136 meses de prisión como autor de los delitos de Homicidio simple con exceso en la legítima defensa y Fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, por lo que resulta evidente entonces que se encuentra detenido en razón de la sentencia

Nº Interno : 2020-00636-4
Auto (Ley 906) - 2ª instancia.
Radicado : 05-3616109281201680060
Procesado : Rafael Antonio Monsalve Guzmán
Delitos : Homicidio

condenatoria proferida en su contra en primera instancia; de ahí que en el momento en que el procesado, a través de su defensor, incoara la solicitud de sustitución de la medida de aseguramiento por una no privativa de la libertad, no contaba con el presupuesto jurídico para ese fin, pues tal y como lo dispuso la Sala de Casación Penal de la H. Corte Suprema de Justicia, las medidas de aseguramiento tienen vigencia hasta el anuncio del sentido del fallo condenatorio o hasta la lectura de la sentencia, tal y como lo disponen los *artículos 449, 450 y 451 de la Ley 906 de 2004*.

En consecuencia, la Sala confirmará la decisión apelada.

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

RESUELVE

Primero.- CONFIRMAR el auto proferido en sede de primera instancia el *10 de julio de 2020*, por el *Juzgado Promiscuo del Circuito de Ituango, Antioquia*, a través de la cual se negó al procesado RAFAEL ANTONIO MONSALVE GUZMÁN, la sustitución de medida de aseguramiento por vencimiento de términos, por las razones expuestas en la parte motiva.

Nº Interno : 2020-00636-4
Auto (Ley 906) - 2ª instancia.
Radicado : 05-3616109281201680060
Procesado : Rafael Antonio Monsalve Guzmán
Delitos : Homicidio

Contra la presente decisión no procede recurso alguno.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

LOS MAGISTRADOS,

PLINIO MENDIETA PACHECO

RENÉ MOLINA CÁRDENAS

GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME

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

Medellín, tres (03) de agosto de dos mil veinte (2020)

Nº Interno : 2020-0559-4
Auto - 2ª instancia.
Radicado : 05 670 61 00167 2016 80194
Procesado : Darío de Jesús Gómez Ocampo
Delitos : Actos sexuales con menor de 14 años
Decisión : Confirma

Proyecto discutido y aprobado en sesión virtual de la fecha. Acta N° 065

M.P. PLINIO MENDIETA PACHECO

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación que interpusiera la Fiscalía contra el auto proferido por el *Juzgado Promiscuo del Circuito de Cisneros, Antioquia*, de fecha 2 de marzo de 2020, mediante el cual no decretó como prueba el testimonio de la psicóloga Erika Mendieta Torres, a través de quien sería introducido el informe psicológico realizado a la menor NGGG.

ANTECEDENTES Y AUTO RECURRIDO

En el transcurso de la audiencia preparatoria el representante de la Fiscalía solicita, entre otras pruebas, el testimonio de la *psicóloga ERIKA MENDIETA TORRES*, argumentando que a través de ella se daría cuenta de la versión suministrada por parte de la menor, respecto de las circunstancias de tiempo, modo

y lugar en que sucedieron los hechos objeto de investigación.

Que, en consecuencia, en la calidad de psicóloga la señora Erika daría cuenta de la manera como conoció de los hechos, y si bien no fue testigo directa del momento del abuso sexual, de manera clara conoció por parte de la víctima lo sucedido y por qué razón plasmó en el informe psicológico la ocurrencia de un abuso sexual respecto de la menor. Además, dará cuenta de las condiciones de alteración emocional de la menor al momento de relatar lo sucedido. Concluye que no asistirá como perito sino como testigo indirecto de los hechos.

Frente a lo anterior, la defensa se opuso por tratarse de un testimonio de referencia que no se enmarca en alguna de las causales para su admisibilidad desarrolladas por el artículo 438 de la ley procesal penal, y, al respecto, estimó la juez A quo, que no había lugar a tal decreto probatorio toda vez que no fue pedida bajo la modalidad de prueba pericial y lo fue como prueba de referencia por lo que mal se haría en admitirla bajo estas condiciones si ninguno de los presupuestos legales del artículo 438 del CPP se ha configurado aún, recordando así mismo que la menor víctima comparecerá al juicio como testigo.

IMPUGNACIÓN

Recapituló el señor fiscal que Erika Mendieta no fue solicitada como testigo perito y por esa situación el juzgado niega su participación en el debate oral. Sin embargo, considera errada la decisión de la A quo, porque se trata en realidad de una testigo indirecta cuya declaración en juicio referirá a los hechos

alusivos a la conducta delictiva, en armonía con el artículo 435 de la ley procesal penal, señalando que desde esa perspectiva no existe un fundamento para negar lo pedido.

Considera viable que la psicóloga Mendieta Torres declare sobre las circunstancias por las cuales conoció los hechos investigados, y si bien sería una testigo de referencia, es prueba admisible porque según el canon 404 ibídem, el juez puede valorar lo declarado.

Dice que en materia testimonial rige el sistema de la persuasión racional, permitiéndosele a la juez una evaluación integral de la prueba indirecta tratándose de la percepción personal generada en la mencionada psicóloga, aunada a las demás pruebas practicadas en juicio.

Que el hecho de haberla catalogado como testigo indirecto, no impide demeritar sus aserciones, más aún cuando éstas deberían ser analizadas por la juez de conocimiento cuando vaya a proferir su decisión. Recordando además que sería introducido un informe de valoración psicológica en que se da cuenta de la existencia de una situación de abuso sexual frente a la menor NGGG.

Finalmente, señala que, si se toma como prueba de referencia el testimonio de Erika Mendieta, en momento alguno se privaría a la defensa del respectivo conainterrogatorio.

En consecuencia, solicita se revoque la decisión de primera instancia en ese aspecto específico, y en su lugar, sea aceptada como testigo la psicóloga Erika Mendieta Torres, y se permita la incorporación del informe psicológico elaborado por ella.

INTERVENCIÓN DE LOS NO RECURRENTES.

DEFENSA

Expone que lo aducido por la funcionaria de conocimiento es que la negación de la prueba obedece a una indebida solicitud probatoria, porque inicialmente el señor fiscal solicitó a la profesional para dar cuenta de unas conclusiones lo cual apunta a una prueba pericial, sin embargo, aclaró finalmente que la citaríá como testigo de referencia, denominación éste que se permite bajo unos estrictos requisitos del artículo 438 de la ley procesal penal.

Por lo anterior, considera que si la fiscalía busca finalmente la declaración de la testigo de referencia y en este caso no se encuentran configuradas las exigencias del mencionado precepto, insistiendo además, que de accederse a una solicitud de tal naturaleza se está vulnerando el derecho de contradicción de la defensa.

De otro lado, señala que la Fiscalía no fue clara en torno a la pertinencia del medio de prueba de cara al artículo 375 ibídem, significando que no se refirió inicialmente a una prueba de referencia sino a una pericial, recordando además que lo decidido en primera instancia gravitó en que el ente acusador no

Nº Interno : 2020-0559-4
Auto - 2ª instancia.
Radicado : 05 670 61 00167 2016 80194
Procesado : Ramón Eduardo Correa
Delitos : Actos Sexuales con Menor de 14 Años

solicitó a la aludida testigo como prueba de corroboración periférica que diera cuenta de otros elementos que podrían valorarse de manera integral junto con las demás pruebas, apoyándose en la sentencia del 12 de febrero de 2020, radicado 53.127 de la Corte Suprema de Justicia.

Demanda la confirmación de lo decidido en primera instancia.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Sea lo primero dejar sentado desde ahora, que acorde a la previsión establecida en la legislación procesal penal *-Ley 906 de 2004-*, respecto de la procedencia de las solicitudes probatorias que efectúen las partes en la audiencia preparatoria, la decisión de la Sala en punto del recurso de alzada promovido por la Fiscalía, se ceñirá a establecer si tuvo razón la Juez A quo al no decretar la práctica del testimonio de la psicóloga Erika Mendieta Torres, como testigo indirecta de los hechos.

En este orden de ideas, se hace imperioso acudir a la referida regulación normativa, con miras a establecer la configuración de los parámetros de procedencia recién mencionados y en consideración a la prueba solicitada por el sujeto procesal recurrente, misma que fuera denegada en el trámite de la audiencia preparatoria; especialmente, se refiere la Sala, a la consagración que establece sobre el particular el *artículo 359, Código de Procedimiento Penal –Ley 906 de 2004-*, que a la letra reza:

“Las partes y el Ministerio Público podrán solicitar al juez la exclusión, rechazo o inadmisibilidad de los medios de prueba que, de conformidad con las reglas establecidas en este código, resulten inadmisibles, impertinentes, inútiles, repetitivos o encaminados a probar hechos notorios o que por otro motivo no requieran prueba.”.

En cuanto a la pertinencia, establece el artículo 375 de la Ley 906 de 2004 que *“el elemento material probatorio, la evidencia física y el medio de prueba, deberán referirse, directa o indirectamente, a los hechos o circunstancias relativos a la comisión de la conducta delictiva y sus consecuencias, así como a la identidad o a la responsabilidad penal del acusado. También es pertinente cuando sólo sirve para hacer más probable uno de los hechos o circunstancias mencionados, o se refiere a la credibilidad de un testigo o de un perito”.*

En efecto, el concepto citado comporta un análisis sobre la relación que existe entre los medios probatorios y el tema de prueba, cuyo resultado, de ser positivo, obliga igualmente a establecer, de cara al artículo 376, si es admisible a condición de que no genere peligro de causar grave perjuicio indebido, confusión en lugar de mayor claridad al asunto, o exhiba escaso valor probatorio, o bien, sea injustamente dilatoria del procedimiento.

Hechas estas precisiones, abordaremos el asunto objeto de controversia, esto es, la negativa de la A quo de decretar como prueba al ente acusador el testimonio de la referida psicóloga, a través de quien se introduciría el informe de psicología forense donde se encuentra vertida la versión suministrada por la menor NGGG, presunta víctima de los hechos objeto de acusación, por considerar la señora juez suficiente la declaración en juicio de

la aludida infante, pues permitir la intervención de dicha profesional constituiría prueba de referencia, sin que la argumentación de la Fiscalía sea la necesaria para lograr la práctica de una prueba de tal naturaleza.

En tal sentido cabe destacar que la prevalencia constitucional de los derechos de niños, niñas y adolescentes, particularmente cuando por vía de excepción en los procesos adelantados por delitos que atentan contra su libertad e integridad sexual, se permite que sus manifestaciones anteriores sean admisibles como prueba de referencia aun cuando comparezcan a declarar, no puede conllevar el ingreso indiscriminado de medios de prueba, pasando por alto los demás principios y bases procesales que orientan la actuación penal; de ahí que resulte acertado el criterio de la juez de instancia al denegar el referido testimonio, pues ciertamente la argumentación del delegado del ente acusador fue confusa e insuficiente de cara a su admisibilidad, limitándose a catalogarlo como indirecto, cuando como lo concluyera la A quo y la misma defensa, era de referencia, lo que implicaba una particular sustentación al respecto, la que fue soslayada por el representante de la Fiscalía.

En ese orden, resulta de gran utilidad lo expuesto de manera reciente por la H. Corte Suprema de Justicia, en sentencia SP934, radicado 52.045, del 20 de mayo del presente año. M.P. Dr. José Francisco Acuña Vizcaya en punto a las declaraciones anteriores surtidas por menores víctimas de delitos sexuales, que bajo ciertos lineamientos se convierten en prueba de referencia admisible, así aquellos concurren al juicio:

«A pesar de la tendencia proteccionista ampliamente

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

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

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

(...)

Por lo tanto, la Sala concluye que las declaraciones rendidas por fuera del juicio oral por un niño víctima de abuso sexual, son admisibles como prueba, así el menor sea presentado como testigo en este escenario»¹.

Como antes se indicara, la solicitud de la Fiscalía desde su intervención inicial no fue concreta en señalar las razones sobre la necesidad del testimonio de la referida profesional de la psicología, para apoyar su teoría del caso, y en relación con la declaración que ésta recepcionara a la presunta víctima, sólo puede concluirse que su pretensión se limitaría a reproducir lo dicho

¹ CSJ SP, 28 oct. 2015, rad. 44056.

Nº Interno : 2020-0559-4
Auto - 2ª instancia.
Radicado : 05 670 61 00167 2016 80194
Procesado : Ramón Eduardo Correa
Delitos : Actos Sexuales con Menor de 14 Años

por la menor de edad en el juicio, lo cual excede los lineamientos del artículo 402 de la ley procesal penal en punto al conocimiento personal del testigo, pues como explícitamente lo admite el recurrente, dicha profesional no comparecería como testigo experto o perito, refiriendo apenas en su apelación que lo buscado con ese decreto probatorio sería la consecución de datos importantes, los que una vez valorados por la juez de manera conjunta con los demás elementos allegados al juicio, la llevarían a una decisión condenatoria.

Pero es que además, y por fuera del incumplimiento de la obligación del recurrente de presentar argumentos claros y concretos a efectos de garantizar el adecuado entendimiento de su petición, menos podría tener cabida dicha argumentación de cara al supuesto de la disponibilidad relativa de la menor, es decir, que a pesar de haber comparecido al juicio “no esté en capacidad de entregar un relato completo de los hechos...”, pues sólo allí, en el juicio, será donde podrá acreditarse, desde esa perspectiva - de la disponibilidad relativa-, las exigencias para la incorporación como prueba de referencia, de las manifestaciones anteriores de la menor. Nada más apropiado al respecto, que el siguiente aparte de la referida sentencia, radicado 52.045:

“En específico, y de acuerdo con las precisiones que anteceden, si se pretende la incorporación de las manifestaciones de un menor víctima de un delito sexual como prueba de referencia aun cuando aquél ha comparecido al juicio (esto es, bajo el presupuesto de que su disponibilidad es relativa), quien así lo procura debe demostrar argumentativamente, además de la satisfacción de las condiciones reseñadas, que el testigo, a pesar de su presencia física en la vista pública, no estuvo en realidad disponible para ser interrogado y conainterrogado.

Sobre tal solicitud, la parte contra la cual se aduce la

Nº Interno : 2020-0559-4
Auto - 2ª instancia.
Radicado : 05 670 61 00167 2016 80194
Procesado : Ramón Eduardo Correa
Delitos : Actos Sexuales con Menor de 14 Años

prueba deberá necesariamente tener la oportunidad de pronunciarse, a efectos de que se le permita controvertir la satisfacción de exigencias que habilitan su incorporación (incluida, desde luego, la que se invoque como fundamento de su admisibilidad excepcional) y respecto de la misma debe mediar un pronunciamiento expreso de la autoridad judicial.

En consecuencia, es claro que por el momento y para esta fase procesal, no surgen razones válidas que permitan la admisión anticipada como prueba de referencia, de la declaración anterior de la menor presuntamente afectada, y como quiera que ésta ha sido convocada para concurrir como testigo directo al debate oral, de presentarse *el presupuesto de que su disponibilidad es relativa*, será en ese escenario procesal, se itera, en el que debe demostrarse *que el testigo, a pesar de su presencia física en la vista pública, no estuvo en realidad disponible para ser interrogado y contrainterrogado*, para así acreditar, previo pronunciamiento de la contraparte, la posibilidad de que se le admita la tan mencionada prueba de referencia.

En esas condiciones, la decisión de primer grado se confirmará.

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

RESUELVE

Nº Interno : 2020-0559-4
Auto - 2ª instancia.
Radicado : 05 670 61 00167 2016 80194
Procesado : Ramón Eduardo Correa
Delitos : Actos Sexuales con Menor de 14 Años

Primero: CONFIRMAR el auto interlocutorio del 2 de marzo de 2020, mediante el cual el *Juzgado Promiscuo del Circuito de Cisneros, Antioquia* denegó el testimonio de la psicóloga ERIKA MENDIETA TORRES a través de quien se introduciría la entrevista realizada a la menor NGGG y el respectivo informe; lo anterior por lo expuesto en la parte considerativa de esta decisión.

SE DISPONE que por Secretaría de la Sala se comunique a las partes interesadas, en torno a lo que fue materia de decisión, realizado lo anterior, se devolverán las diligencias al Juzgado de origen para que se continúe con el trámite de la audiencia respectiva.

Contra la presente decisión no procede recurso alguno.

CÚMPLASE.

LOS MAGISTRADOS,

PLINIO MENDIETA PACHECO

RENÉ MOLINA CÁRDENAS

GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME

Nº Interno : 2020-0559-4
Auto - 2ª instancia.
Radicado : 05 670 61 00167 2016 80194
Procesado : Ramón Eduardo Correa
Delitos : Actos Sexuales con Menor de 14
Años

APR.SALA

Proceso No.: 050426100000201800008

NI: 2020-0518-6

Acusados: JORGE ENRIQUE ECHAVARRIA PEÑA, CRISTHIAN ANDRES RINCON MARIN Y ANDERSON
ELI PANIAGUA GONZALEZ

Delito: Concierto para delinquir agravado y otro

Procedencia: Juzgado Tercero Penal del Circuito Especializado de Antioquia

Motivo: Apelación auto

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE ANTIOQUIA

SALA DE DECISIÓN PENAL

Proceso No.: 050426100000301800008

NI: 2020-0518-6

Acusados: JORGE ENRIQUE ECHAVARRIA PEÑA, CRISTHIAN ANDRES RINCON
MARIN Y ANDERSON ELI PANIAGUA GONZALEZ

Delito: Concierto para delinquir agravado y Otro

Procedencia: Juzgado Tercero Penal del Circuito Especializado de Antioquia

Motivo: Apelación auto

Decisión: confirma

Aprobado virtual: 55 **Sala No:** 6

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

Medellín, agosto tres de dos mil veinte

1. Objeto del pronunciamiento.-

Resolver el recurso de apelación interpuesto por los defensores de JORGE ENRIQUE ECHAVARRIA PEÑA, CRISTHIAN ANDRES RINCON MARIN Y ANDERSON ELI PANIAGUA GONZALEZ, en contra del auto proferido por el Juzgado Tercero Penal del Circuito Especializado de Antioquia, el pasado 30 de junio del presente año, mediante el cual efectuó el decreto probatorio.

2. Hechos y actuación procesal relevante.

La Fiscalía General de la Nación ha logrado a través de la Policía Judicial evidenciar la existencia de la organización delincuenciales denominada Autodefensas Gaitanistas de Colombia o Clan del Golfo, con injerencia en varios municipios del Occidente Antioqueño, concretamente en los municipios de Cañasgordas, Frontino, Uramita, Dabeiba y Buriticá; procediendo a adelantar investigaciones tendientes a la individualización, judicialización y ubicación de integrantes de una organización delincuenciales con injerencia en el municipio de Buriticá, grupo delictivo con permanencia en el tiempo, debidamente jerarquizado, con

Acusados: JORGE ENRIQUE ECHAVARRIA PEÑA, CRISTHIAN ANDRES RINCON MARIN Y ANDERSON
ELI PANIAGUA GONZALEZ

Delito: Concierto para delinquir agravado y otro

Procedencia: Juzgado Tercero Penal del Circuito Especializado de Antioquia

Motivo: Apelación auto

pluralidad de sujetos, con distribución de funciones, y que se han concertado con la finalidad de cometer delitos de explotación ilícita de yacimiento minero y otros materiales y cohecho propio, pues desde la mina Cafetogold, se realiza extracción de manera ilegal de materia aurífero, el cual era trasladado de manera clandestina a otros lugares para su procesamiento y por cuyo movimiento se le ofrece y paga dinero a miembros activos de la Policía Nacional con la finalidad que no se proceda a su incautación.

Tuvo conocimiento la Fiscalía que JORGE ENRIQUE ECHAVARRIA PEÑA, alias "CHAVA", miembro activo de la fuerza pública – Policía Nacional desde el mes de febrero de 2017, hasta el 25 de junio de 2018, dio de su captura, se ha desempeñado dentro de la organización delincriminal como integrante, teniendo dentro de sus funciones la de omitir a cambio de dinero en efectivo, actos propios de su cargo como lo era la incautación de material aurífero extraído de manera ilegal de la mina Cafetogold, así como era encargado de avisar acerca de operaciones que se llevarían por parte de la Fuerza Pública en Buriticá – Antioquia, contra las minas ilegales.

De otra parte, respecto de CRISTHIAN ANDRES RINCON MARIN, alias "SECRE O SECRETARIO", miembro activo de la Policía Nacional, desde el mes de febrero de 2017 hasta el mes de abril de 2018, conoció el ente investigador, que se desempeñaba dentro de la organización delincriminal como integrante, encargado de informar a mineros ilegales acerca de operativos que se llevarían a cabo por parte de la Fuerza Pública en Buriticá – Antioquia, por cuya información recibía pago por intermedio de los uniformados JORGE ANDRES ECHAVARRIA PEÑA y ANDERSON ELI PANIAGUA GONZALEZ; de este último, se conoce que igualmente hacía parte de la Fuerza Pública – Policía Nacional, desde el mes de febrero de 2017 hasta el momento de su captura el 25 de junio de 2018, que se ha desempeñado dentro de la organización delincriminal como integrante, teniendo como función la de omitir a cambio de dinero en efectivo actos propios de su cargo como lo era la incautación de material aurífero extraído de manera ilegal de la mina Cafetogold, que era transportado usualmente por alias "EL ENANO", "ALEX", "EL GORDO", "DANIEL" y "STIVEN".

En consecuencia, el 25 de junio de 2019 se efectuó audiencia de formulación de imputación ante el Juzgado Segundo Penal Municipal con Función de Control de Garantías Ambulante

de Antioquia, por los delitos de Concierto para delinquir agravado en concurso con cohecho propio, cargos frente a los cuales no se allanaron. Habiéndose radicado el escrito de acusación el 16 de octubre de 2018, efectuándose la respectiva audiencia de formulación de acusación el 9 de noviembre del mismo año.

Seguidamente la audiencia preparatoria en el presente asunto inicio desde el 12 de junio de 2019, y culmino un año después, el 30 de junio de 2020.

3. Auto apelado.-

El pasado 30 de junio del presente año, el Juez *a quo* profirió auto decretando las pruebas que se harán valer dentro del juicio que se adelanta en contra de los señores JORGE ENRIQUE ECHAVARRIA PEÑA, CRISTHIAN ANDRES RINCON MARIN y ANDERSON ELI PANIAGUA GONZALEZ, por las conductas punibles de concierto para delinquir agravado y cohecho propio, denegando a cada uno de los apoderados judiciales medios de prueba, así las cosas, respecto de lo solicitado por el togado defensor de ANDERSON ELI PANIAGUA GONZALEZ, no aceptó los siguientes testigos comunes por encontrarlos impertinentes:

- Alexander Atehortua
- Jaime Alexander Toro Suarez
- Cristian Felipe Henao Noreña

Al abogado defensor de CRISTIAN ANDRES RINCON MARIN, los testimonios de:

- Anderson Eli Paniagua González
- Jorge Andrés Echavarría Peña
- Yuliana Gómez Benítez
- Jaime Arturo Rincón
- Jaime Estivenson Mejía Pérez
- Jorge Andrés Giraldo Zapata
- Jaime de Jesús Olivero Ospino
- Diego Ernesto Cardenas Sanabria

Acusados: JORGE ENRIQUE ECHAVARRIA PEÑA, CRISTHIAN ANDRES RINCON MARIN Y ANDERSON
ELI PANIAGUA GONZALEZ

Delito: Concierto para delinquir agravado y otro

Procedencia: Juzgado Tercero Penal del Circuito Especializado de Antioquia

Motivo: Apelación auto

- Alexander Atehortua
- Jaime Alexander Toro Suarez
- Jhon Alexander Penagos Montoya
- Análisis link de la línea de su prohijado

Finalmente, de los medios de prueba deprecados por el apoderado judicial del señor JORGE ANDRES ECHAVARRIA PEÑA, el Juzgado de instancia denegó la práctica de los siguientes testimonios:

- Cristian Felipe Henao Noreña
- Verónica Ayala Hernández
- Jesús Fernando León
- Jorge Ivan Maza Caneva
- Andrés de Jesús Giraldo Ramírez
- Julio Hernán Guzmán Pereira
- Katherine Manco Quiroz

Sea del caso indicar, que, respecto de la prueba deprecada por la Fiscalía General de la Nación, ningún reparo efectuó el Juez de instancia, por lo que procedió con el decreto de todos los elementos materiales probatorios y evidencia física que fuere solicitada, así como lo demás que fue petitionado por los abogados defensores de los procesados.

5. Del recurso interpuesto.-

Al término de la audiencia preparatoria, la bancada de la defensa interpusieron recurso de apelación en contra del decreto probatorio, de una parte los defensores de los señores CRISTHIAN ANDRES RINCON MARIN, y ANDERSON ELI PANIAGUA GONZALEZ, mostraron descontento respecto al decreto probatorio de la Fiscalía, concretamente respecto de las diligencias de reconocimiento fotográfico que se le practicaron a los procesados, y al decreto de los informes concernientes a los resultados de extracción de información de equipos celulares y análisis link; indicando respecto del reconocimiento fotográfico, que este no es como medio de identificación, por lo que cuando este se realiza es porque el

Acusados: JORGE ENRIQUE ECHAVARRIA PEÑA, CRISTHIAN ANDRES RINCON MARIN Y ANDERSON
ELI PANIAGUA GONZALEZ

Delito: Concierto para delinquir agravado y otro

Procedencia: Juzgado Tercero Penal del Circuito Especializado de Antioquia

Motivo: Apelación auto

indiciado ya está plenamente identificado, y que por tanto el mismo consta de dos parte, primero del álbum fotográfico y el listado de nombre y cédulas de las personas que allí se encuentran, y que el fin de dicho medio de prueba es el de reforzar la declaración de un testigo, más nunca la de identificar. Y que, en el caso en concreto, los procesados ya se encontraban identificados, por lo que considera que dicho reconocimiento fotográfico sobra, pues el mismo configura en su sentir reconocimiento de responsabilidad, y que si bien efectuó una estipulación probatoria respecto a la plena identidad de su prohijado, ello no constituye aceptación de responsabilidad.

En cuanto a la búsqueda selectiva en base de datos, se opone al decreto de dicha prueba, por cuanto considera que el control posterior se ejerció por fuera del tiempo legal. Pues si bien dejó claro que el Juez de instancia que la línea que comparte respecto a este tema es que el control posterior debe efectuarse una vez se culminen todos los actos de investigación, pero lo cierto es que de acuerdo a lo prescrito por el artículo 244 de la ley 906, que dice que se deben seguir las mismas reglas del allanamiento, considera que el control a estos hallazgos se debe hacer una vez se culmine cada acto de investigación, por el mismo hecho que una diligencia de allanamiento y registro no se legaliza cuando se acaba el tiempo de la orden, sino cuando se culmina la diligencia, por lo que insiste que el control posterior se debió haber realizado una vez se obtuvo la respuesta de la empresa de telefonía Claro, esto es el 12 de febrero de 2018.

Finalmente respecto de la actividad del agente encubierto resalta que el mismo debe estar articulada con lo dicho en la sentencia C 156 de 2016, jurisprudencia que busca garantizar el derecho a la intimidad de las personas; afirma que si bien su prohijado es servidor público, y tiene función social, su actividad no era pública, aun cuando este fungía como secretario en la operación "Creta", desarrollando sus funciones dentro de una oficina en la Estación de Policía de Buriticá, no ejercía su labor a la vista pública, lo que le daba el alias "de el secre", ni en la vía pública, que permitiera que la comunidad pudiera reprochar su actividad.

En ese sentido solicita al Juez de segunda instancia que se valore esa parte, por cuanto considera que la intimidad de su defendido fue vulnerada.

Acusados: JORGE ENRIQUE ECHAVARRIA PEÑA, CRISTHIAN ANDRES RINCON MARIN Y ANDERSON
ELI PANIAGUA GONZALEZ

Delito: Concierto para delinquir agravado y otro

Procedencia: Juzgado Tercero Penal del Circuito Especializado de Antioquia

Motivo: Apelación auto

Por su parte respecto de los mismos motivos de apelación antes expuestos, el togado defensor de ANDERSON ELI PANIAGUA GONZALEZ, adujo:

Considera que el fallo proferido por el Juez de primera instancia adolece de ciertas fallas de hecho y derecho.

Frente al reconocimiento fotográfico, como bien lo reconoce el Juez, de la forma en la que fue solicitado, era innecesario, pues no cumplió con los requisitos legales, dado que se tenía el indiciado conocido y plenamente identificado, habiéndose variado el sentido de dicho medio probatorio, pues cuando se utilizó para hacer racionamientos de responsabilidad pues considera que contiene declaraciones que no tendrían que estar en un reconocimiento, y es por eso que no debe aceptarse dentro de este proceso.

Ahora en lo que respecta a la actuación desplegada por el agente encubierto resalta que el mismo adquirió información para llevarle a la fiscalía de manera ilegal, pues considera que, al tratarse de una Estación de Policía, uno de los lugares de donde extrajo información dicho agente, debía existir una protección especial que en este caso no se dio al no contarse con la autorización previa de este para actuar. Señala que se encuentra en desacuerdo con lo argumentado por el Juez de instancia, pues si bien es cierto una Estación de Policía, está llena de servidores públicos, no es un sitio público, pues de serlo así, cualquier persona podría ingresar, por lo que no puede ser vulnerada la intimidad en el lugar de trabajo de su prohijado, y que el hecho de que quien actuó como agente encubierto con anterioridad era servidor público y laboraba dentro de la Estación de Policía, ello no lo facultaba para extraer información sin la autorización debida, ni tampoco se le extendía la relación de confianza previa que existía para con los procesados, pues indica que no es lo mismo la información inicial que se da de algo que yo conozco a un compañero, que la información que comienzo a suministrar después de ser agente encubierto.

Frente a la interceptación de comunicación, afirma que la responsabilidad penal es individual y en el informe que se entrega el 12 de febrero de 2018, es donde se entregan los resultados obtenidos de la línea celular de su defendido, debiendo él responder únicamente por su conducta, por lo que no se le puede tratar como parte de un todo, en masa, de ahí que el 12 de febrero de 2018, cuando se reciben los resultados de ANDERSON ELI PANIAGUA GONZALEZ, la Fiscalía General de la Nación debía haber aplicado las reglas de los registros y allanamientos, y proceder con legalizar la información a través de una

audiencia de control posterior, por lo que no es de recibo la postura adoptada por el Juez de instancia de que van obteniendo resultados, y hacer la diligencia un mes después, pretermitiendo el termino de 36 horas legalmente estipulado.

Por lo anterior solicita que se revoque el auto proferido por el Juzgado Tercero Penal del Circuito Especializado de Antioquia, por cuanto se están permitiendo el ingreso de pruebas viciadas dentro del proceso con las que se estaría vulnerando el sistema interamericano en cuanto a garantías fundamentales de su defendido, al permitirse pruebas ilegalmente obtenidas.

Finalmente, el apoderado judicial del procesado JORGE ENRIQUE ECHAVARRIA PEÑA, refirió encontrarse en desacuerdo frente al no decreto de la prueba testimonial del señor JULIO HERNAN GUZMAN RENTERIA, Personero Municipal de Buriticá, y por haberse aceptado como prueba toda la actuación desplegada por el agente encubierto. Indicando que:

Al haber dos personas propietarias de unos bares en el municipio de Buriticá que afirmaron haber recibido exigencias de tipo económico por parte de su prohijado, el señor JORGE ENRIQUE ECHAVARRIA PEÑA, y que al haber sido las mismas puestas en conocimiento del Personero Municipal, considera que es pertinente conocer la declaración del señor JULIO HERNAN GUZMAN PEREIRA, pues es el único funcionario que tuvo conocimiento de que paso con las quejas formales presentadas por las dos civiles, siendo importante conocer qué fin tuvieron dichas acusaciones y al ser hechos que están dentro del escrito de acusación, resultan ser hechos jurídicamente relevantes, y por tanto la defensa debe defenderse de los mismos.

De otra parte, frente al agente encubierto, afirma que si bien es cierto el señor CRISTIAN FELIPE HENAO NOREÑA, fue decretado como prueba de la Fiscalía, y en virtud de ello podrá abordarlo en el contrainterrogatorio, considera que al ser esta figura dual, es testigo directo y es también agente encubierto, tiene un conocimiento previo y posterior a ser nombrado agente encubierto, siendo necesario saber que labores efectuó en la operación "Creta", esa era la pertinencia del medio de prueba, y que dicho tema muy seguramente no será tratado

en el interrogatorio directo por parte del ente investigador, con lo que se le cierra la puerta para preguntar en el contrainterrogatorio, razón por la que solicita que dicho testigo sea decretado como testigo independiente de la defensa, a fin de poderlo interrogar sin restricción, encontrándose entonces en desacuerdo con la decisión adoptada por el Juez de instancia.

Fiscalía como no recurrente

La Fiscalía solicita no se tenga en cuenta la sustentación deprecada por los señores defensores, por el contrario, solicita se confirme íntegramente la decisión proferida por el Juez de primera instancia.

Al momento de pasar hacer la exposición de los argumentos por los cuales debería confirmarse la decisión impugnada su exposición se torna inaudible, pues debido a que la comunicación a través de internet y en la audiencia que se practicaba a través de plataforma digital ante la contingencia del COVID-19, tuvo que ser oída a través de llamada por celular y escuchada en altavoz lo que hizo que fuera imposible entender su exposición.

Ministerio Publico como no recurrente

De igual forma que la delegada de la Fiscalía, solicita se confirme el auto proferido por el Juzgado Tercero Penal del Circuito Especializado, indicando respecto de lo dicho por el Apoderado Judicial del señor JORGE ENRIQUE ECHAVARRIA PEÑA, quien se duele de la no aceptación del testimonio del señor Personero del municipio de Buriticá, el cual desea el señor defensor sea escuchado para que absuelva dudas acerca de que sucedió con las quejas interpuestas por las dos civiles, considera que la decisión de no aceptar dicho testimonio es adecuada, por cuanto muy seguramente lo que dirá este testigo es que no conoce que sucedió con dichas quejas, pues debía proceder a dar traslado a la entidad pertinente ya que él no es el competente, sino la oficina de control disciplinario de la policía.

Acusados: JORGE ENRIQUE ECHAVARRIA PEÑA, CRISTHIAN ANDRES RINCON MARIN Y ANDERSON
ELI PANIAGUA GONZALEZ

Delito: Concierto para delinquir agravado y otro

Procedencia: Juzgado Tercero Penal del Circuito Especializado de Antioquia

Motivo: Apelación auto

Ahora bien, en lo atinente al no decreto de la prueba testimonial del agente encubierto CRISTIAN FELIPE HENAO NOREÑA, como testigo propio, considera que, al haber sido decretado como testigo de la Fiscalía, le es posible abordarlo en el ejercicio del contra interrogatorio, por lo que considera que la decisión adoptada al respecto por el Juez fallador es adecuada.

De la apelación presentada por los defensores de CRISTHIAN ANDRES RINCON MARIN y ANDERSON ELI PANIAGUA GONZALEZ, por la aceptación del reconocimiento fotográfico efectuado a los antes mencionados el uno de los defensores considera que corresponde a una aceptación de responsabilidad de su prohijado, refiérela representante del Ministerio Público, que ello no es así, por cuanto dicho tema será objeto de debate en el Juicio oral.

Respecto a la búsqueda selectiva en base de datos la cual también fue cuestionada por los defensores, indica que los resultados obtenidos en dichas búsquedas al haberse efectuado la audiencia de control posterior una vez culminaron las labores investigativas, con ello era suficiente para considerar legalizada la información que allí se obtuvo.

De la actuación del agente encubierto, la cual fue decretada como prueba dentro del presente juicio, indica que comparte dicho decreto, por cuando al igual que lo considera el Juez de instancia, la actuación de dicho agente no requería de control previo, solo posterior. Así como con la búsqueda selectiva en base de datos, de la que afirma solo se requiere de un control posterior al finalizarse la investigación y que al haberse solicitado prorroga de dicha búsqueda se otorgó legalidad a la misma.

Por lo anterior, solicita se confirme la decisión adoptada por el Juez de instancia.

6. Consideraciones de la Sala.-

El interrogante que concita el interés de la Sala, es verificar si existen elementos para revocar el decreto probatorio efectuado por el Juez de instancia y en consecuencia excluir los medios de prueba deprecados por los togados defensores y aceptar como testigos a señor JULIO HERNAN GUZMAN PEREIRA, Personero municipal de Buriticá y como testigo directo del apoderado judicial de JORGE ENRIQUE ECHAVARRIA PEÑA, al agente encubierto CRISTIAN FELIPE HENAO NOREÑA.

Lo primero que debe advertirse es que el tema de disenso en el presente asunto en gran parte se contrae a una discusión de exclusión probatoria concretamente por considerar dos de los togados defensores que el reconocimiento como medio de prueba que se hará valer en el juicio - el informe de investigador de campo del 2 de abril de 2018, sobre actuaciones del agente encubierto y sus anexos-, tras considerar que dicha actuación del agente encubierto debía contar no solo con un control posterior, tal y como lo ordena el artículo 242 del Código de Procedimiento Penal, una vez culmine la actuación deberá acudir dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes, ante Juez de Control de Garantías con el fin de realizar control de legalidad formal y material de del procedimiento realizado, sino además, con un control previo por cuanto la actividad de dicha agente se efectuaría al interior de la Estación de Policía del Municipio de Buriticá, lugar de trabajo y domicilio de los procesados.

Así pues, se abordará primero lo atinente a la regulación de la actuación del agente encubierto en Colombia, posteriormente a la teoría de exclusión probatoria a fin de determinar si es o no procedente los pedimentos efectuados por los togados defensores.

Para lo cual se hace necesario acudir a la Jurisprudencia de la Corte Constitucional, quien en Sentencia C-156 de 2016, estudio a fondo la labor del agente encubierto, así como las similitudes que dicha figura guarda con el allanamiento y registro, ello a fin de determinar si era procedente o no acudir de manera previa a dar inicio a la actividad de agente encubierto ante el Juez de Control de Garantías, con el objetivo de obtener aval para desempeñar su labor al interior en este caso de la Estación de Policía de Buriticá.

6.1 Del Agente encubierto en Colombia¹

“14. En esencia, las operaciones encubiertas son técnicas especiales de investigación criminal, por medio de las cuales un funcionario de policía judicial o un particular debidamente escogido para ello se infiltra en una organización, con el fin de obtener información relacionada por ejemplo con su estructura, la identidad de sus miembros y sus funciones, las actividades colectivas e individuales que realizan, los contactos que tienen, los medios que emplean para llevar a cabo sus estrategias criminales, sus formas de financiación, los objetivos delictivos que proyectan.^[6] Para estos efectos, los agentes encubren su verdadera identidad, o sus móviles y finalidades, con el propósito de adquirir la

¹ Sentencia C-156 de 2006

confianza de los integrantes del grupo u organización criminal, y así obtener los datos relevantes a la indagación o investigación penal. Por su naturaleza, esta técnica investigativa presupone que el agente encubierto se involucre en la cotidianidad de la organización o la de algunos de sus miembros, y se vea en la necesidad operativa de obrar en contextos delictivos sin descubrir su misión. La decisión de ejecutar una operación de esta naturaleza está logísticamente precedida de una evaluación coordinada, entre el organismo de persecución criminal y la policía judicial encargada de llevarla a cabo, en torno a su aptitud para conocer información relevante, sus potencialidades y costos humanos.^[12] En consideración a la tarea del agente encargado, debe hacerse una especial ponderación de los riesgos que la operación supone para su vida, libertad e integridad, y asegurarse de que se trate de una persona idónea para el ejercicio íntegro de la misión encomendada.

“15. El artículo 242 del Código de Procedimiento Penal consagra ciertas condiciones y limitantes para el desarrollo de operaciones encubiertas en la persecución penal. En primer lugar, es preciso que el fiscal del caso tenga motivos fundados, conforme a los medios cognoscitivos previstos en el Código, para inferir que el imputado o indiciado continúa desarrollando actividades criminales. Es decir, la realización de la operación encubierta presupone la existencia objetiva de fundamentos fácticos, pues debe fundarse en hechos conocidos por los medios consagrados en la ley, pero además el fiscal debe estar en condiciones de exponer los motivos por los cuales esos elementos han de suponer la actuación de agentes encubiertos. Por lo mismo la Ley habla de “motivos razonablemente fundados”. En segundo lugar, la infiltración de organizaciones criminales por medio de operaciones encubiertas procede “siempre que resulte indispensable para el éxito de las tareas de investigación”. Esto significa entonces que es preciso enjuiciar la necesidad o indispensabilidad de la actuación encubierta, lo cual supone evaluar si no hay otros medios para investigar con “éxito” la misma hipótesis de delito. En tercer lugar, con arreglo a la Ley actualmente en vigor, el fiscal del caso debe contar con la autorización del director nacional o seccional de fiscalías, sin que resulte posible, de acuerdo con el texto legal, la delegación de esta facultad. Lo que se busca con esta previsión es centralizar, en un visible nivel de la estructura orgánica de la Fiscalía General de la Nación, la responsabilidad fundamental por la adopción de una medida de indagación o investigación de esta naturaleza. En cuarto lugar, las actuaciones tienen un límite temporal de un año, prorrogable por otro más. Y, finalmente, debe haber control judicial posterior, dentro de las treinta y seis horas siguientes a la terminación de la operación.^[13] “

...

“17. Las operaciones encubiertas buscan recabar información relevante para la investigación, sin que les sea dado a los agentes que participan de ellas recaudar otras evidencias distintas de las previstas en la Ley. Durante una operación encubierta se pueden utilizar “los medios técnicos de ayuda previstos en el artículo 239” del mismo cuerpo normativo (CPP art 242). Esto quiere decir que, en desarrollo de las actividades encubiertas, “se podrán tomar fotografías, filmar videos” y, en general, se podrá emplear “cualquier medio que la técnica aconseje” (CPP art 239).^[12] Al remitir al artículo 239 del Código, se

Acusados: JORGE ENRIQUE ECHAVARRIA PEÑA, CRISTHIAN ANDRES RINCON MARIN Y ANDERSON
ELI PANIAGUA GONZALEZ

Delito: Concierto para delinquir agravado y otro

Procedencia: Juzgado Tercero Penal del Circuito Especializado de Antioquia

Motivo: Apelación auto

acogen también los límites previstos para el uso de estos medios en esa misma disposición. Por lo mismo, puede decirse que los medios técnicos de ayuda allí contemplados deben emplearse “cuidando de no afectar la expectativa razonable de la intimidad del indiciado o imputado o de terceros”. Así, no sería posible usar estos instrumentos, por ejemplo, en la esfera domiciliaria, cuando exista expectativa razonable de intimidad.¹³”

En este punto, se pregunta la Corte Constitucional si las *-operaciones encubiertas, cuando implican el ingreso a lugares de trabajo y al domicilio del imputado o indiciado, pueden equipararse jurídicamente, y para efectos constitucionales, a los allanamientos, registros e interceptaciones de comunicaciones.* - Para finalmente determinar que no son equiparables por múltiples razones, varias de ellas son:

- El registro y el allanamiento deben practicarse sin adulterar la identidad de los integrantes del cuerpo de investigación judicial, ni ocultar los motivos y los fines de la diligencia. Mientras que las operaciones encubiertas presuponen lo contrario, toda vez que implican o bien una adulteración de la identidad del agente, o bien un ocultamiento de los motivos y propósitos de la relación entre el agente y el imputado o indiciado (CPP arts. 241-242a).
- Mediante las diligencias de allanamiento y registro de lugares las autoridades ingresan en un bien privado, incluso contra la voluntad del titular del derecho de dominio, de su poseedor o de su tenedor (allanamiento). Proceden a efectuar un registro dentro del bien inmueble, con el fin de hallar elementos relevantes para una investigación o indagación penal, o con el de capturar a un individuo con las debidas garantías. El allanamiento y el registro de lugares son medidas que interfieren entonces objetivamente en la intimidad del domicilio de las personas, pero pese a ello, la diligencia se efectúa por agentes de policía judicial debidamente, siendo entonces del caso que una vez dicho personal ingresa en el inmueble, la vida de relación familiar naturalmente cesa de ser espontánea, e incluso los actos y el comportamiento de los integrantes, tanto como sus comunicaciones, adquieren objetivamente el cariz de las interacciones públicas, poniendo fin entonces a esa intromisión a la vida íntima de las personas. Situación que no ocurre con la actuación desplegada por agentes encubiertos, pues esta supone interferir en los derechos y

principios constitucionales de las personas, así como en la seguridad en las intervenciones en la vida íntima, la confianza legítima y el principio de legalidad material. La Constitución establece que todas las personas tienen derecho a “*su intimidad personal y familiar*” y que “[l]a correspondencia y demás formas de comunicación privada son inviolables” (CP art 15). Asimismo, prevé que nadie puede ser “*molestado en su persona o familia, [...] ni su domicilio registrado, sino [...] con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley*” (CP art 28). El artículo 93 de la Constitución dice además que “*los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia*”. Es relevante destacar entonces que en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado mediante la Ley 74 de 1968, el artículo 17-1 estatuye que “[n]adie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o correspondencia”, y el 17-2 dice que toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias. Por lo cual, como se observa, en las previsiones invocadas dentro del cargo, la Constitución protege cinco ámbitos vinculados con el derecho a la intimidad: el personal, el familiar, las comunicaciones, el domicilio y la legalidad de la injerencia en estas esferas.

Es así como, en virtud de lo anterior, al evidenciarse la factible vulneración de garantías fundamentales y constitucionales de las personas sometidas a la actuación de agentes encubiertos, en los casos en los que fuera necesario el actuar de dicho agente al interior del domicilio o lugar de trabajo del investigado, la Corte Constitucional, en la sentencia C156 de 2006, consideró pertinente adicionar al trámite preestablecido por el artículo 242 del C.P.P. solo en esos eventos, acudir previamente ante el Juez de Control de Garantías, con el objeto de obtener autorización para inmiscuirse en la esfera íntima y personal del investigado.

Al respecto indicó:

“29. Las operaciones de infiltración mediante agentes encubiertos, cuando suponen el ingreso a reuniones en lugares de trabajo o en el domicilio del imputado o indiciado, aunque

son técnicas de investigación no prohibidas por la Constitución, interfieren en: (i) la intimidad del domicilio; (ii) la intimidad de las comunicaciones; (iii) la intimidad de la vida familiar; (iv) la intimidad personal del pasado –jurídico penalmente irrelevante- de los individuos; (v) en la cierta legalidad de las intervenciones en la intimidad; pero además (vi) en la confianza legítima en las autoridades públicas y en los demás asociados; (vii) y en la sujeción al principio de legalidad material, inherente al Estado de Derecho, que establece tipos penales para proteger bienes jurídicos.

...

“43. En síntesis, el texto constitucional, los debates parlamentarios que antecedieron a la expedición del Acto Legislativo 03 de 2002, y la interpretación integral de la Constitución que ha sostenido la jurisprudencia indican entonces que, por regla general, para la práctica de medidas de investigación –dentro de la persecución penal- “que impliquen la afectación de derechos fundamentales”, se requiere autorización previa del juez de control de garantías (CP art 250 num. 3). En este contexto, como sostuvo la Corte en la sentencia C-822 de 2005, “[e]l empleo del término ‘afectación’ supone, según su grado, una ‘limitación’ o ‘restricción’ al ejercicio o goce de un derecho fundamental”.^[65] Esta regla general tiene excepciones, pues los “registros, allanamientos, incautaciones e interceptaciones de comunicaciones” requieren control de juez pero posterior, por expresa disposición constitucional (CP art 250 num. 2). Sin embargo, como lo resaltó esta Corporación en la sentencia C-334 de 2010, por la naturaleza excepcional de ese precepto, “su interpretación y aplicación debe ser taxativa y restrictiva”; es decir, no puede controlar sino las diligencias que, en sentido jurídico estricto, y claramente, constituyan el adelantamiento de “registros, allanamientos, incautaciones e interceptaciones de comunicaciones” (CP art 250 num. 2). El intérprete no ha de extender el alcance de esta excepción para aplicarla, más allá de sus límites constitucionales, a otras diligencias de investigación que impliquen afectar derechos fundamentales, pues estas están amparadas por la regla general de intervención previa del juez de control de garantías (CP art 250 num 3). ¿Qué consecuencias se siguen de esta regulación constitucional para el control de la norma acusada?

d. Conclusiones sobre la constitucionalidad del artículo 242 (parcial) del Código de Procedimiento Penal

44. La Corte concluye entonces que las operaciones encubiertas, reguladas por los artículos 241 a 242a del Código de Procedimiento Penal, cuando suponen el ingreso del agente a reuniones en el lugar de trabajo y en el domicilio del indiciado o imputado, no son reductibles jurídicamente a las diligencias de registro, allanamiento o interceptación de comunicaciones. Hay diferencias objetivas entre cada uno de estos procedimientos, tanto en su configuración operativa dentro del orden legal, como en los efectos de interferencia de cada uno en principios constitucionales. En los casos señalados –ingreso a reuniones en el lugar de trabajo y al domicilio del indiciado o imputado-, las operaciones de infiltración mediante agentes encubiertos implican una injerencia en el derecho fundamental a la intimidad, en sus diferentes proyecciones: en el domicilio, en las comunicaciones, en la vida familiar, en el pasado individual y en la cierta legalidad de la intervención del Estado en la vida privada. En vista de lo cual, dado que no se trata entonces de ninguna de las medidas

contempladas en el artículo 250 numeral 2 de la Constitución o de una excepción constitucional expresa a la regla general en la materia, y de que implica la afectación de derechos fundamentales y otros principios constitucionales, debe aplicarse el artículo 250 numeral 3 de la Carta Política.

45. Esto significa que cuando las operaciones encubiertas supongan el ingreso del agente a reuniones en el lugar de trabajo o en el domicilio del indiciado o imputado, deberá obtenerse “la respectiva autorización por parte del juez que ejerza las funciones de control de garantías para poder proceder a ello” (CP art 250-3), y así se indicará entonces en la parte resolutive de esta sentencia. Con el fin de mantener el carácter reservado de la operación, y preservar los bienes jurídicos del agente encubierto, el procedimiento para obtener la autorización del juez de control de garantías deberá sujetarse a la más estricta reserva.^[66] En cualquier caso, la Fiscalía General de la Nación y la policía judicial deberán maximizar la protección de los bienes jurídicos de quienes participan en las actuaciones encubiertas, y hacer un uso óptimo de los instrumentos de protección admitidos en el ordenamiento. El legislador, y los órganos encargados de reglamentar la materia, podrán también disponer lo que resulte necesario, en el marco de la Constitución, para garantizar los derechos fundamentales comprometidos por las operaciones encubiertas, sin perjudicar la eficacia de la investigación o los bienes jurídicos de quienes decidan participar como agentes encubiertos en las operaciones de infiltración.”

En consecuencia, observa la Sala que en el caso de marras, gran parte de la actividad de investigación e infiltración que debía ejecutar el agente encubierto –CRISTIAN FELIPE HENAO NOREÑA, con el fin de investigar a los procesados JORGE ENRIQUE ECHAVARRIA PEÑA, CRISTHIAN ANDRES RINCON MARIN y ANDERSON ELI PANIAGUA GONZALEZ, debía ejecutarse al interior de la Estación de Policía del municipio de Buriticá lugar donde no solo laboraban, sino pernoctaban, siendo entonces eminentemente necesaria la autorización del Juez de Control de Garantías, en aplicación a la sentencia antes reseñada, pues claramente la expectativa razonable de intimidad de cada uno de los procesados se vería menguada pese a que ello no hubiese sido expuesto de manera concreta por cada uno de los apoderados judiciales de los procesados, pues reclamó el Juez de instancia que no se indicó con exactitud cómo se presentó tal vulneración, considera la Sala que no era necesario que se indicara ello, basta solo con conocerse que el agente encubierto se infiltró sin autorización previa en espacios reservados, íntimos, de confianza de los procesados.

No siendo entonces de recibo lo argumentado por el señor Juez de instancia, quien considera que al ser los procesados servidores públicos, -Agentes de Policía-, su actuar está enmarcado en la publicidad o expuesto a la vista pública, no habiendo entonces razón para

que los apoderados judiciales de los señores RINCON MARIN y PANIAGUA GONZALEZ, hiciesen alusión a que el derecho a la intimidad de los mismos se encontraba violentado; además adujo también, que al ser un compañero de trabajo quien estaba efectuando la labor de agente encubierto, existía un vínculo de confianza, por lo que de igual forma desaparecía la expectativa razonable de intimidad; elucubraciones que como ya se dijo no se comparten por la Sala, pues si bien los procesados son servidores públicos, ello de tajo no elimina sus derechos a intimidad personal, pues hay ámbitos de la vida de cada persona que hacen parte de su esfera más íntima que no deben ser ventilados, independiente de la función o cargo que desempeñe dentro de la sociedad, porque de ser ello así, tanto el propio Juez fallador, como los Magistrados que conforman esta Sala, por el simple hecho de ser servidores públicos, no tendríamos derecho a la intimidad, es que incluso, al pensarse en una figura pública, quien se sabe vive de su constante exposición, en medios de comunicación, escenarios, redes sociales u otros medios, también tiene derecho a aislar de la publicidad ciertas situaciones o comportamientos que hacen parte de su intimidad.

Así las cosas, es claro que en el presente asunto tal y como fuera aseverado por los togados defensores y reafirmado por la delegada de la Fiscalía General de la Nación, respecto de la acción perpetrada por el agente encubierto esta contó con varias irregularidades, que llevaron al traste toda su labor de investigación, pues desde el inicio no se contó con la autorización previa otorgada por el Juez de Control de Garantías que lo avalara para acceder espacios como domicilio y lugar de trabajo sin violentar derechos fundamentales, pues nótese como la resolución mediante la cual la Fiscalía General de la Nación autorizaba la actuación de CRISTIAN FELIPE HENAO NOREÑA, como agente encubierto data del 22 de marzo de 2017, habiéndose acudido solo hasta el 11 de mayo del mismo año ante el Juez de Control de Garantías en búsqueda de efectuar el control previo reglado por el artículo 242 del Estatuto Procesal Penal, decretado por la H. Corte Constitucional en sentencia C-156 de 2016, mediante la cual se declaró la exequibilidad condicionada del artículo 242 (parcial) de la Ley 906 de 2004, bajo el entendido que *“(...) cuando las operaciones encubiertas impliquen el ingreso del agente a reuniones en el lugar de trabajo o en el domicilio del imputado o indiciado, deben estar precedidas de autorización del juez de control de garantías, y sin perjuicio del control posterior.”*, esto es casi dos meses después de que el antes mencionado estuviese realizando labores de investigación e invadiendo la

Acusados: JORGE ENRIQUE ECHAVARRIA PEÑA, CRISTHIAN ANDRES RINCON MARIN Y ANDERSON
ELI PANIAGUA GONZALEZ

Delito: Concierto para delinquir agravado y otro

Procedencia: Juzgado Tercero Penal del Circuito Especializado de Antioquia

Motivo: Apelación auto

esfera íntima de los procesados al interior de la Estación de Policía del Buriticá, y solo hasta el 22 de mayo de 2017, es que el ente investigador comunica de manera formal al agente encubierto que se encuentra blindado para actuar incluso dentro del lugar de residencia y de trabajo de los procesados ECHAVARRIA PEÑA, RINCON MARIN y PANIAGUA GONZALEZ, siendo entonces desde ahí que debía haber comenzado la labor de infiltrarse al interior de la Estación de Policía y en el entorno de los tres procesados, pues solo hasta el 22 de mayo de 2017, se encontraba plenamente avalado, razón por la cual es evidente que tal y como lo solicitan dos de los defensores el actuar del señor CRISTIAN FELIPE HENAO NOREÑA, debe ser excluido del acervo probatorio a practicar en el juicio, siendo necesario pasar a analizar la teoría de la exclusión probatoria.

6.2 Cláusula de exclusión probatoria y teoría del fruto del árbol envenenado.

“Tal postulado encuentra su desarrollo legal en los artículos 23, 445, 232, 237 y 360 de la Ley 906 de 2004 elevado como principio rector y garantía procesal que impone considerar nula de pleno derecho toda prueba que haya sido obtenida con violación de las garantías fundamentales, aparejando su extracción del caudal probatorio así como de los elementos de convicción que sean consecuencia o su existencia dependa de ella.

Efectivamente, no queda duda que la ilicitud de la prueba contamina a las que se deriven de ella, esto es, aquellas que tienen su fuente en una que constitucional o legalmente no es válida, sin embargo, conforme con criterios basados en la jurisprudencia anglosajona de la “Teoría de los frutos del árbol envenenado”, (fruit of the poisonous tree doctrine) paulatinamente se han establecido excepciones al principio de excluir la prueba ilícita en sí misma, como la que se desprende o es consecuencia de ella al fijar salvedades al escindir un nexo fáctico y uno jurídico entre la prueba principal y la refleja para tener a esta última como admisible si se advierte que proviene de (i) una fuente independiente (independent source), es decir, si el hecho aparece probado a través de otra fuente autónoma; (ii) o cuando tiene un vínculo atenuado (purged taint) con la principal, o (iii) cuando se trata de un descubrimiento inevitable (inevitable discovery) en caso que por otros medios legales de todas maneras se habría llegado a establecer el hecho.

La Sala con anterioridad ha precisado las consecuencias que se derivan de una prueba ilícita o una prueba ilegal. Tratándose de la primera, esto es, la obtenida con vulneración de los derechos fundamentales de las personas, como la dignidad, el debido proceso, la intimidad, la no autoincriminación, etc., o las que para su realización o aducción se somete a las personas a torturas, tratos crueles, inhumanos o degradantes, ha de ser necesariamente

Acusados: JORGE ENRIQUE ECHAVARRIA PEÑA, CRISTHIAN ANDRES RINCON MARIN Y ANDERSON
ELI PANIAGUA GONZALEZ

Delito: Concierto para delinquir agravado y otro

Procedencia: Juzgado Tercero Penal del Circuito Especializado de Antioquia

Motivo: Apelación auto

excluida sin que pueda ser sopesada en manera alguna por el juzgador, ni siquiera tangencialmente.

Ahora, respecto de la segunda, cuando en su producción, práctica o aducción se incumplen los requisitos legales esenciales, esto es el debido proceso probatorio también ha de ser excluida siempre que la formalidad pretermitida sea esencial, pues no cualquier irregularidad acarrea su retiro del acervo probatorio».²

Respecto a este mismo tópico, la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Penal, en Sentencia radicado 30711, del 27 de mayo de 2009, prescribió:

“Al respecto conviene recordar que el artículo 29 de la Constitución Política señala que “Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso”, mandato que, en sede del sistema adversarial, es desarrollado en los artículos 23 y 455 de la Ley 906 de 2004, que señalan:

“Artículo 23. Cláusula de exclusión. Toda prueba obtenida con violación de las garantías fundamentales será nula de pleno derecho, por la que deberá excluirse de la actuación procesal.

Igual tratamiento recibirán las pruebas que sean consecuencia de las pruebas excluidas, o las que solo puedan explicarse en razón de su existencia.”

“Artículo 455. Nulidad derivada de la prueba ilícita. Para los efectos del artículo 23 se deben considerar, al respecto, los siguientes criterios: el vínculo atenuado, la fuente independiente, el descubrimiento inevitable y los demás que establezca la ley.”

Este contexto normativo otorga al juez la posibilidad de ponderar a la hora de decidir sobre la exclusión de pruebas obtenidas como consecuencia de procedimientos ilegales, tal como lo admitió la Corte Constitucional.³

*En materia probatoria, la iniciativa queda en manos de las partes y se aplica la regla de exclusión entendida como la inadmisibilidad, en la etapa de juicio^[xxii], de evidencia obtenida en el curso de un registro o detención contrarias a las garantías constitucionales, extendiéndose a aquella cuyo origen está vinculado estrechamente con ésta, conocida, a partir del asunto *Silverthorne Lumbre Co. vs. United States* como doctrina del árbol envenenado o “fruits of the poisonous tree”, la cual ha*

² Auto interlocutorio, radicado No. 31127 del 20 de mayo de 2009, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal.

³ En sentencia C-591 de 2005.

Acusados: JORGE ENRIQUE ECHAVARRIA PEÑA, CRISTHIAN ANDRES RINCON MARIN Y ANDERSON
ELI PANIAGUA GONZALEZ

Delito: Concierto para delinquir agravado y otro

Procedencia: Juzgado Tercero Penal del Circuito Especializado de Antioquia

Motivo: Apelación auto

venido siendo atenuada en casos de vínculo atenuado^{ii[xxiii]}, fuente independiente^{iii[xxiv]} y descubrimiento inevitable^{iv[xxv]}.

Al respecto de la disposición acusada, considera la Corte que el legislador, actuando dentro de su margen de configuración normativa, reguló un conjunto de criterios que le servirán al juez para realizar una ponderación cuando deba proceder a excluir de la actuación procesal pruebas derivadas, es decir, las que son consecuencia de las pruebas excluidas o que solo puedan explicarse en razón de su existencia. Para tales efectos, el juez deberá adelantar una valoración acerca de los hechos; examinar la incidencia, relación y dependencia existentes entre unos y otros; y además, determinar si el supuesto fáctico se tipifica o no en alguna de las reglas legales dispuestas con el propósito de determinar si el vínculo causal se rompió en el caso concreto».

Ahora bien, tal y como lo solicitaran los apoderados judiciales de los procesados CRISTHIAN ANDRES RINCON MARIN y ANDERSON ELI PANIAGUA GONZALEZ, quienes deprecaron la exclusión probatoria de toda la actuación investigativa desplegada por el agente encubierto CRISTIAN FELIPE HENAO NOREÑA, por cuanto vulneró derechos fundamentales de sus defendidos, concretamente el derecho a la intimidad, dicha petición es procedente no solo por tratarse como viene de verse de un medio de prueba ilícito, sino ilegal, al no haber cumplido con el control previo requerido desde el inicio de su actividad, pues si bien dos meses después de este haber sido nombrado por la Fiscalía para efectuar dicha función, no se encontraba facultado para permear la esfera personal e íntima de los procesados, observando incluso la Sala que el hecho de haber acudido el ente investigador en búsqueda de la autorización previa ante el Juez de Garantías pasados meses de que el agente hubiese estado infiltrado al interior de la Estación de Policía de Buriticá, no subsana la vulneración padecida por los procesados. Por lo que la determinación que deberá tomar al respecto esta Sala es la de excluir todos los medios de prueba que se desprendan de la actuación del agente encubierto en aplicación a la cláusula de exclusión, y a la teoría del fruto del árbol envenenado pues no se observa que exista un descubrimiento inevitable o vínculo atenuado en lo investigado por CRISTIAN FELIPE HENAO NOREÑA, no pudiendo entonces permanecer alguno o algunos de los actos de investigación dentro del Juicio oral.

Acusados: JORGE ENRIQUE ECHAVARRIA PEÑA, CRISTHIAN ANDRES RINCON MARIN Y ANDERSON
ELI PANIAGUA GONZALEZ

Delito: Concierto para delinquir agravado y otro

Procedencia: Juzgado Tercero Penal del Circuito Especializado de Antioquia

Motivo: Apelación auto

De otra parte, dado que los togados defensores también solicitaron la exclusión de la búsqueda selectiva en base de datos efectuados a las líneas celulares de sus prohijados, CRISTHIAN ANDRES MARIN RINCON y ANDERSON ELI PANIAGUA GONZALEZ, y el análisis link, tras considerar que tales resultados no fueron legalizados a través de audiencia de control posterior dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes a la culminación de la búsqueda selectiva de cada uno de ellos -artículo 244 del C.P.P. que al respecto reza:

“ARTÍCULO 244. BÚSQUEDA SELECTIVA EN BASES DE DATOS. *La policía judicial, en desarrollo de su actividad investigativa, podrá realizar las comparaciones de datos registradas en bases mecánicas, magnéticas u otras similares, siempre y cuando se trate del simple cotejo de informaciones de acceso público.*

Quando se requiera adelantar búsqueda selectiva en las bases de datos, que implique el acceso a información confidencial, referida al indiciado o imputado o, inclusive a la obtención de datos derivados del análisis cruzado de las mismas, deberá mediar autorización previa del fiscal que dirija la investigación y se aplicarán, en lo pertinente, las disposiciones relativas a los registros y allanamientos.

En estos casos, la revisión de la legalidad se realizará ante el juez de control de garantías, dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes a la culminación de la búsqueda selectiva de la información.

PARÁGRAFO 1o. *Los términos para la búsqueda selectiva en base de datos en las investigaciones que se adelanten contra miembros de Grupos Delictivos Organizados y Grupos Armados Organizados en etapa de indagación serán de seis (6) meses y en investigación de tres (3) meses, prorrogables hasta por un término igual.*

PARÁGRAFO 2o. *En las investigaciones que se sigan contra Organizaciones Criminales, el Juez de Control de Garantías podrá autorizar el levantamiento de la reserva y el acceso a la totalidad de bases de datos en las cuales pueda encontrarse el indiciado o imputado, cuando así se justifique por las circunstancias del caso y el tipo de conducta punible que se investiga. Esta autorización se concederá por un término igual al contemplado en el párrafo primero, al término del cual, dentro de las treinta y seis horas siguientes al último acto de investigación se debe acudir nuevamente ante el juez de control de garantías, con el fin de solicitar sea impartida legalidad a la totalidad del procedimiento.*

Observa la Sala que lo acaecido respecto a estos medios de prueba fue lo siguiente:

Ante solicitud presentada por el delegado de la Fiscalía de control previo ante el Juez de Control de Garantías, para dicha búsqueda selectiva en bases de datos, dicha diligencia se efectúa el 30 de enero de 2018, autorizándose la misma y otorgándose un plazo de 30 días hábiles contados a partir del 31 de enero de 2018, esto es, dicha autorización culminaba el 13 de marzo de 2018 fecha en la cual se acudió ante el Juez de Garantías nuevamente a legalizar los resultados obtenidos, situación

Acusados: JORGE ENRIQUE ECHAVARRIA PEÑA, CRISTHIAN ANDRES RINCON MARIN Y ANDERSON
ELI PANIAGUA GONZALEZ

Delito: Concierto para delinquir agravado y otro

Procedencia: Juzgado Tercero Penal del Circuito Especializado de Antioquia

Motivo: Apelación auto

de la que se duelen los recurrentes, pues afirman que el resultado de la búsqueda realizada a los abonados telefónicos de sus prohijados fue entregada por la compañía de telecomunicación desde el 12 de febrero de 2018, por lo que de inmediato debió acudir ante el Juez a legalizar dicho resultado. Contrario a la apreciación efectuada por la Fiscal y el Juez de instancia quienes afirman que era procedente acudir al control judicial una vez se culminaran todos los actos investigativos y se obtuvieran la totalidad de las respuestas, siendo entonces adecuado que se acudiera el día 13 de marzo de 2018, día en el que culminaba la autorización otorgada en el control previo.

Respecto a ello deberá indicarse que la postura de la Sala en lo atinente a este asunto, no es otra diferente que la que se desprende de la lectura exegética del artículo 244 de la Ley 906 de 2004, y que entiende que debe acudir ante el Juez de Garantías *dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes a la culminación de la búsqueda selectiva de la información*. Esto es, en el presente caso, 36 horas siguientes al día en el que se obtuvo la respuesta por la empresa de comunicaciones, -12 de febrero de 2018-, puesto que la interpretación que viene siendo dada por la delegada de la Fiscalía que indica que se acude a efectuar el control judicial una vez culminen todos los actos de investigación solo procede en los casos en los que se da aplicación al parágrafo 2do del artículo en comento, situación que no corresponde a la del caso de marras.

Además cuando se conoce que el objeto de dicho control posterior no es otro que el de verificar si dentro de la investigación que se realizara en concreto, se respetaron las garantías y derechos fundamentales del procesado, en este caso, que la interceptación de los abonados telefónicos de RINCON MARIN y PANIAGUA GONZALEZ, se efectuó dentro de los parámetros normativos adecuados y sin someter a los investigados a vulneración de sus derechos, por lo que de allí el sentido de que una vez se reciba el resultado de cada una de las interceptaciones se deba acudir a efectuar el control posterior dentro de las 36 horas siguientes a su recibo, pues si aceptáramos la lectura que del artículo 244 del C.P.P, hace la señora Fiscal y la postura del Juez de instancia, queda suspendido en el tiempo el control de legalidad que frente a cada acto debe efectuarse, hasta que culmine la investigación, prolongándose injustificadamente en el tiempo la posible violación a garantías fundamentales en caso de que existieran.

Al respecto prescribe la Corte Constitucional en Sentencia C-014 de 2008, lo siguiente:

“iii. El control judicial posterior de los registros, allanamientos, incautaciones e interceptaciones de comunicaciones del Art. 250.2. C.P.

9. De conformidad con el artículo 250.2. C.P. la Fiscalía se encuentra facultada para adelantar registros, allanamientos, incautaciones e interceptaciones de comunicaciones y el Juez de Garantías deberá llevar a cabo el control posterior respectivo, a más tardar dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes^[10].

10. En desarrollo de las labores de indagación o del programa metodológico de la investigación, el Fiscal tiene entonces la atribución de ordenar la revisión a inmuebles, vehículos, naves, aeronaves u otros lugares y el examen detallado de bienes, efectos u objetos de interés para la investigación^[11]. De igual forma, podrá disponer la toma de posesión de muebles considerados susceptibles de comiso, a causa de su ilícita procedencia, mientras se toma una decisión definitiva al respecto^[12]. Adicionalmente, le asiste la potestad de ordenar la intervención de comunicaciones telefónicas, radiotelefónicas o semejantes, que utilicen el espectro electromagnético, mediante grabaciones magnetofónicas o similares, cuya información sea de interés para los fines de la actuación^[13].

11. Conforme al precepto constitucional que se analiza, las anteriores actuaciones deben ser sometidas a control del Juez de Garantías, dentro de las 36 horas siguientes. Conviene precisar aquí dos aspectos relevantes para el análisis del problema jurídico que debe resolverse: (i) los alcances o amplitud de la revisión de legalidad que se lleva a cabo en los referidos supuestos y (ii) el momento a partir del cual comienzan a contarse las 36 horas previstas como término máximo para la activación de la garantía de la reserva judicial. Lo primero determina la vigorosidad del control que se le confía al juez, en términos de la protección de los derechos del afectado con las diligencias investigativas, y lo segundo el tiempo real y efectivo con el que cuenta el Fiscal para someter a revisión lo actuado a fin de que el control satisfaga los propósitos para los cuales fue concebido.

12. En la Sentencia C-1092 de 2003^[14], mediante la cual se examinó la constitucionalidad del artículo 2 del Acto Legislativo 03 de 2002, la Corte precisó que el control posterior realizado por el Juez de Garantías implica analizar si la Fiscalía satisfizo los requisitos y justificaciones materiales para emitir las órdenes de los procedimientos investigativos y, de la misma manera, “si su despliegue ha respetado o no los derechos fundamentales de los ciudadanos”. En otros términos, la Corporación determinó que la revisión de legalidad posterior tiene por objeto el examen tanto de la orden emitida por el Fiscal como de la práctica y los resultados de las diligencias. Cubre la validez de la orden y la proporcionalidad y razonabilidad de su ejecución^[15].

Así, la Sala Plena explicó que de encontrarse que la Fiscalía ha vulnerado los derechos fundamentales o las garantías constitucionales, el juez a cargo del control no puede avalar la actuación y las evidencias recaudadas se reputarán inexistentes, además de que tampoco podrán luego ser admitidas como prueba, ni mucho menos valoradas en cuanto tales. Estas,

en otros términos, no serán susceptibles de servir de medios de convicción ni cumplir función alguna dentro de la actuación penal. El control a cargo del Juez de Garantías, reiteró la Corte, “abarcará elementos de tipo sustancial antes que excluirlos, pues son normas de tal carácter las que se refieren a los derechos fundamentales de la personas y la verificación sobre la vulneración o no de aquellas es precisamente el objeto principal de la tarea del funcionario a cargo del control jurisdiccional de garantías en la etapa de investigación”.

13. *Por otra parte, el instante a partir del cual comienza a transcurrir el plazo de las 36 horas fijado en la disposición constitucional se encuentra intrínsecamente ligado a la naturaleza de las diligencias de indagación analizadas y al control integral, tanto de validez de la orden como de su ejecución. A juicio de la Corte y, como ya ha sido sugerido en otras oportunidades^[16], ese término constitucional no comienza a contar cuando la Fiscalía dispone la intervención en el derecho a la intimidad del procesado ni una vez se ha dado inicio a las diligencias ordenadas. Como lo sostuvo el representante de la Fiscalía General de la Nación en el presente caso, el control de garantías debe ser realizado en el plazo máximo de 36 horas luego de concluida la ejecución de los procedimientos que se someterán a control.*

El Constituyente derivado facultó a la Fiscalía para ordenar la realización de registros, allanamientos, incautaciones e interceptaciones de comunicaciones, sin necesidad de la orden previa del juez. Según se indicó (supra fundamento 8), esto se explica en gran parte en razones de oportunidad del recaudo de medios cognoscitivos útiles a los fines de la investigación, antes de que puedan ser ocultados, alterados o desaparecidos. En este sentido, sería incompatible con tales propósitos que el término para la realización del control de garantías comenzara a contarse con la sola expedición de la orden por parte del Fiscal o el comienzo de su ejecución, pues se correría el riesgo de que, mientras se surte el trámite judicial, el objetivo del procedimiento sea frustrado.

14. *Pero, en especial, debido al control integral que realiza el Juez de Garantías, el plazo deberá empezar a transcurrir solo desde el momento en que ha sido culminada la diligencia de investigación ordenada. Por razones lógicas, si la garantía de la revisión judicial posterior abarca el análisis de los motivos aducidos por el Fiscal y el respeto a los derechos fundamentales en la ejecución del procedimiento (supra fundamento 12), la actuación del Juez de Control de Garantías debe proceder de manera posterior a la finalización de las diligencias. Por lo tanto, al establecer que el control de legalidad de las diligencias corresponderá llevarse en el plazo máximo de 36 horas, la disposición constitucional ha de interpretarse en el sentido de que ese término comenzará a transcurrir una vez finalizada la ejecución de la orden.*

Así las cosas, deberá excluirse de la presente actuación los resultados de las búsquedas selectivas a bases de datos que se obtuvieron el 12 de febrero de 2018 por parte de la

Acusados: JORGE ENRIQUE ECHAVARRIA PEÑA, CRISTHIAN ANDRES RINCON MARIN Y ANDERSON
ELI PANIAGUA GONZALEZ

Delito: Concierto para delinquir agravado y otro

Procedencia: Juzgado Tercero Penal del Circuito Especializado de Antioquia

Motivo: Apelación auto

Fiscalía General de la Nación y no fueron legalizados dentro de las 36 horas siguientes a dicha fecha.

6.3. Del reconocimiento fotográfico.

Avala la Sala la decisión impartida por el Juez de instancia de admitir como prueba el reconocimiento fotográfico que se hiciese de los señores JORGE ENRIQUE ECHAVARRIA PEÑA, CRISTHIAN ANDRES RINCON MARIN y ANDERSON ELI PANIAGUA GONZALEZ, pero no por los argumentos por él planteados, por cuando no encuentra razón alguna para que se afirmara por el funcionario judicial que el reconocimiento fotográfico constituye un medio de identificación y que al haberse realizado por dos de los abogados defensores estipulación probatoria respecto de la plena identidad de sus prohijados, resulta contradictoria la solicitud de exclusión de dicho medio de prueba.

Pues si bien es cierto que el reconocimiento es un medio de identificación, mediante el cual junto al testimonio de quien realiza el mismo, y el análisis de los demás medios de prueba se busca identificar el presunto autor de la comisión de una conducta punible, cosa diferente a lo que se pretende con las estipulaciones probatorias, que son acuerdos celebrados entre la Fiscalía y la defensa, para excluir del debate probatorio hechos o circunstancias y darlos por probado, en este caso, el haberse efectuado estipulación probatoria acerca de la plena identidad de dos de los procesados, nada tiene que ver ni con una aceptación de responsabilidad, o un señalamiento acerca de una presunta comisión de un delito.

Acerca de este tópico se ha dicho⁴:

“RECONOCIMIENTO FOTOGRAFICO-NATURALEZA

(i) El reconocimiento fotográfico es un método de identificación, según se desprende del capítulo cuarto, título primero, del libro segundo del Código Penal, cuya

⁴ Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Penal SP4107-2016, Radicado No. 46847, Magistrado Ponente Fernando Alberto Castro Caballero.

Acusados: JORGE ENRIQUE ECHAVARRIA PEÑA, CRISTHIAN ANDRES RINCON MARIN Y ANDERSON
ELI PANIAGUA GONZALEZ

Delito: Concierto para delinquir agravado y otro

Procedencia: Juzgado Tercero Penal del Circuito Especializado de Antioquia

Motivo: Apelación auto

denominación es justamente «Métodos de Investigación», incluyendo dentro de éstos, en el artículo 252, el reconocimiento por medio de fotografías o videos.

Al respecto esta Corporación ha sostenido:

Sin embargo, es claro que el acto de reconocimiento se presenta en desarrollo de una declaración, entendida en sus aspectos formal y sustancial. Sobre lo primero, recuérdese cómo con fundamento en los estatutos procesales penales expedidos con anterioridad a la Ley 906 de 2004, esta Corporación ha sido enfática en señalar que los reconocimientos constituyen una prolongación de los testimonios⁵. Y en relación con lo segundo, porque el señalamiento constituye una afirmación en virtud de la cual una persona identifica a otra como quien llevó a cabo un determinado comportamiento. (CSJ SP, 27 feb. 2013, rad. 38773).

La Sala ha venido construyendo una línea jurisprudencial con la que se busca dar claridad en torno a que reconocimientos a través de fotografías o videos, no son una prueba en sí misma, que adquiera tal calidad a través de la introducción del acta que da cuenta del reconocimiento como si se tratara de un medio de prueba documental, sino que aquellos comportan actos de investigación cuyo resultado puede hacer parte del testimonio cuando en el juicio el declarante alude a la existencia de dicha actividad investigativa, a los logros obtenidos a través de la misma o a la forma como se efectuó, atestaciones que habrán de ser valoradas integralmente con el testimonio de quien efectúa el reconocimiento y, en conjunto, con los demás medios de convicción.

En virtud de lo anterior, se confirma la decisión impartida por el Juez de instancia en lo que respecta al decreto como prueba de la Fiscalía el reconocimiento probatorio de los procesados.

Finalmente nos ocuparemos del recurso de apelación presentado por el apoderado judicial del señor JORGE ENRIQUE ECHAVARRIA PEÑA, quien muestra descontento en lo que respecta al no decreto del testimonio del señor Personero Municipal de Buriticá – JULIO HERNAN GUZMAN PEREIRA- persona que recibió quejas por parte de dos civiles – KARINA HERNANDEZ VILLA y VERONICA AYALA HERNANDEZ, acerca de que su prohijado estaba efectuando exigencias de tipo económico, argumentando que se hace necesario para su teoría del caso contar con el testimonio de esta persona por cuanto tuvo conocimiento directo de las quejas y es el único que conoce que fin tuvieron las mismas.

⁵ «Cfr. Sentencia del 17 de septiembre de 2003, radicación 17803. En el mismo sentido, autos del 24 de febrero de 2011, radicación 32277 y del 9 de marzo de 2011, radicación 35466».

Frente a ello la Sala considera al igual que lo hizo el Juez de primera instancia, que la solicitud del testimonio del señor Personero de Buriticá, carece de pertinencia, pues al contarse con el decreto de los testimonios de las señoras HERNANDEZ VILLA y AYALA HERNANDEZ, quienes realizaron ante el señor JULIO HERNAN GUZMAN PEREIRA, las mencionadas denuncias, pueden absolver en el curso del interrogatorio o del contra interrogatorio los cuestionamientos respecto a que sucedió con dichas quejas y con ello suplir la necesidad del señor defensor, por lo que se confirma en este aspecto el auto objeto de recurso; así como la decisión de no decretarse como testigo directo de la defensa de ECHAVARRIA PEÑA, a CRISTIAN FELIPE HENAO NOREÑA, pues como testigo de la Fiscalía podrá de igual forma en el ejercicio del contra interrogatorio absolver las dudas respecto a la operación CRETA, y la lucha contra la minería ilegal en el municipio de Buriticá, al ser tópicos que se incluyen en la argumentación de pertinencia que efectuara la delegada de la Fiscalía.

En consecuencia, se revoca la decisión objeto de apelación en lo que respecta al decreto como prueba de la Fiscalía de la actuación del agente encubierto CRISTIAN FELIPE HENAO NOREÑA, por ser susceptible de exclusión por prueba ilícita e ilegal, así mismo, se revoca la admisión como prueba los resultados de las búsquedas selectivas en bases de datos de fecha 12 de febrero de 2018, al no haber sido objeto de control posterior dentro del término legalmente establecido, siendo entonces prueba ilegal ante la vulneración del debido proceso. En todo lo demás se confirma la decisión de primera instancia.

La presente providencia se discute y aprueba por medios virtuales – correo electrónico institucional- vista la contingencia del CONVID y el aislamiento social obligatorio conforme a lo dispuesto en los acuerdos PCSJA20-11521 -PCSJA20-11532 - PCSJA20-1154 y PCSJA20-11549 del Consejo Superior de la Judicatura.

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

Acusados: JORGE ENRIQUE ECHAVARRIA PEÑA, CRISTHIAN ANDRES RINCON MARIN Y ANDERSON
ELI PANIAGUA GONZALEZ

Delito: Concierto para delinquir agravado y otro

Procedencia: Juzgado Tercero Penal del Circuito Especializado de Antioquia

Motivo: Apelación auto

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR el auto de primera instancia proferido por el Juzgado Tercero Penal del Circuito Especializado de Antioquia, revocando el decreto como prueba de la Fiscalía de la actuación del agente encubierto CRISTIAN FELIPE HENAO NOREÑA, así como, la admisión como prueba de los resultados de las búsquedas selectivas en bases de datos de fecha 12 de febrero de 2018. En todo lo demás rige la sentencia de primera instancia.

SEGUNDO: Ésta decisión se aprueba y notifica de manera virtual vista la actual contingencia del aislamiento social obligatorio por la pandemia del COVID-19 y conforme a lo dispuesto en los acuerdos PCSJA20-11521 -PCSJA20-11532 - PCSJA20-1154 y PCSJA20-11549 del Consejo Superior de la judicatura .

CÓPIESE y a su ejecutoria **DEVUÉLVASE** al Juzgado de origen.

Firma electrónica

Gustavo Adolfo Pinzón Jácome
Magistrado

Aprobado correo electrónico

Edilberto Antonio Arenas Correa
Magistrado

Aprobado correo electrónico

Nancy Ávila de Miranda
Magistrada

Firmado Por:

GUSTAVO ADOLFO PINZON JACOME
MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL
TRIBUNAL SUPERIOR SALA 007 PENAL ANTIOQUIA

Proceso No.: 050426100000201800008

NI: 2020-0518-6

Acusados: JORGE ENRIQUE ECHAVARRIA PEÑA, CRISTHIAN ANDRES RINCON MARIN Y ANDERSON
ELI PANIAGUA GONZALEZ

Delito: Concierto para delinquir agravado y otro

Procedencia: Juzgado Tercero Penal del Circuito Especializado de Antioquia

Motivo: Apelación auto

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:

c4487b092f10ec52cb95f96415332f417d9cf2c74a41374c9fc9b729807d47b4

Documento generado en 03/08/2020 02:59:05 p.m.
