

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



**TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SECRETARÍA SALA PENAL**

ESTADO ELECTRÓNICO 058

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
2020-0664-4	Tutela 2° instancia	Karol Marcela Guerrero Meza	Superintendencia de Industria y Comercio y o	Decreta nulidad	Agosto 27 de 2020
2020-0693-3	Auto 2° ley 906	Tráfico, fabricación o porte estupefacientes	Emma Gil Gallego	Confirma auto de 1° instancia	Agosto 27 de 2020
2019-1467-4	Auto 2° ley 906	Constreñimiento ilegal	Marlon Jair Vides Rugeles	Confirma auto de 1° instancia	Agosto 27 de 2020
2020-0736-4	Decisión de plano	Acceso carnal abusivo con menor de 14 años	Stiven Dayanne Mestra Hernández	Se abstiene de resolver	Agosto 27 de 2020
2020-0685-3	Tutela de 1° instancia	Gerardo Alonso Tobón Tobón	Juzgado 1° dje EPMS De Antioquia	Declara improcedente	Agosto 27 de 2020
2020-0554-2	Auto 2° ley 906	Actos sexuales con menor de 14 Años	Alirio De Jesús Moncada Herrera	Confirma auto de 1° instancia	Agosto 27 de 2020

FIJADO, HOY 28 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
SEDE CONSTITUCIONAL**

Medellín, agosto veintisiete (27) de dos mil veinte (2020)

N° interno : 2020-0644-4
Sentencia de Tutela - 2ª Instancia.
Accionante: KAROL MARCELA GUERREROMEZA
Accionados: Superintendencia de Industria y Comercio y
otros
Decisión : Anula

Proyecto discutido y aprobado en sesión de la fecha.
Acta N°. 071

M.P. PLINIO MENDIETA PACHECO

Por vía de impugnación, conoce la Sala la sentencia de tutela proferida por el *JUZGADO PRIMERO PENAL DEL CIRCUITO DE RIONEGRO (ANT.)*, a través de la cual no se accedió al amparo de las garantías básicas al habeas data e intimidad personal de la señora KAROL MARCELA GUERRERO MEZA, actuación adelantada en contra de la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO, Banco BBVA, Compañía de Créditos Rápidos S.A.S “RAPICREDIT” y SUPERMERCADOS JUMBO.

ANTECEDENTES

Los hechos de la demanda fueron resumidos por el *A quo* de la siguiente manera:

N° Interno : 2020-0644-4
Sentencia de Tutela – 2ª Instancia.
Radicado : 05 615 31 04 001 2020 00034
Accionante : Karol Marcela Guerrero Meza
Accionadas : Superintendencia de Industria y Comercio y
otros

“Manifestó la accionante que, en el año 2018 fue víctima de hurto de su cartera, donde llevaba consigo todos sus documentos personales, como lo son la cedula de ciudadanía, tarjetas de crédito y otros documentos; que debido a ello, realizó el respectivo denuncia ante la Fiscalía General de la Nación y solicitó la desactivación de las tarjetas de crédito, porque los delincuentes alcanzaron a realizar algunas compras, sin que hasta la fecha se tenga información de los malhechores.

Que el 30-12-2019, solicitó a la cadena de supermercados JUMBO sede Rionegro Antioquia, una tarjeta de crédito y al realizar el trámite le informan que no es posible adquirir la tarjeta por estar reportada en la central de riesgos “datacredito”, llevándose una desagradable sorpresa porque nunca había tenido un reporte negativo en su historial crediticio, por lo que esta situación afecta gravemente su buen nombre, y deteriora significativamente su patrimonio.

Expone que al realizar la respectiva averiguación, se enteró que el reporte negativo en la central de riesgos proviene de la Compañía de Créditos Rápidos S.A.S “Rapicredit” con NIT 900.564.668-4, por el no pago de un crédito por valor de \$ 250.000, con una fecha de aprobación 2-04-2019, dinero consignado en la cuenta de ahorros online N° 0861-087583 creada fraudulentamente el día 2 de abril de 2019 en el banco BBVA Colombia, en la sucursal de Jamundí – Valle del Cauca, razón por la cual, se dirigió a la Fiscalía General de La Nación a denunciar lo ocurrido donde se le asignó número único de noticia criminal 056156099153202000160, por el delito de falsedad en documento.

Que elevó una petición por escrito a la Compañía De Créditos Rápidos S.A.S “Rapicredit”, al banco BBVA Colombia, y a la Superintendencia de Industria y Comercio informando que fue víctima de delincuentes que de forma dolosa solicitaron el crédito y realizaron la apertura de una cuenta bancaria, a su vez solicitó la abolición del reporte negativo en la central de riesgos, y la cancelación de la cuenta de ahorros, considerando que, las respuestas emitidas no fueron acordes a derecho, y en el caso de la superintendencia de industria y comercio no hay respuesta.

Sostiene que la compañía de créditos en la contestación emitida frente al derecho de petición radicado por ella en sus instalaciones le manifestó que: “es responsabilidad de nuestros clientes implementar los controles de seguridad necesarios en sus equipos y redes privadas para su navegación

N° Interno : 2020-0644-4
Sentencia de Tutela – 2ª Instancia.
Radicado : 05 615 31 04 001 2020 00034
Accionante : Karol Marcela Guerrero Meza
Accionadas : Superintendencia de Industria y Comercio y
otros

hacia nuestros portales, de esta manera no nos responsabilizamos por cualquier consecuencia derivada del ingreso fraudulento por parte de terceros a la base de datos y por alguna falla técnica en el funcionamiento que sobrepasen las actividades desarrolladas con la diligencia debida...”.

Respecto a la respuesta dada por la entidad crediticia, considera la señora KAROL MARCELA que no puede la empresa créditos rápidos trasladar la responsabilidad al usuario en aras de omitir su compromiso de proteger derechos constitucionales como el habeas data, que es evidente que la compañía de créditos no ha cumplido protocolos mínimos de seguridad que permitan establecer la verdadera identidad de quienes solicitan sus servicios, pues si bien es cierto cada persona debe velar por la protección de sus datos personales también lo es que nunca fue menester de la compañía de créditos realizar un mínimo control de seguridad frente a la veracidad de los datos aportados por los delincuentes.

Informa que nunca ha sido de su propiedad la línea telefónica registrada con el número 3168746236, línea utilizada por los delincuentes para dar apertura a la cuenta en el Banco BBVA, y por la Compañía de Créditos Rápidos S.A.S “Rapidcredit” NIT 900.564.668-4 para otorgar un crédito, trámites realizados mediante mensajes de datos, para probar esto aporta certificación emitida por la empresa de telecomunicaciones TIGO, donde certifica que con su número de cédula 1144129058 de Cali se registra activada la línea 3005063872, desde el 19 de julio de 2018, en estado activada, no presenta ningún tipo de restricción o bloqueo, encontrándose que nunca hubo interés de realizar una efectiva validación de datos por parte de las entidades encargadas de validar la identidad del usuario solicitante, permitiendo que los delincuentes tramitaran una cuenta de ahorros y un crédito y así posteriormente verse afectado su derecho fundamental al buen nombre y habeas data.

Que, como ciudadana, realizó las denuncias ante la Fiscalía General de la Nación por la pérdida de documentos y el hurto del que fue víctima, y que la Compañía de Créditos debió ser diligente y realizar vigilancia, control, y tener cautela, frente a la aprobación de créditos, esto con el fin de permitir una veraz información de cada solicitante, no basta con la aplicación del principio de buena fe, se debe establecer un estudio serio y detallado antes de otorgar un crédito dado que se está frente a la suscripción de títulos valores que deben respetar una serie de requisitos, debiendo la entidad que otorga el crédito verificar la

N° Interno : 2020-0644-4
Sentencia de Tutela – 2ª Instancia.
Radicado : 05 615 31 04 001 2020 00034
Accionante : Karol Marcela Guerrero Meza
Accionadas : Superintendencia de Industria y Comercio y otros

identidad del solicitante, situación que no ocurrió en su caso, pues tampoco se realizó una geolocalización de la dirección “IP” “protocolo de internet”, pues de haberse realizado no tendría coincidencia su lugar de domicilio con la IP de donde se realizó la solicitud de crédito y apertura de cuenta fraudulenta, que para la fecha de los hechos era la ciudad de Bogotá, así las cosas se evidencia la falta de pericia, diligencia, y responsabilidad al momento de otorgar un crédito.

Con fundamento en lo anterior, solicita se le protejan sus derechos fundamentales y se le ordene a la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO que proceda a eliminar el reporte negativo de las centrales de riesgo, causado injustamente por la Compañía de Créditos Rápidos S.A.S “Rapicredit”, petición que ya fue realizada a la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO sin respuesta como lo manifiesta en los hechos.

Adicionalmente solicita que sea revocada todo tipo de obligación contractual y extracontractual existente con la Compañía de Créditos Rápidos S.A.S “Rapicredit” NIT 900.564.668 esto porque las obligaciones contraídas se realizaron de manera fraudulenta, como se manifiesta en los hechos que dieron origen a la presente acción y que se ordene cancelar la cuenta de ahorros online N° 0861-087583 creada fraudulentamente el día 2 de abril de 2019 en el banco BBVA Colombia, en la sucursal de Jamundí – Valle del Cauca.

Finalizados los trámites establecidos en el *Decreto 2591 de 1991*, procedió la *A quo* a proferir sentencia de instancia en la cual no amparó los derechos fundamentales invocados por la señora Karol Marcela al considerar improcedente la presente acción de tutela, por cuanto dicho mecanismo no puede convertirse en una instancia adicional a través de la cual se desplacen los mecanismos ordinarios existentes para este tipo de conflictos, especialmente cuando la accionante ya ha iniciado los trámites ante la Superintendencia de Industria y Comercio y ante la Fiscalía General de la Nación, entidades a quienes les

N° Interno : 2020-0644-4
Sentencia de Tutela – 2ª Instancia.
Radicado : 05 615 31 04 001 2020 00034
Accionante : Karol Marcela Guerrero Meza
Accionadas : Superintendencia de Industria y Comercio y
otros

corresponde dar solución a este asunto, tal como ya se ha indicado, debiéndose considerar igualmente que la accionante puede además formular queja ante la Superintendencia Financiera para que esta entidad determine si existió negligencia o algún tipo de responsabilidad al otorgar el crédito y al aperturar la cuenta bancaria, procediendo a adoptar las medidas que dentro de su competencia estime pertinentes.

MOTIVOS DE IMPUGNACIÓN

Notificada de la sentencia de instancia, la señora KAROL MARCELA GUERRERO MEZA, impugnó lo decidido de manera oportuna, señalando que el 18 de mayo 2020 radicó una petición ante la Superintendencia de Industria y Comercio solicitando el amparo a su derecho fundamental al habeas data, con número 20129028 y hasta la fecha ya han pasado más de dos meses en calendario, superándose de tal forma los 15 días hábiles de los cuales dispone la entidad para emitir una respuesta de fondo. Sin embargo, advierte que pasadas 36 horas luego de su solicitud inicial, la Superintendencia aludida le informa que se dará apertura a una actuación contra las entidades accionadas, pero sin adoptar medidas preventivas orientadas a la protección de las garantías aludidas como la suspensión del reporte negativo, y habida cuenta que está en proceso la verificación del trámite fraudulento que la afectó.

N° Interno : 2020-0644-4
Sentencia de Tutela – 2ª Instancia.
Radicado : 05 615 31 04 001 2020 00034
Accionante : Karol Marcela Guerrero Meza
Accionadas : Superintendencia de Industria y Comercio y
otros

No comparte la respuesta ofrecida a ella por la empresa RAPICREDIT, proferida el 7 de mayo de 2020 y consistente en que para ofrecerle una mayor seguridad, procedió con el bloqueo en sus bases de datos para acceso a la plataforma y nueva solicitud de crédito; además, de efectuar medidas de bloqueo de publicidad como suspender el cobro de cartera y notificar a las centrales de riesgo DATACREDITO y TRANSUNION (CIFIN) que su proceso se encuentra en investigación, por lo cual una vez expedidas las órdenes por las autoridades competentes, procedería de inmediato a dar cumplimiento efectivo a fin de modificar la información negativa; medidas que solo se surtieron por un mes que venció el 7 de junio pasado, tiempo luego del cual siguen aumentando los intereses moratorios, cobros jurídicos y demás acreencias.

Insiste la accionante en haber agotado todos los mecanismos que tiene a su alcance para lograr cesar la afrenta a los derechos fundamentales invocados, incluso formuló la denuncia respectiva ante la Fiscalía General de la Nación, pero sigue soportando una carga injustificada, como ha sido considerado por la Corte Constitucional en sentencia T-746 de 2004, cuando señala que mantener a alguien reportado como deudor moroso a las centrales de riesgo hasta tanto la jurisdicción ordinaria se pronuncie al respecto, como lo sostienen los jueces constitucionales de instancia, resulta a juicio de dicha Corporación verdaderamente desproporcionado e irrazonable debido al grave perjuicio para sus derechos fundamentales.

N° Interno : 2020-0644-4
Sentencia de Tutela – 2ª Instancia.
Radicado : 05 615 31 04 001 2020 00034
Accionante : Karol Marcela Guerrero Meza
Accionadas : Superintendencia de Industria y Comercio y
otros

Señala que la empresa se equivoca al expresarle que es responsabilidad de los clientes implementar los controles de seguridad necesarios en sus equipos y redes privadas para su navegación hacia nuestros portales, y, por lo tanto, no se responsabilizan de cualquier consecuencia derivada del ingreso fraudulento por parte de terceros a la base de datos, ello por cuanto de esa manera se traslada la responsabilidad al usuario en aras de omitir su compromiso de proteger derechos constitucionales como el habeas data, por lo cual deduce que la compañía de créditos no ha cumplido protocolos mínimos de seguridad que permitan establecer la verdadera identidad de quienes solicitan sus servicios, pues si bien es cierto, cada persona debe velar por la protección de sus datos personales, también lo es que nunca fue necesario para la compañía de créditos realizar un mínimo control de seguridad frente a la veracidad de los datos aportados por los delincuentes.

Y prueba de lo expuesto es que nunca ha sido de su propiedad la línea telefónica registrada con el número 3168746236, utilizada por los delincuentes para dar apertura a la cuenta en el Banco BBVA, y por la Compañía de Créditos Rápidos S.A.S “Rapidcredit” NIT 900.564.668-4 para otorgar un crédito, trámite realizado mediante mensajes de datos. En ese orden de ideas, advierte la señora Karol Marcela, a su favor existe documento emitido por la empresa de telecomunicaciones TIGO, donde certifica que con su número de cédula 1144129058 de Cali, se registra la línea 3005063872, desde el 19 de julio de 2018, en estado activo y no presenta ningún tipo de restricción o bloqueo,

N° Interno : 2020-0644-4
Sentencia de Tutela – 2ª Instancia.
Radicado : 05 615 31 04 001 2020 00034
Accionante : Karol Marcela Guerrero Meza
Accionadas : Superintendencia de Industria y Comercio y
otros

lo cual evidencia claramente la falta de interés por las entidades accionadas de realizar una efectiva validación de datos del usuario solicitante, permitiendo que los delincuentes tramitaran una cuenta de ahorros y un crédito y así posteriormente verse afectado su derecho fundamental al buen nombre y habeas data.

También manifiesta que la ley 1581 de 2012 en su artículo 9º señala que sin perjuicio de las excepciones previstas en la ley, en el tratamiento de datos se requiere la autorización previa e informada del titular, la cual deberá ser obtenida por cualquier medio que pueda ser objeto de consulta posterior, frente a lo cual manifiesta la impugnante que la Compañía de Créditos Rápidos S.A.S “Rapidcredit”, nunca solicitó su consentimiento, tampoco efectuó una correcta notificación, previo al reporte negativo en la central de riesgos, pues de la presente situación apenas se percató al solicitar una tarjeta de crédito, enterándose que estaba reportada en las centrales de riesgo.

Tampoco comparte lo explicado por la misma entidad, que condiciona una decisión definitiva a la declaración por parte de un funcionario judicial de la existencia objetiva de una conducta punible, siendo lo cierto que la investigación de la Fiscalía puede extenderse por años, tiempo en el cual se incrementarían los intereses moratorios a más del riesgo de un proceso ejecutivo afflictivo de su patrimonio.

N° Interno : 2020-0644-4
Sentencia de Tutela – 2ª Instancia.
Radicado : 05 615 31 04 001 2020 00034
Accionante : Karol Marcela Guerrero Meza
Accionadas : Superintendencia de Industria y Comercio y
otros

Disiente así mismo de la respuesta suministrada por el banco BBVA, al indicarle que dentro de los protocolos de la entidad es necesario que se acerque a la oficina gestora, en este caso puntual Jamundí, Valle del Cauca, para solicitar manera personal la cancelación del saldo adeudado, cuando le precisó así mismo que el banco no ha sido notificado de la existencia de una conducta fraudulenta que haya afectado su patrimonio, pues lo pretendido con sus peticiones es que se elimine temporalmente la cuenta de ahorros online No. 0861-087583 que fue creada el día 02 de abril del año 2019, asociada a la Sucursal BBVA JAMUNDI-VALLE, por ser creada de manera fraudulenta.

No podría en efecto, desplazarse desde Rionegro, Antioquia, donde reside y ejerce su profesión como enfermera, a Jamundí, Valle, debido al estado de emergencia sanitaria que afecta al país.

Además refuta lo argumentado por ese mismo banco, en el sentido que la entidad debía confirmar la existencia de una conducta fraudulenta en esta oportunidad, pues considera que esa competencia es de la Fiscalía, razón por la cual presentó la respectiva denuncia a la cual le fue asignado el código único de investigación 056156099153202000160, lo cual aunado a las demás peticiones enarboladas a las entidades responsables, ya es suficiente para obtener alguna solución al inconveniente.

N° Interno : 2020-0644-4
Sentencia de Tutela – 2ª Instancia.
Radicado : 05 615 31 04 001 2020 00034
Accionante : Karol Marcela Guerrero Meza
Accionadas : Superintendencia de Industria y Comercio y
otros

Concluye en efecto que su pretensión no ha sido que un juez constitucional usurpe las funciones de la Fiscalía General de la Nación y la Superintendencia de Industria y Comercio, aclarando de ese modo que su interés se orienta a la protección de su derecho fundamental al habeas data y de petición, de modo tal que la Superintendencia aludida, de acuerdo a la ley 1581 de 2012, elimine temporal o parcialmente el reporte negativo causado injustamente a su buen nombre, de acuerdo a lo solicitado por ella el día 18 del mes de mayo 2020, tiempo desde el cual han transcurrido más de 47 días hábiles y más de dos meses en el calendario sin recibir una respuesta concreta, de fondo, acorde a derecho y la jurisprudencia.

Por todo lo expuesto, solicita el amparo a su derecho fundamental al buen nombre.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Al tenor de lo dispuesto por el artículo 1º, del decreto 1382 de 2000, es competente la Sala para conocer de la impugnación interpuesta en el caso a estudio.

Sería del caso entrar a decidir de fondo el asunto que convoca la atención de la Sala, si no fuera porque se observa una causal de nulidad que afecta la actuación surtida en primera instancia, en punto a que no se encuentra

debidamente integrado el contradictorio en la presente acción de amparo.

El Juez constitucional, como garante de los derechos fundamentales, en su afán de protección asignada desde la Constitución Política, no puede apartarse, en ningún momento, de los elementos integradores del debido proceso, enmarcado en el derecho a la defensa, y por lo mismo, no puede existir vacilación alguna cuando se trata de aplicar los procedimientos legales tendientes a indagar la realidad constitucional que presenta un determinado caso de tutela, debiendo convocar a todas las personas o autoridades públicas que puedan resultar implicadas y, por ende, resulten afectadas o comprometidas con la decisión.

Si bien en la presente actuación, originalmente figuran como accionados la COMPAÑÍA DE CRÉDITOS RÁPIDOS –RASICREDIT–, el Banco BBVA, Supermercados JUMBO y la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO, y como accionante la señora KAROL MARCELA GUERRERO MEZA, también lo es que lo pretendido por ella, se orienta a eliminar el reporte negativo que actualmente registra en las diferentes centrales de riesgo, revocar todo tipo de relación contractual y extracontractual con la empresa RASICREDIT y se cancele la cuenta de ahorros creada de manera fraudulenta en el banco BBVA, todo ello en razón a que, al parecer, alguien distinto a ella utilizó sus datos personales para contraer obligaciones crediticias de las cuales finalmente

no es titular.

Las entidades en sus respuestas han supeditado la solución del asunto a la comprobación de la existencia de una conducta punible que haya dado lugar al manejo fraudulento de los datos personales en cabeza de la señora Karol Marcela, actividad que en su criterio, está a cargo de la Fiscalía General de la Nación y en su momento valorada por el juez de conocimiento en ejercicio de sus facultades jurisdiccionales.

A partir de los elementos aportados por la accionante puede establecerse que, en efecto, presentó denuncia penal ante la Fiscalía 26 Local de Cali, Valle, por los delitos de Hurto y Estafa, actualmente en archivo provisional; así mismo, el 29 de enero de 2020, denunció ante la Unidad de Intervención Temprana de Entradas – Oriente, el delito de Falsedad en documento público en razón a los mismos hechos, indagación que hasta la fecha se encuentra activa, según lo informa la señora GUERREROMEZA.

Sin embargo, al interior de este contradictorio es desconocido cualquier pronunciamiento por parte de los delegados del ente investigador que permitan ubicar al juez constitucional frente al agotamiento de las herramientas que la parte actora, como presunta víctima, pudiera activar al interior de dicho escenario, por ejemplo, si en la Fiscalía 26 Local de Cali, fue dispuesto el archivo provisional de las diligencias, por

qué se omitieron otras medidas en favor de la afectada, como lo sería activar el artículo 22 de la ley 906 de 2004, alusivo al restablecimiento de sus derechos; interrogante que de igual manera podría formularse a la Unidad de Intervención Temprana de Entradas en el municipio de Rionegro, Antioquia.

De cara a los anteriores planteamientos, es necesario precisar que el contradictorio se halla incompleto, pues resulta ineludible vincular a la *FISCALÍA 26 LOCAL DE CALI, VALLE* y a la *UNIDAD DE INTERVENCIÓN TEMPRANA DE ENTRADAS ORIENTE- RIONEGRO*, así como a las entidades CIFIN y DATACRÉDITO, encargadas de administrar la información frente a la cual precisamente está inconforme la señora Karol Marcela.

Por lo tanto, en el actual estado de la actuación procesal, se hace imprescindible la declaratoria de nulidad, como lo ha manifestado la H. Corte Constitucional en el Auto 156A del 25 de julio de 2013, M.P. GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO:

*“Habrá casos en que el pronunciamiento judicial al cual tiende el ejercicio de **la correspondiente pretensión procesal, por su naturaleza o por disposición legal, no puede adoptarse sin que concurren al proceso todas las personas que son titulares de las relaciones jurídicas o han intervenido en los actos sobre los cuales versa la controversia.** La necesidad de un pronunciamiento uniforme y con efectos concretos sobre la totalidad de dichos sujetos impone su concurrencia al respectivo proceso. En estos eventos **el juez no puede proveer sobre la demanda y decidir sobre la pretensión sin que todos los sujetos activos y pasivos de la relación procesal hayan sido citados e intervengan en el proceso.** La necesidad de la participación de dichos sujetos se torna en algo que es consustancial con el principio*

*de la integración del contradictorio. La omisión de la integración del litisconsorcio, conllevó una flagrante violación del derecho al debido proceso. **La falta de integración de litisconsorcio también significó un desconocimiento de principios esenciales del ordenamiento constitucional, como son: la justicia, la vigencia de un orden justo, y la eficiencia y la eficacia de las decisiones judiciales...**¹*

“...se está ante un litisconsorcio necesario, que debe integrarse: a) al momento de formular la demanda, dirigiéndola contra todos los litisconsortes; b) si así no se hiciera, el juez, en el auto que admite la demanda, ordenará dar traslado de ésta a quienes falten para integrar el contradictorio; c) en caso de no haberse ordenado el traslado al admitirse la demanda, el juez dispondrá la citación de los litisconsortes, de oficio o a petición de parte, mientras no se haya dictado sentencia de primera instancia”².

En este orden de ideas, las decisiones que se adopten en el presente proceso, podrían estar viciadas de nulidad, en tanto vulneran el debido proceso y derecho de defensa de la *FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, CIFIN y DATA CREDITO*, como entidades que pudiesen verse afectadas con la decisión que tome el juez de tutela.

Así pues, con fundamento en lo dispuesto por el artículo 133, numeral 8° del Código General del Proceso (L.1564/2012), lo procedente en este caso es decretar la nulidad del procedimiento adelantado a partir del auto fechado el *13 de julio de 2020*, a través del cual, el Juzgado Primero Penal del Circuito de Rionegro, Antioquia, admitió la demanda de tutela presentada por

¹ Sentencia T-056 de 6 de febrero de 1997. M.P. Antonio Barrera Carbonell

² Sentencia T-289 de 5 de julio de 1995. M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz

KAROL MARCELA GUERRERO MEZA dejando a salvo las pruebas legalmente recaudadas.³

En su lugar, se dispondrá la devolución del expediente al Juzgado de origen para que integre en debida forma el contradictorio y adopte la decisión que en derecho corresponda.

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

RESUELVE

PRIMERO: DECRETAR LA NULIDAD de lo actuado, a partir del auto admisorio de la demanda, inclusive, a fin de que se vincule el *FISCALÍA 26 LOCAL DE CALI, VALLE*, la *UNIDAD DE INTERVENCIÓN TEMPRANA DE ENTRADAS ORIENTE- RIONEGRO, CIFIN y DATACRÉDITO*, en el proceso de tutela donde figura como accionante *KAROL MARCELA GUERRERO MEZA*, manteniéndose

³ [13: «Artículo 133. Causales de nulidad. El proceso es nulo, en todo o en parte, solamente en los siguientes casos: [...] 8. Cuando no se practica en legal forma la notificación del auto admisorio de la demanda a personas determinadas, o el emplazamiento de las demás personas aunque sean indeterminadas, que deban ser citadas como partes, o de aquellas que deban suceder en el proceso a cualquiera de las partes, cuando la ley así lo ordena, o no se cita en debida forma al Ministerio Público o a cualquier otra persona o entidad que de acuerdo con la ley debió ser citado».]

N° Interno : 2020-0644-4
Sentencia de Tutela – 2ª Instancia.
Radicado : 05 615 31 04 001 2020 00034
Accionante : Karol Marcela Guerrero Meza
Accionadas : Superintendencia de Industria y Comercio y
otros

incólume los descargos brindados por las entidades que así lo hicieron.

De igual forma, **SE DISPONE** que por Secretaría de la Sala se proceda a comunicar a las partes la presente decisión de segundo grado una vez lo cual se dispondrá la devolución del expediente al Juzgado de origen para que integre en debida forma el contradictorio y adopte la decisión que en derecho corresponda.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

LOS MAGISTRADOS,

PLINIO MENDIETA PACHECO

RENÉ MOLINA CÁRDENAS

GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME

Auto interlocutorio de Segunda Instancia ley 906 de 2004

Acusado: Emma Gil Gallego

Delito: Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes y otro

Radicado: 05001 60 00000 2019 01467

(N.I.2020-0693-5)



TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA DE DECISIÓN PENAL

Medellín, veintisiete (27) de agosto de dos mil veinte

Magistrado Ponente:
RENÉ MOLINA CÁRDENAS

Aprobado en Acta 79 de la fecha

Proceso	Auto Interlocutorio
Sistema	Ley 906 de 2004
Instancia	Segunda
Apelante	Fiscalía y defensa
Tema	Preacuerdos. Proporcionalidad de la rebaja. Criterios jurisprudenciales.
Radicado	05001 60 00000 2019 01467 (N.I TSA 2020-00693-5)
Decisión	Confirma decisión de primera instancia

ASUNTO A TRATAR

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía y la Defensa contra del auto del 5 de agosto de 2020, que no aprobó el acuerdo dentro del proceso que se viene adelantando en el Juzgado Promiscuo del Circuito de Cisneros Antioquia en contra de EMMA GIL GALLEGO.

Auto interlocutorio de Segunda Instancia ley 906 de 2004

Acusado: Emma Gil Gallego

Delito: Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes y otro

Radicado: 05001 60 00000 2019 01467

(N.I2020-0693-5)

Es competente la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Antioquia, de conformidad con lo previsto en el numeral 1 del artículo 34 de la ley 906 de 2004.

HECHOS

El 16 de octubre de 2019 en un inmueble ubicado en el municipio de San Roque-Antioquia zona urbana del sector El Reposo distinguido con el contador 125300, la señora EMMA GIL GALLEGO tenía en un closet de madera un revolver calibre 38 largo, sin permiso legal.

En otra habitación del inmueble se encontró sustancia estupefaciente positiva para cannabis y sus derivados con un peso neto de 31 gramos.

ACTUACIÓN PROCESAL

EMMA GIL GALLEGO fue acusada como presunta autora de las conductas punibles de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes y fabricación, en la modalidad de conservar y tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones en la modalidad de tener.

En desarrollo de la audiencia preparatoria, la fiscalía afirmó que llegaron a un preacuerdo con la procesada y su defensor, que consiste en que EMMA GIL GALLEGO acepta su responsabilidad en calidad de autora de los delitos por lo que se le formuló acusación, pero por vía de preacuerdo se pacta la pena como si fuera cómplice.

La pena a imponer sería la sanción mínima del delito de armas, esto es 108 meses más 1 mes por el delito de estupefacientes dada la poca cantidad

Auto interlocutorio de Segunda Instancia ley 906 de 2004

Acusado: Emma Gil Gallego

Delito: Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes y otro

Radicado: 05001 60 00000 2019 01467

(N.I2020-0693-5)

de sustancia encontrada, menos el 50% de la pena de acuerdo con el artículo 30 del C.P. para un total de 54.5 meses de prisión.

La Juez no aprobó el preacuerdo. Adujo que aunque el convenio realizado por las partes es legal, de acuerdo con la sentencia 52.227 de la Corte Suprema de Justicia, la rebaja de la pena debe atender al momento procesal en el que se lleva a cabo el acuerdo y como este proceso está en la fase de la audiencia preparatoria, la rebaja a la que podría acceder la acusada es de la tercera parte de la pena y no de la mitad¹.

IMPUGNACIÓN

En contra de esta decisión las partes interpusieron recurso de apelación con la finalidad que se revoque la decisión de no aprobar el preacuerdo.

La Fiscalía.

Se equivoca la juez porque la rebaja de una tercera parte de la pena se aplicaría en este proceso si la acusada se hubiera allanado a los cargos, pero las partes realizaron un preacuerdo válido donde EMMA GIL acepta su responsabilidad como autora de los delitos imputados, pero para efectos del preacuerdo se pacta la pena como si fuera cómplice. El preacuerdo no vulnera derechos ni garantías fundamentales y la pena pactada es proporcional.

La Defensa

Respaldó la sustentación de la Fiscalía y pidió que se le respeten a su cliente los derechos y garantías procesales que le permiten beneficiarse con un preacuerdo celebrado legalmente.

¹ Registro de audio del 5 de agosto de 2020 minuto 1:28:00 y ss.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Se determinará si fue correcta la decisión de la Juez de no aprobar el acuerdo puesto a su consideración. La Sala anuncia desde ya que confirmará el auto. Las razones son las siguientes:

La modalidad de preacuerdo celebrada por las partes fue analizada por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en reciente pronunciamiento². Se trata de la posibilidad de valerse de normas penales no aplicables al caso, con el solo propósito de establecer el monto de la rebaja a que accederá el procesado en virtud de preacuerdo.

Explica la Corte en relación con esta modalidad de preacuerdo que:

“(i) las partes no pretenden que el juez le imprima a los hechos una calificación jurídica que no corresponde, tal y como sucede en la modalidad de acuerdo referida en el párrafo precedente; (ii) así, a la luz de los ejemplos anteriores, el autor es condenado como tal, y no como cómplice, y no se declara probado que el procesado actuó bajo la circunstancia de menor punibilidad –sin base fáctica-; (iii) la alusión a una calificación jurídica que no corresponde solo se orienta a establecer el monto de la pena, esto es, se le condena en calidad de autor, pero se le asigna la pena del cómplice –para continuar con el mismo ejemplo-; (iv) **el principal límite de esta modalidad de acuerdo está representado en la proporcionalidad de la rebaja**, según las reglas analizadas a lo largo de este proveído y que serán resumidas en el siguiente párrafo; y (v) las partes deben expresar con total claridad los alcances del beneficio concedido en virtud del acuerdo, especialmente lo que atañe a los subrogados penales.”

² Corte Suprema de Justicia, sentencia de casación 52.227 del 24 de junio de 2020 M.P. Patricia Salazar Cuéllar.

En punto de la proporcionalidad la Corte fijó unos criterios para determinarla:

“ (i) **el momento de la actuación en el que se realiza el acuerdo, según las pautas establecidas por el legislador;** (ii) el daño infligido a las víctimas y la reparación del mismo, (iii) el arrepentimiento del procesado, lo que incluye su actitud frente a los beneficios económicos y de todo orden derivados del delito; (iv) su colaboración para el esclarecimiento de los hechos, y (iv) el suministro de información para lograr el procesamiento de otros autores o partícipes, para lo que debe abordarse sistemáticamente el ordenamiento jurídico, en orden a establecer en qué eventos se justifican las mayores rebajas o beneficios.”

Como la negociación en este caso se produjo en la audiencia preparatoria es cierto que el acuerdo debe atender este criterio para fijar el monto de la rebaja. Según el artículo 352 del C.P.P la rebaja de la pena que se puede conceder vía preacuerdo en este momento procesal es de la tercera parte de la pena.

En atención a que no se pusieron de presente circunstancias adicionales que permitieran ir más allá de esta rebaja de conformidad con los criterios que regulan la proporcionalidad de la rebaja para este tipo de preacuerdos, la rebaja propuesta en el acuerdo no podrá ser acogida. Una precisión final: la rebaja eventualmente pueda exceder la tercera parte. Es posible que la rebaja sea mayor si se justifica con el cumplimiento de cualquier otro de los criterios de proporcionalidad enunciados por la Corte u otros que sean relevantes en el caso. La Jurisprudencia dejó claro que los criterios no tienen carácter taxativo ya que la rebaja puede atender otras pautas que incidan en su monto.

La decisión de la Juez fue correcta de conformidad con los criterios expuestos, en tanto que la rebaja no atendió la única pauta de proporcionalidad evidenciada en este asunto: que el acuerdo se presentó

Auto interlocutorio de Segunda Instancia ley 906 de 2004

Acusado: Emma Gil Gallego

Delito: Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes y otro

Radicado: 05001 60 00000 2019 01467

(N.I2020-0693-5)

al iniciar la audiencia preparatoria. En estas condiciones se confirmará la decisión apelada.

No sobra anotar que en el evento de que se llegue a una nueva negociación la Juez debe verificar el mínimo probatorio en punto de tipicidad en relación con el delito de estupefacientes.

Finalmente, cabe advertir que en virtud del artículo segundo del acuerdo PCSJA20-11518 de 16 de marzo de 2020, prorrogado, la rotación de esta ponencia a la Sala de decisión se realiza de manera virtual a través del correo institucional des05sptsant@cendoj.ramajudicial.gov.co; y su aprobación se efectúa de acuerdo con la aceptación del contenido del auto por cada uno de los revisores por medio de sus correos oficiales.

En mérito de lo expuesto, **EL TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA**, en Sala de Decisión Penal,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la decisión apelada.

Contra esta decisión no proceden recursos.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

RENÉ MOLINA CÁRDENAS

Magistrado

GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME

Magistrado

Auto interlocutorio de Segunda Instancia ley 906 de 2004

Acusado: Emma Gil Gallego

Delito: Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes y otro

Radicado: 05001 60 00000 2019 01467

(N.I2020-0693-5)

EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA

Magistrado

Firmado Por:

RENE MOLINA CARDENAS

MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL

TRIBUNAL SUPERIOR SALA 006 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:

e4aac6be41db97ab06220bc2d5fcacc0f0dd19865e9b6a5bdd26f8c7a249f039

Documento generado en 27/08/2020 09:41:44 a.m.

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

Medellín, veintisiete (27) de agosto de dos mil veinte (2020)

Radicado : 2019-1476-4
Auto (Ley 906) - 2ª Instancia.
C.U.I. : 05 579 60 00363 2018 00139
Acusados : Marlon Jair Vides Rugeles
Delito : Constreñimiento ilegal
Decisión : Confirma

Proyecto discutido y aprobado en sesión virtual del 27
de agosto de 2020 Acta N° 071

M.P. PLINIO MENDIETA PACHECO

1. ASUNTO

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación que interpusiera el representante de víctimas frente a la decisión proferida por el *Juzgado Penal del Circuito de Puerto Berrío, Antioquia*, el día 7 de noviembre de 2019, a través de la cual no anuló la actuación desde la audiencia de formulación de imputación

Radicado : 2018-1415-4
Sentencia (Ley 906) - 2ª Instancia.
C.U.I. : 0561560002952016-01408
Acusados : Guillermo León Ramírez González.
Delito : Acoso sexual agravado

dentro del proceso adelantado contra el señor MARLON JAIR VIDES RUGELES por el delito de Constreñimiento ilegal.

2. LOS HECHOS

Según se extracta del escrito de acusación presentado por la Fiscalía,

“Se tiene como fecha de inicio de los hechos a finales del año 2017 e inicios de 2018 los cuales ocurrieron en el municipio de Puerto Berrío – Antioquia, lapso en el que el señor MARLON JAIR VIDES RUGELES realizando llamadas vía celular (desde el número 3044546575) y mensajes por WatsApp a la joven DIANA CATALINA TOBÓN BEDOYA, víctima del injusto, le enviaba fotografías y videos con contenido sexual en el que estaba ella como protagonista, siendo utilizados para constreñirla con fines de que ella volviera a sostener relaciones sexuales con él, es decir, con MARLON JAIR, que de lo contrario serían mostradas al novio de la víctima, señor CARLOS ALBERTO SALAZAR, así las cosas para entre el 24 y 25 de enero de 2018, efectivamente ante las amenazas la joven DIANA CATALINA sostuvo relaciones sexuales con MARLON JAIR cediendo a sus pretensiones.”

3. RESUMEN DE LO ACTUADO

El 23 de enero de 2019, ante el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Puerto Berrío, Antioquia, se llevó a cabo la audiencia preliminar de formulación de imputación en la que el ente acusador le atribuyó al señor Marlon Jair el delito de *Constreñimiento ilegal*, sin que éste se allanara a los cargos.

Radicado : 2018-1415-4
Sentencia (Ley 906) - 2ª Instancia.
C.U.I. : 0561560002952016-01408
Acusados : Guillermo León Ramírez González.
Delito : Acoso sexual agravado

Finalmente, el juez de control de garantías no impuso medida de aseguramiento porque no se cumplían los respectivos fines constitucionales sustentados por la Fiscalía.

El 12 de abril de 2019, fue presentada la acusación ante el Juzgado Penal del Circuito de Puerto Berrío, Antioquia, y la audiencia respectiva aconteció el 7 de noviembre de 2019, actuación procesal en que Fiscalía y defensa no formularon observaciones en desarrollo del artículo 339 de la ley procesal penal, como sí lo hiciera el representante de la víctima al considerar que se hacía necesario anular la actuación desde la audiencia de formulación de imputación bajo el argumento que la conducta delictiva configurada no es la de Constreñimiento ilegal sino la de Acceso carnal violento.

En ampliación de su crítica, advierte que los derechos de su representada en calidad de víctima de la conducta delictiva desplegada por Vides Rugeles, están siendo conculcados con ocasión de la acusación elevada por la Fiscalía General de la Nación, de ahí que sea aplicable el remedio procesal regulado en el artículo 457 ibídem, toda vez que lo esbozado fácticamente no refiere a un constreñimiento ilegal sino a la configuración de elementos como la violencia psicológica sobre la joven de 17 años, Diana Catalina Tobón Bedoya, determinantes para que ella accediera a tener relaciones sexuales con su agresor quien la llamaba y le exigía dicho comportamiento a cambio de no publicar y exhibir a su actual novio, unas fotos y videos de contenido erótico en los que participaron Catalina y Marlon Jair.

Radicado : 2018-1415-4
Sentencia (Ley 906) - 2ª Instancia.
C.U.I. : 0561560002952016-01408
Acusados : Guillermo León Ramírez González.
Delito : Acoso sexual agravado

Señala en efecto, que la citada joven para evitarlo, accedió a las propuestas de Marlon Jair, lo cual no aconteció en ejercicio de su voluntad sino coaccionada y por ende violentada psicológicamente por temor a la publicidad de las imágenes que comprometían su integridad, detallando que a partir del primer encuentro sexual producto de la conducta delictiva del procesado, éste de manera clandestina grabó de nuevo dicho encuentro lo cual le permitió valerse de esas nuevas imágenes para amedrentarla una vez más a fin de que accediera a un segundo encuentro sexual.

Insiste en que la violencia configurada en el particular respecto de la joven Catalina, fue de índole psicológico y determinó que ella sostuviera relaciones sexuales con Marlon Jair Vides Rugeles, lo que no se compadece con una sanción penal como la fijada para el delito de Constreñimiento ilegal imputado por la Fiscalía.

De ahí que solicita el apoderado de la víctima la nulidad de lo actuado desde la formulación de la imputación respectiva.

4. DE LA DECISIÓN IMPUGNADA

El señor juez considera que lo pretendido por el señor representante de víctimas, desarmoniza con lo presupuestado por el legislador en cuanto a la oportunidad y el procedimiento para subsanar el yerro aducido, reseñando que en cuanto al escrito de acusación, ha dispuesto en el artículo 339 del estatuto procedimental penal, la posibilidad que las partes e

Radicado : 2018-1415-4
Sentencia (Ley 906) - 2ª Instancia.
C.U.I. : 0561560002952016-01408
Acusados : Guillermo León Ramírez González.
Delito : Acoso sexual agravado

intervinientes hagan observaciones al escrito de acusación, de las cuales se le da traslado al ente acusador para que bien las acoja o bien las deseche; adicionalmente la misma norma habilita un espacio para que el fiscal delegado haga las correcciones modificaciones, aclaraciones, a su escrito de acusación y ello, dice, tiene una razón de ser, y es que el acto de comunicación de la formulación de imputación tiene un carácter provisional en lo atinente a la calificación jurídica que del comportamiento haga la Fiscalía en sede de la audiencia preliminar y ello es así dado que para esa instancia procesal la investigación está en una etapa primigenia en la cual, antes de finiquitar el término para radicarse el escrito de acusación la Fiscalía bien puede ahondar en actos de investigación que permitirían recaudar otra información para readecuar la calificación jurídica de la conducta, lo cual puede efectuarse incluso después de radicado el escrito de acusación, en audiencia de formulación de acusación.

Refiere en ese orden de ideas, a la sentencia radicado 51007 del 5 de junio del año 2019, de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en la que se hizo énfasis respecto de lo que podría variar entre la imputación y la acusación, y a partir de ello significa que la formulación de imputación puede sufrir alteraciones al momento de la formulación de acusación, bien por iniciativa propia de la Fiscalía o bien por las observaciones que hagan las partes e intervinientes, y esas modificaciones pueden darse en la calificación jurídica del comportamiento.

Desde esa perspectiva, estima el A quo que los hechos también pueden sufrir algunas alteraciones, pero esas

Radicado : 2018-1415-4
Sentencia (Ley 906) - 2ª Instancia.
C.U.I. : 0561560002952016-01408
Acusados : Guillermo León Ramírez González.
Delito : Acoso sexual agravado

alteraciones no pueden ser gravosas ni deducir delitos novedosos ni circunstancias de agravación punitiva, entre otros, y al respecto la jurisprudencia ha permitido que se hagan algunas modificaciones no sustanciales de esos hechos, y para lo que interesa, considera suficiente indicar que en la audiencia de formulación de acusación, bien podría la señora fiscal acatar la observación del señor representante de víctimas y hacer una readecuación jurídica del comportamiento atribuido desde la imputación, sin que los hechos sufran ninguna alteración en garantía del derecho de defensa del procesado; es por esa vía que lograría solucionarse la inconformidad del abogado interviniente, más no, considera, por la senda del instituto de las nulidades, máxime cuando el escrito de acusación como tal no es susceptible de invalidar y mucho menos sería posible retrotraer la actuación hasta la formulación de imputación.

Aclara en todo caso que las observaciones esbozadas por el apoderado de las víctimas no es vinculante, toda vez que la Fiscalía es a quien atañe la titularidad de la acción penal y por ende la tipificación de los delitos, lo cual no quiere decir que se desconozca a los afectados con el delito porque el ente instructor está llamado a velar de igual manera por las garantías fundamentales de dichos intervinientes, lo cual también podría obedecer a la entrega de elementos materiales probatorios útiles para el esclarecimiento de los hechos.

Pone de presente además, que la señora Fiscal ha sido clara en su intervención al señalar que no tiene elementos materiales probatorios, evidencia física que la lleven a adecuar el

Radicado : 2018-1415-4
Sentencia (Ley 906) - 2ª Instancia.
C.U.I. : 0561560002952016-01408
Acusados : Guillermo León Ramírez González.
Delito : Acoso sexual agravado

comportamiento reprochado a Marlon Jair de manera distinta a como fue imputado y a como se pretende acusar, y en caso de tratarse de una formulación de acusación mal hecha, las consecuencias las tendrá que asumir la Fiscalía al final de proceso, y por ende, ello no le corresponde al Juez, ni a las partes, ni a los intervinientes, como tampoco el juzgado tiene la facultad de obligar al ente investigador para adecuar la conducta de forma determinada, de ahí que el control que tiene a su cargo tal calidad es meramente formal.

Y con todo, considera la judicatura que no hay lugar a la nulidad invocada por el apoderado, en primer lugar porque no satisface los principios que la rigen y además, porque si bien se invoca en esta oportunidad el artículo 457 que de manera taxativa trae como una causal de nulidad la violación al derecho de defensa o debido proceso, a ello no hay lugar si se tiene en cuenta que la acusación, como se dijo, es un acto de parte donde la Fiscalía es responsable de la adecuación jurídica que hizo desde la imputación, por manera que con base en lo expuesto, el juez de conocimiento negó la solicitud elevada por el apoderado de la víctima.

FUNDAMENTOS DE LA ALZADA

REPRESENTANTE DE VÍCTIMAS:

Recaba en que sí debe ser anulado el proceso desde la audiencia de formulación de imputación porque ha sido afectado el derecho fundamental al debido proceso y más concretamente el principio de legalidad, y para ello invoca la ley

1257 de 2008, en la cual una vez más es establecido que las víctimas tienen derecho a la verdad, justicia y reparación.

Apoya la apreciación del juez de conocimiento en el sentido que la Fiscalía debe salvaguardar las garantías fundamentales de las víctimas y por lo tanto, debe actuar en forma armónica para preservarlas, lo cual puede materializarse con una adecuación razonable de la conducta punible, sin embargo, considera que ello no sucede en esta oportunidad, partiendo del hecho que ni siquiera en el escrito de acusación existe un espacio donde hayan sido relacionados los datos de la víctima, y solo tuvo la oportunidad de asistir a la presente actuación por la citación que realizara el despacho de conocimiento, toda vez que en los hechos se encontraba involucrada una menor de edad.

Advierte en ese orden de ideas que la víctima no fue citada a la audiencia de imputación, y la Fiscalía solo se conformó con su primera entrevista sin procurar la consecución de otros elementos materiales probatorios y mucho menos establecer un contacto desde las audiencias preliminares con la parte afectada.

Considera que lo sucedido en concreto alude a una violación y en esas condiciones no se podría estar contemplando una pena tan irrisoria como la señalada para el delito de Constreñimiento ilegal, sin compartir los dichos del fiscal en el sentido que no cuenta con más elementos para soportar su alegación de culpabilidad por una conducta criminal diferente, pues sí está convencido que existen otras evidencias que estructuran la conducta punible más grave.

Radicado : 2018-1415-4
Sentencia (Ley 906) - 2ª Instancia.
C.U.I. : 0561560002952016-01408
Acusados : Guillermo León Ramírez González.
Delito : Acoso sexual agravado

De otro lado, considera que es el momento propicio para invocar la nulidad como lo ha hecho, porque el momento de las observaciones conforme al artículo 339 del código de procedimiento penal es diferente al señalado para formular las observaciones al escrito de acusación, e insiste en que la imputación elaborada por la Fiscalía desconoce el núcleo fáctico que la estructura y de paso se vulneran garantías fundamentales de la víctima, como lo es su derecho a la reparación.

En consecuencia, solicita la nulidad de lo actuado desde la audiencia de imputación.

NO RECURRENTES:

FISCALÍA:

Advierte que la nulidad invocada por el recurrente no es el instrumento idóneo en esta oportunidad para atacar la acusación de la Fiscalía, pues bien pudo apoyarse en las observaciones que el artículo 339 de la ley procesal penal, permite efectuar al escrito de acusación en el momento propicio, así analizaría el ente investigador si hay lugar a una calificación jurídica distinta.

En todo caso, dice, *“en aras de responder como no recurrente se abstiene entonces en estas circunstancias en aras de verificar algún tipo de circunstancia que permitiera luego modificar ese escrito de acusación, se abstiene entonces de*

pronunciarse por lo dicho por el defensor de víctimas y acatará lo pertinente.”

DEFENSA:

Recuerda que un acto de parte como es el escrito de acusación no es susceptible de nulidad, como ha sido decantado por la jurisprudencia, cuyos pronunciamientos son enfáticos en la potestad que tiene la Fiscalía para adecuar típicamente las conductas penalmente relevantes.

Así mismo, señaló que el señor apoderado de la víctima ya trae un argumento novedoso en su argumentación, alusivo a no haber sido citado desde las audiencias preliminares y no obstante recuerda que al señor juez se le ha revestido de la posibilidad de ejercer un control formal sobre la acusación, no material.

De otro lado, reliva que en el caso examinado ni siquiera ha sido verbalizado el escrito de acusación por la Fiscalía, y de igual manera, que serán las pruebas practicadas en juicio las que podrán respaldar los supuestos de hecho elaborados por la delegada del ente acusador.

En ese sentido, solicita la confirmación de lo decidido por el juez A quo.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Radicado : 2018-1415-4
Sentencia (Ley 906) - 2ª Instancia.
C.U.I. : 0561560002952016-01408
Acusados : Guillermo León Ramírez González.
Delito : Acoso sexual agravado

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

Concita el interés de la Sala determinar si como lo pretende el representante de la víctima, el Juez de conocimiento debería anular lo actuado desde la audiencia de imputación, al considerar que de acuerdo a la base fáctica presentada desde ese estadio procesal, al señor Marlon Jair Vides Rugeles debió atribuírsele el punible que comporta el elemento de violencia moral sobre la víctima, es decir, el de acceso carnal violento y no el de Constreñimiento ilegal.

De cara al tópico planteado puede advertirse desde ya, que no le era permitido al censor buscar el saneamiento del proceso escudado en una causal de nulidad sin atender el principio de residualidad, dado que al interior de la audiencia de formulación de acusación aún queda por dilucidar el acápite alusivo a las observaciones al escrito respectivo, dentro de las cuales, y bajo la dirección del Juez, bien puede exponer sus críticas en tal sentido.

En efecto, y para lo que aquí interesa, la H. Corte Suprema de Justicia, en decisión del 5 de octubre de 2016, radicado 45.594, que guarda armonía con providencias ulteriores como la dictada bajo radicación 51.007 del 5 de junio de 2019,

respecto a la facultad residual y excepcional que asiste al juez de conocimiento en punto al control de diversos aspectos, incluyendo la tipificación de los hechos con trascendencia jurídica, explicó que tiene lugar de manera más significativa, sustancial y relevante frente a la vulneración de los derechos fundamentales de quienes concurren al proceso penal:

“(…)

*[...] La ley y la jurisprudencia han decantado igualmente que, a modo de **única excepción, al juez, bien oficiosamente, bien a solicitud de parte, le es permitido adentrarse en el estudio de aspectos sustanciales, materiales, de la acusación, que incluyen la tipificación del comportamiento, cuando se trata de violaciones a derechos fundamentales.***

Es claro que esa permisión excepcional parte del deber judicial de ejercer un control constitucional que ampare las garantías fundamentales.

La transgresión de esos derechos superiores debe surgir y estar acreditada probatoriamente, de manera manifiesta, patente, evidente, porque lo que no puede suceder es que, como sucedió en el caso estudiado, se eleve a categoría de vulneración de garantías constitucionales, una simple opinión contraria, una valoración distinta que, para imponerla, se nomina como irregularidad sustancial insubsanable, por el prurito de que el Ministerio Público y/o el superior funcional razonan diferente o mejor.”(Subrayas del Despacho)

En ese orden, al no resultar procedente la intervención anticipada del funcionario de conocimiento en punto a la valoración probatoria de la adecuación típica de la conducta hecha por la Fiscalía desde la misma audiencia preliminar, como lo pretende el apoderado de la víctima al solicitar la nulidad, será entonces en las fases subsiguientes de la audiencia de formulación de acusación, como en acápites anteriores se anunciara, donde podrá tener cabida el debate planteado por el impugnante, con la intervención activa del Juez de conocimiento,

Radicado : 2018-1415-4
Sentencia (Ley 906) - 2ª Instancia.
C.U.I. : 0561560002952016-01408
Acusados : Guillermo León Ramírez González.
Delito : Acoso sexual agravado

quien de acuerdo a la aludida decisión con radicado 51.007 del 5 de junio de 2019 y ante la eventual vulneración de derechos fundamentales, podría excepcionalmente incidir en el análisis de aspectos sustanciales de la acusación, incluyendo la tipificación que se hiciera del comportamiento investigado en el punible del Constreñimiento ilegal.

Es decir, en la referida etapa de la acusación atañe a la Fiscalía el deber de responder a los interrogantes del representante de la víctima, cuyas críticas serían asumidas como observaciones al acto de parte, y la delegada del ente instructor bien podría anunciar la variación en la calificación jurídica de la conducta inicialmente imputada *-Constreñimiento ilegal-*, pero también podría insistir en mantenerla en la acusación, frente a lo cual el juez tiene la misión de ejercer el debido control, y de considerar que la adecuación típica sostenida por el ente acusador no corresponde a la realidad fáctica relatada, al dejar de lado el contexto de violencia sexual que proyecta, vulnerando de paso los derechos fundamentales de la parte afectada, una mujer menor de edad, bien puede advertir y poner de presente a la representante de la Fiscalía esa situación, para así dar cumplimiento a la sentencia SU479 de 2019, recordada igualmente en sentencia SP2073-2020 (52227), en que la H. Corte Constitucional hizo énfasis en las obligaciones del Estado frente a las personas especialmente vulnerables.

Temática que de igual manera fue dilucidada recientemente en sentencia del 20 de mayo de 2020, radicado 55406, a través de la cual la Sala de Casación Penal, alude al enfoque de género que debe guiar los procesos judiciales

asociados a la violencia física, psicológica, económica o de cualquier otra índole, ejercida en contra de las mujeres dentro o fuera del ámbito familiar:

“2.1. La Corte Constitucional, ha analizado la «obligación de abordar con enfoque o perspectiva de género los procesos judiciales atinentes o asociados a la violencia física, psicológica, económica o de cualquier otra índole, ejercida en contra de las mujeres dentro o fuera del ámbito familiar», precisando que su cumplimiento debe buscar realización más allá del «plano nominal o formal, pues su relevancia práctica depende de las acciones concretas que se realicen para cumplir el objetivo de erradicar todas las expresiones de violencia de género, que constituye el propósito central de varios tratados internacionales sobre derechos humanos suscritos por Colombia.»

[7: Sentencias T-012 de 2016, T-027 de 2017, T-514 de 2017, T-462 de 2018, entre muchas más.][8: «1 Aunque es claro que este enfoque también puede predicarse frente a otros grupos sociales, tal y como se ha resaltado en la jurisprudencia relacionada en este apartado.»][9: CSJ SP4135-2019, 1 oct. 2019, rad. 52394, entre otras decisiones.][10: Ídem.]”

Así las cosas, la decisión de primer grado se confirmará, bajo los argumentos aquí planteados, sin que sobre recordar que en razón al carácter progresivo de la actuación de cara a los hechos descritos desde la imputación, la Fiscalía puede efectuar modificaciones desde la óptica jurídica favorables o desfavorables al procesado siempre y cuando sea respetada su consonancia fáctica desde la primigenia audiencia, en términos de la tan mencionada sentencia con radicado 51.007.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA, EN SALA DE DECISIÓN**

Radicado : 2018-1415-4
Sentencia (Ley 906) - 2ª Instancia.
C.U.I. : 0561560002952016-01408
Acusados : Guillermo León Ramírez González.
Delito : Acoso sexual agravado

PENAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la decisión proferida por el *Juzgado Penal del Circuito de Puerto Berrío, Antioquia*, el día 7 de noviembre de 2019, a través de la cual denegó la solicitud de nulidad de la actuación desde la audiencia de formulación de imputación, presentada por el representante de víctimas al interior del proceso adelantado contra el señor MARLON JAIR VIDES RUGELES por el delito de Constreñimiento ilegal; lo anterior, por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SE NOTIFICA en estrados la presente decisión de segundo grado, advirtiéndose que contra la misma no procede recurso alguno.

SE DISPONE retornar las diligencias al Juzgado de origen a fin de que se dé cumplimiento a lo aquí decidido.

CÚMPLASE.

LOS MAGISTRADOS,

Radicado : 2018-1415-4
Sentencia (Ley 906) - 2ª Instancia.
C.U.I. : 0561560002952016-01408
Acusados : Guillermo León Ramírez González.
Delito : Acoso sexual agravado

PLINIO MENDIETA PACHECO

RENÉ MOLINA CÁRDENAS

GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME

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

Medellín, veintisiete (27) de agosto de dos mil veinte (2020)

Radicado : 2020-0736-4
Impedimento - Ley 906.
CUI : 05 113 609 9135 2019 80000
Acusado : Stiven Dayanne Mestra Hernández
Delito : Acceso carnal abusivo con menor de
14 años
Decisión : Se abstiene

Proyecto discutido y aprobado en sesión virtual de la
fecha. Acta N°. 071

M.P. PLINIO MENDIETA PACHECO

Procede la Sala, de conformidad con lo preceptuado en materia de impedimentos, por el *artículo 57* de la legislación procesal penal *-Ley 906 de 2004-*, modificado por el *artículo 82, Ley 1395 de 2010*, a resolver en torno al impedimento manifestado por el titular del *Juzgado Promiscuo del Circuito de Santa Fe de Antioquia*, Dr. Mario José Lozano Madrid, y que no fuera aceptado por su homólogo, el *Juez Promiscuo del Circuito de Sopetrán, Antioquia*, para conocer del proceso adelantado en contra de el señor STIVEN DAYANNE MESTRA HERNÁNDEZ, por el delito de Acceso carnal

Radicado N° : 2020-0736-4
Recusación – Ley 906.
CUI : 05 113 609 9135 2019 80000
Acusado : Stiven Dayanne Mestra Hernández
Delito : Acceso carnal abusivo con menor
de 14 años

abusivo con menor de 14 años.

ANTECEDENTES

En audiencia del 27 de julio de 2020, la defensa, apoyada en la causal 3° del artículo 332 de la ley procesal penal, solicitó ante el Juez Promiscuo del Circuito de Santa Fe de Antioquia, la preclusión del proceso penal que venía adelantando contra el señor Stiven Dayanne Mestra Hernández por el delito de Acceso carnal abusivo con menor de 14 años; postulación resuelta por el funcionario de conocimiento de manera negativa, una vez lo cual optó por declararse impedido toda vez que *tuvo que mirar varios elementos a que hizo alusión el señor defensor.*

En efecto, remitió el aludido asunto a su homólogo, Juez Promiscuo del Circuito de Sopetrán, Antioquia, quien se negó a asumir su conocimiento porque en su sentir, el mismo juez finalmente no dio explicaciones acerca de las razones por las cuales resultó afectada su imparcialidad al momento de decidir sobre la petición aludida.

Además, al revisar los registros de audio percibió que la decisión del Juez que se declara impedido se limita al análisis de aspectos objetivos relativos a la existencia del hecho en el mundo fenomenológico, y no se hizo alguna valoración frente a la conducta punible y sus circunstancias de tiempo, modo y lugar,

Radicado N° : 2020-0736-4
Recusación – Ley 906.
CUI : 05 113 609 9135 2019 80000
Acusado : Stiven Dayanne Mestra Hernández
Delito : Acceso carnal abusivo con menor
de 14 años

o la responsabilidad penal del procesado; lo cual no permite predicar afectación alguna a su imparcialidad.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

En orden a resolver lo pertinente, es necesario precisar que respecto al instituto de los impedimentos y recusaciones, la jurisprudencia patria ha sostenido que su razón de ser estriba en la necesidad de garantizar la absoluta transparencia, así como una total imparcialidad de la función jurisdiccional, buscando que el ciudadano pueda albergar la seguridad de que los jueces son ajenos a cualquier interés que enturbie el objetivo de una recta y cumplida justicia, por lo que con su consagración se busca evitar que circunstancias extraprocesales eventualmente incidan en la resolución del asunto, o bien, generen explicables suspicacias sobre el comportamiento del Juez.

Empero, también es evidente que el impedimento o bien, la recusación, está informado de unos claros y precisos límites, enderezados a evitar que en forma infundada e ilegítima, se sustraiga el funcionario judicial del cumplimiento del deber que constitucional y legalmente ha asumido desde el acto de toma de posesión del cargo, linderos que no son otros que la exigencia de que toda circunstancia que impida conocer del asunto a un funcionario, debe constar en norma expresa, lo que comúnmente se ha conocido como principio de taxatividad, el cual, igualmente,

Radicado N° : 2020-0736-4
Recusación – Ley 906.
CUI : 05 113 609 9135 2019 80000
Acusado : Stiven Dayanne Mestra Hernández
Delito : Acceso carnal abusivo con menor
de 14 años

resulta pregonable frente a las causales de recusación.

Ahora bien, debería la Sala en esta oportunidad decidir si efectivamente el Juez Promiscuo del Circuito de Santa Fe de Antioquia se encuentra incurso en la causal de impedimento consagrada en el numeral 14° del artículo 56 de la ley 906 de 2004: *“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”*, pero ello no será viable por el momento en razón a las siguientes consideraciones:

En punto a la causal alegada, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, ha precisado que no en todo evento en el que se niegue la preclusión confluye de manera automática la causal en comento –*Art. 56.14-*, sino que es menester analizar el caso concreto a fin de determinar si la imparcialidad e independencia del Juez con la decisión preclusoria se ha visto comprometida. Al respecto, la aludida Colegiatura señaló¹:

“Ahora bien, en la providencia por medio de la cual los Magistrados manifiestan su impedimento refieren a un antecedente de la Sala (auto del 29 de agosto de 2006, rad. 25775), quizá con el objeto de evidenciar que en todo caso en que el funcionario judicial haya negado una preclusión de investigación automáticamente se erige el motivo de impedimento previsto en el numeral 14 del artículo 56 de la Ley 906 de 2004, desconociendo con ello que, tanto en esa providencia, como en la jurisprudencia pacífica y reiterada sobre el punto, se ha considerado lo contrario, esto es, que una tal consideración siempre dependerá de si con esa determinación se compromete o no la independencia o imparcialidad del funcionario. Así pues, debe analizarse cada caso en forma individual.”

¹ Ver proceso 29818, Mayo 22 de 2008, M.P. María del Rosario González de Lemos

Radicado N° : 2020-0736-4
Recusación – Ley 906.
CUI : 05 113 609 9135 2019 80000
Acusado : Stiven Dayanne Mestra Hernández
Delito : Acceso carnal abusivo con menor
de 14 años

El mismo criterio ha sido retomado por la misma Corporación en providencias ulteriores, por ejemplo, el 13 de junio de 2018, bajo radicado 52774, expuso:

«[E]l motivo de impedimento no surge automático del sólo hecho de que el juez o corporación hayan intervenido en la decisión anterior de preclusión, pues, se hace menester consultar no sólo el tipo de intervención realizado, de cara a la nueva decisión o participación de la cual buscan apartarse, sino la teleología del instituto, para, finalmente, verificar si objetiva y materialmente se pone en tela de juicio la imparcialidad y neutralidad de los funcionarios o la confianza de la comunidad en la administración de justicia» . (Subrayado de la Sala)

De allí que, en criterio pacífico sostenido por la Corte, no es necesario apartar a un funcionario del conocimiento de un proceso, en aquellos eventos en los cuales:

«(i) no [se] ha llevado a cabo valoración alguna de los elementos materiales de prueba, evidencia física o información relacionada con el caso, y (ii) no [existe pronunciamiento] respecto de los hechos objeto de juzgamiento; pues frente a estas situaciones no se advierte por qué podría originarse en el juez algún prejuicio que vicie su ecuanimidad, máxime si tampoco el líbello del impedimento da cuenta de ello».

Desde perspectiva sería del caso establecer si el juez que se declara impedido para conocer de la actuación, por haber resuelto negativamente la solicitud de preclusión presentada por el señor defensor, comprometió de alguna manera su imparcialidad e independencia para poder abordar la fase del juicio en el *sub examine*, sino fuera porque de entrada se observa que el mismo omitió la carga argumentativa que permitiría sopesar las razones que tuvo en su momento para invocar la causal de impedimento contemplada en el artículo 56 de la ley procesal penal, pues solo

Radicado N° : 2020-0736-4
Recusación – Ley 906.
CUI : 05 113 609 9135 2019 80000
Acusado : Stiven Dayanne Mestra Hernández
Delito : Acceso carnal abusivo con menor
de 14 años

se limitó a referirla en su dimensión objetiva, sin aterrizarla al caso bajo análisis de acuerdo a los lineamientos fijados por los pronunciamientos jurisprudenciales ya citados.

En ese orden de ideas, y siendo imprescindible la referida sustentación, la Sala se abstendrá de emitir alguna valoración de fondo, pues como antes se dijo, la causal 14° del artículo 56 de la ley procesal penal que originara la recusación y la declaratoria del impedimento por parte del funcionario, tal como ha sido desarrollada por la Corte Suprema de Justicia, precisa de una argumentación seria que ponga en evidencia las razones por cuales resultó afectada la imparcialidad del funcionario judicial al negar la solicitud de preclusión elevada por el ente acusador el pasado 10 de julio de 2020.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA EN SALA DE DECISION PENAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, **SE ABSTIENE de resolver** sobre el impedimento aducido por el *Juez Promiscuo del Circuito de Santa Fe de Antioquia*, en orden a relevársele del conocimiento de la actuación seguida en contra del señor Stiven Dayanne Mestra Hernández y respecto del supuesto delictivo de *Acceso carnal abusivo con menor de 14 años*, conforme a los fundamentos consignados en la parte motiva.

En consecuencia, **SE DISPONE** que por Secretaría de la Sala se proceda a remitir la carpeta contentiva de las presentes diligencias, ante el referido despacho judicial *-Juzgado Promiscuo del Circuito de Santa Fe de Antioquia-*, para lo de su cargo.

Radicado N° : 2020-0736-4
Recusación – Ley 906.
CUI : 05 113 609 9135 2019 80000
Acusado : Stiven Dayanne Mestra Hernández
Delito : Acceso carnal abusivo con menor
de 14 años

Por último, **SE SIGNIFICA** que frente a la presente decisión no procede recurso alguno.

CÚMPLASE.

LOS MAGISTRADOS,

PLINIO MENDIETA PACHECO

RENÉ MOLINA CÁRDENAS

GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA DE DECISIÓN PENAL

RADICADO 2020-0685-3
ACCIONANTE GERARDO ALONSO TOBÓN TOBÓN
ACCIONADO JUZGADO 1º DE EPMS DE ANTIOQUIA
ASUNTO TUTELA PRIMERA INSTANCIA
DECISIÓN DECLARA IMPROCEDENTE

Medellín, veintisiete (27) de agosto de dos mil veinte (2020)

Aprobada mediante Acta N° 095 de la fecha

ASUNTO

Resolver en primera instancia la acción de tutela interpuesta por el señor **GERARDO ALONSO TOBÓN TOBÓN**, contra el **JUZGADO 1º DE EJECUCIÓN DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD DE ANTIOQUIA**, en adelante **JUZGADO 1º DE EPMS DE ANTIOQUIA**, por la presunta violación del debido proceso, igualdad y salud, como se sintetiza de la demanda.

ANTECEDENTES

Para fundamentar lo anterior, indicó que el 21 de abril de 2016, tras la celebración de un preacuerdo, el Juzgado Promiscuo del Circuito de Santa Rosa de Osos, lo condenó a 32 meses de prisión, y multa de 1 S.M.L.M.V., concediéndole la suspensión condicional de esas penas, por un período de prueba de 32 meses, para lo cual suscribió diligencia de compromiso en la misma fecha.

El 20 de abril de 2018, el Juzgado Promiscuo Municipal de Abejorral, le impuso medida de aseguramiento de detención preventiva en sitio de reclusión, por la presunta comisión de los delitos de homicidio agravado, secuestro y *“Porte Ilegal de Armas de Fuego”*; por lo tanto, fue enviado a la cárcel de Abejorral.

En razón de lo anterior, el **JUZGADO 1º DE EPMS DE ANTIOQUIA**, el 10 de julio de 2018, le revocó la suspensión condicional de la ejecución de las penas impuestas por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Santa Rosa de Osos.

El 8 de junio de 2020, el Juzgado Promiscuo Municipal de Abejorral, le concedió la libertad, en el proceso por el que se le impuso medida de aseguramiento el 20 de abril de 2018, pero fue puesto a disposición del **JUZGADO 1º DE EPMS DE ANTIOQUIA**, por la pena preacordada ante el Juzgado Promiscuo del Circuito de Santa Rosa de Osos.

En consecuencia, el 18 de julio de 2020, solicitó ante el **JUZGADO 1º DE EPMS DE ANTIOQUIA**; entre otras, la libertad condicional; sin embargo, se la denegó, porque no había cumplido las 3/5 partes de la pena impuesta, indicando que el cómputo inició el 9 de junio de 2020; es decir, cuando fue puesto a disposición a ese Despacho, i) sin tener en cuenta el tiempo que llevaba en periodo de prueba desde la aprobación del preacuerdo, por el argumento que la suspensión condicional fue revocada el 10 de julio de 2018, y sin contabilizar el tiempo que estuvo en detención domiciliaria entre abril de 2018, y 8 de junio de 2020, es decir que en última su pena se tasó 3 veces, y ya lleva más de 96 meses de prisión, lo cual es contrario al preacuerdo.

Agregó que está muy enfermo de osteomielitis, una enfermedad de difícil manejo en sus huesos, ya no puede caminar por el dolor en uno de sus pies, además, tiene una herida en esa misma parte, y uno de sus compañeros o algunos de sus compañeros de patio tienen Covid-19, y por sus afecciones pulmonares, está en estudio su diagnóstico por ese virus.

En razón de lo expuesto, solicitó el amparo de los derechos referidos en el asunto de esta sentencia, y en consecuencia, se ordene al **JUZGADO 1º DE EPMS DE ANTIOQUIA**, tener como pena cumplida el período comprendido entre 21 de abril de 2016 y 10 de julio de 2018, con relación a la pena que se pactó en el preacuerdo -32 meses-.

TRÁMITE Y RESPUESTAS

La demanda se asumió el 12 de agosto de 2020, se vincularon al **JUZGADO PROMISCOUO DEL CIRCUITO DE SANTA ROSA DE OSOS, PROMISCOUO MUNICIPAL DE ABEJORRAL, ESTABLECIMIENTO CARCELARIO DE ABEJORRAL, DIRECCIÓN GENERAL DEL INPEC, DIRECCIÓN REGIONAL NOROESTE DEL INPEC Y LA USPEC**, y se corrió el respectivo traslado para defensa y contradicción.

El **JUZGADO PROMISCOU MUNICIPAL DE ABEJORRAL**, informó en lo esencial que en el proceso 05-002-60-00320-2018-80031, seguido entre otros, contra el demandante, el 20 de abril de 2018, le impuso medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario, informando de ello en esa misma fecha, al Juzgado Promiscuo del Circuito de Santa Rosa de Osos; luego, el 8 de junio de 2020, le concedió libertad provisional por vencimiento de términos, enviando los respectivos oficios, entre otros, al director de la cárcel de Abejorral.

El **JUZGADO 1º DE EPMS DE ANTIOQUIA**, indicó que le correspondió la vigilancia de la pena de 32 meses de prisión, impuesta a **GERARDO ALONSO TOBÓN TOBÓN**, el 21 de abril de 2016, por el **JUZGADO PROMISCOU DEL CIRCUITO DE SANTA ROSA DE OSOS**, al declararlo penalmente responsable por el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes. Al respecto se tiene que el Juzgado fallador concedió al sentenciado el subrogado penal de la suspensión condicional de la pena en su sentencia condenatoria.

Sin embargo, el 12 de junio de 2018, se informó que el sentenciado fue capturado por un nuevo delito, ante lo cual se inicia el correspondiente trámite de revocatoria, del cual se corrió traslado al sentenciado y su defensa para que rindiera las correspondientes explicaciones, trámite de culminó con la revocatoria del subrogado penal.

Una vez revocado el subrogado penal, se informó a la autoridad carcelaria para que el sentenciado fuera puesto a disposición del presente proceso una vez cesaran los motivos de su actual detención, lo cual ocurrió el 9 de junio de la presente anualidad.

Por auto interlocutorio 2064 del 21 de julio del año 2020; ante petición recibida el mismo día por reparto, le denegó la libertad condicional; la domiciliaria del Decreto 546 del 2020 y la prisión domiciliaria por grave enfermedad e igualmente se libró el oficio 1099 para valoración de medicina legal, entre otros oficios, auto contra el cual no se interpuso recurso alguno, lo cual torna improcedente el amparo.

Afirmó que el sentenciado se encuentra descontando la presente pena desde el pasado 9 de junio, y anterior a esa fecha no ha estado privado de la libertad por cuenta de este asunto, no es dado tener en cuenta el tiempo transcurrido en periodo

de prueba (desde el 21 de abril de 2016), como “pena descontada”, pues ese lapso no constituye ejecución de la pena, pues se encontraba suspendida.

A la **DIRECCIÓN GENERAL DEL INPEC**, se le vinculó, por la presunta violación de la salud del actor, y en su informe no se refirió al respecto, por tanto, no se sintetiza.

La **USPEC**, señaló que de acuerdo con los artículos 17, 19, 21, 76, de la Ley 65 de 1993, modificada por la Ley 1709 de 2014, corresponde a las entidades territoriales la atención en salud de personas en detención preventiva, es decir, para este caso, al municipio de Abejorral, agregó que el actor se encontraba afiliado en la ALIANZA MEDELLÍN ANTIOQUIA EPS S.A.S. “SAVIA SALUD EPS”.

El **JUZGADO PROMISCOUO DEL CIRCUITO DE SANTA ROSA DE OSOS**, indicó que, llevó a cabo el proceso CUI 05686 61 00079 2016 80011, contra el actor, por la conducta punible de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, por el cual no se le impuso medida de aseguramiento, y en virtud del preacuerdo presentado, se emitió sentencia el 21 de abril de 2016, siendo condenado a la pena principal de 32 meses de prisión y multa de un (1) salario mínimo legal mensual vigente, se le concedió, así mismo, la suspensión condicional de la ejecución de la pena con un periodo de prueba de 32 meses, para lo cual suscribió diligencia de compromiso el mismo día, 21 de abril de 2016.

El 20 de mayo de 2016, remitió la sentencia, ficha técnica y demás anexos, a los juzgados de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia (Reparto), para la vigilancia y ejecución de la pena impuesta, sin detenido, y a la fecha ignora si al condenado se le revocó el beneficio de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, también desconoce, si fue capturado en virtud de la presunta revocatoria del beneficio concedido, e indicó que no se ha recibido expediente (ni físico ni electrónico) para resolver recurso de apelación alguno interpuesto por parte del condenado **GERARDO ALONSO TOBÓN TOBÓN**.

En razón del informe del **USPEC**, el 18 de agosto de 2020, se vinculó a este trámite al **MUNICIPIO DE ABEJORRAL**, quien señaló para lo que concita que ha asumido todos los gastos de funcionamiento y demás, del Centro transitorio de reclusión a su cargo, dijo que los internos han estado aislados por meses, para evitar el Covid 19, el único privado de la libertad que dio positivo para ese virus ya se recuperó, y

estuvo asilado todo el tiempo, luego expuso acerca de las medidas de bioseguridad adoptadas para el centro de reclusión. Afirmó que el 11 de mayo de 2018, afilió al actor a la ALIANZA MEDELLÍN ANTIOQUIA EPS S.A.S. "SAVIA SALUD EPS", a quien se le tomó prueba de Covid 19, y dio negativo, actualmente no hay internos con ese virus.

No se recibieron más informes.

CONSIDERACIONES

COMPETENCIA

La Sala es competente para fallar acciones de tutela, de acuerdo a lo normado en el artículo 86 de la Constitución Política y en el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991.

ACERCA DE LA CONFORMACIÓN DEL CONTRADICTORIO

No se vinculó a la ALIANZA MEDELLÍN ANTIOQUIA EPS S.A.S. "SAVIA SALUD EPS", pues de acuerdo con la T - 151 de 2016, "*Las entidades territoriales están a cargo de establecimientos de detención preventiva y de los centros de detención transitoria, a ellas les corresponde crearlos, brindar la alimentación adecuada, garantizar el aseguramiento en salud de sus internos (...)*".

Si bien, el señor **GERARDO ALONSO TOBÓN TOBÓN**, debe ser traslado a un establecimiento penitenciario, a cargo del **INPEC**, como lo ordenó el **JUZGADO 1º DE EPMS DE ANTIOQUIA**, pues está privado de la libertad por cuenta de una condena, más no en detención preventiva, lo cierto es que en este momento está recluido en la cárcel de Abejorral, quien debe garantizar su salud, y por ello no era indispensable vincular al **CONSORCIO FONDO DE ATENCIÓN EN SALUD PPL 2019**, ni a la **FIDUPREVISORA S.A. Y FIDUAGRARIA S.A.**

PROBLEMAS JURÍDICOS

De las pretensiones de la demanda surgen dos problemas jurídicos a resolver, el primero, establecer si la acción de tutela procede para dejar sin efecto el auto de 21 de julio de 2020, por el cual, el **JUZGADO 1º DE EPMS DE ANTIOQUIA**, le

denegó al señor **GERARDO ALONSO TOBÓN TOBÓN**, la libertad condicional, por no haber cumplido las 3/5 partes de la pena impuesta por el **JUZGADO PROMISCUO DEL CIRCUITO DE SANTA ROSA DE OSOS**, y en consecuencia, ordenar a esa autoridad, que tenga en cuenta, como pena cumplida, el tiempo que estuvo en período de prueba, antes de la revocatoria de la suspensión condicional de la ejecución de la misma.

El segundo, apunta a determinar si las entidades accionadas y/o vinculadas lesionaron el derecho a la salud del señor **GERARDO ALONSO TOBÓN TOBÓN**, por no brindarle atención por su enfermedad de osteomielitis, por la cual ya no puede caminar, por sus afecciones pulmonares, y riesgo de Covid -19.

DE LA ACCIÓN DE TUTELA

De conformidad con el artículo 86 de la Constitución Política, la acción de tutela se estableció como un mecanismo al que se puede acudir ante los jueces, en todo momento y lugar, cualquier persona, sea natural o jurídica, para que, mediante un pronunciamiento preferente y sumario, reclame la protección de sus derechos fundamentales cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de una autoridad pública, o por un particular en los casos expresamente señalados por la ley. Sin embargo, constituye un instrumento de carácter residual, que sólo opera cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

SOLUCIONES

El primero de los problemas jurídicos se responde de forma negativa, por cuanto, el actor no probó que hubiera agotado todos los medios de defensa judicial a su alcance; es más, ni siquiera argumentó que hubiera apelado el auto de 21 de julio de 2020, por el cual, el **JUZGADO 1º DE EPMS DE ANTIOQUIA**, le denegó la libertad condicional, indicando las inconformidades que tiene con el cómputo de la pena descontada - expresadas en la demanda -, para que las revisara el **JUZGADO PROMISCUO DEL CIRCUITO DE SANTA ROSA DE OSOS**, y resolviera el debate; además, el señor **GERARDO ALONSO TOBÓN TOBÓN**, no probó un perjuicio irremediable que requiera la intervención del juez constitucional, para evitarlo, razones por las cuales, se declarará improcedente el amparo del debido proceso y la igualdad, y por ende, no se accede a la pretensión relacionada con dejar sin

efecto ese auto.

De cualquier manera, y para abundar en razones, no se aprecia la estructuración de alguna causal de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales, pues es razonable que no se tuviera en cuenta, como pena cumplida, el tiempo que pasó entre la expedición de la sentencia, 21 de abril de 2016 y 10 de julio de 2018, fecha en la cual se le revocó la suspensión condicional de la ejecución de la pena, pues en ese lapso, la pena de prisión estaba suspendida, por ello, el procesado estaba en libertad; entonces, al revocársele ese beneficio, por presunto incumplimiento de las obligaciones que asumió, antes del vencimiento del período de prueba, debe cumplir con el total de la pena de prisión - 32 meses-.

De otro lado, tampoco es dado contar como parte de esa pena, el tiempo que permaneció el actor en detención preventiva, entre abril de 2018 y junio de 2020, pues esa privación de la libertad fue con ocasión de otro proceso -Rad. 05-002-60-00320-2018-80031-, el cual está activo; ese lapso lo podrá pedir como pena cumplida en esa actuación, de resultar condenado a pena de prisión.

Así las cosas, es razonable que toda la pena de prisión impuesta el 21 de abril de 2016, por el **JUZGADO PROMISCOUO DEL CIRCUITO DE SANTA ROSA DE OSOS**, es decir, la equivalente a 32 meses, empezará a contabilizarse el 9 de junio de 2020, pues fue cuando **GERARDO ALONSO TOBÓN TOBÓN**, quedó privado de la libertad por ese proceso, a cargo del **JUZGADO 1º DE EPMS DE ANTIOQUIA**.

De otro lado, como se anticipó, de acuerdo con la sentencia T - 151 de 2016, es el **MUNICIPIO DE ABEJORRAL**, como ente territorial encargado del centro de reclusión transitorio, el ente que debe garantizar la salud de **GERARDO ALONSO TOBÓN TOBÓN**, pues a pesar que tiene la condición de condenado, permanece interno allí.

El **MUNICIPIO DE ABEJORRAL**, expuso que el precitado privado de la libertad, dio negativo para Covid 19, y que por ahora no hay riesgo que se contagie, pues no hay personal en el centro de reclusión con ese virus, y en caso de una infección del actor, cuenta con las medidas para afrontarlo.

De otro lado, el señor **GERARDO ALONSO TOBÓN**, acreditó que padece osteomielitis. El 21 de mayo de 2020, con ocasión de esa patología, ordenó un

médico del Hospital La María, un hemograma, RX de tórax y tobillo derecho, descartar tuberculosis, y ser atendido por su centro de reclusión; también demostró que el 1 de junio de 2020, recibió atención el hospital San Juan de Dios, por infección en vías respiratorias, sin que el **MUNICIPIO DE ABEJORRAL**, acreditara que con posterioridad a esa fechas, atendiera dichas órdenes, lo cual lesiona el derecho a la salud del del precitado, concretamente, el derecho al diagnóstico por la afección respiratoria, y tratamiento por la osteomielitis, el cual se amparará.

En consecuencia, se ordenará al **MUNICIPIO DE ABEJORRAL**, que de inmediato a la notificación de esta sentencia, en coordinación con el **ESTABLECIMIENTO CARCELARIO O CENTRO DE RECLUSIÓN TRANSITORIO DE ABEJORRAL**, atienda la salud del señor **GERARDO ALONSO TOBÓN**, realice las órdenes que le entregó el Hospital La María, el 21 de mayo de 2020, hasta conseguir un diagnóstico por la afección respiratoria, suministre el tratamiento que se llegue a disponer por ese hecho, y por la osteomielitis.

Por lo expuesto, **LA SALA DE DECISIÓN PENAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA**, administrando justicia en nombre del Pueblo y por autoridad de la Constitución y la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR IMPROCEDENTE el amparo del debido proceso y la igualdad, y por ende, no se accede a la pretensión relacionada con dejar sin efecto el auto de 21 de julio de 2020, por el cual, el **JUZGADO 1º DE EPMS DE ANTIOQUIA**, le denegó al señor **GERARDO ALONSO TOBÓN TOBÓN**, la libertad condicional, por no haber cumplido las $\frac{3}{5}$ partes de la pena impuesta por el **JUZGADO PROMISCOUO DEL CIRCUITO DE SANTA ROSA DE OSOS**.

SEGUNDO: AMPARAR la salud de **GERARDO ALONSO TOBÓN TOBÓN**.

TERCERO: ORDENAR al **MUNICIPIO DE ABEJORRAL**, que de inmediato a la notificación de esta sentencia, en coordinación con el **ESTABLECIMIENTO CARCELARIO O CENTRO DE RECLUSIÓN TRANSITORIO DE ABEJORRAL**, atienda la salud del señor **GERARDO ALONSO TOBÓN**, realice las órdenes que le entregó el Hospital La María, el 21 de mayo de 2020, hasta conseguir un diagnóstico por la afección respiratoria, suministre el tratamiento que se llegue a ordenar por ese hecho, y por la osteomielitis.

CUARTO: NOTIFICAR a las partes, conforme lo ordena el Decreto 2591 de 1991, informándoles que este fallo puede ser apelado dentro de los tres días siguientes a su notificación. Si no fuere impugnado, **ENVIAR** la actuación a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

CÚMPLASE,¹

JUAN CARLOS CARDONA ORTÍZ
Magistrado

PLINIO MENDIETA PACHECO
Magistrado

RENÉ MOLINA CÁRDENAS
Magistrado

Firmado Por:

JUAN CARLOS CARDONA ORTIZ
MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL
TRIBUNAL SUPERIOR SALA 004 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:

cadecaef21a77777b9ee7146574619ebde7b28185154608c49728c03e6ff6a64

Documento generado en 27/08/2020 11:19:10 a.m.

¹ La circulación de la presente ponencia a la Sala de decisión, se efectúa de manera virtual a través del correo institucional des04sptsant@cendoj.ramajudicial.gov.co; y su aprobación se materializó conforme a la aceptación del contenido del proveído por cada uno de los revisores, por medio de sus cuentas oficiales, los cuales se adjuntan.

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO DE ANTIOQUIA
SALA DE DECISIÓN PENAL

M. P. NANCY ÁVILA DE MIRANDA



1

Rdo. Único: 053686000338201580109

No. Tribunal: 2020-0554-2

Procesado: ALIRIO DE JESÚS MONCADA HERRERA.

Delito: ACTOS SEXUALES ABUSIVOS CON MENOR DE 14 AÑOS.

Asunto: CONFIRMA DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA.

Medellín, veintisiete (27) de agosto de dos mil veinte (2020)

Aprobado según acta Nro.064

1. ASUNTO

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la defensa del señor ALIRIO DE JESÚS MONCADA HERRERA, contra la decisión adoptada en la audiencia de juicio oral instalada el 26 de junio de 2020 por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Támesis – Antioquia, en la cual se denegó la nulidad de la actuación procesal por violación a los derechos de defensa, al debido proceso y defensa técnica.

2. HECHOS

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

Fueron descritos por la Fiscalía en su escrito de acusación en los siguientes términos:

“La adolescente LEIDI CAROLINA QUIRAMA LÓPEZ, en lo sucesivo L.C.Q.L, de dieciséis (16) años de edad, presentó en la ciudad de Medellín, mediante noticia criminal (denuncia) asistiendo acompañada de su padre biológico JULIAN DAVID CANO, consistente en que había sido objeto de vejámenes sexuales por parte de su padrastro ALIRIO DE JESÚS MONCADA HERRERA durante la época que vivió en el municipio de Támesis con su madre MARIA BELISA QUIRAMA LÓPEZ y su compañero sentimental el precitado MONCADA HERRERA, consistentes según una primera descripción genérica que hizo la quejosa, en que el padrastro ALIRIO DE JESÚS, se pasaba por las noches para su cama, porque ella dormía sola y realizaba tocamientos a sus partes íntimas tales como senos y vagina, él se empezaba a desvestir, luego la desvestía a ella y luego intentaba meterle su pene por la vagina, sin lograrlo porque la menor no se dejaba, ella le decía que no lo hiciera pero su padrastro insistía, la menor permanecía en su negativa y ya su agresor desistía de su intento y se iba de la cama; aduciendo además que todo eso empezó cuando ella tenía doce (12) años y que se acordaba porque para esa época ella iba a hacer la primera comunión y que los inicios de esos actos libidinosos también coincidieron con el nacimiento de la primera bebé que concibieron ALIRIO DE JESÚS y su compañera MARIA BELISA y que por esa razón su mamá requería dormir sola con la bebé y al padre de la criatura le tocaba dormir al lado de la cama de la denunciante y aprovechando tal circunstancia era que se pasaba por las noches a la cama de la menor L.C.Q.L, a repetir los mismos tocamientos. Agrega que a la primera persona que le contó lo que sucedía con su padrastro fue a su abuela ROSA ELVIRA LÓPEZ, ésta a su vez le contó lo acaecido a una tía de nombre LUZ AMALIA QUIRAMA LÓPEZA y ésta dos últimas decidieron contarle a la mamá de la víctima, señora MARÍA BELISA QUIRAMA LÓPEZ y ésta se negaba inicialmente a creerlo.

Posteriormente el 19-06-2015 la presunta víctima, mediante entrevista forenses explicitó mayores detalles de la forma en que el padrastro ejecutó los referidos tocamientos de índole erótico sexual, hablando de plural número de ocasiones pero sin poder precisar fechas, ratificando lo dicho en la denuncia y agregando que ALIRIO le había rozado el pene por fuera de su vagina, que incluso sintió cosquillas cuando aquél ejecutó tal conducta, logra precisar o puntualizar por lo menos tres (3) episodios, que ella vestía una pijama y que todos los sucesos ocurrieron en la Vereda San Luis del municipio de Támesis, que es consciente que su padrastro la tocó plural número de veces (todas en horas de la noche), pero que sólo tiene recuerdos y logra precisar tres (3) episodios, aunque fueron más las ocasiones en que aquello ocurrió, según su dicho. Agrega que su mamá no creía que su padrastro la tocaba y pensaba que ella estaba inventando lo acaecido, es decir, se negaba a dar crédito a lo que venía ocurriendo e igualmente indica que ALIRIO la compelió a que no contara lo que estaba pasando porque de lo contrario “dejaría a su mamá” y la víctima adujo también que ella se preocupaba por lo que podría pasar con sus otros hermanitos por el potencial abandono de su padrastro”.

(...)”

3. ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

El 10 de diciembre de 2019 ante el Juzgado Promiscuo del Circuito de Támesis– Antioquia, se efectúa la audiencia de formulación de acusación en contra del señor ALIRIO DE JESÚS MONCADA HERRERA, por el punible de ACTOS SEXUALES CON MENOR DE 14 AÑOS, tipificado en el artículo 209 del Código Penal, diligencia en la cual la Fiscalía también procedió a la enunciación y al descubrimiento de sus elementos materiales probatorios.

Posteriormente, el 10 de febrero de 2020 se celebra la audiencia preparatoria, en la cual se decretan las pruebas solicitadas por los sujetos procesales.

Consecuencialmente, el 14 de mayo de 2020, se instala la audiencia de juicio oral, pero se suspende por solicitud de la fiscalía, continuándose la misma el día 25 de mayo de 2020, **diligencia en la cual la defensa solicita la nulidad de la actuación procesal.**

Sustenta la misma con fundamento en el artículo 457 del C.P.P., por violación al debido proceso y defensa técnica en concordancia con el artículo 29 de la Constitución Política. Destaca la defensa que, la defensa se divide en la material que ejerce el procesado y la técnica que desarrolla el defensor dentro del proceso. Resalta que para el 21 de agosto de 2019 se llevaron a cabo las audiencias preliminares, en las cuales su cliente estuvo asistido por el abogado Juan David Saldarriaga Ríos de la defensoría pública. Dice que para el 19 de diciembre de 2019 se realizó la audiencia de formulación de acusación, diligencia en la cual el señor Alirio Moncada estuvo representado por la Dra. Sandra Elena Echeverry, adscrita también a la defensoría pública.

Aclara que, el señor Alirio Moncada conoció a la Dra. Sandra Elena Echeverry minutos previos a la audiencia; que entre las fechas 21 de agosto y el 10 de diciembre de 2019, el implicado no recibió ni siquiera una comunicación telefónica con sus defensores, él apenas la vino a conocer momentos previos de la instalación de la audiencia de acusación. Incluso, para la audiencia preparatoria, el acusado es representado por otro defensor el Dr. Germán David Zapata Castaño, a quien también conoció en esa audiencia, con quien tampoco tuvo comunicación antes de la diligencia.

Considera entonces la defensa del señor ALIRIO DE JESUS MONCADA HERRERA, que le ha sido violado a su cliente su derecho de defensa material y técnica, porque aquel puede nombrar un defensor de

confianza o que le asignen uno de oficio, pero éstos deben realizar actos dentro del proceso que conlleven a contrarrestar la teoría de la fiscalía y no es garantía de defensa, el simple acompañamiento de un profesional del derecho a las vistas públicas, esta presencia debe ser permanente y material.

Señala que el artículo 457 del C.P.P señala taxativamente como causal de nulidad, la violación al derecho de defensa como del debido proceso del acusado. De ahí que de acuerdo a lo consagrado en la citada norma, si bien es cierto que el acusado fue acompañado por un profesional del derecho, tanto en la audiencia de formulación de acusación como en la audiencia preparatoria, la asistencia jurídica de dichos profesionales, no fue permanente, pues desde el día 21 de agosto de 2019, fecha en la que se legalizó la captura y la imputación de cargos, hasta el día 10 de diciembre de 2019, su representado no tuvo ningun tipo de asistencia jurídica, ni siquiera una llamada telefónica, una reunión privada, una comunicación con el defensor de oficio asignado hasta ese momento.

Anota la defensa que es inadmisibile que frente a un delito tan grave por el que se acusó a su defendido, no se haya tenido ninguna comunicación telefónica con el implicado para escuchar su versión, para que le indagaran sobre sus testigos y sobre las circunstancias de tiempo modo y lugar en que se presentaron los hechos. Por lo que estima que su representado no tuvo ninguna defensa técnica.

Destaca que, de los registros de las audiencias de acusación y preparatoria, se puede percibir que la defensa no realizó ninguna actuación tendiente o encaminada a determinar o siquiera contrarrestar la teoría de la fiscalía. Es que, en la audiencia de acusación, la defensa solo manifestó no tener pruebas para descubrir a la fiscalía y en la audiencia preparatoria, solo anunció como prueba, el testimonio del acusado.

Reitera que en este caso no se está atacando la estrategia defensiva de sus antecesores, sino que lo que se está reprochando es la ausencia total de estrategia, un absoluto estado de abandono de los anteriores defensores públicos, una indefensión por la inactividad de estos profesionales del derecho y una ausencia de actos tendientes a contrarrestar o desvirtuar la teoría del caso de la fiscalía.

Cita el señor defensor una línea jurisprudencial en la que la Corte ha dicho que al invocar la violación al derecho de defensa en materia probatoria, requiere que se enuncien las pruebas que dejaron de practicarse, por omisión del abogado defensor – con indicación de su conducencia y pertinencia y utilidad-, así como una breve exposición tendiente a evidenciar la posibilidad de haber sacado adelante una defensa más favorable al procesado. Según la Alta Corporación, es causal de nulidad el haberse dejado de practicar pruebas que podrían posibilitar la razón de un cambio de la decisión. Por lo que considera la defensa que, este es su argumento para solicitar la nulidad.

Arguye que los defensores que representaron a su patrocinado en las audiencias de acusación y preparatoria, desconocieron la existencia de un sin número de pruebas, que son fundamentales para aclarar los hechos y probar la inocencia de su defendido por falta de defensa material. Dichas pruebas no fueron solicitadas en la audiencia preparatoria, pues el procesado no gozó de una asistencia jurídica permanente.

En conclusión, su protegido no tuvo una asistencia jurídica permanente y real como lo exigen las normas procesales, la norma constitucional y jurisprudencial. Razón por la cual aduce, que se han venido vulnerando los derechos fundamentales al debido proceso, contradicción y derecho de defensa.

Solicita entonces se declare la nulidad de las audiencias de acusación y preparatoria conforme a los artículos 29 de la Constitución Política y 457 C.P.P., al vulnerarse los derechos al debido proceso y concretamente al derecho de defensa técnica.

Por su parte, la Fiscalía se opone a la solicitud de nulidad, al considerar que la defensa hizo su intervención tardíamente, puesto que él asumió la defensa técnica cuando el proceso se encontraba en sede de juicio. Valora el esfuerzo del togado por el esmero que tiene de tratar de rehabilitar etapas pretéritas pasadas.

Estima el delegado de la fiscalía, que bien es sabido que este proceso tiene un orden, una lógica, unas etapas preclusivas y que cuando el defensor a su conciencia asume una defensa de confianza, lo primero que debe informarle a su cliente, es el estado en que asume o recoge el proceso, luego esa falencia o esa dificultad de asumir una defensa ya en sede de juicio, es una carga que le es predicable al procesado, porque es él el que decide en qué momento asume una defensa de confianza, aunque asumida tardíamente; no puede constituirse en una carga por el Estado, esto es, no es culpa del Juez, del Estado o de la fiscalía, que el procesado decida casi que etapas finales del proceso, asumir una defensa de confianza y no por eso puede predicarse por ello una violación del derecho de defensa.

En cuanto a lo pregonado por el señor defensor, en el sentido de que la defensa debe ser permanente, material y real, alude el delegado de la fiscalía que, en efecto, tanto desde la audiencia de control de garantías, como la audiencia de imputación, de acusación y preparatoria, el implicado estuvo por un Juez de conocimiento que ha sido único y ha sido homogéneo, siendo un garante de las garantías fundamentales de acuerdo al artículo 29 de la Carta Política en favor del procesado. Inclusive, desde la audiencia de formulación de acusación, el juez de conocimiento ha respetados todas las garantías fundamentales y derechos que le asisten al señor Alirio de Jesús Moncada Herrera, pues en

todas las diligencias ha estado atento que el derecho de defensa se esté materializando, pues tal como lo predica la defensa, hubo tres defensores públicos, adscritos a la defensoría pública.

De ahí que señale que, no es de la carga de la judicatura ni mucho menos de la fiscalía, que el sistema de contratación actual que tiene la defensoría pública sea tan poco ortodoxa, voluble y cambiante. Es una situación que no puede convertirse en un obstáculo para decirse que no hubo una defensa técnica.

Estima la fiscalía que, los tres defensores públicos que antecedieron a la defensa actual, hicieron gala de un derecho de postulación real y material concreto, puesto que aparte de ser unos profesionales respetables y responsables, ejercieron su profesión de abogados ajustados a derecho desde un punto de vista de la defensa técnica, respetaron a toda costa los postulados del artículo 29 de la Constitución Política y que obviamente, respetaron dentro de lo que se conoce como normas rectoras del procedimiento penal, la normativa del artículo 8 literal E, (abogado de confianza o nombrado por el Estado), luego, ese derecho de defensa del citado artículo 8, no excluye la posibilidad de estar representado por un abogado nombrado por el Estado.

La defensa de confianza del señor Alirio de Jesús Moncada alude, a que tiene que estar representado por un togado de confianza, pero no se puede dejar pasar por alto el otro predicado, esto es, o nombrado por el Estado, es decir, el procesado ha estado representado por el Estado todo el tiempo. Mírese que el procesado en todas las audiencias estuvo asistido por un togado de la defensa. Además, el juez de conocimiento, les dio tiempo suficiente para que conversaran y prepararan su teoría del caso y su defensa.

Incluso, agrega el delegado fiscal, que se conoce que la Dra. Sandra Elena Echeverry estuvo insistiendo hablar con el señor Alirio de Jesús y éste prestó caso omiso a esos llamados. Luego, no es la carga del

defensor público quien tenga que buscar al procesado, es al contrario; además, los defensores públicos tienen muchos más casos. Inclusive, la Dra. Sandra estuvo atenta a buscar una salida más favorable o alterna para el señor Alirio, pero éste dio eco a la pretensión de la defensora pública. De ahí que, sería un despropósito hablar de una falta de defensa técnica, puesto que los abogados antecesores ejercieron de una manera adecuada su derecho de defensa.

Ahora bien, en el proceso penal las etapas son preclusivas y cuando el nuevo defensor ejerce la defensa del señor Alirio, asumió el riesgo de estar en una etapa que es la sede del juicio y debió ser honesto en hacerle claridad a su cliente que el proceso se encontraba en la etapa del juicio y de ahí en adelante depende de lo que se haga precisamente en el juicio, pero no pretender, que porque hubo varios defensores públicos, decir que no hubo una defensa técnica; permitir convalidar ese aserto, implicaría una inseguridad jurídica.

Culmina el delegado fiscal aduciendo que, en ningún momento existió abandono de los defensores, por el contrario, los tres defensores públicos ejercieron su ejercicio a la altura de cualquier defensor de confianza. Es que en el acto de acusación se dio tiempo suficiente para preparar la teoría del caso y estrategia, además, no admite un control de legalidad, es un acto de absoluta responsabilidad de la fiscalía, incluso, las causales de nulidad se alegan es en la sede de la acusación, ello en consideración que el acto de acusación es incólume.

Por su parte, el representante de víctimas adujo que al ser el garante de los derechos de la víctima, coadyuva las argumentaciones esbozadas por el representante de la fiscalía, en las cuales se opone a la declaratoria de la nulidad petitionada por la defensa.

La Judicatura observa que cuando el despacho se disponía a evacuar las pruebas de descargo, el defensor solicitó la nulidad, soportado en que no hubo una participación activa de sus antecesores en

cuanto al derecho de defensa, debida defensa técnica real y defensa material, por lo que estimó que hay violación al derecho de defensa.

Ahora bien, verificados los registros de las audiencias de acusación y preparatoria, se tiene que el artículo 29 de la Carta Política enseña que el debido proceso debe aplicarse a toda clase de actuación judicial o administrativa y, esa misma norma consagra dentro de sus postulados, el ejercicio del derecho de defensa que tiene toda persona que es sindicada de un delito.

A su vez, el artículo 457 del C.P.P desarrolla como causal de nulidad la violación al derecho de defensa o del debido proceso en aspectos sustanciales. La afectación del derecho de defensa constituye un vicio que afecta el trámite que se le ha dado al proceso, precisamente por desconocimiento al debido proceso.

En la cita jurisprudencial que trajo a colación la defensa, ha dicho la Alta Corporación que el derecho de defensa constituye una garantía de rango constitucional, que se caracteriza por ser intangible, real o material y permanente.

Sin embargo, las falencias que echa de menos la defensa en este caso, para el sentir del despacho, no coinciden con las apreciaciones personales del defensor y no pueden doblar las aspiraciones que pretende, esto es, viciar la actuación desde la audiencia de acusación.

Indica la judicatura que, desde las audiencias preliminares, el señor Alirio de Jesús Moncada Herrera ha sido representado por tres defensores públicos, pero de ninguna manera puede pensarse que a través del papel que ellos han cumplido en la actuación, se han desconocido sus derechos fundamentales y particularmente el derecho de defensa, pues esa intervención secuencial de defensores a lo largo del proceso, muestra el carácter intangible de ese derecho fundamental como lo dice la Alta Corporación es irrenunciable, es decir, siempre confluyó la

defensa material y técnica, donde estaba presente el procesado y su defensor, dándose aquella comunicación necesaria y como es un derecho irrenunciable, como no nombró un defensor de confianza que representara sus intereses, el Estado se vio abocado a suministrarle un defensor público.

De manera que, el procesado al ostentar la facultad para designar ese abogado de confianza, solamente lo vino a elegir al instalarse la audiencia del juicio oral, por lo que era necesario para poder cubrir y avanzar en el desarrollo del proceso su asistencia jurídica por un defensor público y que como lo enunció el delegado de la fiscalía, el procesado estuvo asistido por tres defensores públicos, por lo que se denota que ha tenido una asistencia permanente por quienes representaron los intereses del acusado.

Por otro lado, encuentra el despacho que la defensa, ciertamente debe ser real o material porque así lo tiene definido la línea jurisprudencial, es decir, no se puede tratar de un simple espectador del proceso, pues su papel es ejercer el debido derecho de defensa, sin embargo, el Juez tampoco encontró un ejercicio pasivo del derecho defensa técnica y material por parte de quienes han fungido en protección de los derechos del señor Alirio de Jesús Moncada Herrera, particularmente a partir de la fase de conocimiento, que es la que aquí interesa.

Puede verse que sí ha existido una participación activa de los togados que han representado los intereses del procesado y como también lo anotó el representante del ente acusador, la audiencia de formulación de acusación, es un espacio a través del cual la Fiscalía General de la Nación cumple con una carga laboral de sustentación de unos cargos, en lo que el rol de la defensa no resulta tan trascendental como en otras fases del proceso, a no ser de que en aquella oportunidad hubiese encontrado en esa audiencia la oportunidad de solicitar una nulidad por vicios anteriores a la acusación, evento que no aconteció, además las etapas del proceso son preclusivas.

Es bueno recordar, resalta el delegado fiscal, que en aquella oportunidad en la audiencia de acusación, la Dra. Sandra Elena Echeverry intervino en lo que le correspondía a ella en el ejercicio de los derechos de su asistido, pues sus intervenciones estuvieron ajustadas a las directrices que consagra el Artículo 339 de la Ley 906/04.

En lo referente a la audiencia preparatoria, tampoco es cierto que en ella haya asistido en un rol de mero espectador por parte de quien fungió como defensor del procesado, como lo pregona el petente de confianza, pues el defensor público afirmó que la fiscalía cumplió satisfactoriamente con el proceso de descubrimiento y que no contaba con medios de defensa para descubrir a su favor, adujo que ofrecía el testimonio del procesado, cuando se le solicitó que enunciara sus medios de prueba que haría valer en el juicio oral, hizo las observaciones a las solicitudes probatorias en referencia con la prueba documental de la fiscalía. Incluso, el defensor hizo reparos a la prueba documental de la fiscalía, concretamente a las pruebas 7 y 8.

Inclusive, cuando el despacho le concedió el uso de la palabra para solicitar pruebas, señaló que con el procesado Alirio de Jesús se definió en entrevista anterior a la audiencia, que no habrían pruebas materiales para solicitar y llevar al juicio oral a excepción de su testimonio, renunciando a su derecho de guardar silencio.

Por lo que estimó el Juez A quo que esta última afirmación descarta que sea cierto que el procesado no hubiese tenido contacto con su defensor público, pues este último defensor aseguró que sí se entrevistó previamente con el acusado y que fue él mismo quien le manifestó que no presentarían pruebas y que él ejercería su propia defensa. Es decir, se acordó la estrategia en relación con la práctica de pruebas.

De manera que se trata de una falacia asegurar sin acreditarlo, la falta de comunicación previa entre el procesado y quienes han ejercido la defensa material y real. Si el propio defensor público dejó

esa constancia en el registro visual, no puede pensarse la asistencia de una actuación pasiva en el ejercicio de la defensa material por parte de quienes fungieron como defensores del procesado, por cuanto el acusado y su defensor convinieron como quedó sentado en esa audiencia, que no iban a solicitar pruebas más que el propio testimonio del acusado. Entonces, es claro que se trató de una estrategia defensiva, que lejos de tratarse de un ejercicio nominal pasivo, constituyó un mecanismo para el ejercicio de ese derecho fundamental.

En consecuencia, DENIEGA la solicitud de nulidad deprecada por la defensa del señor ALIRIO DE JESÚS MONCADA HERRERA, al no observar ninguna vulneración al derecho de defensa y debido proceso en la presente actuación procesal.

Inconforme con la decisión del Juez *A quo*, recurre en reposición y en subsidio de apelación por parte del nuevo abogado defensor del señor MONCADA HERRERA. .

4. DE LA IMPUGNACIÓN

La defensa del procesado solicita a través del recurso de reposición la revocatoria de la decisión de primera instancia para que, en su lugar, se decrete la nulidad con fundamento en lo siguiente:

Señala el defensor que sus argumentos no están dirigidos a la falta de defensa técnica que tuvo su asistido en las audiencias de acusación y preparatoria; lo que reclama es estrictamente a que hayan sido designados tres defensores de oficio adscritos a la defensoría pública, de los cuales reprocha que previo a la audiencia, no hubiesen conocido el proceso, las pruebas y pudieran dar continuidad a la defensa técnica.

Refiere que el argumento principal es que no existe prueba alguna de que la defensa de los profesionales que acudieron tanto a la audiencia de acusación como la audiencia preparatoria, haya sido activa.

Difiere en el sentido de que, si bien es cierto en la audiencia de acusación no es tan relevante la participación del abogado defensor, tal como lo señaló el despacho, considera no estar de acuerdo con esa postura, por cuanto la audiencia de acusación requiere de la participación de la defensa técnica y no solo porque en ella se puedan solicitar nulidades, impedimentos o recusaciones, sino porque en ese estadio procesal es importante estar atento a las pruebas que descubra la fiscalía y las que no descubra, que puedan ser útiles para la defensa.

En este caso, lo que esta defensa ha querido atacar es que el señor Alirio de Jesús Moncada, desde el momento de la imputación de cargos, hasta la fecha de la celebración de la audiencia de acusación, no tuvo ningpun tipo de comunicación con su defensor. Destaca que no es cierto que se haya acordado con el procesado que la defensa iba a ser pasiva. Aduce el recurrente que, en su criterio no fue una estrategia defensiva, debido a que la versión que le ha brindado su protegido es totalmente diferente.

Con fundamento en los argumentos expuestos, es que solicita se reponga la decisión adoptada, como quiera que sí existen indicios y pruebas del desconocimiento de testigos; que la defensa técnica fue interrumpida y no permanente, sólo ha sido explícitamente paras las audiencias, puesto que no es suficiente un término de cinco minutos, previos a las audiencias, para establecer una comunicación con el procesado, le parece irresponsable asistir a una audiencia preparatoria y que no naya sido preparada con anterioridad, por lo menos haber solicitado la suspensión de la audiencia para prepararla. Por lo que estima que no se puede hablar de una defensa activa, sino de un desconocimiento de las pruebas de los defensores.

Solicita se reconsidere la decisión o en su lugar se REVOQUE el pronunciamiento de primera instancia para que, en su lugar, se decrete la nulidad al haberse violado el debido proceso y el derecho de defensa material y técnica al señor ALIRIO DE JESUS MONCADA HERRERA.

Fiscalía en su calidad de sujeto procesal no recurrente, solicita se mantenga en firme la decisión puesto que no es cierto que el procesado no haya sido informado sobre la estrategia defensiva. Incluso las manifestaciones que haga el togado de la defensa, para que tenga plena validez, no necesitan ser corroboradas, confirmadas o autenticadas por el procesado, máxime en los estadios procesales de la audiencia de acusación y preparatoria. Lo que sí es claro en este asunto, es que el juez de conocimiento, de manera incisiva, constante y permanente, le indagaba al procesado si había entendido todo lo que se estaba hablando, si comprendía la magnitud de la actuación, a lo que siempre el acusado contestaba afirmativamente.

Señala el representante de la fiscalía que, en todo momento las garantías y derechos del procesado fueron debidamente respetados por el juez de conocimiento. Incluso, la defensa trastoca sus argumentos, no habla de defensa pasiva da un giro total a su argumentación, lo cual desnaturaliza la esencia del recurso de reposición y apelación, pues tiene que atacar los argumentos centrales en los que basó su solicitud de nulidad. Es que no existe ningún parámetro procedimental donde se diga que existe una especie de tarifa legal, donde para que se decrete válida la defensa técnica, haya que corroborar con el procesado y su defensor, qué hablaron, cuándo hablaron o si se reunieron o no, si fue en privado o no y durante cuánto tiempo, eso sería haría absolutamente engorroso, dilataría la dinámica del proceso, entonces hacer tal exigencia es un despropósito, ello no se compadece con la realidad procesal en Colombia.

Inclusive, acepta al señor defensor válidamente que el sistema de contratación de la defensoría pública no es una carga ni de la fiscalía ni de la judicatura, por lo que entonces está aceptando implícitamente que la defensa técnica sí existió y que no fue tan pasiva como él lo predica.

La judicatura mantiene incólume la decisión y no la repone. Considera el Juez que lo que hace el señor defensor del señor Alirio de Jesús Moncada Herrera, es insistir en una posición en la que el despacho claramente definió que no era cierta, como es el hecho de manifestar que no tuvo la oportunidad de reunirse previamente con sus abogados defensores para diseñar una estrategia defensiva y de esa forma trata de deducir que los abogados antecesores nunca conocieron los testimonios que podrían recaudarse a su favor.

Aduce el juez A quo que, en realidad como lo resalta el representante del ente acusador, se percata la defensa del señor Alirio de Jesús, que si hubo una participación activa del defensor, cuando en la audiencia preparatoria informó cuál era la estrategia defensiva a seguir, entonces quiere cambiar de posición, presentando una nueva estrategia, una nueva argumentación adicional a su inicial argumentación, en el sentido de que tenía que indagársele al señor Alirio de Jesús si esa era la estrategia, como bien lo resaltó el delegado fiscal, en la Ley 906/04 no existe ninguna disposición que señale que el juez esté en la obligación de indagarle al acusado, cuál es la estrategia que pretende hacer valer en el juicio oral, para el despacho esa es una apreciación personal del señor defensor.

Agrega que también el hecho de que afirme de que los abogados antecesores no conocieron los testigos que tenía Alirio de Jesús, en igual sentido para la judicatura sigue siendo una apreciación personal, que para poderla soportar tiene que estar fundamentada en medios de conocimiento, ello en consideración que en materia probatoria no es suficiente hacer afirmaciones, sino que es necesario probar.

De tal manera que, insista el recurrente en que su patrocinado no tuvo la oportunidad de reunirse previamente con sus defensores, sino cinco minutos antes de la realización de las correspondientes audiencias, no es una argumentación que esté acreditada dentro del proceso y, por el contrario, los medios de conocimiento que se pueden inferir y concretamente las actuaciones que se han cumplido dentro de las audiencias de acusación y preparatoria, permiten colegir claramente que sí hubo una entrevista previa y un conocimiento claro y preciso de lo que se disponía realizar el despacho en la fase de conocimiento por parte del acusado, por ser debidamente asesorado e informado por sus abogados.

De ahí que, todas las argumentaciones que esboza la defensa, no alcanzan a destronar toda la argumentación que el despacho ha traído a colación para mantener la decisión de no decretar la nulidad, por lo que se concede el recurso de apelación ante esta Corporación.

5. CONSIDERACIONES DE LA SALA

5.1. Competencia

Es competente la Sala para conocer del recurso de apelación interpuesto contra el auto proferido por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Támesis -Antioquia-, conforme al precepto contenido en el artículo 34 numeral 1º del Código de Procedimiento Penal.

5.2. Caso Concreto

El objeto del recurso de apelación interpuesto por la defensa se reduce a deprecar la nulidad de la actuación procesal por ausencia de defensa material y técnica del procesado y por violación al debido proceso.

Antes de entrar a desarrollar el objeto de la impugnación resulta relevante precisar que las causales de nulidad se encuentran dispuestas en la ley 906 de 2004, a partir del artículo 455 y s.s., las cuales deben aplicarse en armonía con los principios que orientan su declaratoria, como son: *taxatividad, convalidación, finalidad de los actos procesales y transcendencia.*

Para el caso concreto, la defensa del señor ALIRIO DE JESÚS MONCADA HERRERA, invoca como causal de nulidad la violación al derecho de defensa material y técnica, así como el debido proceso. Para entrar a definir la vulneración o no a la garantía de la defensa material y técnica, es necesario analizar el papel que cumplieron los abogados que le antecedieron al hoy recurrente, por lo que una vez escuchados los registros de audio se dilucida que se presenta una participación activa de los abogados² al acudir tanto a la audiencia de formulación de acusación como la preparatoria y conocer las evidencias y elementos descubiertos por la Fiscalía, estando presente también el procesado; determinándose que los defensores públicos sí estuvieron presentes en la audiencia de formulación de acusación y en la audiencia preparatoria, motivo por el cual no se encuentran viciadas de nulidad dichas etapas procesales.

Adicionalmente, en la audiencia de acusación celebrada el 10 de diciembre de 2019, se verifica que en la misma el señor ALIRIO DE JESUS MONCADA HERRERA acude con su defensora (Dra. SANDRA ELENA ECHEVERRY), defensora pública, quien en efecto, como lo expone la Judicatura en primer grado intervino en lo que le correspondía en el ejercicio de los derechos de su patrocinado, esto es, para que expresara oralmente

² Sentencia de 11 de julio de 2007, radicación 26827. Ver igual, Providencia n° 38231 del 18 de abril de 2012. M. P. Julio Enrique Socha Salamanca.

(...)

2.1. *Violación del derecho de asistencia letrada. La jurisprudencia de la Sala ha sido enfática en señalar que, en materia del respeto al derecho de defensa técnica, el cargo tiene vocación de prosperidad cuando el profesional del derecho encargado de velar por los intereses del acusado no asume “una actitud pro activa y diligente en el desarrollo y concreción de las labores inherentes a su función, entre ellas, las de controvertir pruebas, interrogar, contrainterrogar testigos, peritos, etc.”, o a su vez manifiesta de manera ostensible ignorancia incompetencia o falta de instrucción respecto de las reglas y principios que rigen la Ley 906 de 2004.*

(...)

las causales contempladas en el artículo 339 del Código de Procedimiento Penal, a lo que manifestó que efectivamente conoció a cabalidad el escrito de acusación presentado por el señor fiscal en disfavor de su representado y advierte que no avizora ninguna causal de impedimento, incompetencia, recusación o nulidad y tampoco tiene ninguna observación para realizar al escrito de acusación presentado por el delegado de la fiscalía, incluso la defensa adujo que, no tenía conocimiento de que el señor fiscal tuviera conocimiento de elementos materiales probatorios y evidencia física a los mencionados en la presente audiencia y culmina su intervención aludiendo que, la defensa no hará uso de la teoría de la inimputabilidad de su representado, llevando ello, a vislumbrar que tanto el acusado como su defensora ejercieron sus facultades al interior del proceso penal, es decir, una defensa material y técnica.

En igual sentido, en la audiencia preparatoria el acusado Alirio de Jesús Moncada Herrera fue asistido por el Dr. Germán David Zapara Castaño, adscrito también a la defensoría pública, y en su rol de defensor público estuvo atento al proceso de descubrimiento de la prueba por parte del ente acusador, aludiendo que en entrevista realizada antes de la instalación de esta audiencia, se definió con su protegido que no habrían medios de prueba que haría valer en el juicio oral, manifestó que no contaba con medios de defensa para descubrir a su favor, pero ofreció el testimonio de su prohijado, explicando su pertinencia, conducencia y utilidad, además hizo las observaciones pertinentes a las solicitudes probatorias documentales de la fiscalía

De ahí que, lo que hoy reclama el recurrente resulta inoportuno, porque su papel defensivo bajo el principio de *sucesión defensiva* y de *unidad de defensa* es para continuar con dicha garantía hacia el futuro y no para retrotraer las etapas del proceso en las que no ha participado el nuevo togado, al considerar que su estrategia defensiva con otros testigos diferentes a los peticionados y decretados en la audiencia preparatoria a su antecesor tienen mayor probabilidad de éxito de alcanzar la absolución del señor ALIRIO DE JESÚS MONCADA HERRERA.

De tal suerte que, olvida el defensor que bajo el *principio de unidad defensa*, se encuentra el nuevo abogado compelido a continuar con la representación de los intereses del acusado en la fase procesal en la que le es otorgado el poder, siendo inviable vulnerar el *principio de preclusión de los actos procesales y los términos procesales* para retrotraer la actuación con la finalidad de poner en marcha su estrategia defensiva orientada a la repetición de la audiencia de formulación de acusación y la audiencia preparatoria.

En ese sentido, aludiendo a una de las decisiones en las que el Juez A quo fundamentó su decisión, la H. Sala de Casación Penal de la H. Corte Suprema de Justicia, esbozó:

(...)

“Nulidad por ausencia de una defensa idónea.

La Corte tiene dicho que no por haber sido adversos los resultados del juicio o disentir de la estrategia defensiva aplicada por quienes asumieron el encargo en el curso del proceso, puede alegarse ineptitud de la defensa, porque el ejercicio de la actividad defensiva es de medio, no de resultado, y porque no puede pretenderse que todos los abogados actúen de la misma manera (CSJ, SP, marzo 7 de 2012, radicado 37247).

Para que una actividad defensiva pueda tildarse de inidónea y erigirse eventualmente en motivo de nulidad por desconocimiento del derecho a una asistencia técnica calificada, es necesario acreditar que la actuación cumplida por quienes asumieron el encargo fue realmente errática, y que esto incidió negativamente en el ejercicio del derecho de defensa, comprometiendo los resultados de la actuación procesal.

Las simples discrepancias derivadas del hecho de no existir coincidencia entre la forma como el abogado adelantó la actividad defensiva y la manera como su sucesor lo hubiera hecho, no son argumento válido para sustentar un ataque en casación, porque lo normal en el ejercicio de una actividad liberal como la abogacía es que estas diferencias se presenten, y no por considerar de mejor calado la metodología propia, puede tildarse al contrario de inepto o incompetente. (...)"

Ahora si bien, esta providencia de Alta Corporación se refiere en aquellos eventos en la cual la actuación procesal ha culminado con sentencia condenatoria en contra del procesado, la misma resulta aplicable al caso concreto, al no ser posible sustentar una causal de nulidad por divergencias entre los abogados frente a sus hipótesis defensivas y a los elementos materiales probatorios recaudados, siendo inviable la nulidad deprecada, pues la consideración del nuevo defensor al resaltar el desconocimiento de testigos por parte de los abogados que lo antecedieron en las audiencia de acusación y preparatoria, y considerar que no fue una defensa técnica permanente, no es una razón suficiente para decretar la nulidad por ausencia de defensa técnica.

Asimismo, al observar los registros y las respectivas actas de audiencia obrantes en el expediente, se vislumbra un papel activo de las defensas, no encuentra esta Corporación en dónde se desprende la vulneración de garantías fundamentales, pues la defensa actual lo único que hizo en la instalación de la audiencia de juicio oral fue interrumpir su curso, para afirmar que tenía a su disposición elementos materiales probatorios que no fueron solicitados en la audiencia preparatoria por el abogado GERMÁN DAVID ZAPATA CASTAÑO, y que algunos de ellos fueron puestos en conocimiento por el procesado extemporáneamente en aquella época. Siendo esta razón efímera para sustentar la nulidad, pues si había diferencias entre el acusado y sus defensores, estaba facultado el acusado para desplazar al defensor público otorgando poder a un abogado contractual de su confianza en ese momento, pero como no lo hizo, todo lo

actuado por aquellos abogados ha quedado revestido de la firmeza, validez y legalidad, al no haber sido lesivo de los derechos y garantías del señor ALIRIO DE JESÚS MONCADA HERRERA.

En ese orden de ideas, itera la Sala que la causal de nulidad impetrada por el apoderado del acusado, resulta improcedente al no observarse ninguna afectación al derecho de defensa (material y técnica) y al debido proceso.

De acuerdo con las anteriores consideraciones, se **CONFIRMARÁ** la decisión impugnada, de conformidad a los argumentos esbozados en precedencia.

Sin necesidad de más consideraciones, con fundamento en los argumentos expuestos, el **TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA, EN SALA DE DECISIÓN PENAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

6. RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR, la decisión adoptada el 26 de junio de 2020, por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Támesis (Ant.), al ser improcedente la causal de nulidad deprecada por la defensa, según lo esbozado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Esta providencia queda notificada por estrados y contra ella no procede recurso alguno.

TERCERO: Devuélvase la actuación procesal al Juzgado de Origen para lo de su competencia.

DEVUÉLVANSE LAS DILIGENCIAS Y CÚMPLASE

NANCY ÁVILA DE MIRANDA
MAGISTRADA

JUAN CARLOS CARDONA ORTIZ
MAGISTRADO

PLINIO MENDIETA PACHECO
MAGISTRADO

ALEXIS TOBÓN NARANJO
SECRETARIO