

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



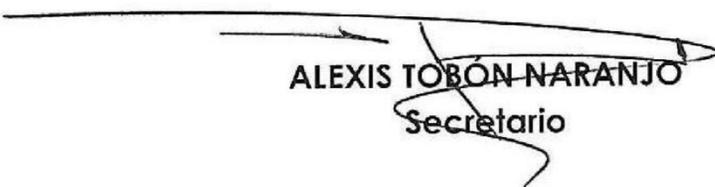
TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA SALA PENAL

ESTADO ELECTRÓNICO 105

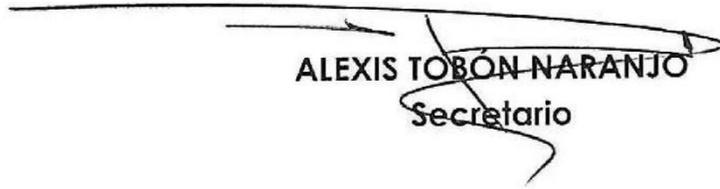
La Sala Penal del Tribunal Superior de Antioquia en cumplimiento al inciso 3° del parágrafo 1 del artículo 13 del acuerdo PCSJA20-11546 del 25/04/2020 y sus prorrogas expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, fija el presente estado electrónico.

Radicado Interno	Tipo de Proceso	Accionante/Solicitante e DELITO	Accionado / Acusado	Decisión	Fecha de decisión
2020-0907-5	Auto 2° ley 906	Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes	Michael Julián Patiño Escobar	Confirma auto de 1° instancia	Nov. 23 de 2020
2020-0896-6	Sentencia 2° instancia	Falsedad en documento y hurto agravado	Pedro Antonio Salazar Perez y otro	Modifica fallo de 1° instancia	Nov. 23 de 2020
2018-0566-3	Sentencia 2° instancia	Encubrimiento Por Favorecimiento	Carlos Mario Callejas Monsalve y otro	Modifica fallo de 1° instancia	Nov. 18 de 2020
2020-0984-1	Tutela 2° instancia	José Miguel Martínez Arrieta	COLPENSIONES y otro	Confirma fallo de 1° instancia	Nov. 20 de 2020
2020-0661-3	Auto 2° ley 906	actos sexuales con menor de 14 años	Luis Martínez Gualdrón	Confirma auto de 1° instancia	Nov. 20 de 2020
2020-0998-4	Tutela 2° instancia	Alexis Antonnio Moreno	Fiscalía Local De San Andrés De Cuerquia y otros	Confirma fallo de 1° instancia	Nov. 23 de 2020
2020-0061-2	Sentencia 2° instancia	Acceso carnal violento	Jhon Ferdy Betancur Betancur	Confirma fallo de 1° instancia	Nov. 20 de 2020
2020-1071-3	Tutela 1° instancia	Hever Cuervo García	fiscalía 141 Seccional de Valdivia Ant y otros	Declara improcedente	Nov. 23 de 2020
2018-1430-5	Auto 2° ley 906	.	Andrés Fernando Urrego Vélez y otro	concede recurso de apelación	Nov. 23 de 2020
2020-1069-5	auto ley 906	daño en bien ajeno	Carlos Enrique Berrio Duque	Decreta nulidad	Nov. 20 de 2020
2020-0587-5	Auto 2° ley 906	corrupción de alimentos	Jhon Jairo Ruiz Álzate	Revoca auto de 1° instancia	Nov. 23 de 2020
2020-0876-6	Sentencia 2° instancia	Enriquecimiento ilícito de particulares	Carlos Alberto Espinosa Garzón y otro	Revoca sentencia de 1°. Absuelve	Nov. 23 de 2020

FIJADO, HOY 24 DE NOVIEMBRE DE 2020, A LAS 08:00 HORAS


ALEXIS TOBÓN NARANJO
Secretario

DESFIJADO EN LA MISMA FECHA A LAS 17:00 HORAS


ALEXIS TOBÓN NARANJO
Secretario

Proceso No 05579610019620168010900
Delito: Falsedad en documento y hurto agravado
Procesados: PEDRO ANTONIO SALAZAR PEREZ y JEAN
CARLOS PINZON
Origen: Juzgado Penal del Circuito de Puerto Berrio
Motivo: Apelación sentencia
Decisión: Modifica

NI: 2020-0896

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

Proceso No 05579610019620168010900

NI: 2020-0896

Delito: Falsedad en documento y hurto agravado

Procesados: PEDRO ANTONIO SALAZAR PEREZ y JEAN CARLOS
PINZON

Origen: Juzgado Penal del Circuito de Puerto Berrio

Motivo: Apelación sentencia

Decisión: Modifica

Aprobado por medios virtuales mediante acta 105 Sala No: 6

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

Medellín noviembre veintitrés de dos mil veinte.

1. Objeto del pronunciamiento

Resolver el recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía General de la Nación y el apoderado de víctimas, contra la sentencia emitida el pasado 7 de septiembre del año en curso por el Juzgado Penal del Circuito de Puerto Berrío.

2. Hechos y actuación procesal relevante.

Fueron narrados así en el escrito de acusación:

“Los hechos se registraron el día 26 de Junio del 2016 siendo las 12. 20 horas , los uniformados ABAD BOHORQUEZ Y VARGAS ALDANA, se les comunica que un rodante de placas KDI 060, color rojo con dirección al establecimiento de Comercio Las Margaritas que transporta un ganado que al parecer había sido hurtado en el municipio de Yondó en la vereda Sardineta.

Delito: Falsedad en documento y hurto agravado

Procesados: PEDRO ANTONIO SALAZAR PEREZ y JEAN CARLOS PINZON

Origen: Juzgado Penal del Circuito de Puerto Berrio

Motivo: Apelación sentencia

Decisión: Modifica

Con base en la información se precisó a realizar un puesto en el kilómetro 88 +500 frente al establecimiento comercial servicio las >margaritas del municipio de Yodó con el fin de ubicar el rodante con las características dadas por el centro de comunicaciones de la policía, una vez observado se hace la señal de pare al rodante (sic) quienes se identifican como PEDRO ANTONIO SALAZAR PEREZ con cédula de ciudadanía número 18.957.135 de Agustín Codazzi (operador del camión) y JEAN CARLOS PINZON CAMPOS con cédula de ciudadanía número 1.096.196.079 de Barrancabermeja, se procede a solicitar al conductor del vehículo la guía de movilización de los semovientes el cual hace entrega y la (sic) verificar se establece que presenta inconsistencias, de inmediato se procede a verificar el ganado que transportaba en donde se logra identificar que todos los semovientes se encontraban con el símbolo de identificación @, estando adelantando el procedimiento se presenta el señor JENARO BERRIO RUIZ, quien manifiesta que él era el propietario de los semovientes y que habían sido hurtados de la Finca de nombre El Loro ubicada en la vereda Sardineta Baja del municipio de Yondó- Antioquia- el ciudadano les enseña el registro de marca con el símbolo @ corroborando que efectivamente es el dueño de los semovientes con base en el hallazgo en presidencia se le da a conocer los derechos que tiene como personas capturadas por el delito de receptación en concurso con el de uso de documento falso s “

El 27 de junio del 2016, se le formuló imputación a los señores PEDRO ANTONIO SALAZAR PEREZ y JEAN CARLOS PINZON CAMPOS, por los delitos de receptación y uso de documento público falso. El día 23 de septiembre del 2016 se presentó escrito de acusación el cual fue leído en audiencia celebrada el pasado 4 de abril del 2017, y en la misma en relación a lo consignado en el escrito de acusación se agregó que el valor de los semovientes era de quince millones de pesos y que sobre la adecuación típica se debía indicar lo siguiente:

“La conducta imputada corresponde a la preceptuada en el artículo 447 del Código Penal (receptación) – “ el que sin haber tomado parte de la ejecución de la conducta, adquiera, posea, convierta o transfiera bienes muebles o inmuebles que tenga origen mediato o inmediato en un delito o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito, incurra en pena de 4 a 12 años siempre que la conducta no constituya otro delito sancionado con pena mayor en concurso con el uso de documento público falso preceptuado en el artículo 291 de la misma obra, que sanciona al que sin haber incurrido en la falsificación hiciere uso de documento público falso incurra en pena de 4 a 12 años, advirtiendo que luego de estudiar los hechos y de conformidad con los elementos materiales probatorios y evidencias físicas, se procede a variar la calificación jurídica y encuadrar el tipo penal que sería hurto- artículo 239 “ el que se apodere de cosa mueble ajena con el propósito de

Delito: Falsedad en documento y hurto agravado

Procesados: PEDRO ANTONIO SALAZAR PEREZ y JEAN

CARLOS PINZON

Origen: Juzgado Penal del Circuito de Puerto Berrio

Motivo: Apelación sentencia

Decisión: Modifica

obtener provecho para si o para otro, con la causal de agravación prevista en el artículo 241 numeral 10 – por dos o más personas que se hubieren reunido o acordado para cometer el hurto .”

La audiencia preparatoria se efectuó el día 23 de marzo del 2018 y el juicio oral se inició el 4 de diciembre del mismo año, culminando con un anuncio del sentido del fallo condenatorio por el delito contra la fe pública y absolutorio respecto del punible contra el patrimonio económico, el pasado 24 de junio del 2020.

3. Sentencia de Primera Instancia

Después de relatar lo ocurrido durante la actuación, el debate probatorio y las alegaciones de las partes, el juez de conocimiento encontró que debía condenar a los procesados exclusivamente por el punible de uso de documento público falso.

Señaló que materialmente se acreditó que la guía de transporte de ganado que llevan los procesos era falsa y que la misma fue exhibida a los agentes del orden que hacían un retén en las afueras del municipio de Yondó, con lo cual la materialidad y la responsabilidad de los acusados en dicha ilicitud aparece más que sobrada, como se desprende de la valoración conjunta del testimonio del patrullero RAMIRO ANTONIO ABAD BOHORQUEZ que participó en el operativo de retención y el dicho del subintendente WILSON JULIAN CARRILLO AVILA, con quien ingresó la pericia sobre la falsedad de la denominada “guía sanitaria de movilización interna de animales “

En cuanto al presunto hurto resaltó en primer lugar los yerros de la acusación, donde en parte alguna se indica los elementos facticos de tal conducta, pues simplemente se consigna que eran transportados unos semovientes “ al parecer hurtados”, y posteriormente se menciona lo que indicó a los policiales el dueño de los animales sobre el hurto de los mismos en una finca del Municipio de Yondó, pero nunca se estableció de qué manera se

Delito: Falsedad en documento y hurto agravado

Procesados: PEDRO ANTONIO SALAZAR PEREZ y JEAN

CARLOS PINZON

Origen: Juzgado Penal del Circuito de Puerto Berrio

Motivo: Apelación sentencia

Decisión: Modifica

ejecutó el hurto, lo que impide entonces tener como acreditado la ejecución de tal conducta máxime que las pruebas de cargo llevadas al juicio solo dan cuenta del procedimiento de retención del camión con los semovientes en una vía pública, y la aparición de su propietario reclamando los mismos.

Resaltó como el representante del Ente instructor cambió el tipo penal de la imputación inicial de receptación al de hurto, sin embargo, no se probó dicho delito sin que se pueda deducir responsabilidad por el simple hecho de transportar tales animales en el rodante en el que viajaban los procesados, lo que conlleva entonces a que se deba absolver por tal ilicitud.

Impuso el mínimo de la pena por el delito de uso de documento público falso que es de 48 meses de prisión, y le impuso igualmente a los dos procesados la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término y les concedió la suspensión condicionada de la ejecución de la pena.

Apelación

Inconforme con la sentencia de primera instancia, defensa, fiscalía y apoderado de víctimas interponen recurso de apelación.

La defensa de los procesados señala que se debe revocar la condena por el punible de uso de documento público falso, aunque varias cuartillas usó para fundamentar su pretensión la mayor parte de ellas se limita a transcribir apartes de la sentencia, para luego concluir que se debe absolver a sus representados, pues aunque se demostró que la guía de transporte era espuria, no se acreditó el elemento subjetivo de la conducta, esto es que los procesados sabían que la misma era falsa.

Si bien es cierto el conductor del rodante señor PEDRO ANTONIO SALAZAR PEREZ exhibió

Delito: Falsedad en documento y hurto agravado

Procesados: PEDRO ANTONIO SALAZAR PEREZ y JEAN
CARLOS PINZON

Origen: Juzgado Penal del Circuito de Puerto Berrio

Motivo: Apelación sentencia

Decisión: Modifica

la guía no por esto se puede concluir que él supiera que era falsa, de otra parte JEAN CARLOS PINZON CAMPOS no iba conduciendo, era simplemente un ayudante del que no se puede deducir de manera alguna que tuviera conocimiento sobre guías u otros documentos necesarios para el transporte de semovientes, por lo tanto no se puede deducir simplemente por el hecho de que viajara en el camión interceptado su responsabilidad en la conducta punible por la que se le terminó condenando.

Por su parte el representante de víctimas sustenta su apelación de escueta manera, señalando que no se debió absolver por el delito de hurto, pues si los procesados fueron encontrados con los semovientes y estos habían sido hurtado horas antes, claro es su compromiso en el punible, pues estos no dieron una explicación de por qué transportaban ese ganado amparándose en una planilla falsa, y además el propietario de las reses se hizo presente y las reconoció con la marca que este había registrado de las mismas, lo que permite inferir sin lugar a dudas la participación de los acusados en el delito endilgado.

A su vez el representante de la Fiscalía General de la Nación sustenta la apelación igualmente reclamando se emita condena por el delito de hurto, para ello inicia su exposición escrita resumiendo lo actuado y resaltando la forma como se produjo la captura de los procesados conduciendo un camión en el que se transportaban unos semovientes, que horas antes habían sido hurtados de una finca de propiedad del señor JENARO BERRIO RUIZ, quien pudo reconocer el ganado por la marca que estos tenían la cual él usaba para identificar los animales de su propiedad.

Resalta que no es necesario para emitir una sentencia condenatoria que se relacionen las circunstancias de tiempo modo y lugar del hurto, las cuales no pudo conocer la víctima, pues esta no se encontraba en el predio cuando se perpetró el mismo, sino que se dio cuenta de la falta de las mismas y avisó a las autoridades, por lo tanto si en poder de los procesados se encontraron las reses hurtadas es plausible concluir que ellos las hurtaron y por lo mismo emitir una sentencia condenatoria al respecto.

Delito: Falsedad en documento y hurto agravado
Procesados: PEDRO ANTONIO SALAZAR PEREZ y JEAN
CARLOS PINZON
Origen: Juzgado Penal del Circuito de Puerto Berrio
Motivo: Apelación sentencia
Decisión: Modifica

Cuestiona que se tache el escrito de acusación de erróneo y recalca que precisamente se aclaró el mismo para adecuar la conducta punible, que en efecto correspondía con las evidencias que se contaba y por lo mismo se cambió de receptación a hurto, visto que en efecto se contaba con elementos para demostrar tal punible y así ocurrió en el juicio oral, por lo que lo procedente es entonces revocar la absolución emitida en primera instancia.

Indica que en la acusación no se hicieron observaciones por parte del juez, pero si se repasa la misma se aprecia con precisión cuales son los hechos jurídicamente relevantes y la otra información que se incluyó se hizo para ubicar el contexto de los hechos, sin que esto pueda considerarse como erróneo, y de la narración contenida en la acusación se deducen claramente las dos conductas punibles por las que se pidió condena.

Reclama entonces se mantenga la sentencia condenatoria por el punible de uso de documento público falso, visto que en efecto los procesados fueron capturados cuando viajaban con la planilla de transporte de animales que era falsa tal y como se probó ampliamente en desarrollo del juicio oral.

Para resolver se considera

Dos son los temas que ocupan la atención de la Sala, el primero si se debe mantener la condena por el delito de uso de documento falso, y el otro si se debe revocar la absolución por el punible de hurto.

Previo a esto la Sala debe ocuparse de un asunto que tendrá íntima relación con la forma como ha de desatarse las apelaciones interpuestas, y tiene que ver con la manera como la Fiscalía debe ocuparse de los hechos jurídicamente relevantes de la acusación.

Delito: Falsedad en documento y hurto agravado

Procesados: PEDRO ANTONIO SALAZAR PEREZ y JEAN

CARLOS PINZON

Origen: Juzgado Penal del Circuito de Puerto Berrio

Motivo: Apelación sentencia

Decisión: Modifica

Con bastante énfasis la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, se ha ocupado de precisar cómo debe elaborarse una acusación, pues esta pieza procesal que es el pilar para el desarrollo del juicio, debe contener una relación clara, completa, comprensible y lógica de los hechos jurídicamente relevantes, con las conductas punibles por las que se está llamando a responder penalmente.

«[...] el acto de formulación de acusación, en estricto sentido, es el paso subsiguiente, previo y necesario para dar inicio al juzgamiento del imputado en un debate oral, público, contradictorio, concentrado y con inmediación de las pruebas que sustentan, de una parte, los hechos jurídicamente relevantes cuya ejecución (por acción u omisión) la Fiscalía atribuye al sujeto pasivo de la acción penal, y por otra, cuando sea del caso, aquéllas en las que encuentra respaldo la oposición o réplica del procesado a los hechos atribuidos en los que se predica su responsabilidad. Con el fin de asegurar que esa etapa se adelante con sujeción a esa dinámica, con total respeto de las garantías fundamentales del procesado y en general del debido proceso, la respectiva legislación le impone a la Fiscalía General de la Nación las siguientes obligaciones al presentar por escrito la acusación: i) individualizar en forma concreta y completa al acusado, con indicación del nombre y demás datos que sirvan para identificarlo; ii) consignar una relación clara y sucinta, en lenguaje comprensible, de los hechos jurídicamente relevantes; iii) señalar el nombre y lugar de citación del abogado, contractual o provisto por el Estado, que representa técnicamente al procesado; y iv) indicar las pruebas que pretende hacer valer en el juicio para acreditar los extremos personal, fáctico y jurídico de la acusación. Tales requisitos para surtir efectos sustanciales vinculantes deben formalizarse en audiencia pública ante el juez de conocimiento, en presencia del acusado, si éste no renuncia ello, y de su defensor cuya asistencia es obligatoria (Ley 906 de 2004, artículos: 8, 336, numerales 1, 2, 3 y 5, y artículo 339).”¹

Es así como puede decirse que la acusación constituye la columna vertebral del proceso penal, es un elemento estructural del mismo, por cuanto no solo determina el inicio de la fase de juzgamiento, sino que a su vez delimita cuales son los aspectos fácticos que se abordaran en la sentencia, y es el principal referente del tema de prueba. Valga aclarar, que para que dichos fines se alcancen dentro del proceso, la formulación de acusación por parte del delegado de la Fiscalía, debe ser un acto responsable que cumpla con los requisitos establecidos por la ley, porque de no ser así, ello termina afectando no solo como se ha

¹ Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal, Sentencia No. 34022, M.P. Julio Enrique Soca Salamanca.

Delito: Falsedad en documento y hurto agravado

Procesados: PEDRO ANTONIO SALAZAR PEREZ y JEAN
CARLOS PINZON

Origen: Juzgado Penal del Circuito de Puerto Berrio

Motivo: Apelación sentencia

Decisión: Modifica

dicho reiteradamente garantías fundamentales del procesado, la víctima, sino la celeridad procesal al continuarse con un proceso estéril por parte de la Fiscalía, al no dar los frutos deseados ante una indebida acusación.

Repasando la acusación, que como ya se anotó párrafos atrás el Ente instructor al momento de su presentación en la audiencia celebrada el pasado 4 de abril del 2017, mutó lo que había afirmado en la imputación en lo referente a la ubicación jurídica de las conductas que se deducían de los hechos jurídicamente relevantes, indicando lo siguiente:

“Los hechos se registraron el día 26 de Junio del 2016 siendo las 12. 20 horas , los uniformados ABAD BOHORQUEZ Y VARGAS ALDANA, se les comunica que un rodante de placas KDI 060, color rojo con dirección al establecimiento de Comercio Las Margaritas que transporta un ganado que al parecer había sido hurtado en el municipio de Yondó en la vereda Sardinata.

Con base en la información se precisó a realizar un puesto en el kilómetro 88 +500 frente al establecimiento comercial servicio las >margaritas del municipio de Yodó con el fin de ubicar el rodante con las características dadas por el centro de comunicaciones de la policía, una vez observado se hace la señal de pare al rodante (sic) quienes se identifican como PEDRO ANTONIO SALAZAR PEREZ con cédula de ciudadanía número 18. 957.135 de Agustín Codazzi (operador del camión) y JEAN CARLOS PINZON CAMPOS con cédula de ciudadanía número 1.096.196.079 de Barrancabermeja, se procede a solicitar al conductor del vehículo la guía de movilización de los semovientes el cual hace entrega y la (sic) verificar se establece que presenta inconsistencias, de inmediato se procede a verificar el ganado que transportaba en donde se logra identificar que todos los semovientes se encontraban con el símbolo de identificación @, estando adelantando el procedimiento se presenta el señor JENARO BERRIO RUIZ, quien manifiesta que él era el propietario de los semovientes y que habían sido hurtados de la Finca de nombre El Loro ubicada en la vereda Sardineta Baja del municipio de Yondó- Antioquia- el ciudadano les enseña el registro de marca con el símbolo @ corroborando que efectivamente es el dueño de los semovientes con base en el hallazgo en presidencia se le da a conocer los derechos que tiene como personas capturadas por el delito de receptación en concurso con el de uso de documento falso “

Comos se ha dicho la conducta imputada corresponde a la preceptuada en el artículo 447 del Código Penal (receptación) – “ el que sin haber tomado parte de la ejecución de la conducta, adquiera, posea, convierta o transfiera bienes muebles o inmuebles que tenga origen mediato o inmediato en un delito o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito, incurra en pena de 4 a 12 años siempre que la conducta no constituya otro delito sancionado con pena mayor en concurso con el uso de documento

Delito: Falsedad en documento y hurto agravado

Procesados: PEDRO ANTONIO SALAZAR PEREZ y JEAN

CARLOS PINZON

Origen: Juzgado Penal del Circuito de Puerto Berrio

Motivo: Apelación sentencia

Decisión: Modifica

público falso preceptuado en el artículo 291 de la misma obra, que sanciona al que sin haber incurrido en la falsificación hiciere uso de documento público falso incurra en pena de 4 a 12 años, advirtiendo que luego de estudiar los hechos y de conformidad con los elementos materiales probatorios y evidencias físicas, se procede a variar la calificación jurídica y encuadrar el tipo penal que sería hurto- artículo 239 “ el que se apodere de cosa mueble ajena con el propósito de obtener provecho para si o para otro, con la causal de agravación prevista en el artículo 241 numeral 10 – por dos o más personas que se hubieren reunido o acordado para cometer el hurto”

De lo transcrito, desentrañando la redacción de los hechos en los que se hacen menciones a partes de informes y otras piezas procesales que al parecer tenía la Fiscalía en su poder, lo que es una indebida practica que al parecer el delegado del Ente Instructor en Puerto Berrio, pese a lo reiterado de la jurisprudencia en el punto, no ha podido entender, tenemos que el día 26 de Junio del 2016 siendo las 12:20 horas, unos integrantes de la policía reciben información sobre un vehículo placas KDI 060, color rojo con dirección al establecimiento de Comercio Las Margaritas en El Municipio de Yondó, que transporta un ganado que al parecer había sido hurtado en ese mismo municipio en la vereda Sardinata.

Que con esa información montan un puesto de control frente al mencionado establecimiento e interceptan al camión de placas KDI 060 que era conducido por PEDRO ANTONIO SALAZAR PEREZ, y en el que también viajaba JEAN CARLOS PINZON CAMPOS como ayudante, que al preguntársele por su viaje – el conductor del vehículo exhibe una guía de transporte de semovientes- que se pudo establecer era falsa, y que posteriormente arribó al lugar el señor JENARO BERRIO RUIZ, quien logra acreditar que él es el propietario de los semovientes que se transportaban en el camión y que tenían en sus lomos la marca debidamente registrada para el ganado de su propiedad.

De estos hechos la Fiscalía en la audiencia de imputación – donde se presentó casi idéntica relación fáctica² deduce dos conductas punibles para los dos procesados, la de receptación y uso de documento falso que luego muta en la acusación a la de hurto agravado, por ser ejecutado por dos o más personas, pero conserva la adecuación al punible de uso de documento falso.

² Registro de audio del día 27 de junio del 2016 a partir del minuto 130 .02

Delito: Falsedad en documento y hurto agravado
Procesados: PEDRO ANTONIO SALAZAR PEREZ y JEAN
CARLOS PINZON
Origen: Juzgado Penal del Circuito de Puerto Berrio
Motivo: Apelación sentencia
Decisión: Modifica

Debemos entonces ocuparnos de lo señalado en la acusación de lo que emerge lo siguiente:

En cuanto a la conducta punible de hurto en parte alguna se indica de qué manera JEAN CARLOS PINZON o PEDRO ANTONIO SALAZAR, participaron en la sustracción de los semovientes que se encontraron en el camión conducido por PEDRO ANTONIO, solo se indica que el ganado hurtado era transportado y que en ese mismo vehículo viajaba JEAN CARLOS PINZON como ayudante, y aunque en el inicio de los hechos de la acusación se precise a que finca pertenecían esas reses y se identifique al señor JENARO BERRIO RUIZ como la persona que tenía registrada la marca que tenía las reses y se mencione que este llegó al lugar del retén y las reconoció como suyas, nada se indica de la forma como se perpetró el hurto.

El señor Fiscal al apelar señala que la víctima no sabía eso pues no se percató del momento del hurto, y por eso no se indicó como se presentó el mismo, y aunque en efecto esto puede ocurrir, si a una persona se le va a señalar de cometer un hurto debe precisársele que, como, cuándo y dónde ejecutó dicha conducta, a fin de que pueda en forma cabal ejercer su derecho de defensa y contradicción, una cosa es que el propietario del bien hurtado no sepa cómo se perpetró el hurto, porque no presencié el momento el mismo y otra distinta es que no se deba precisar en la acusación como es que se ejecutó el mismo .

Ahora bien descendiendo a lo probado en el juicio encontramos que comparece el policía EMIRO ANTONIO ABAD BOHORQUEZ, quien narra que recibió una llamada donde se le reportaba que había un camión que transportaba unas reses y que con su compañero VARGAS ALDANA dispuso un retén frente al establecimientos las Margaritas y allí hizo detener al camión que correspondía a las características que habían sido reportadas y encontró que en el mismo viajaban dos personas- “conductor y ayudante ”- según sus palabras - que solicitó la guía sanitaria de transporte de los semovientes y se le exhibió la misma, la que al analizarla encontró irregular por los datos consignados en la misma- su fecha de expedición y que era expedida por una oficina del ICA de Santander, y que como

Delito: Falsedad en documento y hurto agravado

Procesados: PEDRO ANTONIO SALAZAR PEREZ y JEAN

CARLOS PINZON

Origen: Juzgado Penal del Circuito de Puerto Berrio

Motivo: Apelación sentencia

Decisión: Modifica

también llegó al lugar el señor JENARO BERRIO quien dijo ser el propietario de los aludidos semovientes y mostró como tenía registrada la marca que estos ostentaban en sus lomos, según documentos que exhibió, procedió a la retención del conductor y el ayudante y elaboró los informes respectivos, dejando a disposición de la Fiscalía a los retenidos.

Comparece también el señor DAVID MARTINEZ JARAMILLO, finquero de la región, quien indica que al notar en la vía un camión que transportaba ganado en forma sospechosa, pues llevaba reses con sus crías, novillos y reses para engorde, que no es común que se transporten así, pues explica son grupos que no se mezclan para su transporte visto que unos son para cría y otros para sacrificio, aprovechando que el vehículo estaba detenido las observó detenidamente y apreció que tenía la marca de su vecino y conocido JENARO BERRIO, por lo que se comunicó con él y este le confirmó que no habían sido vendidas por lo que alertó a las autoridades que retuvieron al rodante, advirtiéndole que el conductor del mismo dijo ser de Aguachica y haber sido contratado para transportar las reses, y un joven que viajaba con él cuyo nombre no pudo precisar resultó ser un joven conocido de la vereda que era fácilmente reconocible, pues tenía como señal particular tener 6 dedos en una mano y quien se excusaba diciendo que él simplemente había pedido lo dejaran viajar en el camión cuando lo encontró en la vía. Narra cómo fue el proceso de reconocimiento de los semovientes por su propietario JENARO, y enfatiza que la guía de transporte de semovientes era falsa, pues aparecía expedida en Santander, resalta igualmente no tener datos de cómo se produjo el hurto.

Por último, comparece como testigo de cargos JENARO BERRIO quien señala que advertido de que en un camión viajaban varias de las reses de su propiedad, se dirige al sitio donde está el retén policial, y allí reconoce como suyas 16 vacunos que eran transportadas sin su consentimiento, lo que lo lleva a indicar que le fueron hurtadas, al ser interrogado por el representante del Ministerio Público de cómo se presentó el hurto advierte no tener conocimiento, pero se reafirma en que las encontró sin justificación alguna a bordo del camión que había retenido la policía. Ilustró ampliamente a la audiencia de cómo fue que identificó los semovientes de su propiedad y lo referente a cómo se marca el ganado y se registra dicha marca para identificarla fácilmente.

Delito: Falsedad en documento y hurto agravado
Procesados: PEDRO ANTONIO SALAZAR PEREZ y JEAN
CARLOS PINZON
Origen: Juzgado Penal del Circuito de Puerto Berrio
Motivo: Apelación sentencia
Decisión: Modifica

Declaró igualmente el policial WILSON JULIAN CARRILLO AVILA, quien introdujo el estudio de documentología realizado a la Guía Sanitaria de Movilización interna de Ganado- la que determinó que la misma era falsa, por no contar con sus características distintitas y tener además errores en la forma como se consigna la información para el transporte de ganado y que verificado con la regional del ICA en Santander, allí no se había expedido la aludida guía de movilización.

De estos elementos probatorios surge sin lugar a dudas como hechos probados la retención de los semovientes en un vehículo al mando de PEDRO ANTONIO SALAZAR , que eran transportados amparados con una “Guía Sanitaria de Movilización Interna de Animales”, que resultó ser falsa como lo acreditó con el informe de documentología que se introdujo en el juicio y en especial porque el propietario de las reses JENARO BERRIO, no había autorizado ni pedido el transporte de tal ganado, y porque los vacunos tenían en sus lomos la señal que las identificaba como de propiedad del prenombrado JENARO BERRIO RUIZ. Igualmente que la aludida guía fue exhibida a los agentes del orden por el conductor del camión PEDRO ANTONIO SALAZAR.

Con lo probado, no hay duda para la Sala que la aludida Guía Sanitaria de Transporte no era original, pues contenía una información contraria a la verdad- autorización para el traslado de unos semovientes que no había sido ni pedida ni confirmada por el propietario de los mismos, que además no reunía los requisitos que normalmente tienen ese tipo de planillas según lo confirma el informe de documentología que se introdujo, por lo que no se puede dudar que en efecto lo consignado en tal documento era contrario a la verdad y que el mismo fue utilizado para amparar el transporte de unos semovientes, por lo que el punible de uso de documento público falso, aparece debidamente acreditado.

De otra parte y aunque el señor togado defensor diga que nunca se acreditó que en efecto sus representados falsificaran dicha planilla, lo cierto es que el punible por el que se formuló la acusación, lo es el de uso de documento falso descrito en el artículo 291 del Código penal, en el que se sanciona al “ *que sin haber concurrido a la falsificación, hiciere uso de documento público falso que pueda servir de prueba*”, y no el de falsedad en

Delito: Falsedad en documento y hurto agravado

Procesados: PEDRO ANTONIO SALAZAR PEREZ y JEAN
CARLOS PINZON

Origen: Juzgado Penal del Circuito de Puerto Berrio

Motivo: Apelación sentencia

Decisión: Modifica

documento como para decir que debía acreditarse que ellos en efecto falsificaron la guía y como se viene diciendo la planilla de autorización para transporte de ganado, que se exhibió era falsa, y por haber presentado la misma, es que se configura el punible enrostrado sin que se deba acreditar que en efecto se incurrió en la falsedad del mismo- que como se viene diciendo es otro punible diverso, por lo mismo evidente es que si se configura la conducta punible por la que se emitió sentencia condenatoria en relación al señor PEDRO ANTONIO SALAZAR quien lo exhibió cuando los policiales que habían montado el retén en la vía le pidieron los documentos que autorizaban el transporte de las reses que viajaban en el camión a su mando. Por lo tanto se itera el cargo de uso de documento falso que se le enrostra a PEDRO ANTONIO SALAZAR si se probó y la sentencia que por ese delito se emite debe ser confirmada en ese punto.

Ahora bien, de la narración que hace el policial que conoció del caso nada se dice que en efecto JEAN CARLOS PINZON hubiere participado de la exhibición de la aludida planilla y aunque el agente del orden que interceptó el rodante señale a esta persona como el ayudante del camión, esto no se acreditó, pues el policial – ABAD BOHORQUEZ, no explica porque lo identifica como ayudante del camión y el testigo DAVID MARTINEZ JARAMILLO, menciona que él conocía a JEAN CARLOS como vecino del sector- al que reconoció por su particular señal de tener 6 dedos en una de sus manos, y afirma que oyó decir que JEAN CARLOS había subido al camión estando en la ruta pidiendo que lo transportaran, por lo que necesariamente por su presencia en el rodante al momento de la retención no se puede decir que él sea el ayudante del mismo, y si esto es así no podemos concluir que en efecto él como lo menciona su defensor en la apelación supiera que tal planilla fuera falsa, o mucho menos que en efecto el hubiere dado uso a la misma, pues de ser un simple pasajero en el camión no tenía por qué saber de su origen, ni mucho menos porque exhibirla cuando fuera requerida por los agentes del orden.

En ese orden de ideas, la Sala encuentra que el cargo por uso de documento falso no aparece debidamente acreditada en relación a JEAN CARLOS PINZON, pues no se demostró en el grado de convencimiento necesario para condenar que en efecto él sea el ayudante del conductor que si exhibió el documento falso y si no viajaba en el automotor en tal condición, imposible es entrar a deducir que él de manera alguna pretendió darle uso al

Delito: Falsedad en documento y hurto agravado

Procesados: PEDRO ANTONIO SALAZAR PEREZ y JEAN

CARLOS PINZON

Origen: Juzgado Penal del Circuito de Puerto Berrio

Motivo: Apelación sentencia

Decisión: Modifica

documento espurio, pues no tenía ningún control sobre el viaje en el camión o sobre la carga de semovientes que allí se transportaban. En ese orden de ideas de manera parcial esta llamada a prosperar la pretensión del abogado defensor.

Retomando ahora el cargo por el punible de hurto y en relación a lo probado en el juicio, inicialmente debemos indicar que del hecho cierto de encontrar a una persona transportando unas reses que previamente han sido hurtados se puede deducir su participación en el hurto de estas, pero por tal inferencia solo es un indicio, que aunque es un medio de convencimiento válido en nuestro sistema procesal penal, necesariamente debe ser corroborado con otros elementos de convicción como igualmente lo reseña la sentencia de primera instancia, para poder en efecto considerar a quien transporta en tal condición el ganado como autor de hurto, y en el presente caso la prueba recabada no permite en efecto aportar elementos adicionales al hecho mismo de la retención transportando el ganado hurtado.

Igualmente y como ya se reseñó párrafos atrás, nunca se dijo en concreto en la acusación que los procesados se apoderaran de las reses que fueron incautadas; el cargo recae en que las mismas eran transportadas en el camión piloteado por PEDRO ANTONIO SALAZAR, que si bien es cierto como conductor tenía el deber de tener la planilla que ampara su movilización, y como se ha dicho tal planilla resultó ser falsa y él la usó cuando fue requerido por la precariedad de la relación fáctica de la acusación, no se sabe cómo y cuándo se perpetró el hurto y si en efecto el participó directamente del apoderamiento de los semovientes, o conforme a una división de trabajo, acordó transportar las reses previamente hurtadas, o simplemente prestó una colaboración posterior al hurto para su transporte- lo que en últimas lo ubicaría no como autor sino como cómplice.

De otra parte como ya se viene diciendo si respecto a JEAN CARLOS PINZON, no se acreditó que fuere el ayudante del camión, y existan referencias que era un simple pasajero que se recogió en el camino, mal se puede deducir respecto a que conociera que se transportaba ganado hurtado o que en efecto el hubiere participado o colaborado con tal actividad, lo que hace inviable la emisión de una sentencia condenatoria en su contra por el punible de

Delito: Falsedad en documento y hurto agravado

Procesados: PEDRO ANTONIO SALAZAR PEREZ y JEAN

CARLOS PINZON

Origen: Juzgado Penal del Circuito de Puerto Berrio

Motivo: Apelación sentencia

Decisión: Modifica

hurto.

Ahora bien la Fiscalía enfatiza que si el dueño de los semovientes no conoció como se perpetró el hurto, mal se hace en exigir al Ente Instructor que pruebe algo que no es posible, pues el dueño de las reses no estaba en el fundo de su propiedad al momento del hecho, de tal afirmación no puede la Sala concluir que porque esto es así se deba entonces condenar por el hurto, pues como se perpetró el mismo se podía probar por otros medios, como puede ser el personal de la finca, así el propietario de las reses no estuviere presente en el lugar de los hechos al momento del hurto y como se viene diciendo nunca se dijo en la acusación que los procesados hubieren cometido el hurto, se insiste, se señala que ellos transportaban unas reses hurtadas, y si bien es cierto esto puede construir un indicio de participación en el mismo- visto que en efecto se logró probar tal aspecto en el juicio, la conducta de apoderamiento que es el núcleo del hurto ni se incluyó en la relación fáctica ni mucho menos se demostró en el juicio, lo que impide entonces que como lo reclama el representante del Ente Instructor se emita una condena por el punible de hurto.

Igualmente si hiciéramos una abstracción de las falencias ya delatadas en la acusación y nos ocupáramos exclusivamente de lo probado en el juicio, como también viene resaltándose lo que se demostró que se retuvo un camión en el que se llevaban unas reses que resultaron ser de propiedad del señor JENARO BERRIO y que el conductor del mismo exhibió una guía de transporte que resultó ser falso, y esto como ya se reseñó permite corroborar el punible de uso de documento público falso pero no el de hurto.

Debemos ocuparnos ahora de lo ocurrido en la diligencia de imputación donde el cargo enrostrado lo fue por receptación, sin embargo el representante del Ente instructor como ampliamente lo hemos reseñado párrafos atrás abandonó dicha imputación jurídica al formular la acusación, lo que amerita entonces que nos ocupemos de este aspecto y su relación con los hechos jurídicamente relevantes enunciados en la acusación.

Lo primero que debemos advertir es que el tipo penal de receptación se comete cuando a

Delito: Falsedad en documento y hurto agravado

Procesados: PEDRO ANTONIO SALAZAR PEREZ y JEAN

CARLOS PINZON

Origen: Juzgado Penal del Circuito de Puerto Berrio

Motivo: Apelación sentencia

Decisión: Modifica

voces del artículo 447 del Código Penal, el que *“sin haber tomado parte en la ejecución de la conducta punible, adquiera, posea, convierta, o transfiera, bienes muebles o inmuebles que tenga origen media o inmediato en un delito, o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito,”* el núcleo de la imputación fáctica como se viene diciendo párrafos atrás es que un ganado que previamente había sido hurtado estaba siendo trasportando en un camión conducido por PEDRO ANTONIO SALAZAR PEREZ, y en el que JEAN CARLOS PINZON viaja y que al ser requerido por las autoridades el conductor SALAZAR PEREZ, exhibió una guía sanitaria de transporte de animales que resultó ser falso, sin que se precise en la relación fáctica que en efecto buscara hacer pasar como suyos tales semovientes, o que estuviere buscando convertirlos o transformarlos, pues en concreto el cargo fue que transportaba unas reses hurtadas.

Ahora bien, como ya se indicó cuando fue requerido el conductor por los agentes del orden que montaban un retén sobre los documentos con los que amparaba el transporte del ganado, se exhibió una planilla que como ya se anotó era falsa, y por esto como ya se concluyó quedó inmerso en la conducta de uso de documento público falso, y aunque con esto indudablemente buscaba hacer pasar como licito el origen de los semovientes, en la relación fáctica de la acusación no se precisa esto, simplemente se relata la exhibición del documento que resultó falso, lo que impide entonces que se considere que en efecto se está materialmente imputando el delito de receptación del que se itera el Ente instructor prescindió cuando acusó fue por el delito de hurto, por lo que entrar ahora a considerar que efectivamente podía configurarse el punible de receptación, no solo es desconocer la congruencia en su aspecto jurídico, pues por dicha conducta no se acusó ni se pidió condena, sino que además implica adicionar cargos fácticos que no fueron incluidos en la redacción de los hechos jurídicamente relevantes por parte del Ente instructor, lo que resulta vedado a todas luces en respeto irrestricto del principio de congruencia.

Sobre la congruencia que debe existir entre la imputación- la acusación y la sentencia condenatoria, en lo que se refiere a la conducta punible la Sala Penal de la Corte Suprema

Delito: Falsedad en documento y hurto agravado
Procesados: PEDRO ANTONIO SALAZAR PEREZ y JEAN
CARLOS PINZON
Origen: Juzgado Penal del Circuito de Puerto Berrio
Motivo: Apelación sentencia
Decisión: Modifica

de Justicia ha señalado lo siguiente³:

« [...] la Sala más allá del principio de congruencia que se materializa desde el acto de acusación al definir los aspectos material, jurídico y personal del objeto del proceso los cuales se reflejarán en la sentencia, ha hecho énfasis en el principio de coherencia a fin que a lo largo del diligenciamiento se preserve el núcleo fáctico entre los actos de formulación de imputación y acusación, estándole vedado al ente investigador adicionar gradualmente hechos nuevos (CSJ SP 8 jul 2009 rad. 31280, SP 1° feb. 2012, rad. 36907, entre otras). Y es que esa precisión que se exige de la Fiscalía desde la formulación de imputación de informar al imputado de los hechos y circunstancias, con las consecuencias jurídicas que aparejan, habilita el ejercicio pleno de derecho de defensa a fin de planear la estrategia tendiente a morigerar el poder punitivo estatal, al punto que le permite optar de manera libre, consciente y voluntaria por aceptar los cargos con miras a lograr una sustancial rebaja de la pena o continuar el trámite ordinario para discutir en el juicio los hechos o su responsabilidad, allegando pruebas en su favor o contravirtiendo las que se aducen en su contra. Cuando surgen nuevas arista fácticas que conllevan la configuración de otras hipótesis delictivas será necesario ampliar la formulación de imputación o incluso practicar otra diligencia de esa índole, a fin de no sorprender al procesado, limitante que subsiste aun en la audiencia de formulación de acusación, en la que si bien el Fiscal puede corregir la acusación, no está facultado para alterar el aspecto fáctico.

[e]l derecho de defensa del procesado se encuentra limitado de manera desproporcionada al no exigirse la aplicación del principio de congruencia entre la imputación de cargos y la formulación de la acusación, es decir, limitándola a la relación existente entre la acusación y la sentencia.

Ahora bien, la exigencia de la mencionada congruencia es de orden fáctico, lo cual implica que la calificación jurídica de los hechos siga siendo provisional, pudiendo variar entre ambas audiencias; bien entendido, dentro de unos márgenes racionales. En efecto, la intensidad que presenta el principio de congruencia entre la acusación y la sentencia es mayor que la existente entre la imputación de cargos y la formulación de la acusación, precisamente por el carácter progresivo y evolutivo que caracteriza al proceso penal. En efecto, precisamente el objeto de la etapa investigativa consiste en recolectar evidencia física y material probatorio que permitan sustentar adecuadamente un escrito de acusación, en tanto que el juicio oral es el escenario donde cada parte expondrá su teoría del caso, etapa procesal que inicia, precisamente, con la audiencia de formulación de la acusación.

En este orden de ideas, la Corte considera que el artículo 448 de la Ley 906 de 2004, interpretado de conformidad con los artículos 29 y 31 Superiores y 8º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, comporta que el principio de congruencia se entienda igualmente aplicable, dentro de los límites fijados en esta sentencia, a la relación existente entre la imputación de cargos y la formulación de la acusación.”

³ Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal, Sentencia SP2042-2019, Radicación n° 51007, M.P. Patricia Salazar Cuellar.

Delito: Falsedad en documento y hurto agravado
Procesados: PEDRO ANTONIO SALAZAR PEREZ y JEAN
CARLOS PINZON
Origen: Juzgado Penal del Circuito de Puerto Berrio
Motivo: Apelación sentencia
Decisión: Modifica

Debe resaltarse igualmente que la jurisprudencia también ha precisado que siendo el núcleo esencial de la congruencia lo fáctico, resulta posible condenar por un delito diverso siempre y cuando se respete dicho núcleo fáctico y, en efecto la Sala Penal, al respecto precisa:

“La Sala ha admitido la posibilidad de que excepcionalmente se profiera sentencia por conductas punibles diversas a las contenidas en la acusación, siempre que el juez respete los hechos, se trate de un delito del mismo género y el cambio de calificación se produzca respecto de un delito de igual o menor entidad. En suma, las imputaciones contenidas en la acusación de la Fiscalía son ley del proceso y conforman frontera inquebrantable para el juez, quien está obligado a emitir el fallo en consonancia con los cargos allí formulados, sin que pueda condenar por fuera de esos precisos límites, salvo que una determinación de tal naturaleza resulte favorable a los intereses del sentenciado y no desconozca el núcleo básico de la imputación fáctica.”⁴

En el presente caso como se viene diciendo aunque posible fuera deducir un delito de receptación, lo cierto es que emitir una condena por tal punible sobrepasa el núcleo fáctico de la acusación, pues los elementos constitutivos del punible no fueron ni reseñados fácticamente, ni imputados jurídicamente vista la tantas veces mentada variación que hizo la Fiscalía tal y como se reseñó párrafos arriba, por ende no es posible condenar por tal delito y en consecuencia la providencia materia de impugnación deberá ser confirmada en relación a la absolución por el delito que se acusó hurto, con la adición ya señalada que también se absolverá a JEAN CARLOS PINZON del cargo por uso de documento público falso.

Providencia discutida y aprobada por medios virtuales conforme lo dispuesto en el acuerdo PCSJ20-11632.

⁴ AP5142 del 2016.

Proceso No 05579610019620168010900

NI: 2020-0896

Delito: Falsedad en documento y hurto agravado

Procesados: PEDRO ANTONIO SALAZAR PEREZ y JEAN

CARLOS PINZON

Origen: Juzgado Penal del Circuito de Puerto Berrio

Motivo: Apelación sentencia

Decisión: Modifica

Por lo expuesto, **EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE ANTIOQUIA**, en Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la Republica y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: Modificar la sentencia materia de impugnación en el sentido de señalar que se absuelve a JEAN CARLOS PINZON CAMPOS, también del delito de uso de documento público falso. En consecuencia, procede su libertad definitiva e incondicional por estos cargos, por lo que se deberá realizar las anotaciones de rigor a la ejecutoria de esta sentencia, visto que actualmente goza de libertad condicional.

SEGUNDO. En todo lo demás rige la sentencia de primera instancia.

TERCERO. Contra esta decisión procede el recurso extraordinario de casación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Firma electrónica

Gustavo Adolfo Pinzón Jácome

Magistrado Ponente

Aprobado correo electrónico

Edilberto Antonio Arenas Correa

Magistrado

Nancy Ávila de Miranda

Magistrada

Alexis Tobón Naranjo

Secretario

Firmado Por:

Proceso No 05579610019620168010900

NI: 2020-0896

Delito: Falsedad en documento y hurto agravado

Procesados: PEDRO ANTONIO SALAZAR PEREZ y JEAN

CARLOS PINZON

Origen: Juzgado Penal del Circuito de Puerto Berrio

Motivo: Apelación sentencia

Decisión: Modifica

GUSTAVO ADOLFO PINZON JACOME

MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL

TRIBUNAL SUPERIOR SALA 007 PENAL ANTIOQUIA

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

Código de verificación:

ede00247c4a681bfff2d4394a20775f6979c1b9e884888089b399de6a61894

Documento generado en 23/11/2020 10:04:10 a.m.

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

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

Proceso No05 615 60 00 364 2014 00204

NI: 2020-0876-6

Acusado: CARLOS ALBERTO ESPINOSA GARZON ó ESPINOZA GARZON

Delito Enriquecimiento ilícito de particulares

Decisión: Revoca y absuelve

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

Proceso No05 615 60 00 364 2014 00204

NI: 2020-0876-6

Acusado: CARLOS ALBERTO ESPINOSA GARZON o ESPINOZA GARZON

Delito: Enriquecimiento ilícito de particulares

Origen: Juzgado Tercero Penal del Circuito Especializado

Motivo: Apelación sentencia

Decisión: Revoca absuelve.

Aprobado por medios virtuales mediante acta 105 Sala No: 6

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

Medellín, noviembre veintitrés de dos mil veinte.

1. Objeto del pronunciamiento

Resolver el recurso de apelación interpuesto por la Defensa y el Ministerio Público, contra la sentencia del pasado 09 de septiembre del año en curso emitida por el Juzgado Tercero Penal del Circuito Especializado de Antioquia.

2. Hechos y actuación procesal relevante.

Fueron narrados así en la sentencia de primera instancia:

“Los hechos por los que se contrae la presente investigación tuvieron su génesis el 30 de junio de 2014 en el aeropuerto internacional José María Córdoba del municipio de Rionegro-Antioquia, en donde miembros de la Policía Nacional realizaban labores de registro a equipajes percatándose que el rotulado con No. 621700 del vuelo 147 de la aerolínea Avianca con destino a la ciudad de Lima- Perú les generaba dudas, razón por la que procedieron a ubicar a su propietario, el cual fue identificado como CARLOS ALBERTO

ESPINOSA GARZÓN, en presencia de quien se inspeccionó el equipaje encontrando en el interior del bolso con doble fondo la suma de 383.700 € de los cuales desconocía su procedencia según manifestaciones del procesado.”

El 29 de julio de 2019, ante el Juzgado Veintiocho Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Medellín se le formuló imputación al señor CARLOS ALBERTO ESPINOSA GARZÓN, por su presunta participación en la ejecución de la conducta punible de LAVADO DE ACTIVOS en calidad de “AUTOR” y bajo el verbo rector “TRANSPORTAR” (Art. 323 C.P.).

El 23 de octubre de ese mismo año, la Fiscalía radica escrito de acusación en contra de ESPINOSA GARZÓN, manteniendo la calificación jurídica de la imputación, la que mediante acta individual de reparto del 29 de octubre siguiente fue asignada al Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Antioquia, quien asumió conocimiento dos días después, pero, al 13 de noviembre de 2019 se percata que el 08 de febrero de ese calendario había negado solicitud de preclusión impetrada por el ente acusador.

Pasa la actuación entonces al Juzgado Tercero Penal del Circuito Especializado de Antioquia, y la audiencia de formulación de acusación se llevó a cabo el 13 de enero de los corrientes, donde la Fiscalía mantuvo su postura frente a la calificación jurídica de la conducta. La audiencia preparatoria se desarrolló en la jornada del pasado 17 de abril, la audiencia de juicio oral fue desarrollada en su totalidad el 01 de julio de 2020, pasándose a los alegatos de conclusión y sentida del fallo, de carácter condenatorio.

3. Sentencia de Primera Instancia.

Después de relatar lo ocurrido durante la actuación, el debate probatorio y las alegaciones de las partes, el juez de conocimiento encontró que debida condenar a CARLOS ALBERTO ESPINOSA por el punible de enriquecimiento ilícito de particulares conforme a la solicitud de la Fiscalía.

Se ocupó inicialmente de la posibilidad de variar la calificación, y encontró que entre el

punible por el que se acusó lavado de activos y por el que se pidió condena enriquecimiento ilícito de particulares, resulta posible condenar sin afectar la congruencia pues no se está mutando el núcleo fáctico, además por ser conductas que se encuentran dentro del mismo Título del Código Penal, y uno es la modalidad de la otra y la conducta por la que se pide condena tiene una punibilidad más benigna.

Señaló entonces que estaba debidamente acreditado que el procesado fue capturado en el aeropuerto José María Córdoba, pretendiendo abordar un vuelo con destino a la República de Perú, con una maleta en la que al practicarle una requisita llevaba en su interior una fuerte suma de dinero- 387. 700 euros -, que inicialmente negó al personal de la policía que lo requisaba transportar dinero, el cual finalmente fue encontrado camuflado en el equipaje.

Indicó además que la defensa presentó un estudio contable para señalar que el presunto dueño del dinero- GUILLERMO LEON GIRALDO BRAND- había años atrás recibido una comisión por la venta de una propiedad y con el dinero producto de esto compró los euros que finalmente fueron incautados, sin embargo, no se aportó trazabilidad de lo que ocurrió con el dinero de esa venta y los soportes de las declaraciones de renta que se acompañaron no permite demostrar que en efecto el dinero de esa venta sirvió para comprar los euros que luego pretendió llevar camuflados en su equipaje a Perú, igualmente se resaltó que solo se acompañan las declaraciones de renta de unos años y los valores que se mencionan se obtuvieron de la compraventa de unos inmuebles, no demuestran que en efecto con los mismos se pudiera comprar esa gran cantidad de divisas. De otra parte se indicó que no se demostró de manera alguna que en efecto el procesado había recibido de dicho tercero tales sumas de dinero. Recalcó que cuando la defensa asume una postura positiva y presenta una teoría del caso debe demostrarla, y aquí la defensa no logró acreditar que en efecto el procesado tenía capacidad económica para adquirir las divisas.

Agregó que para demostrar la responsabilidad penal hay libertad probatoria, y en este tipo de delitos los indicios resultan fundamentales, y aquí el procesado es un hombre de

ocupación taxista que nunca antes había salido del país, que llevaba oculto una gruesa suma de dinero en divisa extranjera, que no presentó medios que justificaran como los obtuvo, lo que permite inferir la procedencia ilícita de los mismos y por ende se configura la conducta por la que se pidió condena.

Impuso en consecuencia, una pena de NOVENTA Y SEIS (96) MESES DE PRISIÓN que debía descontar el procesado en el Establecimiento Penitenciario que le asigne el INPEC, y MULTA EQUIVALENTE a lo que correspondan 767.400 € cuyo valor será teniendo en cuenta la tasa de cambio establecido por el Gobierno Nacional que exista en el momento de su cancelación, advirtiendo que, en todo caso deberá compararse con el valor del salario mínimo mensual a fin de que no supere los 50.000 S.M.L.M.V., los cuales pagará a favor del fondo especial administrado por el Consejo Superior de la Judicatura, e inhabilitación de derechos y funciones públicas por el término de la pena privativa de la libertad y negó cualquier subrogado o beneficio en atención al monto de la pena y dispuso librar orden de captura en contra del procesado.

En cuanto a las divisas señaló que no tenía competencia para pronunciarse sobre el destino de las mismas, pues ya en la Fiscalía de Extinción de Dominio se adelanta una investigación, y sobre las mismas en este proceso no pesaba medida alguna de comiso.

Apelación.

Inconforme con la sentencia de primera instancia el procesado, la defensa y el señor representante del Ministerio Público interponen y sustentan recurso de apelación cuyos argumentos pueden reescribirse así:

El procesado solicitó la absolución y la funda en las siguientes pretensiones:

1. No se presentó por parte de la Fiscalía la declaración que él rindió y la rendida por

el señor GUILLERMO BRAND, donde se explicaba el origen del dinero, tampoco se tuvo en cuenta el estudio contable que permitía demostrar la obtención lícita del mismo.

2. El dinero incautado nunca fue llevado al Juez de Control de Garantías ni puesto en el juicio, no se puede condenar si no se tiene la evidencia de la ocurrencia del delito.
3. Nunca se probó que en efecto el dinero incautado fuera de su propiedad, y no es delito el simple hecho de transportar dinero, por lo tanto no se le puede condenar.

El abogado defensor solicita la absolución de su representado o en su defecto la nulidad de todo lo actuado y fundó sus pretensiones en la siguiente.

1. Se ocupa en extenso de la posibilidad de variar la calificación jurídica según la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia sobre el tema y llega a la conclusión que los supuestos fácticos del delito de enriquecimiento ilícito de particulares y el de lavado de activos, son totalmente diversos por ende no resulta posible realizar dicha modificación visto que no se respeta el núcleo fáctico, a su representado tal y como se le hizo constar en la acusación, se le señala de pretender lavar dinero, en concreto sacar del país euros que tenía origen en actividades de narcotráfico, y no es posible que ahora se diga que él se enriqueció cuando dicho elemento fáctico nunca se incluyó en la acusación.
2. Resalta que aunque es cierto que es posible condenar con indicios, en el presente caso de lo probado no se puede construir indicios que permita derruir la presunción de inocencia, pues no permiten demostrar ni que el dinero en efecto era del procesado ni mucho menos que este tenía una procedencia ilícita.
3. Expone varias sentencias de la Corte Suprema de Justicia, que señalan que se debe demostrar el origen ilícito de los bienes que supuestamente se pretende lavar, o que el enriquecimiento injustificado es producto de una actividad ilícita, señalando que aunque la Fiscalía indicó que los mismos provenían de actividades de narcotráfico

no presentó ninguna prueba al respecto, es más no se ha decretado la extinción de dominio del dinero pues no se ha encontrado un vínculo con una actividad ilícita.

4. Cuestiona las valoraciones que se hicieron sobre el informe contable del señor GUILLERMO LEON GILDARDO GRAND, sin que exista fundamento fáctico o probatorio alguno para desvirtuarlo y sin que la Fiscalía presentara elemento alguno que señale que el mismo no puede ser valorado y tenido en cuenta para demostrar el origen lícito de la compra de las divisas.
5. Recala que el dinero incautado nunca fue puesto a disposición del proceso y el mismo fue dejado en la fiscalía de extinción de dominio que en cinco años no ha logrado establecer la procedencia ilícita del mismo

El señor Procurador Judicial interpone igualmente apelación y reclama la absolución para lo cual señala:

1. Expresa su inconformidad sobre la posibilidad de variar la calificación jurídica de la conducta, pues los supuestos fácticos de las conductas de lavado de activos y enriquecimiento ilícito son diversos y por lo mismo no es posible realizar tal mutación.
2. Señala que es evidente que no se probó el punible de lavados de activos pues aunque se acreditó la retención del dinero en moneda extranjera - que se pretendía sacar del país, no se demostró la relación del mismo con alguna de las conductas punibles enlistadas en la descripción típica del mencionado delito.
3. Tampoco encuentra probado en relación al delito de enriquecimiento ilícito de particulares por el que finalmente se condenó, que se hubiere demostrado la relación del incremento patrimonial con un delito, por ende no se configura la

conducta punible.

4. Trajo a colación varios precedentes jurisprudenciales sobre la estructura de los tipos penales de enriquecimiento ilícito de particulares y lavado de activo, como soporte para señalar que se deben demostrar la relación de los bienes con una actividad delictiva o ilícita y tal elemento no se acreditó en esta actuación.

Dentro del traslado a los no recurrentes el representante de la Fiscalía General de la Nación, solicitó la confirmación de la sentencia apelada y se opuso tanto a la apelación del representante del ministerio público como la de la defensa y expuso las siguientes pretensiones:

1. No hay vulneración del principio de congruencia que genere invalidez de la actuación, se respetó el núcleo fáctico y se adecuó la conducta a la realidad probatoria, conforme a los lineamientos que la jurisprudencia ha establecido al respecto, por lo tanto no se puede decir que hay vulneración al debido proceso.
2. La sentencia se funda en prueba indiciaria, que parte de lo que pudieron establecer tanto el policial que incautó el dinero como el servidor del C.T.I, dichos indicios tal y como lo expuso el fallador son sólidos y permiten sin lugar a dudas demostrar los elementos que configuran el tipo penal por el que se condenó.
3. La defensa infructuosamente pretendió demostrar el origen lícito del dinero incautado y no logró su objetivo, no es posible revocar la sentencia con fundamento en unas premisas no acreditadas.

Para resolver se considera

El asunto que concita la atención de la Sala lo es el establecer si en efecto milita prueba suficiente para que la condena emitida contra CARLOS ALBERTO ESPINOSA GARZON, debe mantenerse, visto que según los recurrentes no era posible efectuar la variación de la calificación jurídica que hizo la Fiscalía en la etapa de juicio del punible de lavado de activos, bajo el verbo rector de transportar, al de enriquecimiento ilícito de particulares ni mucho menos aparece acreditado debidamente el punible por el que finalmente se condenó.

La Sala inicialmente se ocupará de confrontar los elementos probatorios aportados al juicio, con los hechos jurídicamente relevantes contenidos en la acusación, y una vez se establezca si en efecto se logró probar los mismos nos ocuparemos de la posibilidad o no de variar la adecuación jurídica de la conducta, visto lo que ocurrió después de la acusación y la petición de condena por un delito diverso.

Lo primero que debemos tener claro es cual fue relación fáctica hecha en la acusación, pues de esta se desprende que era lo que se debía probar, y que conducta punible corresponde a la misma, repasando lo ocurrido en la audiencia de acusación el pasado 13 de agosto del año en curso, encontramos que lo leído en ese momento fue del siguiente tenor:

“El 30 de junio de 2014 miembros de la Policía Nacional que realizaban labores de revisión de equipajes con destino internacional en el Aeropuerto José María Córdoba observan que en el equipaje con el número 6217000 del vuelo 147 de la aerolínea Avianca con destino a la ciudad de Lima Perú les generaba dudas , ubican al dueño del equipaje resultando ir CARLOS ALBERTO ESPINOZA GARZON , se procede a revisar la maleta y hallan un bolso con doble fondo dentro de este la suma de 383.700 euros.

Por el hallazgo de estos bienes, su cantidad y modalidad de transportar que permite inferir su origen en actividades relacionadas con el tráfico de estupefacientes, el día 29 de de Julio del 2019 ante el Juzgado 28 Penal Municipal con funciones de control de garantías de Medellín, se imputó a CARLOS ALBERTO ESPINOZA GARZON el delito de LAVADO DE ACTIVOS.”

Debe aquí la Sala hacer una aclaración inicial revisada la totalidad de las diligencias, se aprecia que el apellido del procesado aparece escrito de diversas maneras, inicialmente se indica que es ESPINOSA GARZON, a si firma el memorial de la apelación y así se indica en la sentencia de primera instancia, sin embargo en la acusación se consignó que los apellidos eran ESPINOZA GARZON, y la Fiscalía en su apelación lo escribe así. Al revisar las actas de las diferentes audiencias se aprecia que indistintamente se escribe ESPINOZA O ESPINOSA, y aunque en la audiencia preparatoria se indicó que se estipularía la plena identidad del procesado, la Sala buscó revisar el sustrato de la estipulación sobre la identidad que se presentó en el desarrollo de la actuación, a fin de establecer la forma correcta de escribir el primer apellido del procesado, pero encontró que aunque la misma se enunció en la audiencia preparatoria, no aparece que en desarrollo del juicio se hubiere incorporado una copia de la cédula o de algún documento de identidad, se requirió al Juzgado fallador al respecto para saber si tal elemento no se había remitido, pero infructuoso resultó el mismo pues tal elemento no apareció, en ese orden de ideas, como no hay ningún sustrato que permita tener certeza sobre la correcta forma de escritura del apellido del procesado en la parte resolutive de esta sentencia, se dejará la constancia sobre las dos formas de escritura que aparecen a lo largo de la actuación.

En cuanto a la prueba aportada por la Fiscalía no surge ninguna duda que en efecto el procesado fue capturado en el aeropuerto JOSE MARIA CORDOVA de Rionegro, cuando pretendía abordar un vuelo hacia Lima Perú, y al requisar su equipaje se encontró camuflado en el mismo la suma de 383. 700 euros, tal y como se desprende de lo narrado por el policial LEONIDAS MAURICIO YANGUMA. El policial al declarar precisó que el equipaje resultaba sospechoso, por lo que se requirió al pasajero sobre si llevaba algo ilegal, este lo negó y al revisar los mismos se encontraron las divisas, y el pasajero se limitó a decir que no sabía nada al respecto y que el maletín se lo habían obsequiado.

Se contó igualmente con el estudio de arraigo que elaboró el servidor de C.T.I. JAVIER ARTURO ARRIETA PINEDA, quien al declarar informó que encontró que ESPINOSA GARZON era oriundo de la ciudad de Cali y allí se desempeñaba como conductor de taxi. Igualmente

este servidor de policía judicial confrontó en Migración Colombia si el procesado había salido del país y no existía reportes de viajes al extranjero.

La defensa a su vez aportó como prueba a través del contador ALVARO DIAZ ALVAREZ, un estudio contable y financiero sobre las declaraciones de renta del señor GUILLERMO LEON GILDARDO BRAND para los años 2007 al 2016, en el que aparece igualmente una venta por una considerable suma de unos inmuebles para el año 2012. La defensa aportó dicho estudio para demostrar la procedencia lícita del dinero con el cual según su teoría del caso se realizó la compra de las divisas extranjeras que fueron encontradas en la maleta del aquí procesado, quien simplemente transportaba las mismas siendo de propiedad de GIRALDO BRAND.

De estos elementos probatorios, surge sin lugar a dudas que en efecto el procesado transportaba una alta suma de divisas ocultas en su maleta de viaje cuando pretendía abordar un vuelo con destino a Perú, que él era un taxista de la ciudad de Cali, y que nunca antes había viajado al extranjero.

De otra parte tal y como se resaltó en el fallo objeto de impugnación, aunque la defensa pretendió demostrar que las divisas incautadas eran de propiedad del señor GUILLERMO LEON GIRALDO BRAND, la prueba aportada para tal fin un estudio contable y financiero, no permiten deducir que en efecto dicho ciudadano fuera el propietario de tales divisas, pues el mismo expone es una comparación de los ingresos y egresos de esa persona partiendo de las declaraciones de renta y un análisis de varios certificados de libertad y tradición, que dan cuenta de la negociación sobre bienes de propiedad de GUILLERMO LEON GIRALDO BRAND, que si bien en gracia de discusión podría demostrar que ésta persona tiene cierta solvencia económica como para adquirir la gran cantidad de divisas incautadas, en momento alguno permite demostrar que en efecto las divisas decomisadas eran de esta persona, pues no hay ninguna constancia en dicho estudio que indique que se compraran divisas por la cantidad que fueron incautadas, con el producto de las transacciones comerciales que realizó ese ciudadano.

De otra parte no aparece ningún elemento probatorio que relacione al señor GUILLERMO LEON GIRALDO BRAND con el aquí procesado, como para decir que este le entregara dichas divisas, y aunque la defensa durante el juicio y ahora el procesado en la apelación indiquen que el investigador de la Fiscalía recibió una entrevista a LEON GIRALDO BRAND, y otra a CARLOS ALBERTO ESPINOSA GARZÓN donde se explicaba el origen de las divisas, tales entrevistas nunca se aportaron al juicio, ni mucho menos se confrontó a los testigos de cargo de la Fiscalía sobre tal aspecto, por lo que la afirmación que hizo el defensor como estrategia de defensa, de que el dinero era propiedad de un tercero y que además había sido adquirido producto de la venta de unos inmuebles no quedó debidamente acreditado en el proceso.

De otra parte no entiende la Sala porque la defensa y procesado dicen que la Fiscalía tenía que aportar tales entrevistas, si ellos buscaban probar algo con esto debían era solicitar la presencia de GIRALDO BRAND y el mismo procesado en el juicio, o excepcionalmente como prueba de referencia la incorporación de tales entrevistas, pero como no lo hicieron, no pueden ahora pretender demostrar sus aseveraciones alegando que la Fiscalía debía probar algo que no era de su incumbencia visto que no hacía parte de su teoría del caso.

Ahora bien, con los hechos que aparecieron probados en el juicio, la Sala procederá a verificar si se demuestran los elementos de la conducta punible por la que se acusó, o por la que finalmente se pidió condena.

La descripción típica del punible de lavado de activos- conducta punible por la que se acusó conforme el artículo 323 del Código penal es la siguiente:

“El que adquiera, resguarde, invierta, transporte, transforme, almacene, conserve, custodie o administre bienes que tengan su origen mediato o inmediato en actividades de tráfico de migrantes, trata de personas, extorsión, enriquecimiento ilícito, secuestro extorsivo, rebelión, tráfico de armas, tráfico de menores de edad, financiación del terrorismo y administración de recursos relacionados con actividades terroristas, tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias sicotrópicas, delitos contra el sistema financiero, delitos contra la administración pública, contrabando, contrabando de hidrocarburos o sus derivados, fraude aduanero o favorecimiento y facilitación del contrabando, favorecimiento de contrabando de hidrocarburos o sus derivados, en

cualquiera de sus formas, o vinculados con el producto de delitos ejecutados bajo concierto para delinquir, o les dé a los bienes provenientes de dichas actividades apariencia de legalidad o los legalice, oculte o encubra la verdadera naturaleza, origen, ubicación, destino, movimiento o derecho sobre tales bienes o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito, incurrirá por esa sola conducta, en prisión de diez (10) a treinta (30) años y multa de mil (1.000) a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

La misma pena se aplicará cuando las conductas descritas en el inciso anterior se realicen sobre bienes cuya extinción de dominio haya sido declarada.

El lavado de activos será punible aun cuando las actividades de que provinieren los bienes, o los actos penados en los apartados anteriores, se hubiesen realizado, total o parcialmente, en el extranjero.”

En el presente caso no hay duda alguna que el procesado fue capturado transportando unas divisas extranjeras, sin embargo en parte alguna aparece acreditado que las mismas tenga origen mediato o inmediato en actividades de tráfico de migrantes, trata de personas, extorsión, enriquecimiento ilícito, secuestro extorsivo, rebelión, tráfico de armas, tráfico de menores de edad, financiación del terrorismo y administración de recursos relacionados con actividades terroristas, tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias sicotrópicas, delitos contra el sistema financiero, delitos contra la administración pública, contrabando, contrabando de hidrocarburos o sus derivados, fraude aduanero o favorecimiento y facilitación del contrabando, favorecimiento de contrabando de hidrocarburos o sus derivados, en cualquiera de sus formas, o vinculados con el producto de delitos ejecutados bajo concierto para delinquir, por lo tanto no se demostró que dicho dinero tuviera origen o relación con cualquiera de esas actividades ilícitas, lo que impide entonces decir que el punible en cuestión se configure.

Debe resaltarse que en el escrito de acusación se indicó que dichas divisas tenían origen en actividades de tráfico de estupefacientes, sin embargo ningún elemento de prueba aportó la Fiscalía en desarrollo del juicio para demostrar esto, ni mucho menos se puede deducir de lo probado- esto es la forma como se encontró el dinero oculto- o la ocupación ordinaria del procesado como taxista- ni tampoco se puede inferir de que fallidamente la defensa pretendiera demostrar que esas divisas eran de otra persona, pues de tales hechos no se puede deducir que el dinero en moneda extranjera era producto de actividades delincuenciales.

En cuanto atañe al aludido tipo penal, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia ha cimentado una sólida y pacífica línea jurisprudencial, misma que reiteró en la sentencia SP7816-2016, radicado 41.427, del 08 de junio de 2016, en la cual se indicó respecto de los elementos normativos de la conducta, lo siguiente:

“II. Del elemento normativo del tipo penal de lavado de activos.

1. El delito de lavado de activos, blanqueo de capitales o reciclaje de dinero como también se le denomina, consiste en la operación realizada por el sujeto agente para ocultar dineros de origen ilegal en moneda nacional o extranjera y su posterior vinculación a la economía, haciéndolos aparecer como legítimos.

Cuando el tenedor de los recursos ejecuta esa mera actividad (aparentar la legalidad del activo) y oculta su origen e inclina su actividad al éxito de ese engaño, orienta su conducta a legalizar la tenencia del activo, es claro que incurre en la conducta punible porque su comportamiento se concreta en dar a los bienes provenientes o destinados a esas actividades apariencia de legalidad; es decir, encubre la verdadera naturaleza ilícita del producto.

2. Por virtud de los distintos verbos alternativos que lo acompañan, es un tipo penal paradigma de alter natividad penal. Lo anterior significa, que dicha conducta típica puede ser realizada por cualesquier persona a través de uno de sus verbos rectores relacionados en la norma -adquirir, resguardar, invertir, transportar, transformar, custodiar, administrar- bienes provenientes de los delitos de extorsión, enriquecimiento ilícito, secuestro extorsivo, rebelión, o relacionados con el tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias sicotrópicas, así como también del tráfico de armas y comportamientos delictivos contra el sistema financiero, la administración pública y los vinculados con el producto de los ilícitos objeto de un concierto para delinquir .

Es de anotar, que estas últimas conductas fueron adicionadas en la nueva normatividad ya que no aparecían descritas en el precepto derogado, como también, las relacionadas con actividades de tráfico de migrantes y trata de personas por el artículo 8º de la Ley 747 de 2002; entonces, darle apariencia de legalidad o legalizar tales bienes, ocultar o encubrir su verdadera naturaleza, origen ubicación o destino, movimiento o derechos sobre los mismos; o realizar cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito se subsume en la conducta investigada.

3. Ahora bien, la jurisprudencia de la Sala ha sentado una línea jurisprudencial pacífica frente al elemento normativo de la conducta objeto de estudio, la que hoy se prohija, así:

“Se insiste: la imputación por lavado de activos es autónoma e independiente de cualquier otra conducta punible y para fundamentar la imputación y la

sentencia basta que se acredite la existencia de la conducta punible subyacente a título de mera inferencia por la libertad probatoria que marca el sistema penal colombiano.

iv) La inferencia que hace el fiscal y/o el juez en relación con la actividad ilícita subyacente estructura, con suficiencia, el elemento normativo del tipo (que tengan su origen mediato o inmediato en actividades de...), para acreditar la existencia de la actividad ilegal que sirve de fuente de la tenencia del activo.

Con esa fundamentación (probatoria o inferida) producto de la apreciación de los elementos materiales probatorios y de la evidencia con la que cuenta el proceso, basta para fundamentar adecuadamente la imputación y la condena; la carga de desquiciar la imputación corresponde al procesado en ejercicio legítimo del contradictorio”.

Así las cosas, la imputación por lavado de activos es autónoma e independiente de cualquier otra conducta punible bastando para efectos de la existencia de la conducta punible subyacente, exigiéndose por tanto, una mera inferencia por parte de los juzgadores acerca de su existencia.”

Este planteamiento fue reiterado por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en reciente decisión, en un caso similar al que se juzga en este proveído, donde se capturó a un ciudadano que tenía camuflado en su equipaje poco más de 151 millones de pesos en divisas internacionales- asunto que guarda similitud con el que aquí nos ocupa en el que al respecto advirtió¹:

“Con todo y al margen de que no se demostraron los errores propuestos en la censura, advierte la Sala que el Tribunal sí incurrió en un falso raciocinio derivado de la violación del principio de razón suficiente porque la motivación que esgrimió para sustentar la condena no basta para sostener una decisión de tal naturaleza. En efecto y según se precisó líneas atrás, los jueces de instancia decidieron condenar a IHSAN TARUK por el delito de lavado de activos con fundamento en dos únicas premisas: (i) el hallazgo de la suma de dinero oculta en el equipaje del procesado; y (ii) la inferencia de que ese capital es de origen ilícito por la supuesta ausencia de prueba sobre su licitud.

Como lo ha precisado la Sala en recientes pronunciamientos, la configuración del delito de lavado de activos exige la demostración a través de prueba directa o indirecta del elemento estructural del tipo penal que se refiere al origen de los bienes sobre los que recae la conducta. Así se precisó en SP17909-2017:

La práctica ha enseñado de manera recurrente, las grandes dificultades a las que se enfrenta el Estado para la demostración de los elementos constitutivos del tipo penal, por lo que a falta de una prueba expedita y directa, normalmente los jueces deben recurrir en sus fallos, a fin de estructurar la conducta punible, a la construcción de indicios a partir de la concurrencia, convergencia y concordancia, de hechos indicadores, a fin de alcanzar el estándar de conocimiento consistente en el nivel de certeza –racional- sobre

¹ Radicado 49.906 (06/05/2020)

la existencia de la conducta y la responsabilidad de los procesados.

Dicho recurso probatorio, como lo ha señalado esta Sala, cobra especial relevancia tratándose de esta clase de delitos, **siendo de importancia la presencia de datos indicadores**, tales como la importancia de la cantidad del dinero blanqueado; la vinculación de los autores con actividades ilícitas o grupos o personas relacionados con ellas; lo inusual o desproporcionado del incremento patrimonial de los sujetos intervinientes; la naturaleza y características de las operaciones económicas llevadas a cabo, por ejemplo, con el uso de abundante dinero en efectivo; la inexistencia de justificación lícita de los ingresos que permiten la realización de esas operaciones; la debilidad de las explicaciones acerca del origen lícito de esos capitales; y, la existencia de sociedades «pantalla» o entramados financieros que no se apoyen en actividades económicas acreditadamente lícitas². –Negrita y subrayas fuera de texto–.

Sin embargo, dentro de la sentencia que se analiza el Tribunal ninguna mención hizo sobre la existencia de algún hecho indicador que le sirviera de insumo para construir un indicio sólido sobre la posible vinculación de Usan Taruk con las actividades delictivas que enlista el artículo 323 del Código Penal y, menos aún, para inferir razonablemente que el dinero incautado tiene su origen mediato o inmediato en alguna de esas conductas. Tal omisión encuentra su explicación en el simple hecho de que dentro del acervo probatorio no es posible extraer ningún elemento de convicción que satisfaga el estándar de conocimiento sobre la realización de alguno de los tipos penales subyacentes.

Si bien es cierto la Corte ha precisado que la imputación por el punible de lavado de activos es autónoma e independiente de cualquier otro delito, lo que implica que no es necesario demostrar que el delito subyacente ocurrió en determinadas circunstancias de tiempo, modo y lugar, no menos lo es que para efectos de sustentar la responsabilidad penal por este punible se requiere, como mínimo, la concurrencia de un hecho indicador debidamente probado a partir del cual se pueda inferir que los bienes provienen de una fuente delictiva.

(...)

Con todo, encuentra la Sala que los indicios a partir de las cuales se sustentó la hipótesis de la acusación no están respaldados por ningún elemento de prueba que demuestre plenamente la concurrencia de un hecho indicador a partir del cual se pueda inferir que Usan Tarik incrementó su patrimonio –o el de otra persona– realizando actividades ilícitas y que la suma de dinero que portaba al momento de su captura provenía de esa misma conducta delictiva.

En otras palabras, no hay un solo hecho indicador, debidamente probado, que conecte a Usan Tarik con alguna actividad delictiva como para poder inferir que esa fue la fuente del capital que se le incautó.

² CSJ SP282-2017, 18 ene. 2017, rad. 40120, citando al Tribunal Supremo Español. STS 4081/2016, del 14 de septiembre de 2016.

Y es que el tema de la prueba en los delitos de lavado de activos y enriquecimiento ilícito de particulares no solo debe recaer en la demostración de que se conjugó alguno de los verbos rectores que contienen las normas sino que también es necesario, como así lo ha precisado la Sala, que los hechos indicadores a partir de los cuales se construye el indicio del origen ilícito de los bienes, también se encuentren plenamente demostrados. Así se lee en SP282-2017:

(...)

En resumen, la única prueba que sustentó la hipótesis de la acusación se contrajo a la captura en flagrancia de IHSAN TARUK cuando portaba de forma oculta en su equipaje de viaje una alta suma de dinero que no declaró ante las autoridades aduaneras colombianas. Al margen de este hecho, ningún otro elemento de conocimiento se aportó para demostrar la existencia de, por lo menos, un solo hecho indicador que vinculara al procesado con alguna de las actividades ilícitas que enlista el artículo 323 del Código Penal. En el mismo sentido, tampoco se probó la concurrencia de los elementos estructurales del tipo penal de enriquecimiento ilícito de particulares, pues además del hecho de portar las divisas, ninguna otra prueba conduce a concluir, más allá de toda duda, que dicha suma constituyó un incremento patrimonial producto del ejercicio de alguna actividad delictiva.” Negrillas y subraya fuera del texto original-.

En ese orden de ideas, es dable concluir que para fundamentar la sentencia respecto del punible de Lavado de Activos, es necesario acreditar la existencia del delito subyacente, y como se viene diciendo esto no se acreditó por ende no es posible condenar por dicha ilicitud.

Ahora bien, la otra conducta por la que finalmente se pidió condena y en efecto se accedió en el fallo de primera instancia es la de enriquecimiento ilícito de particulares, la misma según el artículo 327 del Código penal la ejecuta el “*que de manera directa o por interpuesta persona obtenga, para sí o para otro, incremento patrimonial no justificado, derivado en una u otra forma de actividades delictivas incurrirá, por esa sola conducta*”

Conforme a los hechos probados se tiene que el procesado es capturado transportando en su maleta de viajes una gruesa suma de dinero en moneda extranjera, y que como ocupación habitual tiene la de ser taxista en la ciudad de Cali, igualmente que él nunca antes ha viajado al extranjero. Sobre estos hechos el juez de primera instancia construyó la inferencia de que si esta persona solo era un taxista, no podía con su trabajo conseguir la alta suma de dinero incautada esto es 383.700 euros. Tal conclusión resulta plausible,

pues un trabajo como taxista difícilmente puede permitirle a una persona tener divisas en tan alta suma, máxime que conforme al precio del euro en casa de cambio³ para ese día que era de 2.573.63, se requerían entonces 987.260.100 pesos, para poder tener 383.700 euros.

De otra parte la defensa pretendió demostrar que las divisas eran de otra persona, pero los elementos probatorios que aportó en nada permitieron demostrar tal acierto, pues como ya se indicó párrafos atrás se refiere a un estudio que se hizo a las condiciones económicas de LEON GILLERMO GIRALDO BRAND, pero en parte alguna de dicho estudio se desprende que esta persona hubiera adquirido tal cantidad de divisas, ni mucho menos aparece ningún elemento probatorio que relacione a esta persona con el aquí procesado.

Sin embargo, debemos resaltar que el tipo penal establece que el incremento patrimonial no justificado, debe derivarse en una u otra forma de actividades delictivas, y de lo probado en el juicio no aparece ningún elemento probatorio que relacione al procesado con actividades ilícitas, por lo que aunque efectivamente el procesado nunca justificó porque transportaba tan alta suma de dinero, es muy difícil para una persona que simplemente trabaja como taxista conseguir el dinero suficiente para comprar tan alta cantidad de euros, no se acreditó el ingrediente del tipo penal que establece que el mismo sea derivado “de otra forma de actividades delictivas”, y contrario a lo señalado en la providencia materia de impugnación, esto no puede inferirse del simple hecho de la alta suma de euros y los limitados recursos económicos del procesado, debiendo además resaltarse que en la relación fáctica siempre se dijo que él transportaba las divisas, no que en efecto estas fueran de su propiedad.

Ahora bien, es cierto que en el pasado- la Corte Suprema de Justicia ha señalado que en el delito de enriquecimiento ilícito de particulares opera una carga dinámica de la prueba,⁴

³ <http://www.euro-hoy.com/2014-06-30>

⁴ En efecto la Alta Corporación precisa: “a Corte estima necesario acudir al concepto de ‘carga dinámica de la prueba’ que tiene relación con la exigencia que procesalmente cabe hacer a la parte que posee la prueba, para que la presente y pueda así cubrir los efectos que busca. “Porqué, si bien, como ya se anotó, el principio de presunción de inocencia demanda del Estado demostrar los elementos suficientes para sustentar la solicitud de condena, no puede pasarse por alto que en los eventos en los cuales la Fiscalía cumple con la carga probatoria necesaria, allegando pruebas suficientes para determinar la existencia del delito y la participación que en el mismo tiene el acusado, si lo buscado es controvertir la validez o capacidad suasoria

respecto al deber de demostrar que no hay un aumento patrimonial injustificado, y aquí la defensa aunque pretendió demostrar que las divisas eran de otra persona y que esta las había adquirido por la venta de una casa, y tales hipótesis no se probaron de manera alguna se puede indicar que esto exima al Estado- en este caso a la Fiscalía General de la Nación de acreditar que ese incremento patrimonial injustificado proviene de actividades delictivas y aquí se resalta no hay prueba alguna que señale esto, ni es posible construir indicios que lo permitan deducir con lo probado.

Ahora, es cierto que en Colombia existe una clara reglamentación para la entrada y salida de divisas, el pretender sacarla del país sin declararla previamente genera sanciones por violación a las normas cambiarias⁵, pero no por esto se puede deducir que en efecto el que pretenda sacar tan alta suma de divisas del país, las había obtenido de actividades delictivas, lo que implica entonces que no se logra demostrar tampoco a cabalidad los presupuestos fácticos que se derivan de la conducta punible por la que se pidió finalmente condena por parte de la Fiscalía General de la Nación.

Sobre la necesidad de demostrar el origen ilícito del incremento patrimonial no justificado en el delito de enriquecimiento ilícito de particular, la Sala Penal de la Corte Suprema⁶ de Justicia ha indicado al referirse a los elementos que estructuran dicha conducta lo

de esos elementos, es a la contraparte, dígase defensa o procesado, a quien corresponde entregar los elementos de juicio suficientes para soportar su pretensión. "Desde luego la Corte, conociendo el origen y aplicación de la teoría de la carga dinámica de la prueba, reconoce su muy limitada aplicación en el campo penal, pues no se trata de variar el concepto ya arraigado de que es al Estado, por acción de la Fiscalía General de la Nación, a quien le compete demostrar todas las aristas necesarias para la determinación de la responsabilidad penal. "Pero, dentro de criterios lógicos y racionales, es claro que existen elementos de juicio o medios probatorios que sólo se hallan a la mano del procesado o su defensor y, si éstos pretenden ser utilizados por ellos a fin de demostrar circunstancias que controviertan las pruebas objetivas que en su contra ha recaudado el ente instructor, mal puede pedirse de éste conocer esos elementos o la forma de allegarse al proceso. "Por eso, el concepto de carga dinámica de la prueba así restrictivamente aplicado –no para que al procesado o a la defensa se le demande probar lo que compete al Estado, sino para desvirtuar lo ya probado por éste–, de ninguna manera repugna el concepto clásico de carga de la prueba en materia penal, ni mucho menos afecta derechos fundamentales del acusado. Simplemente pretende entronizar en el derecho penal criterios racionales y eminentemente lógicos respecto de las pretensiones de las partes y los medios necesarios para hacerlas valer" Sentencia de 9 de abril de 2008, radicación 23754. En el mismo sentido, fallo de 13 de mayo de 2009, radicación 31147, entre otros.

⁵ Resolución Externa del Banco de la República No. 8 del 5 de mayo de 2000, que en el artículo 82 de la referida Resolución establece lo siguiente "los viajeros que entren o salgan del país con divisas o moneda legal colombiana en efectivo por un monto superior a diez mil dólares de los Estados Unidos de América (US\$10.000), o su equivalente en otras monedas, deben declarar ante la autoridad aduanera tales operaciones en el formulario que ésta establezca.

⁶ Sentencia del 16 de Julio del 2014 radicado 41800.

siguiente:

“Esa definición legal puede descomponerse en los siguientes elementos descriptivos, normativos y subjetivos:

1. La obtención de un incremento patrimonial de manera directa o por interpuesta personal.

2. El incremento patrimonial es injustificado y debe provenir de actividades delictivas.

3. El agente debe saber que incrementó su patrimonio o el de un tercero, y que ese beneficio, querido por demás, proviene de actividades ilícitas.

Como quiera que la Corte Constitucional en la sentencia C-319 de 1996 estudió la exequibilidad del otrora vigente artículo 1º del Decreto 1895 de 1989, el cual consagraba una descripción típica idéntica a la del artículo 327 de la Ley 599 de 2000, como antes se dijo, se traen a colación algunas de las consideraciones expuestas en esa ocasión con valor de precedente constitucional, que resultan aplicables por la razón de identidad antes anotada.

El enriquecimiento ilícito de particulares guarda relación directa con los principios que dieron origen a la tipificación de la conducta punible de los servidores públicos. Sin embargo, presenta algunas diferencias estructurales: En primer lugar, se trata de un tipo penal de sujeto activo indeterminado, es decir, el delito puede ser cometido por cualquier persona sin características especiales; en segundo lugar, y como consecuencia de la calidad del sujeto, el tipo penal condiciona la punibilidad del enriquecimiento no solo a que éste sea injustificado, sino que además provenga de “actividades delictivas”; en tercer lugar, se trata de un delito especial y autónomo, como quiera que describe un modelo de comportamiento al que puede adecuarse en forma directa o inmediata la conducta del actor, sin necesidad de recurrir a otro tipo penal, ni a otro ordenamiento jurídico. Demostrar el origen de un incremento patrimonial es una obligación general que el Estado puede hacer exigible en todo momento a cualquier persona natural o jurídica; es una consecuencia del principio constitucional de que toda persona debe vivir sometida a la Constitución y a la ley. (...)”

En ese orden de ideas, si no milita prueba que demuestre la relación de la alta suma de dinero encontrada en poder del procesado que podría hacer pensar en un aumento de su patrimonio sin justificación, con actividades delincuenciales, no es posible emitir una sentencia condenatoria, pues no se demostró uno de los elementos que estructuran el punible de enriquecimiento ilícito de particulares.

Así las cosas, y sin necesidad de entrar en disquisiciones sobre si era o no posible la variación de la calificación jurídica en este caso, lo cierto es que no se demostró tampoco el punible de enriquecimiento ilícito de particulares, y por lo tanto la sentencia condenatoria debe ser revocada, pues como se señaló párrafos atrás tampoco se acreditaron los elementos del punible de lavado de activos y por lo mismo el único camino posible a tomar es de declarar la absolución del procesado por esos dos cargos.

Consecuente con esto, será entonces cancelar las órdenes de captura expedidas en contra del procesado y cualquier anotación que sobre la sentencia de condena exista, y en cuanto a las divisas decomisadas- encuentra la Sala si bien es cierto las mismas deberían pasar a disposición de la DIAN, al avizorarse una clara vulneración de lo dispuesto en la Resolución Externa del Banco de la República No. 8 del 5 de mayo de 2000, que en el artículo 82 de la referida Resolución establece lo siguiente “ *los viajeros que entren o salgan del país con divisas o moneda legal colombiana en efectivo por un monto superior a diez mil dólares de los Estados Unidos de América (US\$10.000), o su equivalente en otras monedas, deben declarar ante la autoridad aduanera tales operaciones en el formulario que ésta establezca...*”, tal y como lo reseñó el fallador de primera instancia, dichas divisas no fueron llevadas al Juez de Control de Garantías ni puestas a disposición de este proceso, pues se tramita sobre ellas una acción de Extinción de Dominio en la Fiscalía General de la Nación, en consecuencia se abstendrá la Sala de emitir pronunciamiento alguno sobre ellas.

Providencia discutida y aprobada por medios virtuales conforme lo dispuesto en el acuerdo PCSJ20-11632.

Por lo expuesto, **EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE ANTIOQUIA**, en Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la Republica y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: Revocar la sentencia emitida por el Juzgado Tercero Penal del Circuito Especializado de Antioquia, el pasado 9 de septiembre del año en curso en contra de CARLOS ALBERTO ESPINOSA GARZO o ESPINOZA GARZON, por las razones expuestas en este proveído y, en consecuencia, disponer su **absolución** tanto por el punible de LAVADO DE ACTIVOS como por los de ENRIQUECIMIENTO ILICITO DE PARTICULARES, de conformidad a lo expuesto en el cuerpo motivo de esta sentencia. En consecuencia cáncélese las órdenes de captura que pesan en contra del procesado.

SEGUNDO. No hay lugar a tomar determinación alguna sobre las divisas incautadas en el procedimiento policivo que dio origen a estas diligencias, pues no fueron puestas a disposición de esta actuación y como consta en la actuación sobre las mismas hay un trámite pendiente en la Fiscalía General de la Nación- Unidad de extinción de dominio.

TERCERO: Contra esta decisión procede el recurso extraordinario de casación que deberá interponerse dentro de los cinco días siguientes a la notificación a todos los sujetos procesales de esta sentencia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Firma electrónica

Gustavo Adolfo Pinzón Jácome

Magistrado Ponente

Aprobado correo electrónico

Edilberto Antonio Arenas Correa

Magistrado

Nancy Ávila de Miranda

Magistrada

Alexis Tobón Naranjo

Secretario

Proceso No05 615 60 00 364 2014 00204

NI: 2020-0876-6

Acusado: CARLOS ALBERTO ESPINOSA GARZON ó ESPINOZA GARZON

Delito Enriquecimiento ilícito de particulares

Decisión: Revoca y absuelve

Firmado Por:

GUSTAVO ADOLFO PINZON JACOME

MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL

TRIBUNAL SUPERIOR SALA 007 PENAL ANTIOQUIA

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

Código de verificación:

092ff2d375de7c62a97504281f6f360ce7ac70f70d33986cc407485725a51dee

Documento generado en 23/11/2020 09:58:29 a.m.

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

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

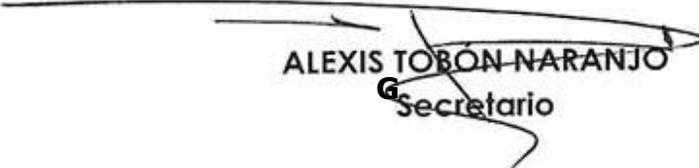
Rdo. 2018-1430-5

Condenado: Sebastián y Andrés Fernando Urrego Vélez

Constancia Secretarial: informo al H. Magistrado que dentro del presente tramite el **Dr. Efraín Burbano Castillo** como apoderado de los señores **Sebastián Urrego Vélez y Andrés Fernando Urrego Vélez**, dentro del término de ley interpuso y sustentó de forma oportuna el **recurso de Impugnación Especial** frente a la decisión emitida dentro del proceso arriba referido.

Dicho término expiró el pasado diecisiete (17) de noviembre del año en curso a las 17:00 horas.

Medellín, noviembre veinte (20) de 2020


ALEXIS TOBÓN-NARANJO
Secretario

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



**TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA PENAL**

Medellín, noviembre veintitrés (23) de 2020.

Rdo. 2018-1430-5

Condenado: Sebastián y Andrés Fernando Urrego Vélez

En atención a la constancia Secretarial que antecede, y como quiera que el **Dr. Efraín Burbano Castillo** quien representa a los señores **Sebastián y Andrés Fernando Urrego Vélez** presentó y sustentó

oportunamente el **Recurso de Impugnación Especial**, se ordena remitir ante la H. Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Penal a través de la Secretaría de la Sala Penal de esta Corporación, las presentes diligencias a fin de que se imprima el trámite pertinente por parte de la Alta Corporación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

**RENÉ MOLINA CÁRDENAS
MAGISTRADO**

Firmado Por:

**RENE MOLINA CARDENAS
MAGISTRADO**

MAGISTRADO - TRIBUNAL 005 SUPERIOR SALA PENAL DE LA CIUDAD DE MEDELLIN-ANTIOQUIA

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

Código de verificación:

430519657deafd97f3f300be5ca3097fc09effe94a7ceda53b83ed133485f5db

Documento generado en 23/11/2020 11:35:14 a.m.

**Valide este documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**

Auto interlocutorio de Segunda Instancia ley 906 de 2004

Acusado: Michael Julián Patiño Escobar

Delito: Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes y otros

Radicado: 05615 60 00000 2020 00015

(N.I.2020-0907-5)



TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA DE DECISIÓN PENAL

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

Magistrado Ponente:
RENÉ MOLINA CÁRDENAS

Aprobado en Acta 124 de la fecha

Proceso	Auto Interlocutorio
Sistema	Ley 906 de 2004
Instancia	Segunda
Apelante	Defensa
Tema	Preacuerdos. Proporcionalidad de la rebaja. Criterios jurisprudenciales.
Radicado	05615 60 00000 2020 00015 (N.I TSA 2020-0907-5)
Decisión	Confirma decisión de primera instancia

ASUNTO

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la Defensa contra del auto del 30 de septiembre de 2020, que no aprobó el acuerdo dentro del proceso que se viene adelantando en el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Rionegro Antioquia en contra de Michael Julián Patiño Escobar.

Auto interlocutorio de Segunda Instancia ley 906 de 2004

Acusado: Michael Julián Patiño Escobar

Delito: Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes y otros

Radicado: 05615 60 00000 2020 00015

(N.I2020-0907-5)

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.

No se relacionan los hechos por no estimarse relevantes en punto de la decisión que se motiva en esta providencia.

ACTUACIÓN PROCESAL

El 28 de abril de 2020, se produjo la captura en flagrancia del señor Michael Julián Patiño Escobar y se le imputó en calidad de autor, las conductas punibles de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes (verbo rector conservar con fines de venta), destinación ilícita de muebles o inmuebles y fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego. En esos mismos términos se formuló acusación.

Al inicio de la audiencia de juicio oral, la fiscalía informó que llegaron a un preacuerdo con el procesado y su defensor, que consiste en que Patiño Escobar acepta su responsabilidad en calidad de autor de los delitos por los que se le formuló acusación, pero por vía de preacuerdo y para efectos punitivos, se reconoce la rebaja contenida en el numeral 7° del artículo 32 de C.P. que prevé el exceso en el estado de necesidad. Se pactó una pena de prisión de 30 meses y 190 s.m.l.m.v.

La delegada del Ministerio Público se opuso a la aprobación del preacuerdo por estimarlo desproporcionado a tono con las reglas jurisprudenciales planteadas por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, atendiendo concretamente al momento procesal en el que se realizó la negociación.

Auto interlocutorio de Segunda Instancia ley 906 de 2004

Acusado: Michael Julián Patiño Escobar

Delito: Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes y otros

Radicado: 05615 60 00000 2020 00015

(N.I2020-0907-5)

El Juez no aprobó el preacuerdo. De relevancia para sustentar su decisión adujo que:

- 1- Cuando la captura del procesado se produce, como en este caso lo fue, en flagrancia, la posibilidad de rebajar la pena en el momento de la instalación del juicio se reduce al 4.66%.
- 2- Según la sentencia 52.227 de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, cuando se reconoce una circunstancia que atenúa la responsabilidad para efectos de disminuir la pena por vía de preacuerdo, como ocurre en este caso, la fiscalía debe considerar 1) las rebajas de pena permitidas según el momento de la actuación en que se realiza la negociación, 2) el daño ocasionado a las víctimas y su reparación, 3) el arrepentimiento del procesado, 4) la colaboración para el esclarecimiento de los hechos, 5) el suministro de información para lograr el procesamiento de otros autores o partícipes, con el fin de determinar la mayor o menor rebaja de pena que ha de otorgarse al procesado.
- 3- El preacuerdo celebrado entre las partes no se ajusta a las anteriores reglas jurisprudenciales. Partiendo únicamente del mínimo del delito que tiene la pena más grave, esto es, porte armas con pena de 108 meses de prisión, en vista del momento procesal donde se produce la aceptación de cargos (instalación de juicio oral) y la situación de captura en flagrancia del procesado, la rebaja de pena permitida sería del 4.66%, es decir, un poco más de 4 meses con lo que la sentencia de condena por preacuerdo quedaría por encima de los 100 meses de prisión.
- 4- El beneficio ofrecido por la Fiscalía es de 30 meses de prisión esto es, más del 72% de rebaja de pena, y no se esbozó ninguno de los criterios jurisprudenciales que permitan otorgar al procesado una mayor rebaja de pena de la prevista para la instalación del juicio en caso de aceptación de responsabilidad.

Auto interlocutorio de Segunda Instancia ley 906 de 2004

Acusado: Michael Julián Patiño Escobar

Delito: Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes y otros

Radicado: 05615 60 00000 2020 00015

(N.I2020-0907-5)

IMPUGNACIÓN

En contra de esta decisión la defensa interpuso recurso de apelación con la finalidad que se revoque la decisión de no aprobar el preacuerdo.

Adujo que, aunque la jurisprudencia no es una fuente formal de derecho, en este caso se resuelve improbar el preacuerdo, precisamente usando las reglas jurisprudenciales desarrolladas por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia 52.227, decisión que no analiza un presupuesto fáctico siquiera parecido al que nos ocupa.

Las pautas que fija la jurisprudencia son criterios de orientación, pero en modo alguno sustituye la Ley. Asegura que el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Medellín está sosteniendo una posición contraria a la que plantea la Corte en la sentencia 52.227, demostrando con ello que el tema de los preacuerdos no es pacífico.

En aplicación del artículo 27 del C.P.P. no parece lógico ni razonable realizar al procesado las exigencias que expresa la Corte para establecer la proporcionalidad en la rebaja de la pena vía preacuerdo.

Estima que la posición del Despacho es contraria al respeto de la dignidad humana y a la misma filosofía de los preacuerdos que invita al procesado a participar activamente en la solución de su caso.

Solicita que se admita el preacuerdo planteado en este caso y que el Tribunal tome posición frente a los derroteros de la Corte Suprema de Justicia.

La Fiscalía como no recurrente pide que se consideren los hechos, que no fueron tan graves y que justifican la pena que se pactó vía preacuerdo. Estima que el preacuerdo consulta las finalidades del artículo 348 del C.P.P.

Auto interlocutorio de Segunda Instancia ley 906 de 2004

Acusado: Michael Julián Patiño Escobar

Delito: Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes y otros

Radicado: 05615 60 00000 2020 00015

(N.I2020-0907-5)

y tiene en cuenta la debilidad probatoria que existe para la Fiscalía ir a juicio, pues corre el riesgo de no convencer al juez sobre la responsabilidad del procesado. En su sentir, aprestigia más a la justicia celebrar un preacuerdo con pena benévola que el proferimiento de una sentencia absolutoria. Pide que se revoque la decisión y se apruebe el preacuerdo.

La delegada del Ministerio Público como no recurrente manifestó que los pronunciamientos de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia que desarrollan reglas concretas para la celebración de preacuerdos, son consecuentes con los postulados del artículo 348 del C.P.P. Resalta que la sentencia 52.227 de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia consulta la decisión SU-479 de la Corte Constitucional y los parámetros impuestos por ambas Cortes en las referidas decisiones, pretenden ofrecer reglas para que la discrecionalidad de la Fiscalía no devenga en arbitrariedad.

Si la defensa estima que las decisiones de las altas Cortes son contrarias a la constitución y la ley, debió proponer, argumentativamente, la inaplicación de los referentes jurisprudenciales, pero no procedió de tal manera. Su actitud pasiva no debe generar la apertura de un debate que el mismo defensor no propuso.

El artículo 230 constitucional habla de la jurisprudencia como criterio auxiliar lo que conlleva que los operadores de la justicia deben ayudarse de las reglas que las Cortes elaboran para efectos de interpretar la ley.

Concluyó que las reglas desarrolladas por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia 52.227 son concordantes con la filosofía que gobiernan los preacuerdos. Solicita que se confirme la decisión recurrida.

Auto interlocutorio de Segunda Instancia ley 906 de 2004

Acusado: Michael Julián Patiño Escobar

Delito: Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes y otros

Radicado: 05615 60 00000 2020 00015

(N.I2020-0907-5)

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Se determinará si fue correcta la decisión del 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 pronunciamiento¹. 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.”

¹ 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 al inicio de la instalación del juicio oral, es cierto que el acuerdo debe atender este criterio para fijar el monto de la rebaja. En vista de que la captura del procesado se produjo en flagrancia, la rebaja de la pena que se puede conceder vía preacuerdo en este momento procesal es de 4.16% de la pena a imponer².

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, el descuento punitivo propuesto en el acuerdo no podrá ser acogido.

No obstante, la rebaja eventualmente pueda exceder el guarismo antes señalado. 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

² De acuerdo con las reglas desarrolladas por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia de casación Rad. 38285 del 11 de julio de 2012 M.P. Fernando Alberto Castro Caballero.

Auto interlocutorio de Segunda Instancia ley 906 de 2004

Acusado: Michael Julián Patiño Escobar

Delito: Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes y otros

Radicado: 05615 60 00000 2020 00015

(N.I2020-0907-5)

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 del 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 al iniciar la audiencia de juicio oral. En estas condiciones se confirmará la decisión apelada.

Ahora, en respuesta a la crítica de la defensa relativa a la fuerza vinculante de la decisión de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia que sirve como referente a esta decisión, se pronuncia esta Corporación en los siguientes términos:

- El apelante no entregó razones para inaplicar la sentencia 52.227 de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia. No argumentó que la referida decisión no consulta la ley que desarrolla la filosofía de los preacuerdos.
- De acuerdo con la sentencia C-836 de 2001, la Corte Suprema de Justicia es la encargada de interpretar el ordenamiento jurídico por tratarse del Máximo Tribunal de la jurisdicción ordinaria y en sede de casación cumple la función de unificar los criterios y fijar las pautas interpretativas sobre las normas que regulan el proceso penal.
- Advirtió la Corte Constitucional que la fuerza normativa de las decisiones adoptadas por la Corte Suprema de Justicia deviene: a) de la autoridad otorgada constitucionalmente al órgano encargado de unificar la jurisprudencia ordinaria; b) de la obligación de los jueces de materializar la igualdad frente a la ley y la igualdad de trato por parte de las autoridades; c) el principio de la buena fe, entendido como confianza legítima en la conducta de las autoridades del Estado; y dado el carácter decantado de la interpretación del

Auto interlocutorio de Segunda Instancia ley 906 de 2004

Acusado: Michael Julián Patiño Escobar

Delito: Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes y otros

Radicado: 05615 60 00000 2020 00015

(N.I2020-0907-5)

ordenamiento jurídico que la Sala ha construido, de acuerdo con la realidad social que se pretende regular.

- En la sentencia Rad. 38285 del 11 de julio de 2012 y a tono con la sentencia C-836, recordó la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia que: *“la aplicación del derecho por parte de su legítimo interprete (jurisprudencia), es fuente de derecho como se afirma de la ley, en la medida en que de antaño, se aclaró que el contenido del artículo 230 de nuestra Constitución Política cuando refiere que el juez sólo está sometido al imperio de la ley, no alude únicamente a la acepción de ley formal que es la expedida por el Congreso, sino a todo el ordenamiento jurídico, en el que se incluyen por ejemplo, la jurisprudencia, la costumbre, los tratados internacionales, las convenciones colectivas, entre otros”*.
- En todo caso, como en Colombia opera un sistema relativo de jurisprudencia, los operadores jurídicos podrán apartarse de forma motivada de las decisiones de la Corte. Pero en este caso, se reitera, el apelante no otorgó razones para apartarse de la sentencia 52.227 a través de la cual la Corte Suprema de Justicia interpretó las reglas que gobiernan los preacuerdos y negociaciones con el propósito de mantener la coherencia del sistema premial en el marco de la Ley 906 de 2004.
- La Corte, a través de la *ratio decidendi* de la referida sentencia, atendió la finalidad legal impuesto en el artículo 348 del C.P.P. de aprestigiar la administración de justicia y evitar su cuestionamiento.
- Esta Sala no encuentra razones para apartarse de las pautas jurisprudenciales sentadas por la Corte en la sentencia de casación 52.227 del 24 de junio de 2020, decisión que se estima conforme con el ordenamiento jurídico y consecuente con la filosofía premial que insertó los preacuerdos al sistema penal desarrollado en la Ley 906 de 2004.

Auto interlocutorio de Segunda Instancia ley 906 de 2004

Acusado: Michael Julián Patiño Escobar

Delito: Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes y otros

Radicado: 05615 60 00000 2020 00015

(N.I2020-0907-5)

- Por último, respecto de los argumentos de la Fiscalía como no recurrente, se dirá que, la posibilidad de que su teoría del caso sea derrotada con el proferimiento de sentencia de absolución a favor del procesado, no sirve de argumento válido para celebrar preacuerdos abiertamente desproporcionados y alejados de las pautas jurisprudenciales sentadas por la Corte Suprema de Justicia en armonía con el artículo 348 del C.P.P.
- De cualquier manera, con la absolución del procesado, si a ello hay lugar, también se cumple el cometido de la realización de la justicia material.

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.

Auto interlocutorio de Segunda Instancia ley 906 de 2004
Acusado: Michael Julián Patiño Escobar
Delito: Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes y otros
Radicado: 05615 60 00000 2020 00015
(N.I2020-0907-5)

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

RENÉ MOLINA CÁRDENAS

Magistrado

GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME

Magistrado

EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA

Magistrado

Firmado Por:

RENE MOLINA CARDENAS

MAGISTRADO

**MAGISTRADO - TRIBUNAL 005 SUPERIOR SALA PENAL DE LA CIUDAD DE
MEDELLIN-ANTIOQUIA**

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

Código de verificación:

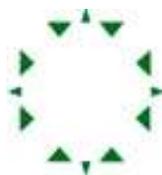
db293c6c2c7b97fccd57448ce389d0c9caed3017b6d56f6493555ee8054b950

1

Documento generado en 23/11/2020 09:19:47 a.m.

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

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



TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA

SALA PENAL

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

Magistrado Ponente:
RENÉ MOLINA CÁRDENAS

Aprobado en Acta 124 de la fecha

Proceso	Auto Interlocutorio incidente de reparación integral
Sistema	Ley 906 de 2004
Instancia	Segunda
Apelante	Apoderado del Departamento de Antioquia Rentas Departamentales
Tema	Niega calidad de víctima en incidente de reparación integral
Radicado	05615 60 00364 2016 00150 TSA 2020-0587-5
Decisión	Revoca

ASUNTO A TRATAR

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado del Departamento de Antioquia frente al auto proferido el 2 de marzo de 2020 por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Rionegro, que le

negó la calidad de víctima para promover el incidente de reparación integral de perjuicios.

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.

ANTECEDENTES

Los hechos que dieron origen a este proceso se remontan al 29 de abril de 2016 cuando personal de la Policía Nacional en compañía de funcionarios de Rentas Departamentales del Departamento de Antioquia, ingresaron a un establecimiento de comercio administrado por el señor Jhon Jairo Ruiz Alzate. En el lugar se encontró e incautaron varias botellas rotuladas como aguardiente antioqueño. Se estableció que los envases no reunían los requisitos de originalidad, el licor medido no concordaba con el descrito en la etiqueta y los contenedores estaban falsificados, entre otros aspectos que no permitían dar cuenta de la originalidad y salubridad del producto.

El 27 de junio de 2019, el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Rionegro condenó (vía allanamiento a cargos) al señor Jhon Jairo Ruiz Alzate como autor del delito de corrupción de alimentos a la pena de 15 meses y 25 días de prisión y multa de 128.8 s.m.l.v. y a la prohibición de ejercer el comercio y distribución de alimentos y bebidas alcohólicas por el mismo lapso de la pena de prisión. Se le concedió la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

Contra la decisión no se interpusieron recursos quedando debidamente ejecutoriada la sentencia.

Mediante escrito del 24 de julio de 2019, el apoderado del Departamento de Antioquia solicitó la apertura del incidente de reparación integral de perjuicios en contra del señor Jhon Jairo Ruiz Alzate, con la finalidad de que se indemnice al Departamento en cabeza de la Fábrica de Licores de Antioquia los daños materiales ocasionados con la conducta punible.

En audiencia del 2 de marzo de 2020, la juez adujo que el Departamento de Antioquia (Rentas Departamentales) en este asunto no ostenta la calidad de víctima porque no fue reconocido al interior del proceso. Además, el incidentista no tiene legitimidad para actuar porque el bien jurídico que protege la conducta punible por la que fue condenado Jhon Jairo Ruiz Alzáte es la salud pública.

En la lectura de la sentencia anticipó que Rentas Departamentales de Antioquia no está legitimado para iniciar el incidente de reparación integral porque el bien jurídico que se protege con el delito que se juzgó es la salud pública y no el orden económico y social.

IMPUGNACIÓN

En contra de esta decisión el apoderado del Departamento de Antioquia interpuso y sustentó el recurso de apelación, con el que pretende se le reconozca como víctima para que se de inicio al incidente de reparación integral de perjuicios.

Adujo que dentro de los elementos incautados al condenado Ruiz Alzate cuando se produjo su captura había licor producido por la Fábrica de Licores de Antioquia (FLA), y con el incidente lo que se pretende es obtener una indemnización de los perjuicios materiales por la utilización de las botellas y demás elementos de propiedad de la FLA.

Por ello, como el monopolio rentístico está en cabeza del Estado, sí le asiste interés al Departamento de Antioquia representado por la FLA para promover el incidente de reparación integral dentro de este proceso.

Pide que se revoque la decisión y que se ordene abrir el incidente de constitución de víctima.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El asunto se centra en determinar si fue correcta la decisión de la Juez Segunda Penal del Circuito de Rionegro al negar la calidad de víctima del Departamento de Antioquia Rentas Departamentales, para promover el incidente de reparación integral de perjuicios al interior de este proceso.

La Sala anuncia desde ya que revocará el auto impugnado. Para sustentar la decisión, el problema jurídico se abordará desde dos aspectos: 1) límite temporal para que la víctima intervenga en el proceso penal y pueda interponer el incidente de reparación integral y, 2) condición para ser reconocida como víctima del delito.

1- Límite temporal para que la víctima intervenga en el proceso penal y pueda interponer el incidente de reparación integral

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia con radicado 45339 del 11 de marzo de 2015 M.P. Patricia Salazar Cuéllar, realizó las siguientes aclaraciones en torno del límite temporal que demarca la intervención de la víctima en el proceso penal y en el incidente de reparación integral de perjuicios.

- a) El artículo 340 del C.P.P dispone que en la audiencia de formulación de acusación se determinará la calidad de víctima, pero de su tenor literal no se deriva que ésta sea la única oportunidad para hacerlo.
- b) A tono con la sentencia C-516 de 2007, si bien en la audiencia de acusación es donde se formaliza la intervención de la víctima, mediante la determinación de su condición y el reconocimiento de su representación legal, su participación, directa o mediante apoderado, se encuentra garantizada aún desde la fase de investigación, descartando que la audiencia de acusación sea la única oportunidad para su intervención, como tampoco la primera, ni la última para hacerlo.
- c) Debe entenderse que con posterioridad al momento procesal en que se traba el contradictorio –acusación-, las víctimas pueden acudir a solicitar su reconocimiento y por ende, participar en las audiencias para satisfacer sus perspectivas de verdad y justicia, pues, solo de esa manera, lograrán llegar al estadio que les permitirá discutir **el componente de reparación que, como principal presupuesto procesal, exige la existencia de una sentencia de carácter condenatorio.**
- d) El único límite temporal que establece la Ley 906 de 2004 y que se erige como momento a partir del cual precluye la oportunidad para que las víctimas acudan al proceso penal, se encuentra en el artículo 106 *ibidem*, que establece que la solicitud para la reparación integral caduca 30 días después de haber quedado en firme el fallo condenatorio.
- e) Esa conclusión se desprende del artículo 103 del C.P.P. donde se habilita un escenario para decidir sobre el reconocimiento o rechazo de la calidad de víctima.

Significa lo anterior que, aunque en este asunto que culminó con la emisión de sentencia condenatoria por vía de allanamiento a cargos, no se hizo

reconocimiento de la calidad de víctima a Rentas Departamentales del Departamento de Antioquia, antes de caducar la oportunidad para presentar el incidente de reparación integral en los términos del artículo 106 del C.P.P., la víctima podía ser reconocida como tal y estar legitimada para, a instancia suya, dar inicio al trámite incidental.

De acuerdo con la jurisprudencia que se cita, solo dos condiciones se establecen para que la víctima pueda acudir al incidente de reparación integral y ellas son la existencia de una sentencia condenatoria y que la solicitud de incidente de reparación se presente dentro del término establecido en el artículo 106 del C.P.P. y ambas situaciones ocurrieron en este proceso.

2- Condición para ser reconocida como víctima del delito.

Según la Juez, no es posible reconocer la calidad de víctima a Rentas Departamentales del Departamento de Antioquia, porque el comportamiento punible por el que se profirió sentencia de condena en contra de Ruiz Alzate no afecta el bien jurídico del orden económico y social sino la salud pública.

Para refutar la premisa de la Juez es preciso recordar quién es considerada como víctima en el proceso penal.

Según el artículo 132 del C.P.P.

“Se entiende por víctimas, para efectos de este código, las personas naturales o jurídicas y demás sujetos de derechos que individual o colectivamente **hayan sufrido algún daño-como consecuencia del injusto**”.

En la sentencia C- 516 de 2007, la Corte Constitucional definió el concepto de víctima de la siguiente manera:

"En materia penal la idea de víctima "directa" se suele identificar con el sujeto pasivo de la conducta delictiva, o con la persona titular del bien jurídico que la norma tutela; **es claro que un hecho delictivo trasciende esa esfera de afectación ocasionando perjuicios individuales o colectivos ciertos, reales y concretos a otros sujetos de derechos.** En la teoría del daño civil se usa la categoría de "víctima directa" o "damnificado directo" para hacer referencia a la calidad en la cual se comparece a solicitar el resarcimiento de un perjuicio. Si se trata de la persona directamente afectada por el hecho generador del daño se considera "víctima o damnificado directo", en tanto que son víctimas o damnificados "indirectos" los herederos o los comuneros".

Se puede concluir de las anteriores citas normativas que no es necesario que exista un nexo entre el afectado con el delito y el bien jurídico vulnerado porque víctima es, también, toda persona natural o jurídica, individual o colectiva que directa o indirectamente haya sufrido algún daño como consecuencia del injusto.

El argumento de la Juez, para negar la calidad de víctima relacionado con el bien jurídico tutelado por el artículo 372 del C.P., no cuenta con respaldo jurídico y habiendo solicitado Rentas Departamentales del Departamento de Antioquia el inicio del trámite incidental dentro del término de ley, el deber de la juez es dar trámite al incidente de reparación integral y determinar si efectivamente existió un daño generado por la conducta punible atribuida a Jhon Jairo Ruiz Alzáte en perjuicio de Rentas Departamentales.

Ello, porque el apoderado de Rentas Departamentales del Departamento de Antioquia, acreditó sumariamente ser víctima del delito, en tanto adujo que dentro de los elementos incautados al condenado Ruiz Alzate cuando se produjo su captura, había licor producido por la Fábrica de Licores de Antioquia (FLA), y con el incidente lo que se pretende es obtener una

indemnización de los perjuicios materiales por la utilización de las botellas y demás elementos de propiedad de la FLA.

En consecuencia, la Sala revocará la decisión impugnada en el entendido de que Rentas Departamentales del Departamento de Antioquia sí ostenta la calidad de víctima del comportamiento punible por el que fue condenado el señor Jhon Jairo Ruiz Alzate y, en ese sentido, está legitimado para solicitar el inicio del incidente de reparación integral de perjuicios.

Por lo tanto, el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Rionegro deberá dar trámite al incidente de reparación en los términos del artículo 102 y siguientes del C.P.P. a instancia de la víctima Rentas Departamentales del Departamento de Antioquia.

Finalmente, cabe advertir que en virtud del artículo segundo del acuerdo PCSJA20-11518 de 16 de marzo de 2020, 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 a la aceptación del contenido del auto por cada uno de los revisores por medio de sus correos oficiales.

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR el auto objeto de impugnación de acuerdo con lo motivado. En consecuencia, declarar que Rentas Departamentales del Departamento de Antioquia sí ostenta la calidad de víctima del

comportamiento punible por el que fue condenado el señor Jhon Jairo Ruiz Alzate y, en ese sentido, está legitimado para solicitar el inicio del incidente de reparación integral de perjuicios.

Por lo tanto, el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Rionegro deberá dar trámite al incidente de reparación en los términos del artículo 102 y siguientes del C.P.P. a instancia de la víctima Rentas Departamentales del Departamento de Antioquia.

SEGUNDO: INFORMAR que esta decisión se debatió y aprobó por correo electrónico, siguiendo los acuerdos PCSJA20-11517 y PCSJA-20-11518, y prórrogas del Consejo Superior de la Judicatura.

Contra esta decisión no proceden recursos legales.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

RENÉ MOLINA CÁRDENAS

Magistrado

GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME

Magistrado

EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA

Magistrado

Firmado Por:

RENE MOLINA CARDENAS

MAGISTRADO

**MAGISTRADO - TRIBUNAL 005 SUPERIOR SALA PENAL DE LA CIUDAD DE
MEDELLIN-ANTIOQUIA**

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

Código de verificación:

5d5417d2f65bf7ea82123eef973677d05780cb9216c1b8e983f0bc92799a614f

Documento generado en 23/11/2020 09:20:50 a.m.

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

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

Auto segunda instancia Procedimiento abreviado

Acusado: Carlos Enrique Berrio Duque

Delito: Daño en bien ajeno

Radicado: 05318 61 00 127 2013 80637

(N.I.2019-1069-5)



TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA

SALA PENAL DE DECISIÓN

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

Magistrado Ponente

RENÉ MOLINA CÁRDENAS

Aprobado en Acta 123 de la fecha

Proceso	Penal
Instancia	Segunda
Apelante	Defensa
Radicado	05318 61 00 127 2013 80637 (2020-1069-5)
Decisión	Nulidad por ausencia de motivación

ASUNTO

Procederá la Sala a resolver el recurso de apelación, interpuesto por la defensa en contra de la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Guarne (Ant.).

Es competente el Tribunal Superior en atención a lo previsto en el artículo 34 numeral primero del C.P.P. ley 906 de 2004.

Auto segunda instancia Procedimiento abreviado

Acusado: Carlos Enrique Berrio Duque

Delito: Daño en bien ajeno

Radicado: 05318 61 00 127 2013 80637

(N.I.2019-1069-5)

HECHOS

No se relacionan los hechos por resultar innecesario para la decisión final.

LA SENTENCIA

El 16 de octubre de 2020, de conformidad con el sentido de fallo anunciado, la señora Jueza Primera Promiscuo Municipal de Guarne -Antioquia profirió fallo condenatorio en contra de Carlos Enrique Berrio Duque como autor del delito de daño en bien ajeno previsto en el artículo 265 del C.P., y en consecuencia impuso pena de dieciséis (16) meses de prisión, y la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso de la privativa de la libertad. Igualmente se concedió la suspensión de la pena.

IMPUGNACIÓN

En contra de esta decisión, la defensa presentó y sustentó oportunamente recurso de apelación, con la pretensión principal de que se anule la actuación.

El apelante perfila al iniciar su escrito cuatro razones que ameritarían la nulidad de lo actuado:

1- Señala que en la actuación del Juzgado se afectó el principio de legalidad, cita un convenio, varias leyes y principios. Sobre este aspecto afirmó el apelante que el principio de legalidad se afectó al adelantar un proceso con una querrela presentada por quien no estaba legitimado. Asegura que Beatriz Guerreño no era la propietaria del bien ya que solo adquirió la propiedad en el año 2017 como se probó con el folio de matrícula inmobiliaria presentado por la defensa.

Auto segunda instancia Procedimiento abreviado

Acusado: Carlos Enrique Berrio Duque

Delito: Daño en bien ajeno

Radicado: 05318 61 00 127 2013 80637

(N.I.2019-1069-5)

2- Afirma que los Juzgados Primero y Segundo Promiscuos municipales del Guarne no son "prenda de garantía" para la protección de los derechos fundamentales.

3- Advierte que la sentencia "no valoro (sic) en debida forma y desconoció un precedente jurisprudencial que favorece parcialmente a mi poderdante" La decisión en sede de tutela de la Sala Penal de la CSJ radicado 104601 del 4 de junio de 2019 que afirmó "se aclara que las pruebas recaudadas conservan plena validez"

4- Señala que la sentencia no valoró debidamente las pruebas. Estima que la condena se emitió con base en referencias de unos terceros. Sobre este aspecto mencionó que la testigo Guerrero Rojas mintió en juicio pues allí negó que en la denuncia penal reconoció haber autorizado el paso por el camino de servidumbre a Carlos Berrío. Señaló que el testigo Alberto Restrepo supo de lo ocurrido por versión de unos trabajadores y no por conocimiento directo. Lo mismo afirmó de la testigo Cecilia Echavarría Betancur.

CONSIDERACIONES

Antes de abordar el objeto del recurso, la Sala debe advertir que el escrito que presentó el defensor en sustentación de la apelación es realmente precario y muy desordenado. Aduce cuatro razones por las que considera se debe anular todo lo actuado, pero las primeras tres no las desarrolla o lo hace de forma débil. La Sala adelanta la conclusión de que anulará la sentencia impugnada pero exclusivamente ese acto ante la ausencia de motivación en relación con el análisis probatorio. No obstante, se otorgarán previamente las razones por las que no procede la nulidad de todo lo actuado como lo pretende el apelante de forma totalmente desordenada.

Auto segunda instancia Procedimiento abreviado

Acusado: Carlos Enrique Berrio Duque

Delito: Daño en bien ajeno

Radicado: 05318 61 00 127 2013 80637

(N.I.2019-1069-5)

1- La defensa de forma confusa pretende la nulidad de todo lo actuado. Aduce que se afectó el principio de legalidad. Al parecer, porque su planteamiento es fraccionado y desordenado, estima que la persona que presentó la querrela no estaba legitimada para hacerlo. Señala que Beatriz Guerrero no se hizo propietaria del bien sino en el año 2017. Resalta que los hechos de la denuncia ocurrieron en 2013. Pero el apelante no confronta los argumentos expuestos por el Juez en relación con la legitimidad de la querellante, en su calidad de promitente compradora del predio afectado. El apelante insiste en el hecho de que la venta se formalizó solo hasta el año 2017 pero no presenta ninguna razón fáctica o jurídica que se oponga a las razones otorgadas por el Juez para reconocer a Beatriz Guerrero Rojas, como la legítima querellante.

2- El apelante afirma que los Juzgados Primero y Segundo Promiscuos municipales del Guarne no son "prenda de garantía" para la protección de los derechos fundamentales. Tan genérica afirmación releva a la Sala de mayor consideración al respecto. El apelante deja de lado que el Juez Segundo se declaró impedido y la actuación allí surtida se anuló. Sobre la actuación de la Juez Primera Promiscuo Municipal en el curso del proceso, el apelante, aparte de críticas genéricas, no concreta la razón por la que se debe anular todo lo actuado ante ese despacho.

3- El apelante insistió en un presunto "desconocimiento del precedente". Alega que en una acción de tutela presentada en favor de su poderdante y anulada por la Sala Penal de la CSJ se afirmó "que las pruebas recaudadas conservan plena validez". Se confunde el apelante por cuanto dicha expresión hace clara relación a las pruebas allegadas a la acción constitucional. Esa afirmación no tiene ningún efecto en relación con las pruebas practicadas en el proceso penal, que además se llevaron a cabo con posterioridad a la decisión de la CSJ en sede de tutela, según obra en la carpeta de la actuación penal. En estas condiciones la pretensión de nulidad por "desconocimiento del precedente" es completamente improcedente.

Auto segunda instancia Procedimiento abreviado

Acusado: Carlos Enrique Berrio Duque

Delito: Daño en bien ajeno

Radicado: 05318 61 00 127 2013 80637

(N.I.2019-1069-5)

4- La Sala decretará la nulidad de la sentencia, por las razones fácticas y jurídicas que a continuación se relacionan:

- De acuerdo con el artículo 29 de la Constitución Política el debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea procesado tiene derecho a la defensa (...) a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria.

- El artículo 20 de la ley 906 de 2004 establece como norma rectora la garantía procesal de la doble instancia al disponer que las sentencias y los autos que se refieren a la libertad del imputado o acusado serán susceptibles del recurso de apelación.
- Igualmente, el artículo 162 numeral 4 de esta misma legislación dispone que uno de los requisitos de la sentencia es la fundamentación fáctica, probatoria y jurídica **con indicación de los motivos de estimación y desestimación** de las pruebas válidamente admitidas en el juicio oral.
- El ejercicio del recurso de apelación requiere como requisito *sine qua non* o imprescindible, que la sentencia contenga las *razones de la decisión*, que no pueden ser entendidas en toda su dimensión si en ellas no se contiene una respuesta puntual, expresa y clara de los alegatos realizados por las partes.

Auto segunda instancia Procedimiento abreviado

Acusado: Carlos Enrique Berrio Duque

Delito: Daño en bien ajeno

Radicado: 05318 61 00 127 2013 80637

(N.I.2019-1069-5)

- La Juez Primera Promiscuo Municipal de Guarne-Antioquia, no cumplió con el deber motivar la sentencia, en punto del análisis probatorio que llevó a la condena

- La Juez se limitó a relacionar las pruebas y los pronunciamientos de las partes. No determinó el valor que en su parecer les correspondía a las pruebas practicadas en juicio oral y no realizó ningún análisis en concreto sobre su desestimación de cara a la interpretación propuesta por la Defensa.

- La providencia contiene un acápite titulado "CONSIDERACIONES", pero se extraña en todo su contenido, una motivación clara, específica y concreta respecto de la evaluación individual y conjunta de los testimonios. La sentencia omitió una motivación seria y rigurosa de conformidad con los criterios legales previstos en los artículos 380 y 404 del C.P.P. El análisis probatorio no se agota con expresar la aceptación del Juez de lo informado por los testigos.

- Véase que la defensa repitió en la apelación las mismas razones probatorias otorgadas en los alegatos de cierre. No pudo ser de otra forma, puesto que la sentencia no evaluó la prueba y tampoco dio respuesta a los alegatos de la defensa.

- No puede esta Sala suplir tal falencia por cuanto, para que se habilite el recurso de apelación, es necesario que exista una controversia argumental entre lo propuesto en la sentencia y las objeciones de los apelantes. Dado que la propuesta de la sentencia es claramente precaria, no existe objeto de apelación.

- En estas circunstancias no es posible que la Sala entre a resolver de fondo los puntos que ameritaron las inconformidades probatorias con la sentencia de

Auto segunda instancia Procedimiento abreviado

Acusado: Carlos Enrique Berrio Duque

Delito: Daño en bien ajeno

Radicado: 05318 61 00 127 2013 80637

(N.I.2019-1069-5)

primera instancia. Por esta misma razón no se cuenta con materia para resolver los alegatos presentados por la víctima como no recurrente.

- El artículo 457 del C.P.P. impone la nulidad de la actuación penal por violación al debido proceso, evento que se ha verificado de la forma que acaba de exponerse, en claro detrimento de los derechos que le asisten al procesado.
- Dado que la inexistencia del objeto de la apelación por falta de motivación de la sentencia constituye una violación de una garantía relacionada con el debido proceso, no podrá ser otra la decisión que la de decretar la nulidad del Fallo de primera instancia de conformidad con lo previsto en el artículo 457 *ibídem.*¹
- No sobra aclarar que **al decretar la nulidad la Sala no valora positivamente el contenido material de los argumentos presentados por el apelante**, en la sustentación del recurso o en los alegatos de cierre. La decisión se limita a reivindicar la necesidad de que los alegatos de conclusión de las partes deben ser resueltos de manera clara y expresa en la respectiva sentencia.
- Se dispondrá la nulidad a partir de la sentencia emitida el 16 de octubre de 2020 para que se emita una nueva providencia respetando el debido proceso y las garantías de las partes. Finalmente se impone recalcar a la Juez que debe darse prioridad a este caso por estar cerca el término de prescripción.

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.

Auto segunda instancia Procedimiento abreviado

Acusado: Carlos Enrique Berrio Duque

Delito: Daño en bien ajeno

Radicado: 05318 61 00 127 2013 80637

(N.I.2019-1069-5)

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

RESUELVE

PRIMERO: NEGAR la nulidad de todo lo actuado por las tres primeras razones expuestas por la defensa, según lo expuesto en esta decisión.

SEGUNDO: DECLARAR LA NULIDAD de la sentencia proferida el 16 de octubre de 2020 por el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Guarne -Antioquia de acuerdo con lo motivado. **Se advierte a la Juez** que debe darse prioridad a este caso por estar cerca el término de prescripción.

Contra esta decisión no proceden recursos.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

RENÉ MOLINA CÁRDENAS

Magistrado

JUAN CARLOS CARDONA ORTIZ

Magistrado

Auto segunda instancia Procedimiento abreviado

Acusado: Carlos Enrique Berrio Duque

Delito: Daño en bien ajeno

Radicado: 05318 61 00 127 2013 80637

(N.I.2019-1069-5)

PLINIO MENDIETA PACHECO

Magistrado

Firmado Por:

RENE MOLINA CARDENAS

MAGISTRADO

MAGISTRADO - TRIBUNAL 005 SUPERIOR SALA PENAL DE LA CIUDAD DE MEDELLIN-ANTIOQUIA

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

Código de verificación: **7604564d868ed217a74ed2304851bbeb9039d8d8df860c57a06664492fbd703**

Documento generado en 23/11/2020 06:38:31 a.m.

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

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

Medellín, veintitrés (23) de dos mil veinte (2020)

N° interno : 2020-0998-4
Sentencia de Tutela - 2ª Instancia.
Accionante: ALEXIS ANTONNIO MORENO
SARMIENTO
Accionados: FISCALÍA LOCAL DE SAN ANDRÉS DE
CUERQUIA y otros
Decisión : Confirma

Proyecto discutido y aprobado en sesión de la fecha.
Acta N°. 104

M.P. PLINIO MENDIETA PACHECO

Por vía de impugnación, conoce la Sala de la sentencia de tutela proferida por el *JUZGADO PROMISCOUO DEL CIRCUITO DE ITUANGO (ANT.)*, a través de la cual no fueron amparados los derechos fundamentales al debido proceso y dignidad humana, invocados por el señor ALEXIS ANTONIO MORENO SARMIENTO, dentro del trámite en el cual figuran como accionados la FISCALÍA LOCAL DE SAN ANDRÉS DE CUERQUIA, el Dr. Heriberto Gallo Machado, Defensor Público y como vinculados, el JUZGADO PROMISCOUO MUNICIPAL DE SAN ANDRÉS DE CUERQUIA y la señora Milena Jaramillo Zapata, en calidad de víctima dentro del proceso penal seguido en su momento contra el señor Moreno Sarmiento.

ANTECEDENTES

Expone el señor ALEXIS ANTONIO MORENO SARMIENTO que producto de su aceptación de responsabilidad penal e inducido por su abogado defensor, el 25 de noviembre de 2019 fue sentenciado por el Juzgado Promiscuo Municipal de San Andrés de Cuerquia, Antioquia, por el delito de Violencia intrafamiliar agravada, en calidad de cómplice.

Que dicha aceptación fue condicionada al otorgamiento de la prisión domiciliaria por grave enfermedad, para lo cual aportó dictamen de medicina legal e historia clínica.

Dice que celebró el preacuerdo con la Fiscalía General de la Nación para no tener más dificultades con su compañera sentimental y con la justicia, relievando que no representa un peligro para la comunidad

Expone que en todo caso dicha manifestación de voluntad no se pudo haber dado, pues finalmente demostró la falsedad de unas acusaciones ante la comisaría de familia de Toledo, Antioquia. Además de señalar que la víctima continuó siendo su compañera permanente, ubicados en el municipio de San Andrés de Cuerquia. Expone en ese orden de ideas, que en su poder tiene elementos materiales probatorios que dan cuenta de todo ello.

De igual forma, señala que su abogado defensor lo indujo a allanarse a los cargos, precisamente por la posibilidad

de acceder a algún sustituto penal, sin embargo, señala a renglón seguido que el abogado en coordinación con la Fiscalía no le ofrecieron como contraprestación la prisión domiciliaria, comprometiéndose su representante judicial a solicitarla posteriormente ante el juez de ejecución de penas y medidas de seguridad.

Pretende se le habilite otra oportunidad para practicar prueba y ofrecer otra versión de lo sucedido.

Finalizados los trámites establecidos en el *Decreto 2591 de 1991*, procedió el *A quo* a proferir sentencia de instancia en la cual deniega el amparo de los derechos fundamentales de del señor Alexis Antonio Moreno Sarmiento, y toda vez que la actuación procesal que culminó con una sentencia condenatoria, fue respetuosa del debido proceso que le asistió al accionante en el proceso penal atacado por él, a partir de la cual pudo extractar que el consentimiento emitido por el sentenciado frente al preacuerdo suscrito con la fiscalía fue debidamente informado y libre de vicios, pues entre otras cosas, se le dejó en claro que la única contraprestación con el preacuerdo suscrito sería la variación de su responsabilidad penal de autor a cómplice lo cual devendría en la imposición de 36 meses de prisión, quedando la posibilidad de solicitar en la audiencia de individualización de pena el sustituto de la prisión domiciliaria por grave enfermedad, y en caso de no concederse se acudiría al juez de ejecución de penas y medidas de seguridad competente.

Notificada de la sentencia de instancia, señor Moreno Sarmiento, impugnó lo decidido de manera oportuna manifestando que la Fiscalía al momento de celebrar el preacuerdo le advirtió que en su contra tenían otros dos procesos y en caso de aceptar su responsabilidad penal en este asunto, no continuaría con ellos.

Expuso así mismo, que su abogado defensor lo hizo firmar unos documentos en blanco.

Finalmente expone que no obstante padeció de isquemia cerebral en anterior oportunidad, su salud es estable y ha podido recuperarse, interesándole únicamente que se haga justicia respecto a lo denunciado en este escenario.

Corresponde en ese orden a la Magistratura adoptar decisión de segundo grado, conforme a las circunstancias expuestas y en punto a la impugnación propuesta por la parte accionada, frente a la providencia de instancia.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

La procedencia del mecanismo de amparo constitucional, está supeditado a la configuración de ciertos presupuestos establecidos por el precedente jurisprudencial en la materia, al tratarse de acciones de tutela contra actuaciones judiciales.

Ello, en razón a que a la acción de tutela le es inherente un carácter residual, subsidiario y fragmentario, dada su excepcionalidad como mecanismo constitucional de protección de garantías fundamentales; por ende, la acción sólo resulta procedente ante la inexistencia de diversos medios alternativos para la defensa de los intereses constitucionales en juego, salvo cuando la demanda de amparo constitucional determine un mayor grado de eficacia, en orden a precaver la ocurrencia de un perjuicio irremediable, caso en el cual, su procedencia tiene lugar como mecanismo transitorio de protección, hasta tanto se acuda en un término perentorio a la vía ordinaria.

Para el caso de la acción de tutela frente a actuaciones judiciales, bien es sabido que los pronunciamientos de la Judicatura se corresponden con principios como el de la autonomía e independencia judicial, por lo que en ese sentido, una vez las decisiones surten ejecutoria en debida forma adquieren el carácter de inmodificables, en observancia de los postulados de seguridad jurídica y cosa juzgada; no obstante, el precedente jurisprudencial desarrollado por la *H. Corte Constitucional* en la materia, ha establecido la procedencia de la acción de tutela, tal como se viene de anunciar, de manera excepcional contra actuaciones judiciales, en relación con las acciones u omisiones en que incurren los funcionarios de la judicatura, en inobservancia de las garantías constitucionales fundamentales y ante la inexistencia de otros medios judiciales de defensa.

En cuanto a los presupuestos sobre los que se establece la procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales, como criterio de avanzada en relación con

el concepto de ‘*vía de hecho*’, se ha pronunciado la *H. Corte Constitucional*, mediante *Sentencia T-356 de 2007*, con ponencia del *Magistrado Humberto Antonio Sierra Porto* y en la cual se reiteró la evolución jurisprudencial de la alta Corporación a este respecto:

“Procede esta Sala de Revisión a estudiar las líneas jurisprudenciales que ha desarrollado esta Corporación en torno a lo que en los primeros años se denominó vías de hecho y que posteriormente se calificó como causales de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales.*

La Corte Constitucional, mediante sentencia C-543 de 1992, declaró inexecutable los artículos 11, 12 y 40 del Decreto 2591 de 1991, los cuales regulaban el ejercicio de la acción de tutela contra providencias judiciales. La Sala Plena de la misma adoptó dicha decisión tras considerar que las disposiciones referidas contravenían la Carta Fundamental en tanto eran contrarias al principio de autonomía funcional de los jueces, afectaban la estructura descentralizada y autónoma de las diferentes jurisdicciones, lesionaban en forma grave la cosa juzgada y la seguridad jurídica y el interés general.

No obstante, la doctrina acogida por esta misma Corte ha determinado que la acción de tutela resulta procedente cuando se pretenda proteger los derechos constitucionales fundamentales de las personas que se hayan visto amenazados o vulnerados mediante defectos que hagan procedente la acción de tutela por parte de las autoridades públicas y, en particular, de las autoridades judiciales.

(...)

De conformidad con lo anterior, la acción de tutela es el mecanismo idóneo para restablecer los derechos fundamentales conculcados mediante una decisión judicial, en principio, cuando se cumplan los siguientes requisitos generales:*

a. Que la cuestión que se discute tenga relevancia constitucional, pues el juez constitucional no puede analizar hechos que no tengan una clara y marcada importancia constitucional so pena de involucrarse en asuntos que corresponden a otras jurisdicciones.

b. Que no exista otro medio de defensa eficaz e inmediato que permita precaver la ocurrencia de un perjuicio

* Ver sentencias T-958 de 2005 y T-389 de 2006 proferidas por esta Sala de Revisión.

* En esta oportunidad la Sala reitera la sentencia C-590 de 2005.

irremediable. De allí que sea un deber del actor agotar todos los recursos judiciales ordinarios para la defensa de sus derechos fundamentales.*

c. La verificación de una relación de inmediatez entre la solicitud de amparo y el hecho vulnerador de los derechos fundamentales, bajo los principios de razonabilidad y proporcionalidad. En este último caso, se ha determinado que no es procedente la acción de tutela contra sentencias judiciales, cuando el transcurso del tiempo es tan significativo que sería desproporcionado un control constitucional de la actividad judicial, por la vía de la acción de tutela.

d. Cuando se presente una irregularidad procesal, ésta debe tener un efecto decisivo o determinante en la sentencia que afecta los derechos fundamentales del actor.

e. El actor debe identificar los hechos que generaron la vulneración de sus derechos fundamentales, y éstos debió alegarlos en el proceso judicial, si hubiese sido posible.

f. Que no se trate de sentencias de tutela, porque la protección de los derechos fundamentales no puede prolongarse de manera indefinida.

Así mismo, se han estructurado los requisitos especiales de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales, los cuales se relacionan con el control excepcional por vía de tutela de la actividad judicial, y están asociados con las actuaciones judiciales que conllevan una infracción de los derechos fundamentales. En efecto, en la sentencia C-590 de 2005 se redefinió la teoría de los defectos, así:*

a. Cuando el funcionario judicial que profirió la sentencia impugnada carece de competencia, defecto orgánico.

b. Defecto procedimental, se presenta cuando la violación de la Constitución y la afectación de los derechos fundamentales es consecuencia del desconocimiento de normas de procedimiento.

c. Cuando la vulneración de los derechos fundamentales se presenta con ocasión de problemas relacionados con el soporte probatorio de los procesos, como por ejemplo cuando se omiten la práctica o el decreto de las pruebas,

* Sentencia T-698 de 2004.

* Esta clasificación se estableció a partir de la sentencia T-441 de 2003, reiterada en las sentencias T-461 de 2003, T-589 de 2003, T-606 de 2004, T-698 de 2004, T-690 de 2005, entre otras.

o cuando se presenta una indebida valoración de las mismas por juicio contraevidente o porque la prueba es nula de pleno derecho (defecto fáctico).

d. Cuando la violación de los derechos fundamentales por parte del funcionario judicial es consecuencia de la inducción en error de que es víctima por una circunstancia estructural del aparato de administración de justicia, lo que corresponde a la denominada vía de hecho por consecuencia.*

e. Cuando la providencia judicial presenta graves e injustificados problemas en lo que se refiere a la decisión misma y que se contrae a la insuficiente sustentación o justificación del fallo.

f. Defecto material o sustantivo se origina cuando se decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales o que presentan una evidente contradicción entre los fundamentos y la decisión.

g. Desconocimiento del precedente, esta causal se presenta, por ejemplo, cuando la Corte Constitucional establece el alcance de un derecho fundamental y el juez ordinario aplica una ley limitando sustancialmente dicho alcance. Debe tenerse en cuenta que el precedente judicial está conformado por una serie de pronunciamientos que definen el alcance de los derechos fundamentales mediante interpretaciones pro homine, esto es, aplicando la interpretación que resulte mas favorable a la protección de los derechos fundamentales.”.

(Negrillas y subrayas fuera del texto original).

En ese orden, se extracta pues de manera palmaria de la línea jurisprudencial trazada por el máximo tribunal constitucional, en torno de la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, que se erigen como presupuestos especiales de procedibilidad, aquéllos relacionados con la ‘teoría de los defectos’ y alusivos a inconsistencias de orden fáctico, orgánico, material o sustantivo, carencia argumentativa en la decisión cuestionada, desconocimiento del precedente, inducción

* Ver sentencia SU-014 de 2001.

en error o *‘vía de hecho por consecuencia’* y defectos procedimentales.

Del mismo modo, ha de verificarse la inexistencia de mecanismos de defensa eficaces que permitan conjurar de manera oportuna la afrenta de las garantías en juego o la ocurrencia de un perjuicio irremediable, esto es, ha de agotarse el lleno de los recursos y mecanismos establecidos en la vía judicial ordinaria e inmediata, de donde deriva de igual forma la relación de inmediatez que ha de constatarse entre la solicitud de tutela y el hecho sobre el cual se estructura la prédica de vulneración, en observancia de los principios de razonabilidad y proporcionalidad; además ha de identificarse por parte del actor tal hecho lesivo de sus garantías, mismo que en cuanto resultara factible, hubo de alegarlos en la respectiva actuación procesal.

Para el asunto bajo análisis, se advierte en primer lugar que la parte accionante no cumple el principio de subsidiariedad, propio del presente mecanismo constitucional, pues como ha podido evidenciarse, en su debido momento no fue interpuesto el recurso de apelación contra la sentencia condenatoria.

Tal como viene de exponerse, si la acción de tutela es un mecanismo de protección de derechos constitucionales fundamentales, de orden subsidiario, residual y fragmentario, cuya procedencia además en materia de providencias judiciales, está supeditada a la configuración de parámetros genéricos y especiales de procedibilidad, entre ellos, como presupuestos incluyentes, la imposibilidad de agotar otros medios de defensa eficaces, pues en caso de existir, ha de

acudirse a ellos como primera medida, al igual que habría de promoverse la acción de amparo constitucional, en observancia de la relación de inmediatez inherente a los anunciados criterios de razonabilidad y proporcionalidad.

Se advierte entonces la improcedencia del presente trámite, ante la posibilidad en su momento para la defensa y el afectado, de haber promovido frente a la sentencia de condena el recurso ordinario de apelación, el cual, de manera alguna fue interpuesto y sin que le esté dado al señor Moreno Sarmiento, alegar ahora circunstancias en su favor, dado que, se insiste, no fue instaurado el recurso de alzada, frente a la sentencia condenatoria proferida en su contra en la vía ordinaria.

Así pues, el presente mecanismo de protección constitucional, al que le es inherente un carácter subsidiario, residual y fragmentario, no habría de erigirse en una diversa instancia de revisión de lo actuado, pues para ello, los sujetos procesales inmersos en la actuación penal, contaron con los recursos de ley, sin que en el *sub lite*, se itera, se llegare a agotar la totalidad de los mecanismos efectivos para la protección de las garantías invocadas.

A ello súmese que, si lo buscado por el actor es cambiar el sentido del fallo condenatorio a partir de elementos materiales probatorios nuevos, tratándose de una decisión ya ejecutoriada, existe otra vía de defensa judicial como lo es la acción de revisión, preceptuada en el artículo 192 y siguientes de la ley procesal penal, cuyo numeral 3° permite acudir a ese mecanismo excepcional cuando después de la sentencia condenatoria aparezcan hechos nuevos o surjan pruebas no

conocidas al tiempo de los debates, que establezcan la inocencia del condenado o su inimputabilidad.

Con todo, no sobra señalar que para esta ocasión, la parte actora procura remover a través de la acción de tutela la sentencia proferida en su contra por el Juzgado Promiscuo Municipal de San Andrés de Cuerquia, Antioquia, el 26 de noviembre de 2019, por el delito de Violencia intrafamiliar agravada, como consecuencia de la suscripción de un preacuerdo en el cual dicha persona aceptó su responsabilidad penal, resultando sentenciado a 36 meses de prisión.

Para esa finalidad, adujo que por cuenta de su defensor para el momento de la celebración del aludido preacuerdo y consecuente sentencia, en su momento no recibió la asesoría suficiente como para dimensionar todas aquellas consecuencias jurídicas que acarreaba la aceptación de su responsabilidad penal, lo cual se agrava por el hecho que según sus afirmaciones, la fiscalía lo presionó para celebrar el preacuerdo aludido, indicándole que si lo aceptaba no continuarían las otras dos actuaciones que cursan en ese despacho.

Sin embargo, lo percibido es la existencia de una actuación procesal que ha finalizado de manera anticipada con ocasión de la celebración de un preacuerdo suscrito en su momento por las partes, entre ellas el señor Alexis Antonio Moreno Sarmiento, a cambio de la variación de su responsabilidad penal de autor a cómplice del delito de Violencia intrafamiliar agravada, dejándosele muy claro en la audiencia de verificación

respectiva, que en caso de no otorgarse en esa sede la prisión domiciliaria, su abogado defensor acudiría al juez de ejecución de penas procurando el otorgamiento del sustituto. Fue en esas condiciones que el señor Alexis Antonio decidió aceptar su responsabilidad en lo sucedido, manifestación de voluntad, nutrida igualmente por el mínimo probatorio necesario, la que llevó a la juez de conocimiento a impartir legalidad sobre ese acto procesal.

Así pues, las censuras de la parte actora hacen alusión es a un criterio de mejor defensa según su apreciación, por demás insuficiente para remover por esta vía constitucional una sentencia judicial, producto de la celebración de un preacuerdo revisado y avalado por la autoridad judicial competente.

Por manera que, es la declaratoria de improcedencia de la acción de amparo constitucional, la decisión que se impone para la Magistratura en el presente evento, de cara a la ausencia de los referidos parámetros genéricos de procedibilidad, acorde a los planteamientos que fueron objeto de análisis en líneas precedentes.

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: CONFIRMAR la sentencia de tutela objeto de impugnación, según fue proferida por el Juzgado de origen y conforme a los fundamentos consignados en la parte motiva de este fallo.

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 remitirá el expediente ante la *H. Corte Constitucional*, conforme se establece para efectos de su eventual revisión, en el *artículo 32, Decreto 2591 de 1991*.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

LOS MAGISTRADOS,

Firma electrónica

PLINIO MENDIETA PACHECO

Aprueba por correo electrónico

RENÉ MOLINA CÁRDENAS

Aprueba por correo electrónico

GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA DE DECISIÓN PENAL

RADICADO 2020-1071-3
ACCIONANTES HEVER CUERVO GARCÍA (Por agente oficioso)
ACCIONADOS JUZGADO 42 DE INSTRUCCIÓN PENAL MILITAR DE CÁCERES
FISCALÍA 141 SECCIONAL DE VALDIVIA
ASUNTO TUTELA DE PRIMERA INSTANCIA
DECISIÓN DECLARA IMPROCEDENTE

Medellín, veintitrés (23) de noviembre de dos mil veinte (2020)

Aprobada mediante Acta N° 158 de la fecha

ASUNTO

Resolver en primera instancia la acción de tutela propuesta en favor del señor **HEVER CUERVO GARCÍA**, contra el **JUZGADO 42 PENAL DE INSTRUCCIÓN MILITAR DE CÁCERES**, y la **FISCALÍA 141 SECCIONAL DE VALDIVIA**, por la presunta violación del debido proceso e igualdad, como se lee del libelo.

HECHOS O RAZONES QUE MOTIVAN LA SOLICITUD

Se indicó que, para enero de 2020, el señor **HEVER CUERVO GARCÍA**, prestaba servicio militar en el batallón de infantería 31 Rifles “*BIRF*”; el 2 de ese mes y año, cuando estaba de centinela, en Valdivia, mató a un compañero, motivo por el cual, se inició en su contra un proceso por el delito de homicidio, en el **JUZGADO 42 PENAL DE INSTRUCCIÓN MILITAR DE CÁCERES**, donde se le vinculó mediante indagatoria y se recibieron evidencias testimoniales y documentales.

RADICADO 2020-1071-3
ACCIONANTES HEVER CUERVO GARCÍA (Por agente oficioso)
ACCIONADOS JUZGADO 42 DE INSTRUCCIÓN PENAL MILITAR
DE CÁCERES
FISCALÍA 141 SECCIONAL DE VALDIVIA
ASUNTO TUTELA DE PRIMERA INSTANCIA
DECISIÓN DECLARA IMPROCEDENTE

Se indicó que, en febrero de 2020, cuando el implicado iba a salir del batallón en permiso, fue capturado por el CTI de la Fiscalía, y privado de la libertad desde el 19 de ese mes y año en la Estación de Policía de Caucasia, pues sin explicación, el caso pasó a la **FISCALÍA 141 SECCIONAL DE VALDIVIA**, pese a que corresponde a la justicia penal militar.

Se planteó que ese Despacho fiscal desconoce las garantías del señor **HEVER CUERVO GARCÍA**, pues carece de jurisdicción para investigarlo; además, porque no existen evidencias como la necropsia, ni la pericia acerca del proyectil utilizado para matar, solo la *“indagatoria y unas declaraciones”*.

Se aseguró que, aunque la defensa solicitó que el proceso regrese a la justicia penal militar, sin oposición por las víctimas, el expediente permanece en la justicia penal ordinaria, y el 20 de noviembre de 2020, se llevará a cabo la audiencia de lectura de fallo.

Esos son los motivos para pedir el amparo de los derechos referidos en esta sentencia (debido proceso e igualdad), y con el fin que se ordene dirimir el conflicto de jurisdicciones que, a juicio de la parte actora, existe.

ACTUACIÓN E INFORMES

En auto de 9 de noviembre de 2020, se admitió la demanda, se vincularon a las víctimas, el defensor y el representante del Ministerio Público, en el expediente penal que se sigue contra **HEVER CUERVO GARCÍA**, en la **FISCALÍA 141 SECCIONAL DE VALDIVIA**, y se corrió el respectivo traslado para efectos de defensa y contradicción.

La **FISCALÍA 141 SECCIONAL DE VALDIVIA**, informó frente a los motivos de la demanda que, en efecto, el **JUZGADO 42 PENAL DE INSTRUCCIÓN MILITAR DE**

RADICADO 2020-1071-3
ACCIONANTES HEVER CUERVO GARCÍA (Por agente oficioso)
ACCIONADOS JUZGADO 42 DE INSTRUCCIÓN PENAL MILITAR
DE CÁCERES
FISCALÍA 141 SECCIONAL DE VALDIVIA
ASUNTO TUTELA DE PRIMERA INSTANCIA
DECISIÓN DECLARA IMPROCEDENTE

CÁCERES, abrió investigación por la muerte que interesa, pero al tiempo, la fiscalía 31 de la unidad de vida de Medellín, inició indagación preliminar, por ese mismo hecho, y el 19 de febrero de 2020, obtuvo del Juzgado Promiscuo Municipal de Sopetrán, orden de captura contra el señor **CUERVO GARCÍA**, la cual se materializó al día siguiente, en su batallón.

El 20 de febrero de 2020, el Juzgado Promiscuo Municipal de Cáceres declaró legal la captura, avaló la formulación de imputación por el delito de homicidio agravado, la cual fue aceptada por el procesado, a quien se le impuso medida de aseguramiento de detención preventiva en el establecimiento carcelario de Caucasia, pero aún está en la Estación de Policía de esa ciudad.

Luego de eso, la actuación le correspondió, y, en consecuencia, radicó escrito de acusación con allanamiento a cargos, el 17 de abril de 2020, ante el **JUZGADO PENAL DEL CIRCUITO DE YARUMAL**.

El 25 de junio de 2020, se instaló la audiencia de verificación de allanamiento y sentencia, pero se suspendió, entre otros motivos, a la espera de conocer si el **JUZGADO 42 PENAL DE INSTRUCCIÓN MILITAR DE CÁCERES**, se desprendía o no del conocimiento de los hechos, pues se ignoraba una decisión al respecto.

El 30 de julio de 2020, se continuó con la audiencia, pero la defensa promovió la colisión de competencias, invocando los artículos 1 y 2 del Código Penal Militar, y jurisprudencia al respecto, la cual se halló fundada por el **JUZGADO PENAL DEL CIRCUITO DE YARUMAL**, quien formuló la colisión negativa, ordenando la remisión de lo actuado al **JUZGADO 42 PENAL DE INSTRUCCIÓN MILITAR DE CÁCERES**, para que continuara con el trámite.

Ante esa decisión, el Despacho fiscal, remitió su carpeta al **JUZGADO 42 PENAL DE INSTRUCCIÓN MILITAR DE CÁCERES**, el 11 de agosto de 2020, de forma virtual, y luego, el 31 posterior, en físico.

RADICADO 2020-1071-3
ACCIONANTES HEVER CUERVO GARCÍA (Por agente oficioso)
ACCIONADOS JUZGADO 42 DE INSTRUCCIÓN PENAL MILITAR
DE CÁCERES
FISCALÍA 141 SECCIONAL DE VALDIVIA
ASUNTO TUTELA DE PRIMERA INSTANCIA
DECISIÓN DECLARA IMPROCEDENTE

El 6 de noviembre de 2020, se le comunicó que la actuación se remitió al Consejo Superior de la Judicatura, para resolver el conflicto negativo de jurisdicción, y por tanto, la audiencia señalada por el **JUZGADO PENAL DEL CIRCUITO DE YARUMAL**, para el 20 de noviembre de 2020, se canceló, hasta tanto se resuelva ese conflicto.

Admitió que aún no cuenta con las pericias referidas en la demanda.

Debido a ese informe, mediante auto de 12 de noviembre de 2020, se vincularon al **JUZGADO PENAL DEL CIRCUITO DE YARUMAL**, y al **CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA**.

El **JUZGADO 42 PENAL DE INSTRUCCIÓN MILITAR DE CÁCERES**, explicó para lo que concita que, el 2 de enero del año 2020, el soldado regular **HEVER CUERVO GARCÍA** (centinela puesto número 2) “asesinó” con su arma de dotación en el puesto de centinela número 3, al soldado regular **MARÍN HERRERA LUIS FERNANDO** (centinela puesto número 3), hechos que ocurrieron según los testigos **en atención a problemas personales entre ellos dos** (no por actos propios del servicio), y que fueron aceptados por el joven **CUERVO GARCÍA**, al allanarse a cargos en el expediente radicado con el SPOA N° 056156000364202000010.

Precisó que conoció de esos hechos el día 3 de enero de 2020, mediante informe presentado por el señor CS. PALENCIA APARICIO EDWIN (Comandante de la Sección BALIO 22 del BIREY), por lo tanto, ese mismo dio apertura al proceso penal militar N° 784/2020.

El 4 de enero posterior, se escuchó en declaración juramentada a los soldados AMAYA HERNÁNDEZ LUIS ALBERTO, MENESES CASTRILLÓN ALONSO DE JESÚS, HERRERA BEDOYA HILER ANDREY, CORREA MACHADO JEAN PAUL, CASTRO TORRES LUIS ALFREDO y al CS. PALENCIA APARICIO EDWIN

RADICADO 2020-1071-3
ACCIONANTES HEVER CUERVO GARCÍA (Por agente oficioso)
ACCIONADOS JUZGADO 42 DE INSTRUCCIÓN PENAL MILITAR
DE CÁCERES
FISCALÍA 141 SECCIONAL DE VALDIVIA
ASUNTO TUTELA DE PRIMERA INSTANCIA
DECISIÓN DECLARA IMPROCEDENTE

ALBEIRO, pero en ningún momento se escuchó en indagatoria al joven **HEVER CUERVO GARCÍA**, debido a que la competencia recaía en cabeza de la **FISCALÍA 141 SECCIONAL DE VALDIVIA**, a la espera de práctica de pruebas, ni se le privó de la libertad.

Como el joven se allanó a cargos y debido a las declaraciones rendidas por sus compañeros, se estimó que la competencia era de la Fiscalía General de la Nación, más cuando el 24 de junio de 2020, la **FISCALÍA 141 SECCIONAL DE VALDIVIA**, le solicitó la carpeta, a lo cual procedió **el 25 de junio de 2020**, mediante oficio N° 0546, siendo recibida a las **11:27 horas por correo electrónico y en físico el día 7 de julio de 2020**.

El 30 de julio de 2020, en el **JUZGADO PENAL DEL CIRCUITO DE YARUMAL ANTIOQUIA**, se instaló audiencia para verificación de allanamiento, pero en atención a que la defensa se opuso a la celebración de la misma, bajo el argumento que dicho despacho no era el competente para continuar con el trámite del proceso, y que estaba en cabeza de la justicia penal militar continuar con la misma, y en razón a que las demás partes no presentaron oposición a lo solicitado por el defensor, la jueza la suspendió.

En el acta informó la funcionaria que, *“en la carpeta existe constancia de que en el juzgado 42 de Instrucción Penal Militar se inició un proceso por los mismos hechos, sin que repose constancia de alguna decisión por la cual se haya remitido para conocimiento de la jurisdicción ordinaria”*, situación que no es cierta, toda vez de que existe el recibido de la **FISCALÍA 141 SECCIONAL DE VALDIVIA**.

El 31 de agosto de 2020, le recordó a la señora **JUEZ PENAL DEL CIRCUITO DE YARUMAL ANTIOQUIA**, que ya se había desprendido de la competencia de la investigación de la referencia el **25 de junio de 2020**, motivo por el cual, si estimaba ser incompetente, debía trabar el conflicto negativo de *“competencias”* y que fuera el Consejo Superior de la Judicatura quien se pronunciara respecto al mismo.

RADICADO	2020-1071-3
ACCIONANTES	HEVER CUERVO GARCÍA (Por agente oficioso)
ACCIONADOS	JUZGADO 42 DE INSTRUCCIÓN PENAL MILITAR DE CÁCERES FISCALÍA 141 SECCIONAL DE VALDIVIA
ASUNTO	TUTELA DE PRIMERA INSTANCIA
DECISIÓN	DECLARA IMPROCEDENTE

El **JUZGADO PENAL DEL CIRCUITO DE YARUMAL ANTIOQUIA**, tras exponer, acerca del principio de imparcialidad, juez natural, y la posible nulidad del proceso por adelantarse por juez sin competencia en razón del fuero, agregó a lo que ya se conoce que, el 30 de julio de 2020, la defensa solicitó la nulidad de lo actuado, por falta de competencia, y pidió la remisión del proceso al **JUZGADO 42 PENAL DE INSTRUCCIÓN MILITAR DE CÁCERES**, a lo cual accedió, no porque careciera de competencia, sino porque existía el auto mediante el cual ese Despacho “*dispuso la apertura de la investigación formal N° 784*”, relacionada con los hechos y personas involucradas en este proceso, sin que constara en documento alguno la decisión mediante la cual se hubiese cerrado, finalizado u ordenado remitir a la justicia ordinaria para que se continuara con el conocimiento del asunto.

Posteriormente, el 4 de noviembre de 2020, se recibió nuevamente la carpeta contentiva del proceso, en las mismas condiciones en que fue enviada, es decir, sin que en la misma se evidencie la decisión que de cualquier forma posible dé por terminado el proceso en la jurisdicción penal militar, para que se pueda adelantar el mismo ante esta jurisdicción.

Lo único con lo que el **JUZGADO 42 PENAL DE INSTRUCCIÓN MILITAR DE CÁCERES**, justificó la devolución de la carpeta, es un oficio, en el cual se hace un recuento de las actuaciones procesales, y se dice textualmente en un aparte: “(...). es preciso recordar a su señoría, que este despacho ya se había desprendido de la competencia de la investigación de la referencia...”.

Recibido nuevamente el expediente, se decidió programar nuevamente la audiencia para el 20 de noviembre próximo, a las 10 de la mañana, pero como la solicitud presentada por el defensor, no había sido resuelta de fondo, por celeridad, el cual primó sobre la oralidad, y en aplicación de la prevalencia de lo sustancial sobre lo formal, mediante auto del 6 de noviembre pasado, se ordenó remitir la carpeta al **CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA**, para que fuera resuelta la situación de

RADICADO 2020-1071-3
ACCIONANTES HEVER CUERVO GARCÍA (Por agente oficioso)
ACCIONADOS JUZGADO 42 DE INSTRUCCIÓN PENAL MILITAR
DE CÁCERES
FISCALÍA 141 SECCIONAL DE VALDIVIA
ASUNTO TUTELA DE PRIMERA INSTANCIA
DECISIÓN DECLARA IMPROCEDENTE

competencia, y se canceló la audiencia que estaba pendiente.

En cuanto al asunto de la tutela, indicó que resulta improcedente por el solo hecho de que no es este Tribunal el encargado de resolver un conflicto de competencia que se haya presentado entre dos jurisdicciones; además, la petición de definición de competencia, ya es un hecho superado, puesto que la autoridad competente para definirla ya tiene en sus manos la resolución del asunto, de lo que deviene que la orden de tutela sería inocua, puesto que no puede el juez de tutela desplazar la competencia del órgano legalmente establecido para una función específica, máxime, cuando se está realizando el trámite correspondiente.

No se recibieron más informes.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

COMPETENCIA

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

LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR ACTIVA

En auto de 9 de noviembre de 2020, se admitió la agencia oficiosa de los derechos de **HEVER CUERVO GARCÍA**, quien se encuentra recluso en el Establecimiento Carcelario de Cauca.

Es verdad que el derecho de acción no se encuentra limitado por la condición de interno del prenombrado, pues lo podría ejercer por medio del sitio en el que se encuentra recluso, e incluso, entregando poder desde allá, pero ese presupuesto se flexibiliza en este tiempo, en razón de la emergencia sanitaria por el COVID-19, que

RADICADO	2020-1071-3
ACCIONANTES	HEVER CUERVO GARCÍA (Por agente oficioso)
ACCIONADOS	JUZGADO 42 DE INSTRUCCIÓN PENAL MILITAR DE CÁCERES FISCALÍA 141 SECCIONAL DE VALDIVIA
ASUNTO	TUTELA DE PRIMERA INSTANCIA
DECISIÓN	DECLARA IMPROCEDENTE

en ocasiones, torna más difícil que la población privada de la libertad, pueda acudir a la tutela por conducto de los lugares de reclusión, o por medio de abogados y familiares, como se vio por ejemplo en los procesos de tutela a cargo del suscrito, con radicado interno 2020-0702-3, 2020-0595-3, 2020-0443-3 y 2020-0778-3.

Además, el 9 de noviembre de 2020, se ofició a la **ESTACIÓN DE POLICÍA DE CAUCASIA**, para que le preguntaran al precitado si ratificaba la acción de tutela que presentaron sus señores padres, a lo cual se obtuvo respuesta afirmativa.

PROBLEMAS JURÍDICOS

De los hechos y pretensiones de la demanda, el primer problema jurídico dice relación a determinar si las autoridades accionadas y/o vinculadas, violaron el debido proceso e igualdad de **EVER CUERVO GARCÍA**, por no entablar un conflicto de jurisdicción, para concluir que el proceso en el cual está implicado corresponde la justicia penal militar, por lo cual proceda ampararlos mediante tutela.

Establecer si la **FISCALÍA 141 SECCIONAL DE VALDIVIA**, lesionó el debido proceso de **EVER CUERVO GARCÍA**, por investigarlo y someterlo a juzgamiento sin la necropsia, ni la pericia acerca del proyectil utilizado para matar, por lo cual proceda la acción de tutela para ampararlo.

Determinar si las accionadas violaron el derecho a la igualdad del actor, por lo que proceda su tutela por esta vía.

DE LA ACCIÓN DE TUTELA

Según 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

RADICADO	2020-1071-3
ACCIONANTES	HEVER CUERVO GARCÍA (Por agente oficioso)
ACCIONADOS	JUZGADO 42 DE INSTRUCCIÓN PENAL MILITAR DE CÁCERES FISCALÍA 141 SECCIONAL DE VALDIVIA
ASUNTO	TUTELA DE PRIMERA INSTANCIA
DECISIÓN	DECLARA IMPROCEDENTE

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.

SOLUCIÓN

Del recuento procesal que se hizo en detalle en el acápite anterior, surge clara la improcedencia de la acción de tutela, por no entablarse un conflicto de jurisdicción, en el caso del señor **EVER CUERVO GARCÍA**, por la inexistencia de una omisión que desconozca su debido proceso, concretamente, la faceta de juez natural, y observancia de las formas propias del juicio, y así se declarará.

Si bien, la **FISCALÍA 141 SECCIONAL DE VALDIVIA**, y el **JUZGADO 42 PENAL DE INSTRUCCIÓN MILITAR DE CÁCERES**, no provocaron la colisión de competencia, o mejor, de jurisdicción, lo cierto es que se justifica, porque ambos coincidían en que la actuación correspondía a la justicia ordinaria, dado que, a su juicio, los hechos ocurrieron por **problemas personales entre agresor y afectado**, y no por actos propios del servicio.

Destáquese que, cuando la **FISCALÍA 141 SECCIONAL DE VALDIVIA**, le pidió el proceso por competencia al **JUZGADO 42 PENAL DE INSTRUCCIÓN MILITAR DE CÁCERES**, este se lo remitió, sin disputa, el 25 de junio de 2020, compartiendo la competencia de la justicia ordinaria, por el argumento ya referido, y ninguna parte les promovió la colisión.

Ya en fase de juzgamiento del proceso, bajo la estructura de la Ley 906 de 2004, y tras el allanamiento a cargos del procesado en formulación de imputación, por iniciativa de la defensa, el 30 de julio de 2020, el **JUZGADO PENAL DEL CIRCUITO DE YARUMAL**, remitió de nuevo la actuación al **JUZGADO 42 PENAL DE**

RADICADO	2020-1071-3
ACCIONANTES	HEVER CUERVO GARCÍA (Por agente oficioso)
ACCIONADOS	JUZGADO 42 DE INSTRUCCIÓN PENAL MILITAR DE CÁCERES FISCALÍA 141 SECCIONAL DE VALDIVIA
ASUNTO	TUTELA DE PRIMERA INSTANCIA
DECISIÓN	DECLARA IMPROCEDENTE

INSTRUCCIÓN MILITAR DE CÁCERES, quien el 31 de agosto posterior, le regresó el expediente, e insistió en repeler la competencia para conocer del homicidio que interesa.

Así las cosas, y de acuerdo con la postulación de la defensa, el 6 de noviembre de 2020, el **JUZGADO PENAL DEL CIRCUITO DE YARUMAL**, para garantizar, entre otros, el juez natural y la observancia de las formas propias del juicio, suscitó el conflicto de competencia, y en en esa misma fecha, en aplicación del artículo 112.2 de la Ley 270 de 1996, remitió la actuación al **CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA**, para resolverlo, pues la colisión involucra autoridades de distintas jurisdicciones, cancelando la audiencia pendiente, y, como esto ocurrió antes de la presentación de la demanda, insístase, no hay omisión que desconozca los aludidos postulados, integrantes del debido proceso.

Sin perjuicio de lo anterior, la acción de tutela también es improcedente, por su carácter residual y subsidiario, pues el proceso de **EVER CUERVO GARCÍA**, aún está en curso, y aunque en este, su defensor pidió la nulidad de lo actuado, por falta de competencia en razón del fuero militar, fue acertado que el **JUZGADO PENAL DEL CIRCUITO DE YARUMAL**, en vez de resolver acerca de esa pretensión, conforme con la postulación de la defensa, promoviera la colisión de competencia, pues ese es el mecanismo de defensa idóneo y eficaz para salvaguardar en el trámite ordinario, el debido proceso del acusado, en su ámbito de juez natural y observancia de las formas propias del juicio, el cual está en curso ante el **CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA**, y es esa entidad, no el juez de tutela, la competente para determinar si el proceso corresponde a la justicia ordinaria o a la penal militar. Sobre estas características de la tutela se volverá más adelante.

De otro lado, el segundo problema jurídico planteado en esta sentencia se responde de forma negativa, por el aludido carácter subsidiario y residual de la acción de tutela, pues las supuestas falencias probatorias planteadas en la demanda, atribuidas a la **FISCALÍA 141 SECCIONAL DE VALDIVIA**, las puede expresar el presunto afectado,

RADICADO 2020-1071-3
ACCIONANTES HEVER CUERVO GARCÍA (Por agente oficioso)
ACCIONADOS JUZGADO 42 DE INSTRUCCIÓN PENAL MILITAR
DE CÁCERES
FISCALÍA 141 SECCIONAL DE VALDIVIA
ASUNTO TUTELA DE PRIMERA INSTANCIA
DECISIÓN DECLARA IMPROCEDENTE

o por intermedio de su defensor, al interior del proceso penal en su contra, tan pronto como se reanude, con la pretensión que estime conveniente a sus intereses, siendo ese el medio de defensa judicial idóneo y eficaz, para intentar el restablecimiento del debido proceso, conculcado, a juicio de la parte actora, por la **aludida fiscalía**.

Como argumento común aplicable a las dos situaciones planteadas en la demanda, y que delimitaron las dos primeras cuestiones a resolver, recuérdese que la acción de tutela no constituye un mecanismo alternativo o paralelo para resolver problemas jurídicos que deben ser analizados al interior del trámite procesal respectivo, soslayando la competencia de la autoridad que debe resolverlos, máxime cuando aún no existe una decisión definitiva por parte de esta.

Tampoco es dado conceder un amparo transitorio del debido proceso, frente a alguno de los dos primeros problemas jurídicos esbozados, pues la actuación en la jurisdicción ordinaria se suspendió (audiencia de verificación de allanamiento y sentencia), hasta que se defina la competencia, lo cual descarta la consumación de un perjuicio irremediable que evitar.

De otra parte, no se esbozó, y tampoco se advirtió que en un caso idéntico al del señor **EVER CUERVO GARCÍA**, los accionados y/o vinculados hubieran actuado distinto, por tanto, no procede el amparo a la igualdad, y así se declarará.

Finalmente, en este momento no es dado afirmar que el **CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA**, violó algún derecho del señor **EVER CUERVO GARCÍA**, el cual se deba amparar de oficio (debido proceso sin dilaciones injustificadas, por mora en resolver), pues se le envió la colisión de competencia el 6 de noviembre pasado, y se desconoce si ya la definió, como para revisar por esta vía la legalidad y acierto de su determinación.

Así las cosas, se declarará improcedente la acción de tutela propuesta en favor del señor **HEVER CUERVO GARCÍA**.

RADICADO 2020-1071-3
ACCIONANTES HEVER CUERVO GARCÍA (Por agente oficioso)
ACCIONADOS JUZGADO 42 DE INSTRUCCIÓN PENAL MILITAR
DE CÁCERES
FISCALÍA 141 SECCIONAL DE VALDIVIA
ASUNTO TUTELA DE PRIMERA INSTANCIA
DECISIÓN DECLARA IMPROCEDENTE

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

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR IMPROCEDENTE el amparo pretendido en favor del señor **HEVER CUERVO GARCÍA**.

SEGUNDO: NOTIFICAR a las partes, incluyendo al agenciado, conforme lo ordena el Decreto 2591 de 1991, informándoles que este fallo puede ser impugnado dentro de los tres días siguientes a su notificación.

TERCERO: Si no fuere impugnado, **ENVIAR** la actuación a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE¹

(Firma electrónica)
JUAN CARLOS CARDONA ORTÍZ
Magistrado

(Correo de aprobación)
PLINIO MENDIETA PACHECHO
Magistrado

(Correo de aprobación)
RENÉ MOLINA CÁRDENAS
Magistrado

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.

RADICADO 2020-1071-3
ACCIONANTES HEVER CUERVO GARCÍA (Por agente oficioso)
ACCIONADOS JUZGADO 42 DE INSTRUCCIÓN PENAL MILITAR
DE CÁCERES
FISCALÍA 141 SECCIONAL DE VALDIVIA
ASUNTO TUTELA DE PRIMERA INSTANCIA
DECISIÓN DECLARA IMPROCEDENTE

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: **0a273050beb3cfaf351d48f5352686a4490bba8c7433f84f7026e44126f6b3ff**
Documento generado en 23/11/2020 04:32:08 p.m.

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL: <https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

RV: PROYECTO DE TUTELA 1RA INSTANCIA RAD 2020-1071-3_REVISAR SALA DE DECISIÓN

Jhudy Francely Vasquez Arango <jvasquea@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Jue 19/11/2020 12:42 PM

Para: Despacho 04 Sala Penal Tribunal Superior - Antioquia - Antioquia <des04sptsant@cendoj.ramajudicial.gov.co>

De: Plinio Mendieta Pacheco <plinio.mendieta@hotmail.com>

Enviado: jueves, 19 de noviembre de 2020 10:57

Para: Jhudy Francely Vasquez Arango <jvasquea@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Asunto: RE: PROYECTO DE TUTELA 1RA INSTANCIA RAD 2020-1071-3_REVISAR SALA DE DECISIÓN

De acuerdo con tutela Rad. 2020-1071-3

De: Plinio Mendieta Pacheco <pmendiep@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Enviado: jueves, 19 de noviembre de 2020 10:34 a. m.

Para: plinio.mendieta@hotmail.com <plinio.mendieta@hotmail.com>

Asunto: RV: PROYECTO DE TUTELA 1RA INSTANCIA RAD 2020-1071-3_REVISAR SALA DE DECISIÓN

De: Despacho 04 Sala Penal Tribunal Superior - Antioquia - Antioquia <des04sptsant@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Enviado: jueves, 19 de noviembre de 2020 10:26

Para: Despacho 05 Sala Penal Tribunal Superior - Antioquia - Antioquia <des05sptsant@cendoj.ramajudicial.gov.co>; Plinio Mendieta Pacheco <pmendiep@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Cc: Jhudy Francely Vasquez Arango <jvasquea@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Asunto: PROYECTO DE TUTELA 1RA INSTANCIA RAD 2020-1071-3_REVISAR SALA DE DECISIÓN

Magistrados Sala Penal

DR. PLINIO MENDIETA PACHECO

DR. RENÉ MOLINA CÁRDENAS

Sala de Decisión

Tribunal Superior de Antioquia

En virtud de lo consagrado en los acuerdos PCSJA20-11517 del 15 de marzo y PCSJA20-11518 de 16 de marzo de 2020, y prórrogas establecidas en el PCSJA20-11521 de 19 de marzo, PCSJA20-11526 de 22 de marzo, PCSJA20-11532 de 11 de abril, PCSJA20-11546 de 25 de abril, PCSJA20-11549 de 7 de mayo, PCSJA20-11556 de 22 de mayo y PCSJA20-11567 de 5 de junio de 2020; se circula a través de este medio, el proyecto de la referencia aprobado y firmado electrónicamente por el Magistrado Ponente Dr. Juan Carlos Cardona Ortiz.

Es de resaltar que el término máximo para emitir fallo de tutela es LUNES 23 DE NOVIEMBRE DE 2020.

Se adjunta 2 archivos.

Atentamente,

Claudia Ximena Reyes Oliveros
Auxiliar Judicial

FAVOR ACUSAR RECIBIDO. GRACIAS

AVISO DE CONFIDENCIALIDAD: Este correo electrónico contiene información de la Rama Judicial de Colombia. Si no es el destinatario de este correo y lo recibió por error comuníquelo de inmediato, respondiendo al remitente y eliminando cualquier copia que pueda tener del mismo. Si no es el destinatario, no podrá usar su contenido, de hacerlo podría tener consecuencias legales como las contenidas en la Ley 1273 del 5 de enero de 2009 y todas las que le apliquen. Si es el destinatario, le corresponde mantener reserva en general sobre la información de este mensaje, sus documentos y/o archivos adjuntos, a no ser que exista una autorización explícita. Antes de imprimir este correo, considere si es realmente necesario hacerlo, recuerde que puede guardarlo como un archivo digital.

RE: PROYECTO DE TUTELA 1RA INSTANCIA RAD 2020-1071-3_REVISAR SALA DE DECISIÓN

Despacho 05 Sala Penal Tribunal Superior - Antioquia - Antioquia

<des05sptsant@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Lun 23/11/2020 11:10 AM

Para: Despacho 04 Sala Penal Tribunal Superior - Antioquia - Antioquia <des04sptsant@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Dr Juan Carlos Cardona

De acuerdo con el proyecto de tutela de primera instancia 2020-1071-3 que niega por improcedente el amparo.

Atte

René Molina

Magistrado revisor

De: Despacho 04 Sala Penal Tribunal Superior - Antioquia - Antioquia <des04sptsant@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Enviado: jueves, 19 de noviembre de 2020 10:26

Para: Despacho 05 Sala Penal Tribunal Superior - Antioquia - Antioquia

<des05sptsant@cendoj.ramajudicial.gov.co>; Plinio Mendieta Pacheco <pmendiep@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Cc: Jhudy Francely Vasquez Arango <jvasquea@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Asunto: PROYECTO DE TUTELA 1RA INSTANCIA RAD 2020-1071-3_REVISAR SALA DE DECISIÓN

Magistrados Sala Penal

DR. PLINIO MENDIETA PACHECO

DR. RENÉ MOLINA CÁRDENAS

Sala de Decisión

Tribunal Superior de Antioquia

En virtud de lo consagrado en los acuerdos PCSJA20-11517 del 15 de marzo y PCSJA20-11518 de 16 de marzo de 2020, y prórrogas establecidas en el PCSJA20-11521 de 19 de marzo, PCSJA20-11526 de 22 de marzo, PCSJA20-11532 de 11 de abril, PCSJA20-11546 de 25 de abril, PCSJA20-11549 de 7 de mayo, PCSJA20-11556 de 22 de mayo y PCSJA20-11567 de 5 de junio de 2020; se circula a través de este medio, el proyecto de la referencia aprobado y firmado electrónicamente por el Magistrado Ponente Dr. Juan Carlos Cardona Ortiz.

Es de resaltar que el término máximo para emitir fallo de tutela es LUNES 23 DE NOVIEMBRE DE 2020.

Se adjunta 2 archivos.

Atentamente,

Claudia Ximena Reyes Oliveros

Auxiliar Judicial

FAVOR ACUSAR RECIBIDO. GRACIAS

AVISO DE CONFIDENCIALIDAD: Este correo electrónico contiene información de la Rama Judicial de Colombia. Si no es el destinatario de este correo y lo recibió por error comuníquelo de inmediato,

respondiendo al remitente y eliminando cualquier copia que pueda tener del mismo. Si no es el destinatario, no podrá usar su contenido, de hacerlo podría tener consecuencias legales como las contenidas en la Ley 1273 del 5 de enero de 2009 y todas las que le apliquen. Si es el destinatario, le corresponde mantener reserva en general sobre la información de este mensaje, sus documentos y/o archivos adjuntos, a no ser que exista una autorización explícita. Antes de imprimir este correo, considere si es realmente necesario hacerlo, recuerde que puede guardarlo como un archivo digital.

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL**



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

N.I.	2020-0661-3
CUI	05-579-60-00291-2019-00006
ACUSADO	LUIS MARTÍNEZ GUALDRÓN
DELITO:	ACTOS SEXUALES CON MENOR DE 14 AÑOS
ASUNTO	NIEGA PRUEBA DE REFUTACIÓN
DECISIÓN	CONFIRMA

Medellín (Ant.), veinte (20) de noviembre de dos mil veinte (2020)

(Aprobado mediante Acta N° 156 de la fecha)

I. OBJETO DE LA DECISIÓN:

Corresponde decidir el recurso de apelación interpuesto por la defensa de **LUIS MARTÍNEZ GUALDRÓN**, frente a la decisión proferida el 28 de julio de 2020, por el **JUZGADO PENAL DEL CIRCUITO CON FUNCIONES DE CONOCIMIENTO DE PUERTO BERRÍO, ANNTIOQUIA**, a través de la cual negó la solicitud de prueba de refutación, en audiencia preparatoria.

II. ACTUACIÓN PROCESAL:

La defensa del señor **LUÍS MARTÍNEZ GUALDRÓN**, adujo en audiencia preparatoria de 21 de julio de 2020, *(a partir de 51 minutos y*

33 segundos), la posibilidad de solicitar como prueba de refutación, un perito en temas de psicología, frente a la declaración de Darling Adriana Doria Torres.

Afirma que existe una mala interpretación de la forma como se solicita la prueba de refutación, y como aún no tiene el informe pericial de refutación del perito experto de la defensoría, ello se solicitará en juicio, una vez se efectúe la declaración de Darling Adriana Doria Torres. Por lo tanto, conforme al artículo 415, se le dará traslado a la fiscalía para la “*contrarefutación*”.

Señala que es pertinente, conducente y útil para el respectivo análisis; como “*prueba contra prueba*”, aparecerá cuando la testigo de la Fiscalía rinda en juicio el dictamen pericial, el cual se colocará en duda con el contrainterrogatorio, y se ofrecerá la prueba de refutación, en relación con los temas, atinentes a la valoración psicológica y la forma como se efectuó.

II. DECISIÓN APELADA:

Para lo que es objeto de alzada, el Juez *a quo* no accedió a la solicitud de perito de refutación en temas de psicología (*sesión de 28 de julio de 2020, a partir del minuto 54*), toda vez que no es la fase procesal idónea para ello.

Sobre la pretensión de refutar la declaración de la psicóloga Darling Adriana Doria Torres, insistió que se trata de una prueba excepcional y subsidiaria, pues enseña la jurisprudencia que el mejor escenario y oportunidad para refutar al testigo es en el ejercicio de contradicción,

confrontación, en el desarrollo del contrainterrogatorio.

Sostiene que en el ámbito de impugnabilidad de los testigos, se ha precisado que la utilización de prueba de refutación, constituye una herramienta adicional, que opera excepcionalmente cuando el testigo, persiste en un dato que el interrogador considera mendaz, y la parte cuenta con evidencia relacionada con el aspecto objeto de impugnación; por lo tanto, no se trata de una prueba orientada a soportar la teoría del caso, sino de desacreditar un testimonio de la contraparte.

Se puede solicitar en el juicio, una vez conocida la prueba a refutar, pues es ahí donde se advierte, si por vía de contrainterrogatorio no es suficiente, para la refutación pretendida, y puede, entonces, la parte interesada reclamar del juez de conocimiento, la práctica de la prueba de refutación que se practicaría inmediatamente. Por eso, no es la audiencia preparatoria el escenario para solicitarla, cuando no se sabe, si por vía de contrainterrogatorio, puede satisfacer sus pretensiones, la parte interesada.

No repuso la decisión, pues no se están desconociendo las características e importancia de la prueba de refutación; pero la oportunidad para solicitarse, admitirse y practicarse, punto de disenso del recurrente, está diferida al juicio oral, por las características propias de subsidiaridad, residualidad, excepcionalidad; porque se ha entendido que la pretensión de la parte interesada puede agotarse en el contrainterrogatorio, y de insistir el testigo en la mendacidad, podrá refutarse en esa fase procesal.

III. ARGUMENTACIÓN ORAL:

El defensor del señor **LUÍS MARTÍNEZ GUALDRÓN**, impugna la decisión (*sesión de 28 de julio de 2020, a partir de 1 hora, 1 minuto y 40 segundos*); pues solicitó traer un perito de la defensoría pública, con el propósito de refutar la credibilidad del trabajo realizado por la psicóloga Darling Adriana Doria Torres, en la oportunidad dispuesta para ello, ya que conformidad con el artículo 374 de la ley 906 de 2004, la audiencia preparatoria es el espacio para presentar las pruebas que se pretenden hacer valer en el juicio.

Considera pertinente la prueba, pues es con el fin de discutir el dictamen pericial y las conclusiones a las cuales llegó el perito del ICBF. Acorde al artículo 375, es pertinente porque refiere de manera indirecta a los medios de prueba; admisible, porque no está dentro de las excepciones del precepto 376, y útil para la defensa.

La solicita el medio de prueba de refutación desde la preparatoria, teniendo la oportunidad de hacerlo igualmente en juicio, porque puede que con el conainterrogatorio no sea suficiente, debido a que no es psicólogo o experto en la materia; por lo tanto, necesariamente debe abordarse por un profesional de igual categoría, dentro del tema que exponga la psicóloga.

Señala que en nada lesiona al proceso que se decrete el medio de prueba de refutación; pues en caso de no ser necesario, no se emplearía. Siente temor que en juicio no le permitan abrir debates de temas alusivos al dictamen pericial, cuestión que se puede anticipar desde preparatoria.

Sostiene, que diferente sería cuando la testigo manifieste un elemento nuevo que no aludió en la base de opinión pericial; en ese caso se solicitaría la refutación de ese elemento novedoso, que surge en el juicio de forma sobreviniente.

Insiste que es la oportunidad procesal idónea para solicitar las pruebas de refutación, sin que sea dable aludir que es improcedente hasta tanto no se escuche al perito en juicio, pues queda a la merced de lo que la testigo de la fiscalía quiera decir y delimitar; se afectaría, en caso de que en juicio no se decrete.

A su juicio, no se tiene claro la definición de prueba de refutación, pues el legislador no especifica si es una figura autónoma, cómo debe aplicarse y en que eventos debe aplicarse, hace mención al radicado N°43.749 de 20 agosto de 2014. Siendo técnico, sobre lo que se debe entender, es una prueba que se ofrece con el fin de controvertir, la presentada por la contraparte, con el fin de impugnarle la credibilidad.

Plantea, aunque tenuemente, la posibilidad que, si no se le quiere llamar prueba de refutación, por su naturaleza, se tome entonces como una solicitud probatoria de la defensa.

IV. INTERVENCIÓN DE LOS NO RECURRENTES:

La *fiscalía* solicita se mantenga incólume la decisión, pues no se vislumbra afectación al debido proceso y al derecho de defensa, ya que se dejó abierta la posibilidad de presentar esa prueba de refutación en el juicio, en la medida que surjan puntos de contradicción

o debate del informe de la psicóloga. En su criterio no hubo rechazo absoluto de la prueba, pues es posible su práctica, aunque en el juicio oral.

El *apoderado de víctimas* deprecia se mantenga la decisión, toda vez que la defensa solicita una prueba de refutación, en estricto sentido, así lo dio a conocer cuando sustentó su solicitud y pertinencia de ese medio de prueba; por lo tanto, no podría dirigir su argumento en diferente sentido. Señala que la Corte Suprema de Justicia, se ha manifestado sobre esa prueba, e insiste que es excepcional en el juicio oral.

El *Ministerio Público*, manifiesta que, con el fin de mantener el equilibrio e igualdad de armas en el proceso adversarial, es pertinente la solicitud de la prueba de refutación desde la audiencia preparatoria, pues a partir del descubrimiento, que tiene la posibilidad de conocer la base de opinión pericial, y la necesidad de traer el perito de refutación. Diferente es que un testigo dé información desconocida, y a partir de ahí, refutarla, pero de forma sobreviniente en el juicio.

Expone, a partir de la lectura de la sentencia C 473 de 2016, numeral 25, que hay dos eventos de refutación, y que las pruebas de refutación de la defensa deberán ser practicadas antes que las ofrecidas por la Fiscalía.

Concluye que la defensa ha propuesto un perito de refutación adscrito a la defensoría, porque tiene conocimiento que la fiscalía llevará a juicio un perito con su base de opinión pericial; por ende, no puede esperar a que la prueba de refutación se decrete en juicio como una

sobreviniente, dado que debe ser ordenada y decretada en preparatoria. Conforme al artículo 415 de la ley 906 de 2004, sin perjuicio del descubrimiento, puede solicitar la prueba de refutación, aunque desconozca el contenido de esa base de opinión pericial.

V. CONSIDERACIONES DE LA SALA:

Corresponde a la Sala Penal del Tribunal decidir el recurso de apelación, de conformidad con el artículo 34 de la Ley 906 de 2004, en concordancia con el artículo 178 de la misma obra, modificado por el artículo 90 de la Ley 1395 de 2010.

El problema jurídico que se debe abordar dice relación a la oportunidad del decreto de la prueba de refutación, atendida su naturaleza.

En primer término, debe recordarse que el Código de Procedimiento Penal, en su artículo 374, señala que toda prueba debe ser solicitada o presentada en la audiencia preparatoria; sin efectuar distinciones, ni excepciones, a los medios de prueba objeto de descubrimiento probatorio. Se entiende que incluyen la prueba testimonial, pericial, documental y cualquier medio técnico o científico que no viole el ordenamiento jurídico, de acuerdo con el artículo 382 *ibidem*.

No existe discusión en que la prueba de refutación, establecida en el artículo 362 de la ley 906 de 2004, es aquella **dirigida a contrarrestar o impugnar la eficacia de la prueba practicada en la audiencia de juzgamiento.**

El artículo 362 *ibidem*, menciona someramente, a efectos de regular la orden de ingreso, lo siguiente:

“Artículo 362. Decisión *sobre el orden de la presentación de la prueba*. El juez decidirá el orden en que debe presentarse la prueba. En todo caso, la prueba de la Fiscalía tendrá lugar antes que la de la defensa, sin perjuicio de la presentación de las respectivas *pruebas de refutación en cuyo caso serán primero las ofrecidas por la defensa y luego las de la Fiscalía.*”

Desde una óptica doctrinal, la prueba de refutación puede estudiarse desde dos aristas; la primera, de carácter general, y la segunda, en un sentido estricto. Conforme con la obra “*La prueba de Refutación*”, del tratadista Alejandro Decastro González:

“...Prueba de refutación en **sentido general** es “la prueba que se ofrece en contra de la prueba del adversario con el fin de desestimar su valor”, sin más condiciones. En este sentido general la prueba de refutación atiende exclusivamente a su finalidad: refutar, contradecir o impugnar, independientemente del momento y particularidades en que se ofrezca.

Prueba de refutación en sentido estricto o técnico* es toda evidencia **extrínseca, o independiente de la oportunamente ofrecida por una parte antes del juicio, para contraprobar, controvertir, contradecir o explicar evidencia ofrecida por la contraparte y practicada en el juicio oral en su turno de presentación de la prueba.*

La prueba de refutación, en sentido general, puede hacer parte de las solicitudes probatorias formuladas antes del juicio, en la audiencia preparatoria. En estos casos se anticipa la evidencia a refutar y se ofrece oportunamente prueba para cuestionar su credibilidad, lo cual es pertinente si tenemos en cuenta que “el elemento material probatorio, la evidencia física y el medio de prueba (...) También es pertinente cuando (...) se refiere a la credibilidad de un testigo o de un perito”. Por ejemplo, si la Fiscalía solicita como prueba un testigo que vio al acusado en cierto lugar cometiendo el crimen, la defensa puede solicitar en la audiencia preparatoria, como prueba de refutación, los tiquetes aéreos que demuestran que dicho testigo estaba en otra ciudad para el momento en que dijo ver al acusado cometiendo el hecho.

En cambio, en sentido estricto o técnico, la prueba de refutación alude a evidencia **extrínseca o independiente (extrinsic evidence)** de lo que fue oportunamente descubierto, anunciado y/o solicitado como prueba a practicar en el juicio, desde la audiencia preparatoria. **Se trata de una verdadera prueba**

inesperada en el juicio oral, como cuando se ofrece un testigo o un documento que nunca fue mencionado antes. En este sentido la prueba de refutación es una excepción a la regla del descubrimiento probatorio previo al juicio, siendo esta quizá su nota más característica.

(...)

*La adecuada distinción que proponemos **entre prueba de refutación en sentido general y en sentido estricto**, para considerar esta última como la verdadera prueba de refutación propia de los sistemas acusatorios (Rebuttal Evidence), es importante para evitar equívocos conceptuales que repercuten en la solución de los casos concretos. Por ejemplo, el profesor Parada Rueda ilustra un ejemplo de prueba de refutación “en sentido estricto” así:*

*“No obstante lo anterior, en diversas oportunidades se ha considerado que, por ejemplo, los **contra-peritajes que se ofrecen en la audiencia preparatoria, constituyen prueba de refutación por cuanto los mismos atacan el medio de prueba (dictamen pericial) y no el tema de prueba (responsabilidad del procesado)**. Creemos que no es del todo errada dicha apreciación, e incluso, es correcta. Si precisamente el sentido de la prueba de refutación es atacar el medio y en absoluto el tema prueba, un dictamen que pretenda atacar la veracidad de lo expuesto por el perito ofrecido por la contraparte, con relación a los protocolos, técnicas y medios utilizados, puede llegar a considerarse como una prueba de refutación en sentido estricto”*

El solo hecho de que el medio de prueba se ofrezca en la audiencia preparatoria, ya descarta que estemos ante prueba de refutación en sentido estricto; la verdadera prueba de refutación es la que no se ofrece antes del juicio sino de forma inesperada y novedosa en la propia audiencia del juicio oral.

*En otras palabras, la base de **la distinción entre prueba de refutación en sentido general y en sentido estricto** no es el objeto de lo que se pretenda atacar (si el “medio de prueba” o el “tema prueba”) sino el carácter novedoso del medio a refutar, lo que hizo innecesario, e imposible, el ofrecimiento de la prueba de refutación en la audiencia preparatoria.*

Así, cuando en la audiencia preparatoria se ofrece un dictamen que pretenda atacar la veracidad de lo expuesto por el perito ofrecido por la contraparte, en relación con los protocolos, técnicas y medios utilizados, es claro que el dictamen de la contraparte ya es conocido en esa oportunidad procesal, tanto que –en el ejemplo en cita– allí se solicita como prueba el contra-peritaje; por eso en el juicio, cuando declare el perito de la contraparte, no estaremos ante nada novedoso ni sorpresivo, con lo que no procede la prueba de refutación en sentido estricto sino la ofrecida desde la audiencia preparatoria (así sea con fines de refutación del medio, que no del tema de prueba) para atacar la veracidad de lo expuesto por el perito ofrecido por la contraparte.”

La Sala de Casación Penal de la Corte de Suprema de Justicia, sobre la utilización, reglas e impugnación de la credibilidad de testigos, asociado a la prueba de refutación en SP2582 10 de julio de 2019, Radicación 49.283, solidificó su línea jurisprudencial en el siguiente sentido:

*“Al respecto debe decirse que, según lo ha precisado esta Sala, **la impugnación de la credibilidad de los testigos es una derivación del derecho a la confrontación y para tales efectos el ordenamiento ofrece diversas herramientas a las partes para su realización.***

*Así, se ha destacado, de una parte, **el ejercicio del contradictorio a través de las preguntas cerradas realizadas en el ejercicio del conainterrogatorio, y, de otra, la utilización de evidencias internas y externas,** referidas las primeras a declaraciones anteriores para demostrar contradicciones, omisiones o cualquier otro aspecto relevante dirigido a establecer la credibilidad del testigo, **y las segundas relacionadas con su empleo como pruebas de refutación¹.***

En ese sentido, el estatuto procesal penal consagró diversas herramientas para impugnar la credibilidad de los testigos, la cual puede verse afectada, entre otras cosas, por el hecho de que el declarante haya hecho aseveraciones contrarias a lo que expresa en el juicio oral.

*Con ese propósito, el artículo 403 de la Ley 906 de 2004 dispone que la parte contra la que se aduce el testimonio podría traer a colación declaraciones anteriores del testigo. **La jurisprudencia de esta corporación ha aclarado que ello puede hacerse para demostrar la existencia de contradicciones, omisiones o cualquier otro aspecto relevante para evaluar la credibilidad del declarante².***

*Por lo tanto, según se ha acotado, **la presentación de la prueba de refutación es una herramienta adicional –y residual- para la impugnación de la credibilidad de testigos, que debe armonizarse con los principios de concentración e inmediatez, entre otros, así como con la obligación de garantizar que la justicia sea celer y eficaz, por lo que no se trata de prueba orientada a soportar la teoría del caso de una de las partes sino a atacar o demeritar el valor del testimonio de quien rinde la declaración³.***

*Por lo tanto, para su distinción, se tiene que el objeto de la prueba refutada está encaminado a resolver la controversia sobre la ocurrencia de una conducta, su autor, la reconstrucción histórica de circunstancias en que ocurrió un supuesto dado, la infracción a la ley penal y demás aspectos concernientes a la conducta punible y la responsabilidad penal del procesado, mientras que **la prueba de refutación se orienta al propósito de cuestionar la credibilidad del testigo en cuanto a los aspectos que se encuentran relacionados en el artículo 403 de la Ley 906 de 2004, pretendiéndose con ello hacer***

¹ CSJ AP, 20 ago. 2014, rad. 43.749; CSJ SP-606-2017, 4 ene. 2017, rad. 44.950; CSJ AP-2215-2019, 5 jun. 2019, rad. 55.337.

² CSJ SP-606-2017, 25 ene. 2017, rad. 44.950.

³ *Ibidem.*

perder consideración y eficacia a la prueba contradicha respecto a su credibilidad, entre otras cosas, frente a “manifestaciones anteriores (...) incluidas aquellas hechas a terceros, o en entrevistas, exposiciones, declaraciones juradas o interrogatorios en audiencias ante el juez de control de garantías”.

Ahora bien, sobre el empleo e introducción a la actuación procesal de las pruebas de refutación en materia de impugnación de la credibilidad de los testigos, esta Corporación recientemente ha acotado:

*Igualmente, en el ámbito de la impugnación de la credibilidad de los testigos, ha precisado [la Corte] que **la utilización de pruebas de refutación constituye una herramienta adicional, que opera excepcionalmente cuando el testigo, en el conainterrogatorio, persiste en un dato que el interrogador considera mendaz, y la parte cuenta con evidencia relacionada directamente con el aspecto objeto de impugnación.** Por ejemplo, si el testigo asegura que pudo presenciar los hechos y la parte pretende demostrar que para esa fecha estaba en una ciudad diferente, debe hacer uso del conainterrogatorio, pues **si el mismo es suficiente para acreditar ese aspecto, se hace innecesaria la introducción de “evidencia externa”** acerca del mismo.*

Lo anterior no tiene únicamente la finalidad de evitar la dilación del proceso y la “contaminación del juez” con evidencias que no fueron decretadas en la audiencia preparatoria. Es asimismo importante para evitar la presentación de pruebas descontextualizadas, ya que es posible que el testigo, en el interrogatorio “redirecto”, pueda explicar las inconsistencias, contradicciones o demás aspectos traídos a colación, lo que no sería posible si se elude ventilar este tema en el conainterrogatorio y se opta por presentar “evidencia externa” sobre el aspecto que pone en tela de juicio la credibilidad, lo que, valga decirlo, podría abrir la puerta a la presentación de pruebas de “contra refutación” (sic) y, así, hacer del proceso un trámite interminable.⁴

*De manera que tratándose del uso de declaraciones anteriores u otro tipo de información como pruebas de refutación, **es necesario subrayar que se incorpora a la actuación el apartado de la declaración sobre el que recayó la impugnación⁵, pero, antes de hacerlo, se le debe dar la oportunidad al testigo de aceptar las contradicciones o las omisiones en sus relatos, pues, si las reconoce, ya no tendría sentido hacer dicha incorporación ni, por ende, asumir las dilaciones y los riesgos que la evidencia externa** representa en relación con la posible afectación del debido proceso al verse menguado el principio de confrontación⁶.*

*En todo caso, como viene de ser precisado, **con la prueba de refutación se busca atacar la veracidad de la prueba refutada como recurso de impugnación de su credibilidad, por lo que su ofrecimiento en el juicio oral no requiere protocolos especiales de descubrimiento ni tiene que ser solicitada en la audiencia preparatoria porque la necesidad de acudir a este mecanismo surge durante el interrogatorio y está consagrada expresamente en la ley como mecanismo para ejercer los derechos de confrontación y contradicción⁷,** aunque, eso sí, debe solicitarse durante el recaudo de la prueba refutada y, en todo caso, si es procedente, tiene que autorizarse y en lo posible practicarse inmediatamente después de que culmine la introducción del medio a contradecir⁸, propiciando así la oportunidad para que la contraparte la conozca a tiempo y pueda, a su vez, ejercer el derecho de confrontación.”*

⁴ CSJ AP-2215-2019, 5 jun. 2019, rad. 55.337.

⁵ CSJ SP-12229-2016, 31 ago. 2016, rad. 43.916.

⁶ CSJ AP-2215-2019, 5 jun. 2019, rad. 55.337.

⁷ CSJ SP-12229-2016, 31 ago. 2016, rad. 43.916.

⁸ CSJ AP, 20 ago. 2014, rad. 43.749.

Conforme a lo precedente, al tratarse la prueba de refutación en un instrumento adicional **y residual** para la impugnación de la credibilidad de testigos, diseñado para dar la oportunidad a la contra parte de contrarrestar, atacar o demeritar el valor de una prueba testimonial o pericial; su solicitud no debe estar orientada a soportar la teoría del caso, pues de ser así, ha de sujetarse a las oportunidades procesales ordinarias dispuestas para el efecto, ya que la razón principal no es el *tema probandi*, sino demoler la credibilidad, mismidad, suficiencia, legalidad, veracidad, autenticidad o integridad de ese órgano de prueba (AP4787 de 2014, rad 43.749)

Para dar respuesta a la defensa, de acuerdo a la norma e interpretación de la Corte Suprema de Justicia, la prueba de refutación es una figura autónoma e independiente, diferenciable de la impugnación de credibilidad (es una herramienta más), pues se trata del ofrecimiento de una evidencia extrínseca, residual, que surge de forma sorpresiva e inesperada durante el juicio, a través de la cual es posible someter a un interrogatorio directo al deponente, con el único fin de mermar la credibilidad del testigo por considerarlo mendaz, si no fue suficiente el contrainterrogatorio -control intrínseco-.

En el presente caso, la defensa desde su solicitud inicial realizada en audiencia preparatoria de 21 de julio de 2020, planteó como finalidad principal de la prueba de refutación, contrarrestar o impugnar la credibilidad del trabajo realizado por la psicóloga de la fiscalía, Dra. Darling Adriana Doria Torres, pues considera que, tanto en su informe, como en las conclusiones, existen contradicciones a refutar.

Sin tener pleno conocimiento del contenido de la base de opinión

pericial y del sentido de la declaración del perito, se adelantó a concluir, sin ningún fundamento -o al menos no los explicita-, que existirán imprecisiones a contradecir; y que, en razón de ello, colocará en duda su credibilidad con el contrainterrogatorio, y ofrecerá la prueba de refutación en juicio, en relación con los temas atinentes a la valoración psicológica, sus conclusiones y la forma como se efectuó; sin especificar cuáles.

Como quedo visto, la defensa no estaría vedado en presentar desde la audiencia preparatoria **prueba de refutación, en sentido general**, con el fin de contradecir o impugnar, sin más condición, la credibilidad de un testigo; en otras palabras, con el fin de oponerse a determinada prueba de la contraparte, obviamente sujeto a una concreta explicación de pertinencia.

Es posible anticiparse razonablemente a la dirección en la que declarará un testigo, o lo que se pretende demostrar con aquel en juicio, a partir del examen de pertinencia, declaraciones anteriores, entrevistas y demás datos entregados en los medios de prueba descubiertos por la contraparte; por lo tanto, no es absurdo que desde la audiencia preparatoria se solicite prueba de refutación genérica, para oponerse a un específico medio de prueba.

Pero, como quiera que no es una posibilidad general sino residual, es necesario que se hagan expresos los contenidos concretos, que ameritaran un medio externo para la refutación, sin que fuese suficiente develar los yerros en el contrainterrogatorio. En otras palabras, emerge una carga adicional, para anticiparse a la práctica probatoria, lo cual debería ser evidente, para que no sirva de simple

instrumento que conspire contra la celeridad, concentración, etc., de la actuación judicial.

El defensor, ni siquiera hizo una mención mínima de las posibles contradicciones del dictamen ofrecido por la fiscalía objeto de refutación; menos, explicó qué se pretendía en esencia contrarrestar, o por qué el ejercicio del conainterrogatorio y la utilización del propio informe o declaraciones anteriores, le serían insuficientes para demostrar las contradicciones, omisiones o cualquier otro aspecto relevante dirigido a impugnar la credibilidad del perito en psicología Darling Adriana Doria Torres, como para sacar adelante su solicitud de prueba de refutación, desde la audiencia preparatoria.

Faltó explicar abiertamente la pertinencia del perito experto en psicología adscrito a la defensoría, pues más allá de la somera enunciación que sería para refutar el dictamen pericial y sus conclusiones, nada más aludió, cuestión que impide analizarse como una solicitud probatoria de refutación.

Sobre ese aspecto, es criticable que en la apelación hubiese pretendido desdibujar su solicitud probatoria inicial, cuando en momento alguno trató de postular un medio de prueba diferente a la evidencia de refutación; en cambio, pretendió en la apelación propiciar el ingreso de una prueba pericial, que a luces del artículo 374 del Código de Procedimiento Penal, pudo solicitar directamente desde la audiencia preparatoria, desde la perspectiva de su teoría del caso.

Tampoco, podría tenerse su solicitud como prueba de refutación técnica o estricta, para contraprobar, controvertir, contradecir o

explicar la evidencia pretendida por la fiscalía, pues no sería la oportunidad para ello, ya que es inescindible el surgimiento de la prueba en el juicio, para atacar la veracidad de lo expuesto por el perito en psicología con relación a los protocolos, técnicas, medios utilizados y conclusiones.

De todos modos, según el artículo 405 de la Ley 906 de 2004 *“al perito le serán aplicables, en lo que corresponda, las reglas del testimonio”*, por lo que la defensa podrá controlar el interrogatorio de la psicóloga Darling Adriana Doria Torres, a través de las oposiciones; e igualmente tendrá la oportunidad de impugnar la credibilidad del perito, bien durante el conainterrogatorio, o presentando, de ser el caso, la prueba de refutación en el juicio previa solicitud y examen de ingreso.

En consecuencia, no son de recibo las razones que aduce el recurrente en audiencia preparatoria para el ingreso de la prueba de refutación, sin que se advierta en la decisión de primera instancia confusión alguna en cuanto a la oportunidad para ello, como lo sugiere la defensa, razón por la que se confirma íntegramente.

Como quiera que la presente decisión no admite recursos, al ser de segunda instancia, por economía y celeridad procesal, una vez sea aprobada la ponencia, se deberá devolver la actuación al juzgado de origen para lo de su cargo.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la decisión de naturaleza, fecha y origen conocidos, por lo expuesto.

SEGUNDO: La presente decisión no admite recursos, por economía y celeridad procesal, una vez sea aprobada la ponencia, se deberá devolver la actuación al juzgado de origen para lo de su cargo.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE⁹

(Firma electrónica)

JUAN CARLOS CARDONA ORTÍZ
Magistrado

(Correo de aprobación)

PLINIO MENDIETA PACHECHO
Magistrado

(Correo de aprobación)

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: **3c34a262432c6cfc07a8b8a2adfd9364862e0b63bc95b411fb1d9efd764603c5**
Documento generado en 18/11/2020 04:14:59 p.m.

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL: <https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

⁹ 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.

**RV: PROYECTO AUTO PENAL _RAD. 2020-0661-3_ LUIS MARTÍNEZ GUALDRÓN
(RADICADO 2019-00100)**

Jhudy Francely Vasquez Arango <jvasquea@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Jue 19/11/2020 12:43 PM

Para: Despacho 04 Sala Penal Tribunal Superior - Antioquia - Antioquia <des04sptsant@cendoj.ramajudicial.gov.co>

De: Plinio Mendieta Pacheco <plinio.mendieta@hotmail.com>

Enviado: jueves, 19 de noviembre de 2020 12:09

Para: Jhudy Francely Vasquez Arango <jvasquea@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Asunto: RE: PROYECTO AUTO PENAL _RAD. 2020-0661-3_ LUIS MARTÍNEZ GUALDRÓN (RADICADO 2019-00100)

De acuerdo con auto Rad. 2020-0661-3

De: Plinio Mendieta Pacheco <pmendiep@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Enviado: jueves, 19 de noviembre de 2020 10:04 a. m.

Para: plinio.mendieta@hotmail.com <plinio.mendieta@hotmail.com>

Asunto: RV: PROYECTO AUTO PENAL _RAD. 2020-0661-3_ LUIS MARTÍNEZ GUALDRÓN (RADICADO 2019-00100)

De: Despacho 04 Sala Penal Tribunal Superior - Antioquia - Antioquia <des04sptsant@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Enviado: jueves, 19 de noviembre de 2020 8:58

Para: Despacho 05 Sala Penal Tribunal Superior - Antioquia - Antioquia

<des05sptsant@cendoj.ramajudicial.gov.co>; Plinio Mendieta Pacheco <pmendiep@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Cc: Jhudy Francely Vasquez Arango <jvasquea@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Asunto: PROYECTO AUTO PENAL _RAD. 2020-0661-3_ LUIS MARTÍNEZ GUALDRÓN (RADICADO 2019-00100)

Magistrados Sala Penal

DR. PLINIO MENDIETA PACHECO

DR. RENÉ MOLINA CÁRDENAS

Sala de Decisión

Tribunal Superior de Antioquia

En virtud de lo consagrado en los acuerdos PCSJA20-11517 del 15 de marzo y PCSJA20-11518 de 16 de marzo de 2020, y prórrogas establecidas en el PCSJA20-11521 de 19 de marzo, PCSJA20-11526 de 22 de marzo, PCSJA20-11532 de 11 de abril, PCSJA20-11546 de 25 de abril, PCSJA20-11549 de 7 de mayo, PCSJA20-11556 de 22 de mayo y PCSJA20-11567 de 5 de junio de 2020; se circula a través de este medio, el proyecto de la referencia aprobado y firmado electrónicamente por el Magistrado Ponente Dr. Juan Carlos Cardona Ortiz.

Es de resaltar que se trata de proceso penal con persona privada de la libertad.

Se adjunta 4 archivos.

Atentamente,

Claudia Ximena Reyes Oliveros
Auxiliar Judicial

FAVOR ACUSAR RECIBIDO. GRACIAS

AVISO DE CONFIDENCIALIDAD: Este correo electrónico contiene información de la Rama Judicial de Colombia. Si no es el destinatario de este correo y lo recibió por error comuníquelo de inmediato, respondiendo al remitente y eliminando cualquier copia que pueda tener del mismo. Si no es el destinatario, no podrá usar su contenido, de hacerlo podría tener consecuencias legales como las contenidas en la Ley 1273 del 5 de enero de 2009 y todas las que le apliquen. Si es el destinatario, le corresponde mantener reserva en general sobre la información de este mensaje, sus documentos y/o archivos adjuntos, a no ser que exista una autorización explícita. Antes de imprimir este correo, considere si es realmente necesario hacerlo, recuerde que puede guardarlo como un archivo digital.

RE: PROYECTO AUTO PENAL _RAD. 2020-0661-3_ LUIS MARTÍNEZ GUALDRÓN (RADICADO 2019-00100)

Despacho 05 Sala Penal Tribunal Superior - Antioquia - Antioquia

<des05sptsant@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Vie 20/11/2020 10:46 AM

Para: Despacho 04 Sala Penal Tribunal Superior - Antioquia - Antioquia <des04sptsant@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Dr Juan Carlos Cardona

De acuerdo con la decisión dentro del radicado 2020-0661-3 que confirma no decretar prueba de refutación

Atte

René Molina

Magistrado Revisor

De: Despacho 04 Sala Penal Tribunal Superior - Antioquia - Antioquia <des04sptsant@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Enviado: jueves, 19 de noviembre de 2020 8:58

Para: Despacho 05 Sala Penal Tribunal Superior - Antioquia - Antioquia

<des05sptsant@cendoj.ramajudicial.gov.co>; Plinio Mendieta Pacheco <pmendiep@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Cc: Jhudy Francely Vasquez Arango <jvasquea@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Asunto: PROYECTO AUTO PENAL _RAD. 2020-0661-3_ LUIS MARTÍNEZ GUALDRÓN (RADICADO 2019-00100)

Magistrados Sala Penal

DR. PLINIO MENDIETA PACHECO

DR. RENÉ MOLINA CÁRDENAS

Sala de Decisión

Tribunal Superior de Antioquia

En virtud de lo consagrado en los acuerdos PCSJA20-11517 del 15 de marzo y PCSJA20-11518 de 16 de marzo de 2020, y prórrogas establecidas en el PCSJA20-11521 de 19 de marzo, PCSJA20-11526 de 22 de marzo, PCSJA20-11532 de 11 de abril, PCSJA20-11546 de 25 de abril, PCSJA20-11549 de 7 de mayo, PCSJA20-11556 de 22 de mayo y PCSJA20-11567 de 5 de junio de 2020; se circula a través de este medio, el proyecto de la referencia aprobado y firmado electrónicamente por el Magistrado Ponente Dr. Juan Carlos Cardona Ortiz.

Es de resaltar que se trata de proceso penal con persona privada de la libertad.

Se adjunta 4 archivos.

Atentamente,

Claudia Ximena Reyes Oliveros

Auxiliar Judicial

FAVOR ACUSAR RECIBIDO. GRACIAS

AVISO DE CONFIDENCIALIDAD: Este correo electrónico contiene información de la Rama Judicial de Colombia. Si no es el destinatario de este correo y lo recibió por error comuníquelo de inmediato, respondiendo al remitente y eliminando cualquier copia que pueda tener del mismo. Si no es el destinatario, no podrá usar su contenido, de hacerlo podría tener consecuencias legales como las contenidas en la Ley 1273 del 5 de enero de 2009 y todas las que le apliquen. Si es el destinatario, le corresponde mantener reserva en general sobre la información de este mensaje, sus documentos y/o archivos adjuntos, a no ser que exista una autorización explícita. Antes de imprimir este correo, considere si es realmente necesario hacerlo, recuerde que puede guardarlo como un archivo digital.

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



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

N° INTERNO	2018-0566-3
RADICADO	05-000-31-07-002-2015-00564
PROCESADOS	GERARDO A. MARTÍNEZ, JOSÉ C. PEREA CARLOS MARIO CALLEJAS MONSALVE
DELITO	ENCUBRIMIENTO POR FAVORECIMIENTO
ASUNTO	SENTENCIA CONDENATORIA
DECISIÓN	MODIFICA

Medellín (Antioquia), noviembre (18) del año dos mil veinte (2020)

(Se aprueba proyecto con Acta N° 155 de la fecha)

I. OBJETO DE DECISIÓN:

Corresponde desatar el recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía y la defensa, contra la sentencia del 20 de febrero de 2018, proferida por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito Especializado de Antioquia, mediante la cual condenó a los señores **GERARDO ANTONIO MARTÍNEZ CALDERÓN, JOSÉ CLEMENTE PEREA PEREA y CARLOS MARIO CALLEJAS MONSALVE**, como autores –coautores- del delito de Encubrimiento por Favorecimiento.

II. HECHOS JURÍDICAMENTE RELEVANTES:

El 4 de septiembre de 2004, en la vereda “La Arenosa” del municipio de Granada, miembros del Ejército, adscritos a la compañía

Nº INTERNO	2018-0566-3
RADICADO	05-000-31-07-002-2015-00564
PROCESADOS	GERARDO A. MARTÍNEZ, JOSÉ C. PEREA CARLOS MARIO CALLEJAS MONSALVE
DELITO	ENCUBRIMIENTO POR FAVORECIMIENTO
ASUNTO	SENTENCIA CONDENATORIA
DECISIÓN	MODIFICA

“Bombarda 1” del Batallón de Artillería número 4, con sustento en la orden de operaciones “Espartaco” de la misión táctica “Sable”, produjeron la muerte a los señores Rubén Darío Galeano González y Gustavo Emilio Galeano González, tratando de hacer creer que fue en combate, sin que lo fuera.

La escuadra que desplegó esa acción estaba bajo el mando del suboficial **JOSÉ CLEMENTE PEREA PEREA**, el cual se encontraba en el grupo que abrió fuego contra ellos, sin que hubiera existido combate, y, sin hacer ninguna proclama, solamente porque trataron de retroceder.

Entre otros soldados que dispararon estaba **CARLOS MARIO CALLEJAS MONSALVE**, e inclusive luego de haberlos capturado heridos, quedó entre el grupo que les segaron la existencia. Posteriormente, y como parte de un acuerdo tácito previo, sistemático y generalizado, el oficial **GERARDO ANTONIO MARTÍNEZ CALDERÓN**, colocó una granada, y otros elementos, a los cadáveres y les tomó fotos para dar fuerza a la hipótesis de haber dado de baja a subversivos en combate, como lo informó.

III. ACTUACIÓN PROCESAL

Reportadas las muertes, el Juzgado 23 de Instrucción Militar, dio inicio el 27 de septiembre de 2004, a la investigación preliminar y dispuso la práctica de algunas diligencias (fls. 21 y 22, C. O. 1). El 31 de agosto, resolvió abstenerse de dar apertura a la instrucción, con base en que

Nº INTERNO	2018-0566-3
RADICADO	05-000-31-07-002-2015-00564
PROCESADOS	GERARDO A. MARTÍNEZ, JOSÉ C. PEREA CARLOS MARIO CALLEJAS MONSALVE
DELITO	ENCUBRIMIENTO POR FAVORECIMIENTO
ASUNTO	SENTENCIA CONDENATORIA
DECISIÓN	MODIFICA

las muertes se produjeron en combate, conforme al Derecho Internacional Humanitario.

Ante recurso de apelación, el 27 de octubre de 2005, se revocó dicha determinación y se ordenó abrir la investigación, y la vinculación de los militares que participaron en los operativos, para lo que interesa se escuchó en indagatoria al señor **JOSÉ CLEMENTE PEREA PEREA**, el 8 de febrero de 2007, definiéndosele la situación jurídica el 12 de marzo siguiente; a **GERARDO ANTONIO MARTÍNEZ CALDERÓN** se le escuchó el 26 de febrero de 2007, y la resolución de definición de situación jurídica se dictó el 10 de diciembre del mismo año, y al señor **CARLOS MARIO CALLEJAS MONSALVE** se le vinculó mediante indagatoria el 18 de marzo de 2008, y se le definió situación jurídica el 17 de abril del mismo año. A ninguno se le impuso medida de aseguramiento.

El 25 de marzo de 2009 el juzgado de Instrucción penal Militar, remitió las diligencias a una Fiscalía asignada para el conocimiento de la instrucción, la cual dispuso ampliar las indagatorias, y se les formularon cargos en mayo de 2012, adicionados el 25 de marzo de 2014, como autores –coautores de Homicidio en Persona Protegida, en concurso homogéneo y heterogéneo con Concierto para Delinquir y Fabricación, Tráfico o Porte de Armas de Fuego o Municiones de Uso Privativo de las Fuerzas Armadas y Explosivos, y Peculado por Uso (artículos 135, 340, 366 y 398), agravados, por los numerales 2, 5, 9 y 10 del artículo 58 del Código penal. Como consecuencia, a todos se les impuso medida de aseguramiento privativa de la libertad.

Nº INTERNO	2018-0566-3
RADICADO	05-000-31-07-002-2015-00564
PROCESADOS	GERARDO A. MARTÍNEZ, JOSÉ C. PEREA CARLOS MARIO CALLEJAS MONSALVE
DELITO	ENCUBRIMIENTO POR FAVORECIMIENTO
ASUNTO	SENTENCIA CONDENATORIA
DECISIÓN	MODIFICA

El 9 de diciembre de 2014, se ordenó la clausura de la investigación, y el 30 de marzo de 2015, se calificó el mérito del sumario, con resolución de acusación, por los mismos delitos; únicamente se eliminó la deducción de la circunstancia de mayor punibilidad contenida en el numeral 9 del artículo 58 del Código penal.

En firme esa determinación, correspondió la etapa del juicio al Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado, en descongestión, el cual el 22 de julio de 2015, surtió la audiencia preparatoria, y la audiencia pública en sesiones del 8 y 9 de septiembre, 22 de octubre de 2015. Luego correspondió continuar al Juzgado Cuarto penal del Circuito Especializado, que la culminó en sesiones del 14 y 22 de enero de 2016. Finalmente, la sentencia, se profirió el 20 de febrero de 2018.

IV. SENTENCIA IMPUGNADA:

Para lo que interesa, la primera instancia, encontró demostrado que a quienes se les produjo la muerte, eran personas protegidas por el Derecho Internacional Humanitario, en la medida que, al parecer, inicialmente hubo algún cruce de disparos, por la acción de los militares, los señores Rubén Darío Galeano González y Gustavo Emilio Galeano González, fueron capturados heridos, y seguidamente se les produjo la muerte, pero como quiera que se predicó la coautoría de los acusados, al confrontar lo demostrado con los requisitos de dicha figura, consideró que no se podía determinar cuál fue el aporte decisivo o sustancial prestado por ellos en la parte ejecutiva del homicidio.

Encontró acreditado que los militares; principalmente el subteniente **MARTÍNEZ**, tuvieron participación luego de perpetrados los homicidios, con el fin de favorecer a los implicados, y, de paso, hacerse a unos beneficios, tratando de hacer ver que las muertes se presentaron al interior del combate.

En esas condiciones, los absolvió del delito en persona protegida, y al considerar que se degradaba la conducta, y se cumplían los requisitos legales y jurisprudenciales, para no quebrantar el principio de congruencia, condenó por el delito de Favorecimiento por Encubrimiento. También absolvió por los demás cargos, por los que se les convocó a juicio.

V. PLANTEAMIENTOS DE LA IMPUGNACIÓN:

Tanto la Fiscalía, como la defensa, básicamente, consideran que no era dable la condena por ese delito, pues se incurriría en una incongruencia, dado que en la acusación no se les convocó por los hechos por los que se condenaron sino por los constitutivos de homicidio en persona protegida.

Tal proceder podría violentar el derecho de defensa y contradicción de los acusados, citando abundante jurisprudencia de la Corte Constitucional, como la sentencia C — 199 de 2002, y de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, que enfatizan que el juzgador no puede introducir hechos nuevos, al momento de variar la calificación jurídica provisional.

La Fiscalía, adicionalmente, estima que sí demostró la responsabilidad de los acusados en el delito de Homicidio en Persona Protegida, para lo cual, primero reseñó, como contexto, el marco en el que suelen desarrollarse esos delitos por parte de agentes del Estado, en cuanto a la elaboración de una orden de operaciones y misión táctica y luego se realizan actividades para hacer parecer que se produjo confrontación y que, como consecuencia, se dio de baja a combatientes, que regularmente resultan ser labriegos, y que a cambio de esos resultados operacionales, obtienen beneficios.

Piensa que, en el presente caso, todo el desarrollo fue producto de un plan en el que intervinieron los acusados, sin ser un acto deliberado de un soldado y, por ello, el Teniente procedió a alterar la escena colocando una granada a uno de los cuerpos, que llevaban armas o granadas para esos efectos.

Aludiendo que el acuerdo común emerge por cuanto el oficial, el suboficial y el soldado profesional gestaron el plan criminal, para dos bajas, por lo que se reunieron en lo alto de la montaña con los heridos, y luego se les produjo la muerte; aludiendo que la orden de batalla fijada en un documento por parte de otro oficial, refería que la actividad militar se dirigía contra las “FARC” y a las víctimas las presentó el Teniente **MARTINEZ CALDERON** como integrantes del “E. L. N.”.

Estima que la división de funciones, inició con la retención de las dos personas por parte del Teniente **GERARDO ANTONIO MARTÍNEZ CALDERÓN**, Sargento Viceprimero **JOSÉ CLEMENTE PEREA PEREA**, y el ex soldado profesional **CARLOS MARIO CALLEJAS**

MONSALVE, y que estos dos últimos ejecutaron a los dos ciudadanos en compañía de otros soldados, y el primero rindió un informe para presentarlos como bajas en combate, dentro de la misión táctica “Sable”, con el fin de lograr una felicitación. Por eso, el soldado Ely de Jesús López Giraldo aceptó cargos.

Frente a la importancia del aporte, además de recordar la creación de la orden de operaciones “Espartaco”; la misión táctica “Sable”, y la orden de batalla para dar apariencia de legalidad, por parte de otros oficiales. En cuanto al Teniente **MARTÍNEZ CALDERÓN**, al mando la operación, recordó apartes de la declaración del soldado Ubiel de Jesús Vargas, en las que daba cuenta que después de la muerte de las dos personas, el oficial le colocó a uno de los cuerpos una granada que cargaba aparte de la de dotación, luego tomaron fotos y reportó al Coronel Barrera, un combate y dos bajas.

También les indicó el oficial, junto al cabo **JOSÉ CLEMENTE PEREA** que dijeran que había sido en combate, e informó que se habían incautado más elementos de los que realmente se hallaron que fue un revólver; una tula y un cintela militar, entre otros efectos personales, con lo que se evidencia que todo se ciñó al plan criminal trazado. En esas condiciones, se satisfizo lo delineado jurisprudencialmente sobre el particular.

Adujo que el aspecto subjetivo emerge en cuanto que los acusados se pusieron de acuerdo, para realizar esas acciones, ya que el comandante creó la misión táctica y orden de operaciones, para que una vez producidos los homicidios quedaran comprendidos allí. Igualmente, cada uno de ellos cumplió una tarea de interdependencia

funcional; es decir, en atención a que aquella misión era completamente ilegal, ya no se podría predicar el cumplimiento legítimo de órdenes de tipo militar, pues, existía un plan criminal y para ello cada uno aportó desde el principio de este hecho, recordando que jurisprudencialmente se ha delineado que puede ser un apoyo espiritual.

Indica que los acusados iniciaron el plan con la retención de las dos personas para la finalidad planteada y que el aporte fue esencial *“...pues sin la presencia de estas dos personas jamás se hubiera podido dar el resultado, sin la orden de operaciones y las órdenes de batallas falsas que permitía darle un tinte de legalidad a dicha ejecución, esta tampoco se habría podido llevar a cabo y sin el equipo que ejecutara el homicidio y mostrara el resultado era evidente que no se habría llegado a tal fin”*

De allí que debe desecharse la idea que las muertes fueron producto del actuar en solitario, e inesperado, del soldado Luís Fernando Caro Vélez, pues lo que está plenamente probado al interior del proceso es que inicialmente los dos comandantes negaron la retención de civil alguno, pues de haber sido aquella hipótesis hubiesen denunciado, desde el principio, esa situación; además, el oficial y el suboficial se beneficiaron con felicitaciones en sus hojas de vida.

Lo ocurrido fue con conocimiento del Teniente **GERARDO ANTONIO MARTÍNEZ CALDERÓN**, por eso después colocó una granada a uno de los cadáveres y procedió a tomar fotografías; también se cuestionó que no respetó el deber de protección de los heridos, con base en las respuestas. Además, las heridas de los dos capturados no eran de

gravedad. Recordó que para la responsabilidad en calidad de coautores no era necesario que todos desplegaran el verbo rector, de dar muerte a unas personas, pues existía un plan común y tanto el oficial como el suboficial, participaron activamente.

Insta a examinar la declaración, en audiencia, del soldado Ubiel de Jesús Ramírez Vargas, en cuanto que dicho oficial sabía lo realizado; por eso, siempre tenía una granada de cuadro, y se la colocó a uno de los cuerpos, por lo que era un coautor del homicidio.

En cuanto a la forma como fueron retenidos y ejecutados los dos hermanos Galeano González obran pruebas de mucha solidez, por lo que solicita la condena como autores (coautores), responsables de los homicidios, de personas que se dedicaban a labores del campo, como lo declararon sus hermanos María Galeano González y Pedro Claver.

La parte civil; aunque se le declaró desierto el recurso por extemporáneo, sus manifestaciones se tendrán como de no recurrente. En primer lugar, plantea que no hubo ningún tipo de combate, previamente a la muerte de dos campesinos, sin que pueda afirmarse que eran integrantes de un grupo armado al margen de la Ley, como se extrae de lo declarado por el señor Ubiel de Jesús Ramírez Vargas, pues dice que cuando la tropa se acercó a una vivienda, las dos personas comenzaron a correr sin disparar y los militares emprendieron la persecución disparando contra ellos, y luego de estar heridos los mataron, y después el Teniente manipuló la escena, colocándoles a los cuerpos material de guerra, para reportarlos como pertenecientes a la guerrilla.

No hay prueba de absorción atómica para determinar si las víctimas habían manipulado armas de fuego, como para enfrentarse a las tropas. Tampoco existe información de inteligencia o antecedentes penales, órdenes de captura para establecer si esas personas hacían parte de los insurgentes.

Piensa que la primera instancia dio credibilidad a los implicados sobre la existencia de un combate, pese a la pluralidad de contradicciones que le hace perder eficacia, por lo que el juzgador había predicado su falta de confiabilidad, lo cual es incongruente.

En cuanto al ilícito de fabricación, tráfico y porte de armas, municiones de uso restringido de uso privativo de las fuerzas armadas o explosivos, aunque no se pudo determinar la idoneidad de la granada que se le puso a uno de los cuerpos, también se hace referencia a un revólver: marca "Smith & Wesson" calibre punto 38 mm, el cual como obra en informe balístico del 14 de febrero del 2006, realizado por el investigador criminalístico forense Moisés Núñez Gómez (folio 137 del cuaderno 1), el revólver se encontraba apto y en buen estado para realizar disparos.

De esta manera, cuando el Despacho se pronuncia frente al material supuestamente incautado, y en realidad plantado, se limita a hacer el análisis jurídico sobre la idoneidad de la granada referida, sin hacer lo mismo sobre el revólver.

De igual manera, al escuchar la versión del señor Ubiel De Jesús Ramírez Vargas, manifiesta que, estando presente en el lugar de los hechos, en ningún momento observó que las víctimas portaran armas

de fuego o similares, y, por el contrario; el armamento bélico que fue reportado como incautado, había sido plantado por el señor **MARTÍNEZ CALDERÓN**.

Por lo tanto, se puede afirmar que el análisis realizado por el Juez de conocimiento es sesgado e insuficiente para llegar a esta conclusión, ya que solo se basa en uno de los elementos incautados, configurando un análisis parcial de este punto.

Sobre la configuración del injusto penal del concierto para delinquir agravado y homicidio en persona protegida en calidad de coautores, cuestionando los argumentos de la primera instancia, piensa que omitió información que da cuenta de una planeación previa propia de lo que se ha conocido ante la opinión pública como ejecuciones extrajudiciales.

Es que si bien no había un interés particular de la tropa sobre los hermanos Galeano González, sí existía la pretensión de causar la muerte a personas de la población civil, y presentadas como bajas dadas en un combate legítimo.

Por lo tanto, el plan giraba en torno a esa pretensión, pues tal como lo afirmó el testigo Ubiel de Jesús Ramírez Vargas, eran reiteradas estas conductas de causarle la muerte a personas ajenas a las hostilidades y posteriormente presentadas como guerrilleros muertos en combate, que no era la primera vez que ocurría; es decir, era algo recurrente en la tropa y, por tanto, existía un acuerdo común en realizarlo.

De esta manera, se puede evidenciar que todos los procesados participaron de manera significativa y determinante en la comisión del delito, siendo un acuerdo que se ejecuta previa, durante y posteriormente a la muerte de los hermanos Galeano González.

Advierte que dentro del acta del material referenciado como gastado, el señor **JOSÉ CLEMENTE PEREA PEREA** asevera que accionó su arma en treinta y una oportunidades; el señor **GERARDO MARTÍNEZ CALDERÓN** accionó su arma en treinta y dos oportunidades y el señor **CARLOS MARIO CALLEJAS MONSALVE** accionó su arma de dotación en treinta y seis ocasiones (folio 151 del cuaderno 1).

Previamente a la ejecución de los hermanos Galeano González, la tropa tenía conocimiento y había acordado llevar a cabo este tipo de conductas; por lo tanto, el señor **MARTÍNEZ CALDERÓN** llevaba consigo, lo que el testigo Ramírez Vargas denominó "armamento de cuadro", que no era más que las armas que plantaban a las víctimas de estos graves hechos, con la finalidad de presentarlos como supuestos combatientes.

De igual manera, los señores **PEREA PEREA y CALLEJAS MONSALVE**, hacen parte de la tropa que supuestamente sostiene la confrontación armada y posterior retención ilegal de las víctimas con el fin de producirles la muerte. Advirtiéndolo que no existió combate alguno y, por el contrario, las víctimas no desplegaron actuaciones bélicas en contra de la humanidad de los militares.

Luego, mediante el informe de patrullaje, y las diferentes oportunidades en que los uniformados rindieron testimonio, tenían la

pretensión, no de encubrir a otros, sino de presentar la muerte de los hermanos Galeano González dentro de una acción legítima, aspecto recurrente en lo que se ha conocido como ejecuciones extrajudiciales. Trasladar la responsabilidad al señor Luís Fernando Caro Vélez, es una estrategia que busca que este injusto penal y su responsabilidad quede en total impunidad, ya que este militar falleció.

En consecuencia, tanto **MARTÍNEZ CALDERÓN, PEREA PEREA y CALLEJAS MONSALVE**, realizaron un aporte determinante en la configuración de los delitos, ya que sin el “armamento de cuadro” acomodado a las víctimas, no se podría hablar de combatientes, sin maquillar una escena de los hechos como un combate, sin el accionamiento de sus armas y ataque a las víctimas, tampoco habría legitimidad en las muertes causadas.

Por eso, solicitó, la revocatoria parcial de la sentencia impugnada, y haciendo prevalecer los derechos de las víctimas a la verdad y la justicia, que se condene a **GERARDO ANTONIO MARTÍNEZ CALDERÓN, JOSÉ CLEMENTE PEREA PEREA y CARLOS CALLEJAS MONSALVE**, por los delitos de homicidio en persona protegida; fabricación, tráfico y porte de armas, municiones de uso restringido de uso privativo de las fuerzas armadas o explosivos y concierto para delinquir agravado.

Los defensores, como no apelantes, claman porque se mantenga la absolución proferida por la primera instancia, para lo cual se basan en la narración de sus procurados, al considerarlos creíbles y congruentes con la mayoría de militares, en cuanto que sí ocurrió un combate y que la ejecución homicida de los capturados fue perpetrada

Nº INTERNO	2018-0566-3
RADICADO	05-000-31-07-002-2015-00564
PROCESADOS	GERARDO A. MARTÍNEZ, JOSÉ C. PEREA CARLOS MARIO CALLEJAS MONSALVE
DELITO	ENCUBRIMIENTO POR FAVORECIMIENTO
ASUNTO	SENTENCIA CONDENATORIA
DECISIÓN	MODIFICA

por un soldado en solitario, y que ninguno de los tres acusados se encontraba en el lugar ni idearon ese resultado y menos participaron en su ejecución.

Como se anticipó, ambos defensores coincidieron con la Fiscalía en que era incongruente condenar por el delito de favorecimiento por encubrimiento, dado que si bien se satisfacen algunos de los requisitos delineados por la jurisprudencia, faltó el esencial; en la medida que no hay coincidencia en los hechos por los cuales se les convocó a juicio, porque no es lo mismo matar que encubrir, y uno de ellos destaca, adicionalmente, que en el único apartado en el que se hizo alguna mención tangencial de los hechos en los que se basa la condena, fue con respecto al delito de Concierto para Delinquir y el tráfico, fabricación o porte de armas.

Además, el defensor del suboficial **PEREA**, indicó que quien decidió presentar el resultado como muertos en combate fue el Teniente **MARTÍNEZ CALDERON** y fue quien colocó la granada de fragmentación en la mano de uno de los interfectos, y luego lo reportó así a sus superiores.

En todo caso, refiere que su procurado, dijo la verdad, en cuanto que se fue del sitio donde quedaron los heridos, hacia donde se encontraba el oficial, para llevar el enfermero y los equipos, con base en lo declarado por el oficial; por el soldado **CARLOS MARIO CALLEJAS** y por Edgar de Jesús Sánchez Restrepo, para lo cual transcribe, extensamente, apartes de esas declaraciones.

Plantea que en la sentencia no se explica cómo el sargento **PEREA** ayudó a eludir la acción de la autoridad pues lo cierto es que, tratándose de una baja en combate, la investigación era inevitable; su representado narró cómo ocurrieron los hechos, lo cual quedó demostrado, por lo que fueron absueltos de los cargos formulados.

Tampoco se señaló, en el proveído atacado, cómo entorpeció la investigación si compareció a rendir indagatoria y ampliación, tampoco atentó contra la integridad de las pruebas acopiadas, ni coaccionó o sobornó testigos para que declaran en contra de la realidad. En definitiva, considera que la conducta de su representado es atípica.

Subsidiariamente, de considerarse típico su comportamiento, a lo sumo, sería en calidad de cómplice. Pues quien tomó la decisión de presentar los cuerpos como caídos en combate fue el oficial por lo que solo habría prestado una ayuda posterior, al no denunciar o declarar en su contra, pues no se demostró plan común o división de trabajo, ni la naturaleza del aporte.

Al aplicar el descuento de la mitad de la pena, en esa condición de partícipe, tendría derecho al subrogado con base en el artículo 63 del Código penal.

Como petición principal, esboza la revocatoria de la condena por el delito de favorecimiento.

La defensora de los otros dos acusados, en líneas generales, coincide con este defensor, en lo concerniente al principio de congruencia; pero, además, destacando las piezas procesales por las cuales se

absolvió a sus patrocinados, básicamente porque no participaron de las muertes de las personas caídas en combate.

Al sorprenderse con la nueva relación fáctica en la que se soportó la condena, violándosele el debido proceso y el derecho de defensa, solicita la absolución de sus representados.

VI. CONSIDERACIONES DE LA SALA:

En atención a las limitaciones impuestas por el legislador a la competencia del superior, la Sala se ocupará únicamente de los puntos materia de impugnación y de aquellos que resulten vinculados de manera inescindible al objeto de la misma.

En primer lugar, se ocupará la Sala del problema jurídico relacionado con los presuntos defectos de valoración probatoria y de la deducción de responsabilidad penal frente al principal delito por el que se convocó a los procesados a juicio; es decir, de Homicidio en Persona Protegida, pues, desde la perspectiva de la primera instancia y de la bancada de la defensa, no se demostró; al paso que para la Fiscalía y para la parte civil, sí era dable la condena por ese comportamiento punible.

Solo en la medida que, en realidad, se compartiera la valoración probatoria realizada en la sentencia; es decir, que no había lugar a deducción penal por el delito de homicidio en persona protegida, sería menester abordar, el segundo problema jurídico principal, referente a si se infringió el principio de congruencia, con base en que los hechos

que configuran el delito de encubrimiento por favorecimiento, por el que se les condenó, no guardan identidad con los que soportaban la acusación en relación con aquél otro.

Con el propósito de desentrañar el aspecto probatorio, no se discute la muerte violenta de los señores Rubén Darío y Gustavo Emilio Galeano González, en área rural del municipio de Granada, como consecuencia de los disparos realizados por un grupo de militares, al mando del oficial **GERARDO ANTONIO MARTÍNEZ CALDERÓN**, y del suboficial **JOSÉ CLEMENTE PEREA PEREA**.

Lo debatido es si la prueba acopiada permite derivar responsabilidad jurídico – penal a los acusados dentro de esta actuación, frente a las muertes de esas personas, porque no se presentó un combate, constituyendo homicidio sobre personas protegidas por el derecho internacional humanitario.

El señor Juez les asignó credibilidad parcial a la mayoría de militares, en cuanto que hubo un combate inicial, resultado de lo cual quedaron dos personas heridas, sin mayor gravedad (uno en el pómulo y el otro en un glúteo), y que luego los remataron, pero que no hay prueba de la cual se pueda inferir alguna intervención de los tres procesados, en ese resultado, aunque sí concurrieron a tratar de encubrir para favorecer a los autores, al punto que les colocaron a los cuerpos elementos para simular la ocurrencia de un combate.

Para la Fiscalía y el apoderado de la víctima, no se les puede dar credibilidad a la mayoría de militares sino a Ubiel de Jesús Ramírez, quien dio cuenta que no hubo combate; que solo habían visto a dos

personas que salieron corriendo y aunque llevaban un arma, en una tula, nunca dispararon: luego quedaron heridos y los dejaron, mientras iban por equipos y cuando volvieron sus compañeros los habían matado.

La defensa, como es natural, propugna porque se les asigne plena credibilidad a los asertos del grupo de militares, menos a Ubiel de Jesús Ramírez, lo cual implicaría que ni el oficial **GERARDO ANTONIO MARTÍNEZ CALDERÓN**, ni el cabo **JOSÉ CLEMENTE PEREA PEREA**, ni el soldado **CARLOS MARIO CALLEJAS**, hubiesen tenido intervención en dichas muertes, porque el primero estaba entre 800 metros a 1.200 metros de distancia del lugar donde resultaron muertos y la única orden dada era realizar un registro; el segundo porque, pese a que participó en el combate inicial, luego de quedar las dos personas heridas, se fue y la única orden que dio al soldado Caro y a Sánchez, era que cuidaran los heridos, mientras él iba por un enfermero para que los atendiera. El soldado **CALLEJAS** tampoco tuvo ninguna injerencia. En todo caso, porque la muerte de los dos heridos fue un acto en solitario e impulsivo del soldado Caro.

Para resolver, la Sala examinó la totalidad de la prueba existente, principalmente, las aseveraciones de los principales protagonistas; es decir, los militares, tanto la versión inicial ante la jurisdicción penal militar, así como las indagatorias y ampliaciones, dadas en la Fiscalía y en el juicio, y lo que se puede advertir es que el grueso de militares involucrados ha mentido de manera persistente en la actuación.

Aunque han variado sus dichos, su interés no ha sido el de decir la verdad sino acomodarse a algunas circunstancias transmitidas por el

delator, evidenciando constantes contradicciones internas, y externas, por lo que no generan ninguna confiabilidad en cuanto pretenden forzar mendazmente que, cuando menos, hubo un combate inicial.

El grupo de militares, desde el comienzo, atribuyeron dicho resultado a un combate, indicando que 4 hombres se aproximaban adonde ellos se encontraban y apenas los vieron, esos sujetos abrieron fuego en su contra, por lo que respondieron; y luego de un cruce de disparos, evidenciaron que dos de los atacantes habían muerto y que les hallaron un revólver; una granada; un radio de comunicaciones; material explosivo y de intendencia.

Así lo reportaron a sus superiores (fl. 1 a 20, C. O. 1), y ante la justicia penal militar, todos, aunque con algunas leves disonancias sobre aspectos accesorios, sostuvieron dicha tesis. Casualmente, sobre los elementos incautados, el único que dio cuenta de la granada fue el oficial (fl. 26, C. O. 1); el suboficial (fl. 48) y Ubiel Ramírez (fl. 63, C. O. 1), pues los demás no la relacionaron (fls. 39, 45, 68 C. O. 1).

Tanto el oficial como el suboficial indicaron que al iniciar el combate y al terminar se comunicaron por radio teléfono para reportar la situación (Fl. 274, C. O. 1). **PEREA** agregó que entre lo incautado había una pistola, que nadie más ha referido.

A su turno, Ely de Jesús López, explicó que iban todos en hilera con el cabo **PEREA, y CALLEJAS**, entre otros. Se notó bastante escueto, aduciendo que no recordaba algunos detalles.

De relevancia, aunque el suboficial **PEREA** en la primera versión indicó que iba en el grupo que hizo contacto con los atacantes (fl. 48 C. O. 1), acorde con lo dicho por los demás (fl. 37, 43, 61, 66, C. O. 1); en la indagatoria expresó que había dividido el grupo y que él no iba con quienes hicieron contacto, y solo después fue que llegó al lugar y vio a dos hombres dados de baja. Entre la escuadra de quienes sostuvieron combate señaló a **CALLEJAS**, Caro y Rodríguez; eran 5, al mando del primero, que era el más antiguo.

En la misma dirección **CALLEJAS** dijo que él iba comandando tres soldados y se dividieron con PEREA (fl. 72 C. O. 2), e iba de penúltimo, pero no disparó. Afirma que él no vio a los 4 sujetos, sino sus compañeros. No dijo nada sobre la granada o la pistola (fl. 70. ídem), solo del revólver.

Por su parte, Edgar de Jesús Sánchez indicó que estaba en el grupo que combatió, pero iba atrás; por lo que no disparó; aclarando que iba en las últimas escuadras patrullando; en la tercera (Fl.127 C. O. 2). No recordaba bien, ni cómo iba la tropa organizada para la operación, ni tampoco si **PEREA** comandaba su escuadra. Menos recordó si a los interfectos les hallaron material.

Dado que, en la diligencia de indagatoria, el señor Ubiel de Jesús Ramírez, dejó entrever la razón de la simetría, en las aseveraciones anteriores de los militares, y la actitud evasiva para dar detalles sobre quiénes dispararon o cómo iban distribuidos; explicando que el oficial **MARTÍNEZ** los aleccionó, sobre lo que debían decir (fl. 125, C. O. 3), incluso, previamente a dicha diligencia, lo intimidaron para evitar

delaciones, y que, en 2010, **MARTÍNEZ, PEREA** y Sánchez, le ofrecieron dinero para que cambiara la versión (fl. 127 C. O. 3).

Desde ese momento, narró que ninguna de las dos personas disparó y no se les hizo proclama (Fl. 124, ibídem). **PEREA**, les indicó que persiguieran a las 4 personas que dijo haber visto-, y que abrieron fuego contra ellos apenas empezaron a correr; solo escuchó disparos de fusil, y el sujeto que llevaba revólver no disparó contra ellos (fl. 124, ídem). Entre quienes los persiguieron y dispararon estaban López, Caro, Benítez, **CALLEJAS**, Sánchez Restrepo y **PEREA**.

Percibió que **CALLEJAS**, sí disparó, pues, iba cerca de él, y, luego, golpeó a uno de los capturados. **PEREA** le preguntaba a uno de los sujetos que dónde estaban los otros guerrilleros, recibiendo como respuesta que no era guerrillero, y que no lo fueran a matar. Relató que retuvieron a las dos personas; una llevaba tula y un revólver que entregó a Caro Vélez, y el otro no llevaba arma (fl. 122, C. O. 3); ninguno estaba herido de gravedad.

Luego de reunirse todos, **PEREA** informó a un superior; sin saber si a **MARTÍNEZ** o a Gerenas (fl. 122, C. O. 3), y tampoco se supo si reportó heridos o muertos, pero sí sabía que les convenía más las bajas, para condecoraciones y ascensos (fl. 125., C. O.) él, por ser el m. Por orden de **PEREA**, él, al ser el más nuevo, debió ir, con alguien más por los equipos; aunque dudó, finalmente recordó que salió acompañado de **PEREA**. Al regresar, los dos capturados estaban muertos; tenían más impactos de bala (Fl. 122, C. O. 3).

Después arribó el oficial **MARTÍNEZ**, y reportó las muertes al Coronel Juan Carlos Barrera Jurado (quien daba 5 días de permiso por muerto), y le puso a uno de los cuerpos una granada, que él cargaba de más, y relacionaron cosas que no tenían los interfectos, como un radio y material de explosivos. Indicó que **MARTÍNEZ** era comandante de pelotón hacía unos 6 meses (fl. 123, C. O. 3). A raíz de esas muertes, les dieron los 5 días de permiso, por cada uno (fl. 126, ídem).

En ampliación, negó que **PEREA** hubiese dividido el grupo; por lo tanto, estaba con ellos en el momento de la persecución de quienes capturaron. En general, al ser confrontado sobre lo dicho en indagatorias por los otros militares, se sostuvo en sus expresiones; entre ellas que **CALLEJAS** sí disparó, contrario a lo que este decía (fl. 135, C. O. 3).

Insistió que **MARTÍNEZ y PEREA**, les habían indicado qué decir ante la justicia penal militar; valga recordar, que las bajas habían sido en combate. Además, **PEREA** participó activamente dando órdenes, aunque no supo si disparó, y le atribuyó a uno de los capturados ser guerrillero, y le preguntaba dónde estaban los otros, pero el individuo indicaba que no era subversivo (fl. 136, C. O. 3), Asimismo, que **CALLEJAS** quedó con los heridos. Finalmente, que la firma en el acta de gasto de munición no era suya (Fl. 137, C. O. 3).

También Edgar de Jesús Sánchez, modificó su versión, pues reconoció que las dos personas quedaron heridas; aunque insistió que como resultado de un combate, porque eran subversivos, y que supuestamente él reconoció a un cabecilla del E. L. N., de nombre Luís Eduardo, el cual, después de dispararles con una pistola, se voló

por un río. Las dos personas quedaron heridas y él se fue por agua y Caro quedó solo, con los heridos; mientras le daban un agua que fue a conseguir, escuchó unos disparos y cuando volvió ya los dos estaban muertos (fl. 144 y 145, C. O. 3).

Igualmente, aludió que quien vio inicialmente a los guerrilleros fue Caro, y que lanzaron proclama; pero Luís Eduardo de una vez les disparó. Confrontándolo con algunas aseveraciones de Ubiel de Jesús Ramírez, admitió que uno de los heridos, no llevaba armamento (Fl. 146, ídem).

Manifestó que había dicho la verdad en esta diligencia (147, C. O. 3) y que PEREA se equivocó porque era muy elevado, ya que eso era de otro combate (fl. 148 ídem). Sobre quién preparó las versiones ante la justicia penal militar, indicó que debió ser **PEREA** o **MARTÍNEZ** (147, ídem). Reconoció que solo uno de los sujetos heridos, tenía una tula con arma (fl. 146, C. O. 3); el otro no. Creía que daban 5 días por las bajas, para motivarlos (fl. 149-3), aunque más adelante indicó que no mataría a alguien por esos días de permiso (fl. 152 y 153, C. O. 3).

En similar dirección, **CARLOS MARIO CALLEJAS** refirió que Caro vio a los cuatro bandoleros y les gritó que se quedaran quietos y empezaron a correr y hubo cruce de disparos (fl. 155, C. O. 3), Dio más detalles de la persecución, en la que él participó –realizó disparos (fl, 157, ídem)-, y del hallazgo de los heridos, pues, quedaron vivos; él vio uno con heridas en el pecho y que sí lo empujó porque pensó que podría tener algo en las manos

Indicó que **PEREA**, y otros militares, llevaron los heridos a una parte alta a prestarle primeros auxilios a uno de los bandidos (159 y 163 C. O. 3). No fue donde tenían los heridos porque ya estaba muy cansado. Escuchó que los bandoleros les disparaban con armas cortas; porque sí hubo combate. No denunció a Caro por temor, pese a saber que este le había disparado a uno de los heridos (163, C. O. 3), y que, previamente, no sabían que lo iba a hacer (fl. 164).

Emerge evidente el interés, de ajustar detalles para ser congruente con los demás declarantes y sacar avante la tesis del combate, pero denotando contradicciones internas, pues, tuvo variaciones entre la hora de inicio y terminación de las acciones. De igual modo, dijo que al comienzo cometió un error porque dijo que no disparó y sí había disparado. También resulta contradictorio que aludiera que a los heridos los llevaron a una parte alta a prestarles primeros auxilios, pero según Sánchez, no tenían botiquín ni cómo prestárselos, y esa fue la razón por la que **PEREA** fue en búsqueda de su superior.

En cuanto a lo dicho por **PEREA** que dividió el grupo, afirmó que el suboficial está equivocado porque eso fue otro procedimiento en el tablazo (fl. 159, C. O. 3). En ese entonces, les daban 5 días de permiso por cada muerto, y a **PEREA** le servían las bajas para ascender. Admite que cometieron errores, como tropa, en cuanto a los homicidios, armas y concierto para delinquir (fl. 163, C. O. 3), aunque insistiendo que todo obedeció a un combate (FL. 164, ídem).

El soldado Ely de Jesús López, en ampliación de indagatoria, del 28 mayo 2012 (Fl. 169, C. O. 3) indicó que no iba con el grupo que sostuvo el encuentro inicialmente, ya que estaba más abajo. Después

vio a los heridos y uno era de gravedad que tenía herida en la cara o cabeza, y que él se fue con Ramírez al encuentro de los que traían los equipos, con el Teniente, y cuando volvió ya estaban los dos muertos. No recordó que uno tuviera armas, y el otro sí tenía un revólver, entre una tula (Fl. 170, C. O. 3). Adujo que lanzó una granada; porque quiso lanzarla, puesto que no fue dentro del combate.

No precisa si **PEREA** dividió el grupo. Aseveró que después del hallazgo de los heridos no escuchó más disparos porque estaban en una pendiente. A él nadie lo mandó por los equipos, fue iniciativa y que no recuerda si iba **PEREA**. Cuando regresaron del encuentro con el Teniente **MARTÍNEZ**, ya estaban muertos los que habían quedado heridos (Fl. 170, C. O. 3).

La versión inicial la acordaron entre **PEREA** y **MARTÍNEZ**, que eran los mandos, sobre qué debían decir. Al tratar de justificar que lo narrado era basado en lo que había ocurrido, pero evidenciando el interés de hacer creer cosas que en realidad no ocurrieron. No se dio cuenta que el Teniente colocara una granada a uno de los cuerpos (Fl. 172, *ibídem*). No supo explicar por qué no denunció a Caro, pese a que, supuestamente, fue el que cometió los homicidios (Fl. 173, C. O. 3). Adujo que Ramírez quería perjudicar al Teniente porque “lo llevaba en la mala”. Aseguró que no les dieron permiso (Fl. 174 ídem).

En la ampliación de indagatoria del suboficial **PEREA**, reconoció que sí estaba comandando el grupo de soldados; que entraron en contacto, y, en ese momento, él estaba hablando con el habitante de una casa quien le refirió que estaban haciendo de comer porque unos bandidos se les consumían la remesa y venían por eso o mandaban

un niño; en esas vio 4 sujetos y les gritó alto pero uno de un revólver empezó a disparar por lo que se dividieron y los capturaron heridos; uno grave, agonizando y que él se fue por los equipos con Ramírez (Fl. 176-3).

Aclaró que no le había reportado bajas al oficial sino que se confundió en la primera oportunidad con otro procedimiento. No estaba, pero que no se hizo nada irregular, cuando llegaron con el Teniente, ya estaban muertos y no le supieron explicar (Fl. 177, C. O. 3), resulta sospechoso que en esa versión del 30 septiembre de 2004, recién ocurridos los hechos, se hubiera equivocado en lo esencial, pues lo cierto es que los aprehendidos habían quedado heridos (sin ninguna gravedad) y luego murieron. En todo caso, al no reportarle bajas, implicaba el conocimiento del oficial en torno a que habían quedado heridos, por lo que su actuación posterior o su omisión, indicaba claramente su consciencia y voluntad para presentarlos como muertos en combate, sin que fuera cierto.

Afirmó que López se quedó en la parte de atrás; aunque él se fue con Ramírez por el enfermero. Indicó que con el Teniente se comunicaba por radio; que la comunicación era buena (fl. 179 ídem), y que aquél oficial mandó el enfermero.

Aseveró que cuando se fue; uno de los heridos estaba agonizando, y el otro gravemente herido –en contravía de lo establecido, en cuanto que habían quedado con heridas leves-. De otro lado, que Ubiel habría expresado interés en perjudicar al Teniente **MARTÍNEZ**, así fuera con mentiras; planteamiento inverosímil frente a la expresión de dicho oficial, en cuanto que llevaba pocos días de comandar ese personal,

con lo que difícilmente existirían fuertes motivos, para tan graves señalamientos. Admite que sí fueron a hablar con Ramírez, para que dijera la verdad, incluso fueron con el abogado que los representaba, y que le dieron \$30.000, porque no había podido trabajar ese día, al interior del centro de reclusión.

Al confrontársele con lo dicho por Sánchez, en cuanto que quedaron heridos y luego los mataron, adujo que no le comentaron lo sucedido (fl. 184, C. O. 3).

Supuestamente el campesino donde estaban inicialmente le habría expresado “si quiera acabaron con esa plaga” (185 C. O. 3), lo cual sería inverosímil, pues son personas expuestas en el conflicto; más si habían quedado dos sujetos con vida, según lo afirmado por los militares, y, además, habrían visto Ejército en su casa. Complementariamente, sería extraño que no tuvieran presente el nombre del labriego para ser llamado como testigo y acreditar la condición de guerrilleros, y de la realización de los primeros disparos que ameritaron la repulsa; por el contrario, los vecinos que comparecieron al proceso, dieron cuenta que quienes resultaron muertos eran campesinos.

Sostuvo que nunca hablaron con los soldados para que declararan, de determinada manera, en la primera versión (Fl 186, C O. 3), contrariando lo que dijeron todos los soldados en indagatoria, y de algún modo lo admite el oficial y López –aunque moderándolo en cuanto que se limitó a recordarles lo acontecido- (Fl. 198, C. O. 3). Aclaró que les daban incentivos de cumplimiento de metas, que no era por asesinar. Sostuvo que es falso que CALLEJAS quedara junto a

Caro y Sánchez, con los heridos porque él quedó abajo, con otros soldados (Fl. 184, ibídem).

Adujo que él sacó de las tulas las armas; una granada, un radio, etc., y aunque enfatizó que el Teniente no colocó la granada, luego refirió que no lo vio, o no lo recuerda (Fl. 187 y 188, C. O. 3).

Cuestiona que Ubiel de Jesús Ramírez, afirmara que los soldados mataron a los dos hermanos, si siempre estuvo con él. Dicha asección resulta paradójica porque, aunque él adujo que tampoco estuvo, aseguró que no los mataron y que **CALLEJAS** no estaba entre el grupo que quedó con los capturados. Con lo que devela su marcado interés especulativo de demeritar las asecciones del confiable delator y de dar fuerza, infructuosamente, a la artificiosa idea que no hubo participación de **CALLEJAS**, y de otros militares, para culminar la acción propuesta de manera conjunta.

Es evidente el afán de **PEREA** por seguir sosteniendo que las muertes se produjeron en el combate; así fuera tácitamente reconociendo que quedaron mal heridos y luego murieron, y también tratando de favorecer al soldado **CALLEJAS**. Al menos Ubiel dio una razón para deducirlo; pues, cuando se fue, los vio heridos, levemente, y luego, cuando los volvió a ver, estaban muertos, y tenían otras heridas de disparos (fl. 188, C. O. 3), y armoniza con la percepción de Sánchez.

De otro lado, el oficial **GERARDO MARTÍNEZ**, indicó, insistentemente, que cuando **PEREA** le reportó la situación, la señal del radio estaba mala (fl. 192-3); contrariando lo que había dicho inicialmente y lo que este último expresó, en cuanto que era buena. Igualmente, aquél dijo

que él llegó hasta el sitio y ya vio que las dos personas habían muerto. También que es falso que **PEREA** hubiera informado que uno de los sujetos estuviese agonizando y otro gravemente herido; sino que había un muerto en combate y otro gravemente herido (fl. 196, C. O. 3), y solo con el tiempo, y a partir de lo dicho por Ramírez, se enteró que las dos personas, en un primer momento, habían quedado heridas.

Niega que hubiera preparado los soldados para dar la primera versión; solo fue para recordarles cómo fue la situación; el combate y quiénes estaban (Fl. 198, C. O. 3), pues él llevaba 2 meses en el área y había soldados sin salir 4 o 5 meses, por lo que podían confundirse; eso, dijo, le pasó a **PEREA**, que relató fue un operativo en el “*Tablazo*”.

Para la Sala resulta inverosímil que se “confundieran” a pesar de esa actividad rememorativa; lo que se evidencia, realmente, es su afán por desligar cualquier acción de los tres co – procesados, frente a los resultados delictivos producidos.

El oficial indicó, que sí tenían incentivos de 4 o 5 días; no por muertos, sino por cualquier resultado (Fl. 199, C. O. 3). Naturalmente, aunque fuese cierto dicho aserto, era más confiable para sostener un hipotético combate con presuntos insurgentes, si estos quedaban muertos, pues, de lo contrario, las personas capturadas podían defenderse y estar en capacidad de demostrar en contrario, o, cuando menos, las dificultades probatorias para los militares serían mayores. Dado que el ser humano, siempre o casi siempre, trata de asegurar un resultado, evitando contratiempos, es lo que hace que en casos como el presente los militares para hacerse a los incentivos y

reconocimientos no optaran por capturar presuntos subversivos, sino “*darlos de baja*”.

Precisamente, a algunos militares, era la finalidad que los animaba, ya que era el compromiso que asumían (véase “objetivos y logros a alcanzar” formulario 2, anexo B, del “programa personal de desempeño en el cargo” de **JOSÉ CLEMENTE PEREA PEREA**, (folio 9, vto., C. O. 4). Por su parte, el comentado oficial **GERARDO MARTÍNEZ** se comprometió a influir, psicológicamente, en los hombres a su cargo para el logro de resultados operacionales, aunque advirtiendo, supuestamente el respeto por la población civil (folio 26, C. O. 4), y en otro formato, se comprometió como mínimo a causar tres bajas “en combate” (Fl. 38, C. O. 4).

Nunca se demostró que el inspector no ingresaba, por seguridad, a hacer el levantamiento para que los llevaran a Cocorná; aunque el oficial indicó que del batallón los habían autorizado, sin que de esto hubiese comprobación concreta, en el proceso, lo único con lo que se cuenta sobre el particular, es que el levantamiento se realizó en Cocorná, por parte de medicina legal adscrita al Ministerio de Defensa, según un formato, y con respecto a los cuerpos que le presentaron como N. N., presuntos guerrilleros (fls. 15 y 16, C. O. 1).

El oficial expresó que apenas cogió la granada para tomar las fotografías y que estaba envuelta en cinta; pero no para acomodársela a los occisos (Fl. 200, C. O. 3). También afirmó que Ubiel de Jesús, en Melgar, decía que lo tenía que perjudicar, y a todos; es decir, incriminarlos falsamente. Aunque no se encontraba en el sitio exacto en el que se produjeron las muertes, reiteró que **PEREA** y los otros

respondieron a un combate (Fl. 202, *ibídem*), con lo que su sesgo quedó en evidencia.

En ampliación de indagatoria (fl. 113 y siguientes, cuaderno 7), Edgar de Jesús Sánchez Restrepo, con similar relato de la indagatoria, indicó que vio cuatro hombres y que eran de la guerrilla porque reconoció a Luís Eduardo que era comandante de los “Elenos”, por lo que empezó a disparar y salió corriendo; retomando lo relacionado con la persecución y el supuesto combate, en cuanto que al que siguió, junto a Caro, lo encontraron con una herida en la nalga, como una cortada y que él le dijo usted de eso no se muere. Llegó **CALLEJAS**, insultó y empujó al herido. **PEREA** lo mandó a ayudar a encontrar el otro. Con ese primer herido quedaron **CALLEJAS** y López. El otro sujeto estaba en el hueco de una piedra, y que el arma la tenía dentro de una tula que se le había enredado, entre la maraña.

Supuestamente el capturado le dijo que todos eran guerrilleros, ante una pregunta suya, y que el del tiro en la nalga llevaba un año en la guerrilla. La herida de este era en la cara “como si le faltara un pedazo de carne” pero no era mortal; hablaba normal; se quejaba más el otro, que era un tiro menos grave). Supuestamente, el otro también dijo que era guerrillero y que sí iban con Luís Eduardo. Del cual supo luego de la captura, cuando estaba en S2. Después **PEREA** se fue por los equipos.

Fue por agua y escuchó los tiros y cuando volvió Caro había matado a los heridos. Adicionó, sin pregunta sobre el particular, que el oficial **MARTÍNEZ** estaba como a un kilómetro, por lo que llegó al rato.

Caro no le comentó nada de lo que iba a hacer, ni recibió órdenes. Él tampoco recibió órdenes. Que aceptaba los cargos porque ya lo había hecho en otros 3 casos, y aunque no los mató debe pagarlos porque Caro ya murió. Aceptó cargos por los dos homicidios, no de los demás delitos imputados (fls. 109 a 115, C. O. 7), por lo que se procedió a plasmar el acta previa para sentencia anticipada (fl. 117 a 145, C. O. 7).

Igualmente Ely de Jesús López (fls. 145 a 189, C. O. 7). Había dicho que Ubiel no se llevaba bien con **MARTÍNEZ**, cuando este llegó y vio los muertos, no dijo nada. Al menos, **CALLEJAS, PEREA**, y los demás estuvieron allá, pero **MARTÍNEZ** no.

Ubiel de Jesús Ramírez Vargas, aceptó cargos, por el delito de Encubrimiento (fls. 85 a 95, C. O. 5)

MARTÍNEZ CALDERON, en audiencia (aunque indicó que la comunicación era compleja, porque no tenían repetidor), como escuchó unas granadas, lo cual inquieta porque el supuesto combate fue con disparos de arma corta y de fusiles de los militares; no granadas, pues solo Ely de Jesús López, admitió utilizar una pero que no fue en combate, él se comunicó con **PEREA** y este le reportó que había entrado en situación especial y no requirió apoyo, porque estaba maniobrando (minuto 40 y 50 segundos, sesión de audiencia juicio oral 8 de septiembre).

Luego **PEREA** lo llamó para informarle que habían unos sujetos gravemente heridos (minuto 41 y 42 segundos), y fue con Ramírez, hasta su punto porque él no podía ir (minuto 42 y siguientes) pues no

tenían GPS para que **PEREA** supiera dónde estaba, y para no ir a entrar a fuego amigo, y que dejaron de custodio a Sánchez y a Caro, con material y dos cuerpos (46 y 26 segundos); esto último sería contradictorio porque le había hablado de heridos, lo cual solo se entiende desde su sesgo de hacer creer que murieron en combate.

Según indicó, él se desplazó más o menos 1200 metros desde donde se encontraba hasta donde fue el combate. Cuando llegó, ya estaban los dos sujetos sin vida (minuto 47 y 13 segundos); indagó toda la maniobra; hizo seguridad. Llama la atención de la Sala que no le afaná que le refirieran heridos, y que cuando arribó estuvieran muertos.

Reportó lo que le dijeron los subalternos; él no duda de lo que le dicen, por lo que así lo reporta (minuto 48), que fue en combate y un material que tenían Caro y Sánchez, y que le manifestaron que allá no iría nadie a hacer levantamiento (49 minutos y 26 segundos); le ordenaron tomar fotos y sacar el material; lo extrajo de dos tulas; reporta material y los dos cuerpos y, también los lleva a Cocorná, como se lo indicaron (minuto 50 y 9 segundos).

El Sargento le reportó dos sujetos gravemente heridos (1 hora, 5 minutos y 37 segundos) y ya él los encontró muertos. Le era difícil controlar lo que hicieron los soldados, debieron esperar para prestarles primeros auxilios, y garantizarles la vida (1 hora, 11 minutos y 27 segundos).

Como le indicaron que debía tomar fotos del material y de los sujetos dados de baja, él sacó la granada de una tula; aunque no admite expresamente que se la hubiera puesto en la mano; dijo “yo *puse las*

granadas” (1 hora 27 minutos y 31 segundos) pero que no fue de su material (1 hora; 27 minutos y 28 segundos) porque a ellos les entregan el material contado por lo que él ¿de dónde iba a tener una granada de mano? (1 hora; 34 minutos y 41 segundos), permite inferir la veracidad de lo transmitido por Ubiel de Jesús, en cuanto que el oficial lo hizo, con un artefacto que llevaba consigo, y que obviamente no tendría por qué ser de los que le entregaban formalmente a su cargo, pues era fácilmente detectable.

Tratando de infirmar que acostumbrara a llevar elementos “*de cuadro*” y que ya hubiera realizado comportamientos similares, indicó que llevaba 6 meses en el área y, concretamente, 15 días, con el pelotón “*Bombarda Uno*”, por lo que apenas estaba conociendo los soldados (1 hora y 16 minutos), lo cual aparece contradictorio con el anexo C del formulario 3 de calificación del año 2004, en el registro de desempeños y actuaciones administrativas, se dice que el 6 de marzo, por orden del comando del Batallón se le asignó como comandante de pelotón a la batería “*Bombarda*”, comandada por Gerenas Salazar Reyes Ignacio, el cual suscribe dicha anotación (fl. 27 Vto., C. O. 4), y se especifican felicitaciones por su comportamientos en operaciones como la del 1 de mayo, y una operación “*Espartaco*”, misión táctica “*jaque 154*” del 6 de agosto (fl. 29 Vto.); es decir, la misma operación que la que ocupa la atención pero con diferente misión táctica (“*Sable*”), y entre una y otra mediaban más o menos 1 mes.

También recalcó que no tenía buena relación con Ramírez. Esto último no genera credibilidad porque, en todo caso era poco tiempo, difícilmente tendrían tan fuertes discrepancias, como para que un

soldado quisiera achacarle tan grave responsabilidad a su superior. Al contrario, su subordinado, siempre ha sostenido que él no estaba allí, si quisiera incriminarlo, otra cosa hubiera indicado, o quizás habría dicho que escuchó alguna orden o algún comentario concreto sobre la acción desplegada en que perdieron la vida los hermanos Galeano González.

Por lo tanto, lo único que se entrevé es el afán por demeritar las declaraciones de Ubiel de Jesús Ramírez Vargas, sin éxito, dado que, insístase, no se aprehende alguna concreta razón para que quisiera señalarlo falsamente, por lo que se mantienen incólumes sus aseveraciones.

Igualmente, manifestó que en la operación no gastaron todos los elementos como municiones y otros artefactos, que aparecieron relacionados, sino que obedece a disposiciones del comandante para legalizar lo de varios operativos, en un solo reporte, concatenando con la generalidad de expresiones de los militares declarantes en cuanto que no suscribieron el acta de gasto de munición, incluyendo al delator, por lo que dicho documento, en sí, no genera ninguna credibilidad.

Con tal circunstancia, se evidencia que no es la fidelidad de los acontecimientos lo que anima a la elaboración de documentos en el Ejército Nacional sino cierta flexibilidad para acomodarlas a sus *“necesidades operacionales”*.

Indicó que el permiso era normal y el mes de vacaciones, después de 8 meses, y que el coronel Juan Carlos Barrera tenía políticas, y podía

dar días por éxitos operacionales (1 hora; 37 minutos y 18 segundos) y que les dieron como 40 días; 30 de vacaciones y les regaló 10 más (1 hora 38 minutos 40 segundos).

Insistió que en las versiones iniciales, no se dieron detalles de lo ocurrido sino que, simplemente, se remitieron a los resultados –muerte de dos “*bandidos*”-, pues el afán de los soldados era disfrutar sus vacaciones después de 8 meses de estar en el área, lo cual no es contradictorio con los relatos posteriores más específicos; en cuanto que inicialmente se los reportaron como heridos y luego murieron por la gravedad de las heridas.

JOSÉ CLEMENTE PEREA PEREA, afirmó que vieron a los sujetos y les lanzaron la proclama y les respondieron con fuego, por lo que reaccionan y emprenden persecución porque los sujetos se “abren”. Aludió que con la declaración de Ubiel de Jesús Ramírez, se demuestra que nunca estuvo, al momento en que se les produjo la muerte a las dos personas, pues aunque las vio gravemente heridas; reventadas y con sangre (lo cual no era cierto) quedaron vivas. Dijo que trató de auxiliarlas, ordenando que las sacaran a un lugar donde no corrieran riesgo, y les prestaran primeros auxilios y fue a buscar un enfermero. Resaltó que no dio la orden de matarlos sino de salvarles la vida, pues, si hubiera querido la muerte la hubiera perpetrado al momento del hallazgo de los heridos, después de que huyeran.

Empero, lo que se aprecia es que no hacerlo de esa manera, se explicaría porque en el plan pretendían mostrarse ajenos al resultado porque no confiaban en Ramírez, que era el más nuevo, por lo que debía alejarlo de allí para lograr el resultado propuesto.

Enfatizó que el oficial **MARTÍNEZ** estaba lejos y por radio no ordenó la muerte de los heridos; además la comunicación radial, era defectuosa (acomodándose a lo sostenido por el oficial en las últimas salidas procesales y contrariando incluso sus primeras expresiones sobre ese aspecto). Reiteró que los dados de baja eran subversivos del E. L. N.

Edgar de Jesús Sánchez, relató, similarmente a oportunidades anteriores, en cuanto que Caro vio 4 guerrilleros, al mando de Luís Eduardo -al cual conoció luego en el S2-, que les disparó, y se voló y quedaron dos en combate, reiteró la forma en que hallaron los heridos; uno como una cortada en una nalga; y otro con una rajadura en la cara, que tenía un arma entre una tula (minuto 23 y 35 segundos). Los subieron a un plan, luego de que reconocieran ser guerrilleros; para lo cual caminaban sin ayuda (42 minutos y 28 segundos y siguientes).

Adujo que el Teniente estaba como a un kilómetro en línea recta; sobre lo cual se nota que carece de espontaneidad. Los procesados no tuvieron participación; solo estaba él y Caro. También aludió que PEREA no dio orden, ni a Caro ni a él, de matar a los heridos (39 minutos y 22 segundos, sesión 9 de septiembre). Mientras fue por agua, Caro les disparó y los mató. Caro no le caía bien, porque era *“muy regalado”*, y no le dijo nada por los muertos.

Él no dijo nada sobre las muertes producidas por Caro, y cuando regresó PEREA después de más de media hora, no preguntó por esas personas -a pesar que él había visto que las heridas no eran graves-, preguntó como a los dos días (minuto 46 y 30 segundos).

Pese a su evidente interés de beneficiar a sus superiores, resulta descubriendo detalles que evidencian el conocimiento que aquéllos tenían del resultado muerte, pues correspondía a la finalidad; por eso no hubo sobresaltos del sub oficial ni del oficial.

Deviene increíble que una persona acepte cargos por un hecho que no cometió; la única explicación, es que, sabedora de su compromiso penal, lo hiciera para tratar de distraer sobre la responsabilidad de los implicados en esta actuación, y como compensación por sus salidas procesales en las que, igual que Ely de Jesús López, fortalecen la aseveración de Ubiel de Jesús Ramírez, en torno a que no hubo ningún combate, y que las heridas iniciales eran leves; es decir, comprometedoras para sus superiores, los cuales habían desplegado acciones, incluso con intimidaciones, para que mantuvieran la versión que les favorecía.

En la audiencia pública, el 9 de septiembre de 2015, el señor Ubiel de Jesús Ramírez, reiteró que solo vio 2 personas y que quien gritó “ahí vienen”, fue **PEREA** –minuto 56 y 59 segundos, y 1 hora 59 min y 10 segundos-, y los dos sujetos arrancaron a correr; él disparó como 38 veces y disparó **CALLEJAS** y los siguieron.

Pensó que al que persiguió, era guerrillero, por lo que disparó y pudo herirlo él; **CALLEJAS**, o los de abajo. Reiteró que no hubo combate, y disparó sin pensar; “a lo loco”, que solo escuchó disparos de los compañeros que estaban abajo.

Tenían un herido en la nalga, como una cortada (minuto 58 y 56 segundos) y el otro estaba como entre una piedra; con una herida en un pómulo y que estaba desarmado porque tenía un revólver entre una tula (59 – 23) y que no habían más armas, ni les dispararon. Lo demás lo colocó **MARTÍNEZ** (una hora y 7 segundos).

Dado que era el más nuevo debió ir con **PEREA**; los demás quedaron con los dos heridos; los soldados quedaron ahí pero no sabe en qué posición. Hasta donde estaba el Teniente, demoraron unos 10 minutos; luego de saludar se escucharon otros disparos (1 hora 4 minutos y 45 segundos y siguientes), por lo que no era tan lejos (otros diez minutos para regresar) y **PEREA** no dijo nada (1 hora, 6 minutos y 17 segundos). No hubo alarma, ante un posible hostigamiento.

Dicha circunstancia, solo sería explicable si tuvieran certeza de lo que estaba ocurriendo, que culminó con el resultado conocido, pues de otra manera hubiese implicado alguna reacción ante un posible hostigamiento por parte de los supuestos guerrilleros que habían huido.

Posteriormente lo abordaron **PEREA y MARTÍNEZ** para que les ayudara indicando que lo dicho ante la penal militar era mentira y que fue por rabia, y que ellos le “colaboraban” (una hora 15 minutos y 29 segundos), y le decían qué era lo que debía decir. Esas presiones y ofrecimientos, no serían propios de quien ha obrado correctamente. Como repudió esa propuesta, prosiguieron con amenazas, pues López le indicó que los muchachos le mandaban a decir que los sapos morían “estripados” (1 hora 12 min y 10 segundos). Sí les dieron 10 días de permiso a consecuencia de esas muertes.

Refirió que, en otra oportunidad, se dejó condenar a 30 años por decir mentiras, por lo que en esta prefería decir la verdad, a pesar que ya estaba condenado, lo cual es un motivo razonable para transmitir lo ocurrido y sin que pueda acogerse una hipótesis referente a que quería incriminar mentirosamente a sus compañeros y a sus superiores, pues incluso, aludió que no escuchó orden de **PEREA** para producirles la muerte (2 horas 8 minutos y 6 segundos). En todo caso, armoniza con las aserciones de familiares y vecinos de los difuntos, como pasará a verse.

En efecto, la señora María Lilia González Pineda, madre de las víctimas indicó que los dos se dedicaban a la agricultura y que no tenían relación con grupos al margen de la ley; cuando ocurrieron los hechos se encontraba en otro lugar: “los medios” (fl. 181 a 182 C. O. 2).

A su turno, María Rosalba Galeano González, hermana de Rubén Darío y Gustavo, expresó que ellos se fueron a acompañar a una hermana a eso de las 9, ya a mitad de camino se devolvieron para la casa y los mató el Ejército. Ella y Pedro Claver estaban moliendo caña, cuando escuchó la “plomacera” más o menos a las 9 y como a las tres otros dos disparos y que supieron que los habían llevado para Cocorná pero que no podían ir a reclamarlos porque los mataban.

El Ejército los acusaba de ayudar a la guerrilla; también habían desaparecido a su compañero Javier de Jesús Giraldo. Un sujeto de nombre Leoncio que había estado en la guerrilla, se había tratado de llevar a su hermano Gustavo, pero él se le voló porque no quería trabajar con él (fls 246 a 248, C. O).

En similar sentido, Orfa Nelly Galeano González, que sus hermanos eran campesinos, no guerrilla.

El señor Pedro Claver Galeano González, hermano de las víctimas, indicó que en la comunidad al Ejército le tenían miedo; porque se habían llevado a un trabajador suyo de nombre Gildardo y a Javier Castaño, al cual mataron. Sus hermanos sí trataron de esquivar al Ejército porque les tenían miedo; eran campesinos y trabajaban para ayudar a su señora madre (fl. 235, C. O. 4), y no pertenecían a ningún grupo ilegal. Que veían gente armada pero no sabían qué eran (fl. 236, C. O. 4).

Por su parte, Gerardo Guarín, indicó que aunque hacía dos años no vivía en el sector, a las víctimas y a su familia los conocía como campesinos trabajadores, sin vínculos con la guerrilla, y que eran muy penosos (Fls. 22 a 28, C. O. 2).

Depuso Uldarico de Jesús Guarín, que estaba en la “Arenosa”; igualmente dijo que los jóvenes que resultaron muertos, eran campesinos trabajaban la caña, y eran buenas personas, sin vínculos con grupos armados. Por esos días no vio grupos armados, solo el Ejército. No hubo enfrentamientos ese día (fl. 183, C. O. 2).

Marta Elena Vergara Giraldo, indicó que se encontraba en casa de Uldarico Guarín y esa mañana a eso de las 8 y media, Gustavo y Darío –a los cuales no les vio armas (fl. 241)-, a quienes distinguía hacia como dos años, pues cargaban caña (no eran guerrilleros, pero le temían al Ejército porque los señalaban de subversivos (fl. 242), entraron a dicha casa, y pidieron tinto; luego de tomárselo –unos 5

minutos después- iban a seguir para su casa; poco después escuchó una balacera (precisó que primero unos disparos y como a los 5 minutos los otros que fue muy seguido Fl. 240-4).

Como a los diez minutos un soldado oji-verde, blanco, más bien mono; de apellido López (el cual andaba mucho con otro de apellido **CALLEJAS**), le dijo que habían matado a uno de los muchachos y el otro estaba herido; ella no fue a verlo y, después, pese a su oposición se llevaron unos caballos de su cuñado Uldarico para transportar los cuerpos, y que los dejarían en “Santana”, como en efecto ocurrió (fl. 239, C. O. 4).

Como puede verse, en el grupo de campesinos, aunque algunos son familiares de las víctimas, no evidenciaban razones de peso para que quisieran comprometer falsamente a agentes del Estado, de la muerte de dos inermes labriegos. También patentizaron, de manera general, los asedios a que eran sometidos en el sector por parte del Ejército al tildarlos de guerrilleros y situaciones concretas en que habían desaparecido otros miembros de la comunidad, incluso allegados.

Como puede advertirse, ninguna credibilidad merece las explicaciones dadas por los procesados, en torno a lo acontecido, pues desde el comienzo, hasta el final, han tratado de tergiversar el desarrollo fáctico. Dicha realidad se extrae de la propia inconsistencia interna de sus aserciones, las cuales, en varios puntos trascendentes, han ido modificando, pero, como se anticipó, no con la intención final de decir la verdad, sino en tratar de plegar su relato a la contundencia de lo develado, consistentemente, por parte de Ubiel de Jesús Ramírez

Vargas, aunque, obviamente, con convenientes ajustes a la situación de los procesados.

Fue tal el asedio de la concreta, espontánea y verosímil incriminación vertida por Ubiel de Jesús Ramírez, que en el caso específico de otros investigados; no solamente confirmaron algunos aspectos, sino que resultaron admitiendo responsabilidad penal, como es el caso de los señores Ely de Jesús López y Edgar de Jesús Sánchez, aunque, hasta el último momento, tratando de desligar a los actualmente sentenciados.

Al contrario, la constante y congruente narración del señor Ubiel de Jesús Ramírez Vargas, denota sinceridad; excelente memoria; coherencia interna y externa, pues inclusive, pese al evidente interés de Sánchez, de procurar impunidad para sus inmediatos superiores, confirmó una de sus revelaciones; en el sentido que las heridas propiciadas con los primeros disparos, dentro de la persecución, no revestían gravedad.

También que quienes resultaron muertos nunca dispararon y que la única arma que portaba uno de ellos, no la llevaba en sus manos sino en una tula, lo cual armonizaría con lo dicho por la señora Marta Elena Vergara Giraldo, persona sin ningún interés en las resultas de la actuación.

En efecto, indicó que, aproximadamente, a las 8 y media, vio a Gustavo y Darío, a quienes distinguía hacía como dos años –y que no eran guerrilleros-, quienes entraron y pidieron tinto; luego de tomárselo

–unos 5 minutos después- iban a seguir para su casa; y que no les vio armas: Al poco tiempo de salir, escuchó una balacera.

Insístase, las versiones de los acusados –apoyadas en algunos apartes por otros militares-, además de su indiscutible interés en distorsionar la verdad para procurarse impunidad, develan carencia de espontaneidad; al obedecer a un guion pre – establecido, como se examinará posteriormente, por lo que no deben acogerse.

Aunque, en algunos apartes, trataron de adjudicar que fue Caro quien presenció a las personas, poco a poco, varios reforzaron lo dicho por Ubiel de Jesús, en cuanto que fue **PEREA**, y aquél agregó que dijo “ahí vienen”, y que no hubo proclama.

Algunos militares indicaron que entre las personas que vieron, se hallaba un comandante del E. L, N, de nombre Luís Eduardo quien presuntamente empezó a disparar y huyó, lo cual solamente se aprehende como estrategia para dar contundencia a un combate inexistente. De haber sido cierto, era un aspecto importante, desde el primer momento, y que de seguro lo hubiesen relacionado, para destacar su “éxito operacional”.

Como se ha subrayado, sin duda, las personas muertas, de las cuales no se tenía ningún registro como rebeldes –pese a que se indagó en varias oportunidades (folio 7, C. O. 2)-, y el revólver que tenían estaba entre una tula, no respaldaría la tesis del combate; solo con un personaje del que se supiera su vinculación a un grupo rebelde, era factible reforzarla, en cuanto que les dispararon primero, y fue lo que condujo, en posteriores versiones, a ubicar a dicho personaje

ficticiamente en esa escena, y que, precisamente, sería quien había disparado, ante la imposibilidad de achacar una acción de esa índole a quienes resultaron muertos.

Era tan evidente la mentira que, por eso, **PEREA** y Sánchez entraron en contradicción; pues, el primero dijo que el sujeto les disparaba con un revólver y el segundo que con una pistola; aspecto que en otras condiciones parecería insular e irrelevante; pero que cobra fuerza, si se tiene en consideración que lo indican personas que conocen de armas, por lo que no obedecería a un error de apreciación sino a que no era cierto; entre otras cosas porque es difícil pensar que a la distancia en que se encontrarían unos de otros, y las circunstancias específicas de un presunto hostigamiento, tuvieran posibilidad de apreciarlo.

En consecuencia, se equivocó el señor Juez de primer grado, al declarar demostrado un combate inicial, del que no hay prueba confiable del avistamiento de 4 sujetos, pues han mentido quienes lo refirieron; ya que al comienzo, quien aludió 4 sujetos fue **PEREA** – aunque trataron de hacer creer que Caro-, como lo indicó Ubiel de Jesús Ramírez, quien, pese a esa referencia del suboficial, solo dio cuenta de los dos heridos; además, está claro que esas dos personas perseguidas, nunca esgrimieron revólver que uno de ellos llevaba entre una tula.

La importancia, de ese primer escenario, es que se integraba al plan criminal concertado entre los acusados y otros soldados; por lo tanto, permite predicar que se simuló un combate, para presentar las personas muertas, como positivos operacionales del Ejército Nacional,

pues develan que todo hacía parte de un mismo engranaje, en el que, como se constatará, los acusados tuvieron activa participación, por lo que para develar si actuaron como coautores, corresponde recordar lo que dogmáticamente se ha delineado para el efecto.

De conformidad con el inciso segundo del artículo 29 del Código Penal, para la configuración de la referida forma de intervención en la conducta punible –coautoría-, se requiere de tres elementos: i) acuerdo común, ii) división del trabajo criminal, con necesidad de un co-dominio funcional entre quienes intervienen en el hecho, iii) importancia del aporte, debiendo precisar qué ha de entenderse por cada uno de ellos.¹

En relación con el primero de estos requisitos, el acuerdo común, puede ser tácito o expreso, previo o concomitante, no detallado, pero sí encaminado a la realización de una conducta determinada.²

Acerca del significado de la división de trabajo en la coautoría, se señaló lo siguiente: *“(...) por virtud de éste se reparte el todo en partes, en parcelas de esfuerzos que valorados ex ante y ex post permiten hablar de una acción compleja o conjunta formada por segmentos articulados que vistos en singular y por separado no se advierten suficientes para determinar la conducta punible de que se trate, pero que unidos la explican como pluralidad de causas o condiciones...”*³ a tal división le aviene la necesidad de un “co-

¹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, Sentencia del (21) de agosto de 2003, radicado No. 19.213, M.P.: Álvaro Orlando Pérez.

² CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, Sentencia del (2) de septiembre de 2009, radicado No. 29.221 M.P. Yesid Ramírez Bastidas.

³ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, Sentencia del (2) de septiembre de 2009, radicado No. 29.221 M.P. Yesid Ramírez Bastidas.

dominio funcional entre quienes intervienen en el hecho, en la medida en que su actuar parcial, debe ser mancomunado y recíproco”.

El tercer requisito para la configuración de la coautoría, esto es, la trascendencia del aporte en la ejecución del ilícito, el mismo precedente exige que este sea objetivo o material, esencial y necesario, entendiendo por tal, aquel sin el cual se frustra o reduce la posibilidad de realización de la conducta pretendida.

Se hace referencia, entonces, a la realización de una compleja operación delictiva, con división de trabajo entre los intervinientes, de tal manera que cada uno de ellos ejecuta una parte diversa del plan común, sin que sea menester que todos realicen la acción material que se concreta en la producción del resultado dañino o la que lo pone en el riesgo de lesión.⁴

Por tanto; será coautor impropio quien, a pesar de no realizar la acción típica, se circunscribe en un acuerdo común de ejecutar determinado ilícito a través de una división de funciones y un aporte trascendental.⁵

En el presente caso, emerge, sin esfuerzo, la consciencia y plena voluntad de los acusados, en la exteriorización comportamental, en la que sus aportes fueron esenciales para la concreción del plan criminal, del cual, así no haya un referente demostrativo directo, pues, para la defensa, conforme a sus planteamientos, parecería que se requieren formalidades de la expresión de voluntad en ese sentido –absurdo pensar que se exigiera un documento o que quienes asumen el plan común al comportamiento delictual, reconozcan expresamente el

⁴ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, Sentencia del (9) de septiembre de 1980, M.P. Alfonso Reyes Echandía

⁵ ALFONSO REYES ECHANDÍA. Derecho penal, parte general, 6ª edición, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1979. pp. 176-177

pacto-, desconociendo que jurisprudencialmente se ha establecido que puede ser anterior o coetánea con la realización delictiva, y en todo caso, informal.

Desde luego, que si se parte de la base de que se requiere un acuerdo previo, formal y solemne entre las diferentes personas que intervienen como coautoras (copartícipes), en la realización de una misma conducta punible, cabría la conclusión de la defensa. Pero es que basta, como se vio jurisprudencialmente, que esa convergencia de voluntades, en torno al mismo objetivo delictivo, sea circunstancial, ocasional o coyuntural, surgiendo, inclusive, simultáneamente con el desarrollo fáctico, como ocurrió en el caso sub- júdice, en donde, por lo que observa la Sala, no hubo ninguna reunión o convenio entre los acusados y otros militares, para segarle la vida a los hermanos Galeano.

Esa malsana y delictiva orientación de la voluntad, en el presente caso, cuando menos se puede deducir, surgió tácitamente de la practica generalizada en ese entonces, al interior de las fuerzas militares de producirle la muerte a civiles para presentarlos, como fuerzas irregulares caídas en combate, para lo cual no interesaba quiénes fueran las víctimas de turno, como lo planteó la Fiscalía, y las concretas actividades desplegadas lo confirman, permitiendo identificar la división de funciones y la importancia de los aportes para el logro de los fines conjuntamente queridos.

Como lo ha planteado la Fiscalía, y el apoderado de las víctimas, puede inferirse que el grupo de militares, previamente, habían determinado la necesidad de presentar resultados, por lo que bastaba

una indicación del suboficial, señalando las personas para ese propósito. Solo, al sentirse descubiertos, trataron de desviar la atención, en torno a que había sido Caro el que lo materializó, a sabiendas de la importancia que revestiría para la deducción de responsabilidad penal del superior, y, en cambio, era preferible achacarle las principales acciones a quien no podría desmentirlo.

No solo por las diferencias que algunos explicitaron tener con Ubiel de Jesús Ramírez, sino por ser el más nuevo (siempre o casi siempre, se guardan reservas de confiabilidad, frente a personas recién ingresadas, a labores en equipo, mucho más si riñen con praxis, cuando menos éticas) , es dable colegir que no le hayan participado del plan y trataran de marginarlo del desarrollo central; es decir, la muerte de las dos personas, por lo que resultaba indispensable retirarlo del teatro de los acontecimientos; eso explicaría que el suboficial no seleccionara a un soldado más veterano en esas lides y con mayor conocimiento del terreno –pese a que siempre o casi siempre se prefieren personas experimentadas en todo tipo de actividades grupales-. De paso, les serviría para la acreditación referente a que **PEREA** no estaría en el lugar donde se produjo el deceso.

Reitérese, para la realización de la acción homicida, no requerían de un plan común al hecho explícito, pues, en verdad, el más espontáneo de los declarantes, a quien se le asigna alto grado de credibilidad; es decir, Ubiel de Jesús Ramírez Vargas, no percibió una orden o un pacto en ese sentido; pues, como lo planteó la apelación de la Fiscalía, dentro del contexto de las fuerzas militares, para la época de ocurrencia de los hechos, desde altos mandos, se irradió la tácita

directriz de dar la sensación de certeros golpes a los insurrectos, así fuera con muertes de miembros de la población civil, como lo ha enseñado la experiencia judicial y se ha documentado tanto en justicia transicional, como en organizaciones no gubernamentales.

Con ese propósito general de presentar resultados, así no tuvieran conocimiento concreto de las circunstancias en que ocurriría, ni las víctimas específicas sobre las cuales recaerían las acciones mortales. Dicho modus operandi se ha registrado, ciertamente, por organizaciones defensoras de derechos humanos, e inclusive recogidos por el relator para Colombia de la Organización de Naciones Unidas:

“...En prácticamente todos los casos de falsos positivos, los comandantes de brigadas y/o unidades tácticas expidieron documentos oficiales que autorizaban las supuestas operaciones en las cuales, según se aseveraba, se había dado muerte a las víctimas. Los documentos, conocidos como “órdenes de operaciones” y “misiones tácticas”, otorgaron una apariencia de legalidad a las ejecuciones extrajudiciales. Sin tales documentos, las ejecuciones no podrían haber sido informadas como bajas ocurridas durante combates en el marco de operaciones militares legítimas. Otras acciones realizadas por comandantes que fueron indispensables para las ejecuciones incluyen desde autorizar verbalmente el movimiento de tropas durante supuestos operativos, hasta autorizar pagos a falsos informantes y otorgar permisos y otros premios a soldados por presuntas muertes en combate, lo cual contribuía a generar incentivos para estos crímenes...”⁶

Recuérdese que, precisamente en el presente caso, como lo planteó la Fiscalía, la orden de operaciones “*Espartaco*” y la misión táctica “*Sable*”, se sustentaban en acciones contra miembros de las “*Farc*”,

⁶Documento de Human Rights Watch, Junio de 2015. ISBN9781-6231-32514, citado en www.centromemoria.gov.co/el-rol-de-los-altos-mandos-militares-en-falsos-positivos-human-rights-watch/

pero, curiosamente, a los occisos se les atribuyó integración al “E. L. N.”. Las acciones, como la generalidad de casos identificados, recaían en población vulnerable, como campesinos, a quienes achacaban ser rebeldes, para lo cual les plantaban armas y hacían parecer su abatimiento en combate. Sumado a las pocas posibilidades de los familiares de esclarecer lo ocurrido, garantizando impunidad.

En ese contexto, al examinar de conjunto la prueba producida legalmente en la actuación, permite predicar que la muerte no fue en combate sino que fue planeada, en la medida que la actuación de los militares, no contaba con un sustrato de la real existencia de un enfrentamiento con fuerzas irregulares.

En efecto, en el presente caso, del desarrollo fáctico se desprende, sin dificultad, que desde cuando avistaron a los desdichados campesinos y empezaron a dispararles, sin proclama previa, fue con el propósito de producirles la muerte, aparentando que había sido en combate – pese a que ni siquiera les esgrimieron el arma de fuego que portaban entre una tula-, por lo que un sentido lógico de los acontecimientos no permitiría albergar duda que la tesis de la existencia de un combate, no es más que un burdo montaje para tratar de justificar la infame muerte de unos campesinos a manos de agentes del Estado.

Por lo tanto, no podrían acogerse las versiones de los acusados, al ser sesgadas, ni la estrategia esbozada por la defensa, en dirección a que se crea que hubo un enfrentamiento; entre otras cosas, insístase que las víctimas no llevaban arma visible, y si bien es cierto que trataron de huir, no fue por su vinculación con grupos insurgentes –o al menos no se demostró-, más bien pudo ser por el temor que en la población

civil generaba el Ejército por aquella época, dados sus desmanes, sumado al eventual temor por llevar un arma de fuego sin autorización legal.

Por eso, causa extrañeza que los militares no hubieran tomado datos para establecer de quién se trataba, el habitante de la región que, pese al eventual riesgo que podría asumir, hubiera osado a afirmar que a su casa iban algunos insurgentes por comida, sugiriendo que a ello obedecía la presencia de quienes por allí deambulaban, conforme a las expresiones de **PEREA**.

Al contrario, los moradores del sector indicaron que los individuos muertos, eran labriegos, dedicados a la molienda de caña, y que ese día, poco antes habían estado tomando tinto los dos solos en una casa de conocidos, por lo que no estaban en plan de atacar al Ejército, ni nada que indicara alguna actividad ilícita.

En consecuencia, que intentaran evitar a los militares, pudo obedecer a tres razones posibles: i) le temían al Ejército porque a todos los del sector los tildaban de guerrilleros e inclusive, concretamente, ya habían desaparecido personas cercanas; ii) al llevar un arma de fuego, al parecer, sin permiso, era de esperar que trataran de buscar impunidad como para tratar de huir, y, en último caso, iii) al no escuchar proclama, pudieron pensar que era un grupo ilegal.

Ello armoniza porque, cuando iban bajando, como no hubo proclama sino la expresión de **PEREA** “*ahí vienen*”, lo cual fue suficiente y decisivo para que los militares, incluido el suboficial empezaran a

disparar profusamente contra los civiles, o a lo “*loco*”, como lo refirió Ubiel de Jesús Ramírez.

Pero, lo cierto es que nunca se enfrentaron al Ejército, como lo sostuvo desde el comienzo Ubiel de Jesús Ramírez, por lo que la inmisericorde persecución con disparos de fusil, evidenciaba una preordenada acción homicida de personas indefensas, que bien pudo terminar, en ese primer escenario, con el resultado letal propuesto.

Reitérese, desde el comienzo, con el grito “*ahí vienen*” de **JOSÉ CLEMENTE PEREA**, sin proclama; aduciendo que algunos sujetos dispararon y que eran guerrilleros, dejaba entrever su propósito, pues animaba a los soldados a que persiguieran y dispararan contra los indefensos campesinos, como él también lo hizo, con lo que se daba inicio de la ejecución de la muerte de dos personas al margen del conflicto. Quizá, por esa razón, el comentado suboficial pretendió, inclusive, hacer creer, en la indagatoria, que no estaba con los militares al inicio de la acción sino que cuando arribó ya estaban los dos cuerpos, aunque luego trató de justificar que se debió a una confusión con otro procedimiento.

Fue tan eficaz esa indicación que, de una vez, empezaron a disparar, y aunque algunos trataron de negarlo, luego lo admitieron, entre ellos **CARLOS MARIO CALLEJAS**, Sánchez e inclusive el delator refirió que apenas **PEREA** dijo “*ahí vienen*” 4 sujetos, él empezó a disparar “*a lo loco*”, por lo que con la acción conjunta hirieron y lograron retener a quienes luego acribillarían.

En esa secuencia de falacias, pretendieron asiduamente, cuando menos **PEREA** y **CALLEJAS**, forzar a los heridos a que admitieran la supuesta condición de guerrilleros, incluso mediante agresiones físicas, y por eso dentro de la actuación indicaron, engañosamente, que dichos sujetos habían expresado su pertenencia a la subversión.

Sin que, en esas condiciones, fuera necesario que se demostrara expresamente una fluida comunicación entre oficial y suboficial, como para que aquél, hasta la declaración en el juicio, tratara de hacer creer que la comunicación radial era defectuosa, pues al comienzo indicó lo contrario, y **PEREA** en la mayoría de salidas procesales -pues solo en la audiencia viró en apoyo de su superior-, dejó en claro que se habían podido comunicar, con lo que pese a la irrelevancia de una orden concreta, permite inferir que el afán de dicha proposición apuntaba a desconocer, desde el primer reporte, los detalles de lo ocurrido. Evitando, al mismo tiempo, poner en evidencia el conocimiento del cumplimiento parcial del plan propuesto, concretado en la retención de dos personas levemente heridas.

También han querido hacer creer que la distancia, a la que se hallaba el oficial con respecto al sitio del homicidio de las personas era considerable, pero Ubiel de Jesús Ramírez indicó que cuando se desplazó hasta allá con el suboficial, no tardaron más de 10 minutos en cada trayecto; lo cual, permitió escuchar otros disparos tan pronto se presentó el encuentro con el oficial, sin que eso les generara alguna alerta, con lo que se descarta que, en verdad, se hubiese presentado el combate, pues de haber sido así, era apenas de esperar alguna reacción ante los nuevos disparos, pues conforme a su tesis, algunos sujetos se habían escabullido armados.

Su tranquilidad solamente es indicativa que sabían a qué obedecían esos disparos; es decir, la ejecución de los heridos, de ahí que no los alarmó.

Por eso, de entrada, trataron de ocultar que las personas habían quedado levemente heridas, pues **PEREA** siempre los catalogó de graves o agonizantes, aun en contra de lo dicho, no solo por Ubiel de Jesús Ramírez sino también Edgar de Jesús Sánchez, en cuanto que no eran heridas de gravedad; e incluso caminaban sin ayuda (Fl. 113, C. O. 7 y en el juicio a 42 minutos y 28 segundos).

Para mostrarse ajeno al conocimiento de lo acontecido, **MARTÍNEZ CALDERON** dijo que confiaba en lo que le expresaron sus inferiores, sobre lo que había ocurrido y también cuando llegó al sitio, donde yacían los cuerpos no se sorprendió o indagó pese a que le habían indicado que habían quedado heridos, aunque según **PEREA** de gravedad. Para lo cual debería concluirse que sí escuchó lo informado por el suboficial, pero solo lo acomodó a lo conveniente, o que; es lo más probable, no se lo dijo así, sino que es lo delineado como estrategia defensiva.

Obviamente, deviene inverosímil que en un órgano fuertemente jerarquizado, como lo son las fuerzas militares, los superiores no supieran lo realizado supuestamente por Caro o no lo dedujera **PEREA** y lo transmitiera a su superior, dado que, contrario a sus manifestaciones, sabía que las heridas no eran de gravedad –en esa dirección, declaró Edgar de Jesús Sánchez confirmando lo dicho por Ubiel de Jesús Ramírez- y que cuando regresaron tenían más heridas, como lo indicó este último, por lo cual es más razonable que dedujera

que los habían rematado, contrario a las especulativas apreciaciones de **PEREA**, en torno a que **CALLEJAS**, no estaba en ese momento con los heridos, y que no hubo más disparos o que solo fue Caro.

Resultaría incomprensible que los militares, al menos Sánchez y **CALLEJAS**, a sabiendas que supuestamente Caro obró en solitario, omitieran ponerlo en conocimiento, y contrariamente, a lo que era de esperarse, desplegaran actos para que no se supiera. Esas actitudes, solamente se explicarían porque esa tesis no correspondía la realidad –de la cual, naturalmente se hubiera defendido Caro-, sino a un malicioso acuerdo para obrar de esa manera, y no una acción deliberada y solitaria de un soldado, que, luego, perdiera la vida en extrañas circunstancias.

Ningún soldado iba a asumir responsabilidades que no le correspondían, menos unos superiores –y todavía más el oficial que supuestamente llevaba poco con la compañía-, por encubrir la grave conducta singular de un soldado, para evidenciarlo solo después de su muerte. En esas condiciones, esa teoría de la defensa, no es de recibo, pues el interés de los demás soldados y los superiores no era beneficiar a un soldado que obró impulsivamente, sino que hacía parte del entramado para simular un enfrentamiento inexistente, como lo reportaron: *“guerrilleros dados de baja”*.

Aunque el oficial llevara poco tiempo con *“Bombarda uno”*, en nada se oponía a que se integrara a esa práctica sistemática al interior del Ejército, por esa época, pues, además, era sabido que los “éxitos operacionales”, inclusive logrados con muertes de inocentes, representaba la posibilidad de permisos adicionales (efectivamente les

dieron 10 días más, aparte de las vacaciones, como lo indicó Ubiel de Jesús Ramírez y de algún modo lo reconoció el oficial), y que servían como méritos para ascensos, y los mayores beneficiados eran oficiales y suboficiales, en esa dirección se pronunció Sánchez (Fl. 159 C. O. 3).

Es decir, se puede inferir que existía un fuerte móvil para que exteriorizaran los referidos comportamientos.

Precisamente, en favor de **MARTÍNEZ CABALLERO**, como resultados de desarrollos operacionales o éxitos, las felicitaciones del 10 de septiembre (folios 23 y 30 de 2004 C. O. 4).

En esa misma línea de indicadores, se reportó el hallazgo de una granada, que acorde a lo dicho por Ubiel de Jesús Ramírez, no llevaban las personas interceptadas, confirmado por Sánchez y López, en cuanto afirmaron que uno de los sujetos llevaba un revólver en una tula, y, en verdad, resultaría absurdo que supuestos guerrilleros, de tener esa arma letal, no la utilizaran en el presunto combate, ante el inminente riesgo de ser capturados, heridos o muertos; o, al menos, luego de ser alcanzados por las balas y encontrarse rodeados.

Bajo dichas condiciones, como no es cierto que dicho artefacto lo hayan sacado de una tula hallada cerca de los interfectos –**PEREA** y **MARTÍNEZ CALDERON** dijeron haberla sacado-, al admitir este último que la colocó, para unas fotografías, se concatena con lo referido por Ubiel de Jesús Ramírez, en torno a que el oficial la llevaba consigo, como material “de cuadro”; es decir, para plantarla dando fuerza a la puesta en escena de un imaginario combate.

Igualmente, en cuanto a la práctica de llevar elementos adicionales o de “cuadre”, como indicó Ramírez, es apenas obvio que no serían armas o elementos que les dieran como dotación, como lo sugirió **MARTÍNEZ CALDERÓN**, pues lo que menos interesaba, era ponerse al descubierto, por lo que nada impedía que la granada, hubiese sido obtenida ilegalmente o de otros procedimientos; aunque incluso, bien podría ser material reportado como gastado, sin ser cierto; pues, ya se vio la laxitud, sobre el particular, que incluso le permitió a Ely de Jesús López tomarse la libertad de lanzar una granada sin que fuera en combate.

Por lo tanto, coincidiría la Sala, sobre dicho tópico, con la primera instancia, en cuanto encontró acreditado que el oficial **MARTÍNEZ CALDERON**, colocó una granada que llevaba consigo, en la mano de uno de los cuerpos, para escenificar el combate reportado, sin que fuera real. Además, pone al descubierto que era parte sustancial para la producción del resultado conjuntamente querido; pues, no podría creerse que un oficial realizara una acción de encubrimiento, para evitar la impunidad de un soldado que hubiera obrado impulsivamente, sino que era parte de lo acordado tácitamente, en torno a que las acciones homicidas se presentarían de esa manera, con el eficaz concurso del oficial.

Dentro de la dinámica, era necesario que el mando a cargo; **MARTÍNEZ CALDERON** dispusiera trasladar los cuerpos hasta Cocorná (sin acreditarse una supuesta orden superior, y en todo caso, ello no eliminaría la posibilidad de integrar el plan criminal, por lo visto en cuanto a acciones de superiores dirigidas a ello, como se ha documentado); es decir, un sitio distante, donde se dificultara su

reconocimiento, y el acopio de algunos medios probatorios; como por ejemplo, la toma de prueba de absorción atómica que permitiera verificar que no habían disparado. Ciertamente, refirió María Rosalba Galeano González –hermana de los occisos-, que supieron que los cadáveres se los habían llevado para Cocorná pero que no podían ir a reclamarlos porque los mataban.

Dicha circunstancia, se explicaría en la medida que al inhumarse como anónimos, dificultaría cualquier averiguación sobre lo sucedido, y ello devela que el éxito operacional ideal, no era la captura; pues los señalados como subversivos podrían defenderse –se supo cómo **CALLEJAS** y **PEREA**, insistieron para que los heridos se achacaran esa condición, y no lo consiguieron-. Ello respondería por qué, pese a que cualquiera de los dos resultados sería eficaz para desestabilizar los grupos guerrilleros y les reportaría permisos o reconocimiento para ascensos, se optaba por la muerte de personas, así fueran civiles, para presentarlos como tal.

Las supuestas órdenes de superiores de llevarlos hasta lugares distantes; como se indicó, en muchos casos, ha servido para facilitar ese tipo de actividades; aunque en este caso, ni siquiera se probaron.

Sumado a que no se demostró la imposibilidad de desplazamiento de una autoridad de policía que pudiera realizar la inspección de cadáveres in situ, también se corresponde con la práctica generalizada, y verificada en la experiencia judicial, de evitación de una autoridad diferente que pudiese ser más objetivo en la observación de detalles que permitieran develar las circunstancias de

lo acontecido, como la recolección, de medios de conocimiento, en el teatro de los acontecimientos.

De otro lado, bien podría cuestionarse la Sala; qué motivaría a dos soldados –López y Sánchez-, supuestamente, ajenos a los hechos a aceptar responsabilidad penal por homicidio en persona protegida (2), solo *“por evitarse el proceso o porque como Caro murió no les iban a creer y debían responder”*, si supuestamente fue un acto deliberado de Caro, del cual, insístase, ninguno dio cuenta inicialmente.

En todo caso, López fue quien, poco después de los últimos disparos, que, al parecer, fueron los mortales, llegó a la vivienda campesina donde estaba la señora Marta Elena Vergara Giraldo a decir que uno había muerto, y se llevaría unos caballos, y que los dejarían en *“Santana”*, como en efecto ocurrió (fl. 239, C. O. 4).

Además, de evidenciarse que sí había comunidad de designio entre los militares, pone en evidencia que i) el Teniente no demoró en llegar al sitios de los decesos, y por eso daría la orden de llevar los caballos para trasportar los cuerpos; pues difícil pensar que fuese iniciativa del referido soldado; ii) En cualquiera de esas posibilidades, no fue necesario mayor discernimiento para llevarlos hasta ese otro lugar, pues, incluso, el soldado ya sabía dónde dejarían los cuadrúpedos. Por lo que también queda en entredicho que fuese el resultado de una orden de superiores del oficial, y sin constatación de si era posible que se desplazara hasta allí el Inspector de Policía.

Recuérdese, igualmente, que según lo dicho por la citada declarante, López era, precisamente el que se la pasaba con **CALLEJAS**. En

similar dirección, aunque Sánchez inicialmente negó que en la persecución disparara, luego reconoció que sí, y que lo hicieron **PEREA, CALLEJAS** y “*los de abajo*”.

Por tanto, para la Sala dicha aceptación de responsabilidad penal, acaba de desechar cualquier posibilidad de un acto individual y exclusivo de un soldado, y emerge que todo obedecía a un plan común, en el que quienes acabaron de concretar el resultado, fueron quienes aceptaron cargo, Caro, y los demás que quedaron el sector, así pretendan hacer creer que estaban al margen, como el caso de **CALLEJAS**, quien desde la persecución asumió un rol protagónico, comandando una escuadra, y disparando, y luego, con agresiones a los retenidos, aspirando que se atribuyeran la condición de guerrilleros, por lo que resulta creíble, como lo predicó Ubiel de Jesús Ramírez, que aquél quedara con los heridos que poco después fueron muertos, y ante su compromiso con presentarlos como guerrilleros hubiera participado de la acción que culminó con la muerte.

Por consiguiente, la admisión de responsabilidad, con todas las garantías, frente a los graves resultados, solamente se explica porque, en verdad, participaron en los actos ejecutivos mancomunados que condujeron a la muerte de las víctimas, aprovechando para tratar de favorecer a sus superiores y a **CALLEJAS**, el cual no solo era cercano a López, sino que era el más antiguo y gozaba de la confianza de sus superiores; pues, incluso **PEREA** se apoyaba en él, para que comandara otros soldados, como lo reconoció **CALLEJAS**, en punto a la persecución.

Complementariamente, el afán del oficial y del suboficial, para que en la primera versión, los soldados fueran coincidentes, devela que tenían un interés directo en presentar los hechos, faltando a la verdad, como si las personas hubieran quedado muertas; de una vez, en el presunto combate inicial, y no que hubo maliciosa persecución con disparos de fusil a personas que no llevaban armas en sus manos, y que luego de capturarlos heridos, les produjeron la muerte.

Bastante cándidas las explicaciones, sobre dicha maniobra, en la que aleccionaron a todos los soldados, solo para que se acordaran del procedimiento, cuando lo que se detecta es que la finalidad era un relato contrario a lo ocurrido, en el que reinara la parquedad sin detalles, para no incurrir en contradicciones.

En ese afán por evadir responsabilidades fue que **PEREA PEREA**, pese a la presunta actividad rememorativa, trató de ocultar que estaba entre el grupo de militares que persiguieron y dispararon contra los indefensos campesinos, para luego admitir que estuvo en la maniobra, explicando que se había confundido con otra acción militar, lo cual fue coreado por los demás.

Precisamente, después de la revelación efectuada por Ubiel de Jesús Ramírez, fueron virando en sus aseveraciones, tratando de acoplarlas a sus convenientes perspectivas, pero corroborando aspectos puntuales del delator, con lo que, además, queda claro que los demás militares, no solamente sí recordaban lo realmente acontecido, sino que pretendieron ocultarlo. Ese comportamiento dirigido a uniformar los relatos, es propio de quienes no están diciendo la verdad, de donde se colige que era parte del plan de evasión de responsabilidades.

Justamente, en razón de la preocupación que les ocasionaba que saliera a flote lo ocurrido, fue que **PEREA** y **MARTÍNEZ** le propusieron a Ubiel de Jesús Ramírez que les ayudara indicando que lo dicho, previamente, era mentira ofreciéndole alguna retribución (una hora 15 minutos y 29 segundos), y le decían qué era lo que debía decir; es decir, tergiversando la verdad. Esas presiones y ofrecimientos solamente se explicarían como unas acciones propias de quienes han delinquido, dirigidas a su impunidad.

Dado que el destinatario de esos ofrecimientos no aceptó, empezaron a ejercer presión intimidándolo, pues López le indicó que los muchachos le mandaban a decir que los sapos morían “estripados” (1 hora 12 min y 10 segundos).

De esa pertinaz actitud, se deriva el indicio de actividades posteriores dirigidas a evitar la deducción de la responsabilidad penal. De algún modo, los procesados admitieron interactuar con el citado declarante, pero que solamente aspiraban a que dijera la verdad, lo cual, con el contexto de lo develado, se cae de su peso.

Para la Sala es razonable el análisis realizado por la Fiscalía y apoderado de víctimas en lo que a la simulación del combate se refiere; tesis que se robustece al evaluar conjuntamente la declaración de Ubiel de Jesús Ramírez, con algunas expresiones destacadas de otros militares, las aseveraciones de los familiares de las víctimas, en relación con las actividades que desempeñaban en vida, se evidencia que ninguno de ellos estaba o había pertenecido a las filas guerrilleras, y aunque especulativamente, se pensara que alguno hubiese tenido esa pertenencia, la teoría del Homicidio en Persona

Protegida, se mantendría, pues no esgrimieron armas contra los miembros de Ejército, ni ninguna actitud que ameritaran las acciones descritas.

Como quiera, que a esos medios demostrativos, se suman pluralidad de indicios, acabados de destacar, es importante hacer hincapié que esas formas demostrativas, como medios de prueba indirecta, permiten reconstruir la escena de los hechos, en aquellos eventos en que los elementos materiales probatorios y evidencia física son escasos, por las circunstancias en que se desarrollaron los hechos, tal y como sucedió en este caso.

La reconstrucción de los hechos a partir de pruebas indirectas ha sido una postura acogida por la Corte Suprema de Justicia (Auto del 24 de enero de 2007, radicado 26.618 y sentencia del 26 de octubre del año 2000, radicado 15.610, entre otras).

Aspectos que sumados a la merma de credibilidad que podrían generar las declaraciones de la mayoría de militares, no se asoma siquiera tenuemente la posibilidad de una duda razonable; en el entendido que fuera posible pensar en que hubo combate, porque esa hipótesis no cuenta con ningún respaldo serio.

Como puede verse, la división de tareas en la etapa ejecutiva, que, sin asomo de duda, sobresalen en el decurso procesal, denotándose el dominio del hecho funcional como directriz de su coautoría, característico de esta forma plural en donde los acusados, desplegaron su comportamiento –muerte de dos personas- unidos por

una comunidad de ánimo, dividiendo sus tareas y contribuyendo decisivamente al agotamiento de la conducta punible.

No hay duda que las acciones desplegadas por **JOSÉ CLEMENTE PEREA PEREA**, contribuyeron, decididamente, para lograr la consumación de la conducta punible, culminada por Caro; López, Sánchez y **CARLOS MARIO CALLEJAS**; en esa medida, sus realizaciones son mancomunadas y recíprocas, pues en virtud del acuerdo que afloró y ejercieron para extinguir la vida de los hermanos Galeano González, en donde sin su aporte se hubiese frustrado la finalidad, iterando que su función fue de significación esencial en la concreta realización del delito, al punto que si el primeramente mencionado hubiese rehusado prestar colaboración, sumando su fuerza y voluntad, hubiese hecho fracasar la voluntad conjunta.

Además debe resaltar la Sala que por parte de los militares se dio una acumulación de esfuerzos que les permitió mediante acciones mancomunadas formadas por actos parciales pero conexos (primer y segundo episodio) materializar su fin común, de tal forma que la conducta realizada en el específico supuesto de hecho coincide con la representación abstracta que el legislador ha establecido previamente en el respectivo precepto penal del artículo 29 inciso 2º.

Los defensores, han pretendido que las acciones de sus procurados, sean examinadas aisladamente para que no se les deduzca responsabilidad penal, por supuesto, es propuesta resulta absurda y desnaturalizaría, por lo mismo, la figura de la coautoría, olvidando, el principio de imputación recíproca que la gobierna, según el cual, a cada uno de los intervinientes se le imputa la totalidad del hecho con

independencia de la concreta aportación que cada uno haya realizado, por lo que, los actos realizados por cada uno de los coautores, conforme al plan previsto, son imputables a todos los demás.

La circunstancia, por consiguiente, de que un hecho, analizado insularmente, no solamente no sea delictivo sino lícito, no faculta, entonces, a un coautor, a reclamar la absolución, por su aporte, pues, esto equivaldría a descuartizar la conducta punible, perpetrada mancomunada, conjuntamente y con un idéntico derrotero criminal, y a delimitar responsabilidades parciales, contraviniendo, extravagantemente, el principio antes invocado que lleva ínsita la distribución de funciones o roles.

Mal podría, el intérprete, en otras palabras, extraer responsabilidades fragmentarias, cuando existe una voluntad compartida para perpetrar un delito y un aporte conductual esencial, orientado a la materialización de éste. Por eso es irrelevante, en la hipótesis sometida a estudio, que **JOSÉ CLEMENTE PEREA y CARLOS MARIO CALLEJAS**, hubiesen contribuido, con los demás militares a producir las heridas leves de los hermanos que posteriormente, otros acabaron de matar, pues, las consecuencias en el ámbito penal son las mismas al resultado común querido, al cual se ha hecho una contribución importante, dado que, en las condiciones vistas, era necesaria esa primera acción para que se materializara la segunda.

En esa dirección, es necesario evocar, se ha manifestado la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia:

“... es consecuencia del llamado principio de imputación recíproca, según el cual, cuando existe una resolución común al hecho, lo que haga cada uno de los coautores es extensible a todos los demás, sin perjuicio de que las otras contribuciones individual-mente consideradas sean o no por sí solas constitutivas de delito.”⁷

(negrilla no incluida en el texto)

Por consiguiente, es de la naturaleza de la coautoría impropia que cada sujeto que mancomunadamente actúa no necesariamente debe realizar idéntica acción para la contribución del fin propuesto. A modo de ejemplo, una persona puede ser coautor sin herir con el cuchillo con el que se causa la muerte; pues su contribución puede consistir en sostener la víctima, mientras otro lo hace.

En efecto, el hecho de que una persona no active, directamente, un arma, no excluye su responsabilidad penal, si el individuo de alguna manera actúa para realizar el comportamiento, según se extracta del artículo 29 de nuestro estatuto penal.

Recapitulando **JOSÉ CLEMENTE PEREA, sin proclama y con la expresión “ahí vienen”**, dispuso la persecución y disparó contra las dos personas que resultaron heridas, lo cual era importante para la consumación del resultado muerte, y los dejó con quienes habrían de culminar ese propósito; por lo que ni se alarmó ante nuevos disparos, cuando se fue con Ramírez al encuentro del oficial, ni indagó por las razones por las cuales murieron las personas que habían quedado levemente heridas. Incluso, podría pensarse que su retirada acompañado de Ubiel de Jesús Ramírez, fuese para facilitar que

⁷ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala Casación Penal, sentencia radicación 23438 del 2 de julio de 2008, M. P. Julio Enrique Socha Salamanca

Nº INTERNO	2018-0566-3
RADICADO	05-000-31-07-002-2015-00564
PROCESADOS	GERARDO A. MARTÍNEZ, JOSÉ C. PEREA CARLOS MARIO CALLEJAS MONSALVE
DELITO	ENCUBRIMIENTO POR FAVORECIMIENTO
ASUNTO	SENTENCIA CONDENATORIA
DECISIÓN	MODIFICA

soldados más antiguos consolidaran el resultado, pues, era una labor que podrían realizar soldados experimentados en esas formas de obrar como **CARLOS MARIO CALLEJAS** (en sentencia anticipada proferida por el Juzgado Primero Penal Adjunto del Circuito Especializado de Antioquia, del 5 de marzo de 2013, se le condenó por similar comportamiento, con respecto a hechos ocurridos en el mismo municipio el 20 de mayo de 2004 (fls. 226 y siguientes, cuaderno número 9), **sin que fuera razón suficiente que este estuviera cansado, pues las actividades desarrolladas por el suboficial, según se dijo, habían sido similares.**

Develó el apoyo posterior, para lo cual era necesario persistir en que habían quedado gravemente heridos, y que la muerte les habría sobrevenido de las heridas iniciales, lo cual no era cierto.

Claramente **CARLOS MARIO CALLEJAS** estaba inserto en el designio criminal, por lo que contribuyó decididamente a disparar –a pesar que en algún momento lo negó-, sin proclama sino con la mera expresión de **JOSÉ CLEMENTE PEREA**, luego de hallar los heridos, golpeó a uno de ellos forzándolo para que reconociera la calidad de guerrillero, y luego quedó entre el grupo de militares que materializaron la muerte de quienes se hallaban levemente heridos; por eso, nunca denunció o puso en conocimiento inicialmente que se tratara de una conducta impensada de Caro. En ese orden de cosas, resultó admitiendo que se cometieron errores en esos homicidios.

En el plan propuesto era imprescindible contar con el apoyo espiritual, o psicológico como había dicho en sus compromisos misionales, del oficial **GERARDO ANTONIO MARTÍNEZ CALDERÓN, a sabiendas**

que un resultado como la muerte de dos civiles, no solo le servirían para la presentación de eficacia en las acciones sino que contarían con inquebrantable voluntad de presentarlos como muertes en combate, para lo cual adecuaría la escena, y así lo reportaría; por ello, incluso, se aventuró a colocar una granada, que llevaba consigo, a uno de los cuerpos, sin que fuera admisible que lo hiciera para procurar beneficiar a un soldado que hubiera obrado, individual y deliberadamente al margen de la Ley.

Tampoco se sobresaltó con los nuevos disparos que se escucharon, como relató Ubiel de Jesús Ramírez, al momento de su encuentro, ni indagó sobre lo ocurrido o por la razón por la que los sujetos estaban muertos, pese a que se los habían reportado como heridos.

No hay duda que, como lo expresó en la mayoría de oportunidades JOSÉ CLEMENTE PEREA PEREA, había buena comunicación, por lo que la persistencia de GERARDO ANTONIO MARTÍNEZ CALDERÓN en que no, solamente se contrae a desligar la posibilidad de enterarse cómo se desarrollaba lo propuesto o de dar instrucciones, sobre la sujeción al plan propuesto.

Tanto el oficial como el suboficial, fueron proactivos en moldear lo que dirían los soldados ante la justicia penal militar; en el sentido que había sido un acto deliberado de Caro, sin que fuera de recibo que fuera para que recordaran lo ocurrido, cuando precisamente ninguno de los dos se encontraba al momento de concretarse las muertes, por

lo mismo absurdo que a toda costa traten de convencer que **CARLOS MARIO CALLEJAS MONSALVE no estaba en el lugar donde se produjeron las muertes, y que solo lo hizo Caro**. Luego, trataron de convencer, con ofrecimientos a Ubiel de Jesús Ramírez, y luego le hicieron saber de amenazas.

Entonces, el oficial **GERARDO ANTONIO MARTÍNEZ CALDERÓN**, no solo con su aval, apoyaba a sus subalternos para que mataran los indefensos campesinos, lo cual, era sustancial, pues ningún inferior se atrevería a realizar tan graves comportamientos a sabiendas de las consecuencias que podrían sobrevenirles, mediante investigaciones disciplinarias y penales, de ser promovidas por su inmediato superior; por el contrario, podrían sentirse tranquilos de obrar antijurídicamente con la complacencia y apoyo del superior para acabar de diseñar la presentación de los desafortunados individuos como muertos en combate –incluida la acomodación de elementos de guerra, como la granada y material para explosivos, y de intendencia-, para beneficiarse, además de permisos, de “éxitos”, para futuros ascensos.

Por supuesto, con ese apoyo moral del oficial y con el señalamiento de **JOSÉ CLEMENTE PEREA PEREA de quiénes eran los objetivos, y dispararles, junto a los demás soldados incluidos CARLOS MARIO CALLEJAS MONSALVE**; se incrementaba la agresividad de los militares y la eficacia en las acciones para herir, retener y disparar nuevamente, para la consecución de la finalidad mancomunada. Insístase que sin la connivencia del oficial, carecía de sentido la realización de las acciones de los soldados, si aquél no estaba presto a maquillar la escena, para la presentación del reporte en los términos

ya conocidos, y con el traslado de los cuerpos hasta Cocorná, con el propósito identificado.

En las circunstancias vistas, no se requería que el oficial o el suboficial, estuvieran en el sitio exacto donde se produjo el desenlace fatal, como lo han planteado los recurrentes, pues no se requerían para el despliegue total del verbo rector, pues sus aportes ya estaban claros.

Sobre el apoyo moral o espiritual en la fase de ejecución la Sala de Casación Penal, de la Corte Suprema de Justicia, hace tiempo ha mantenido una clara línea jurisprudencial:

“Dos. Aporte significativo durante la ejecución del hecho, es decir, prestación de algo trascendente para su comisión, servicio importante que cada uno de los concurrentes presta a la gesta delictiva.

Esa contribución común en pro del mismo fin puede ser material o moral -"espiritual"-, por ejemplo cuando, en esta última hipótesis, la presencia definida de uno de los comuneros refuerza o estimula el cumplimiento del plan trazado, presiona y multiplica las energías de los otros, apoya al resto, reduce las defensas de la víctima, aumenta la intimidación padecida por ésta, incrementa la agresividad de los otros autores o comporta una mayor seguridad para estos en cuanto, vgr., la cantidad de sujetos intensifica el amedrantamiento que sufre la persona objeto de la acción, etc.

(Sentencia 19213 de 21 de agosto de 2003; decisión del 22 de mayo de 2009, dentro del radicado 31582 y Sentencia 31748 de agosto 9 de 2010, entre otras).

Nº INTERNO	2018-0566-3
RADICADO	05-000-31-07-002-2015-00564
PROCESADOS	GERARDO A. MARTÍNEZ, JOSÉ C. PEREA CARLOS MARIO CALLEJAS MONSALVE
DELITO	ENCUBRIMIENTO POR FAVORECIMIENTO
ASUNTO	SENTENCIA CONDENATORIA
DECISIÓN	MODIFICA

Insístase, como lo señalaron Fiscalía y apoderado de la parte civil, no era necesario que cada uno de los acusados **GERARDO ANTONIO MARTÍNEZ CALDERÓN, JOSÉ CLEMENTE PEREA PEREA, y CARLOS MARIO CALLEJAS MONSALVE**, desplegaran totalmente la acción de matar, pues con la importante contribución en específicos escenarios para la consecución del fin, basta para imputarles los cargos, razón por la cual se le atribuye el delito de Homicidio en Persona Protegida; porque, hubo unión de fuerzas y acciones para segar la vida de los hermanos Rubén Darío Galeano González y Gustavo Emilio Galeano González.

Por lo tanto, la responsabilidad de los acusados, en el homicidio en persona protegida, es atribuible, en calidad de **coautoría impropia**, basada en la consecución de una conducta punible, que se lleva a cabo a través de trabajo mancomunado, con contribución objetiva (material o moral); con base en la cual, el autor hace parte de lo ocurrido con unión de los otros.

Dada la necesidad de modificar la sentencia, para ajustarla a la condena por el delito de Homicidio en Persona Protegida, y por lo mismo congruente con el pliego de cargos, se torna irrelevante el estudio de la presunta vulneración a ese principio, propuesta por la Fiscalía y la defensa, por lo que se deben examinar las categorías dogmáticas que permiten estructurar el delito.

En esas condiciones, los acusados, deberán responder por haber provocado la muerte de dos civiles; valga recordar; los señores Rubén Darío Galeano González y Gustavo Emilio Galeano González y que ellos, junto a otros militares, pretendieron dar visos de muertos en

combate. Por eso se les deberá condenar por el delito de **Homicidio en Persona Protegida (2)**, contemplado en el artículo 135 del código penal.

Es evidente, además, que se transgredieron normas de raigambre internacional, como son los parámetros del Derecho Internacional Humanitario (DIH), o de regulación de los conflictos armados, en los que una de las principales pretensiones es la exclusión de personas ajenas a los actores que se sumergen en contienda. Esa anhelada indemnidad, fue la que se quebrantó con el indolente actuar de las fuerzas militares, en este caso, era perfectamente comprensible que se materializara un resultado dañino para el bien jurídico de la vida de personas ajenas al conflicto armado, de lo cual eran conocedores los militares y quisieron su realización; es decir, obraron dolosamente.

Entre otras cosas, porque así hubiesen sido miembros de un grupo ilegal, nada eximía el respeto por sus vidas porque los militares debían respeto por los derechos humanitarios, ante la situación de hallarse sin esgrimir armas.

Deviene necesario concluir, que emerge con total claridad que con los aportes causales, susceptibles de imputación jurídica del resultado, desplegados por los señores acusados **GERARDO ANTONIO MARTÍNEZ CALDERÓN, JOSÉ CLEMENTE PEREA PEREA, y CARLOS MARIO CALLEJAS MONSALVE**, contribuyeron eficazmente a conjugar, positivamente, la descripción normativa denominada Homicidio en Persona Protegida, de los que resultaron víctimas los señores Rubén Darío Galeano González y Gustavo Emilio Galeano González.

Concretada la conducta típica imputada a los señores **GERARDO ANTONIO MARTÍNEZ CALDERÓN, JOSÉ CLEMENTE PEREA PEREA, y CARLOS MARIO CALLEJAS MONSALVE**, es menester indicar que, además, su accionar se amolda al dispositivo amplificador de la coautoría, más concretamente, en su modalidad de impropia, puesto que adhirieron su voluntad al plan común diseñado y ejecutaron aportes esenciales para la ejecución de los homicidios en personas protegidas, con el cual co-dominaba funcionalmente el hecho que les permitió la comisión de los comportamientos especificados, es decir, obró conforme las previsiones del artículo 29 de la ley 599 de 2.000. En consecuencia, es dable pregonar que existe certeza de la tipicidad de la conducta de Homicidio en Persona Protegida.

En cuanto a la antijuridicidad de la conducta objeto de juzgamiento, el legislador busca la protección de bienes jurídicos, tales como “La Vida e integridad Personal” y las Personas y Bienes protegidos por el Derecho Internacional humanitario, de donde se deriva que con la comisión de la conducta delictiva, se vulneró efectivamente, dicho bien jurídico. Sin lugar a equívocos, con la concreción de las conductas enunciadas se pugnó con el ordenamiento penal (aspecto formal), y está determinado que las mismas representaron un desmedro para el bien jurídico tutelado (aspecto material), sin que, por supuesto, hubiese alguna justificación válida, para los comportamientos desarrollados por los procesados, para aunar su voluntad a tan repudiable designio criminal. Por lo anterior, la conducta desplegada es antijurídica, al no estar demostrada ninguna de sus causales de exclusión de esta categoría dogmática de las contempladas por el artículo 32 del catálogo represor.

En lo que se refiere a la culpabilidad, se tiene que es un juicio de reproche que tiene entre sus fundamentos: (i) la capacidad de culpabilidad, (ii) la conciencia de la antijuridicidad y (iii) la exigibilidad de otra conducta.

En el presente caso, los enjuiciados **GERARDO ANTONIO MARTÍNEZ CALDERÓN, JOSÉ CLEMENTE PEREA PEREA, y CARLOS MARIO CALLEJAS MONSALVE**, ejecutaron la conducta típica y antijurídica, como fruto de una operación mental libre y voluntaria, máxime cuando, en ese momento, eran personas con suficiente madurez mental y capacidad de autodeterminarse (imputable).

Es que del conocimiento que se tiene de la personalidad de los sujetos agentes de la ilicitud, en sus diferentes salidas procesales, se colige que son personas que comprenden y saben diferenciar lo permitido de lo prohibido, que sabían de las consecuencias de su actuar torcido, alejado del camino de la honestidad y rectitud que deben atemperar en los seres humanos y, aun así, sin que nadie los obligara, de manera libre, consciente, voluntaria direccionaron su querer a la realización de la conducta de Homicidio en persona Protegida. Tampoco se advierte ninguna causal de inimputabilidad como inmadurez psicológica, trastorno mental, diversidad sociocultural o estados análogos a estos, que pueda ser aplicada a favor de los sujetos pasivos de la investigación penal.

La conciencia de antijuridicidad, para predicarse, basta con que sea actualizable o potencial. El conocimiento de la ilicitud del injusto se desprende de la lectura de la indagatoria vertida por los procesados,

en las que fácilmente puede inferirse que se trata de personas con un concepto amplio de la vida en comunidad, de la existencia de un conjunto de normas y reglas que es deber acatar y obedecer, acerca de que no es permitido producir la muerte a un semejante, civil y desarmado, lo cual es, a todas luces, un delito.

Conviene aclarar, no se requieren profundos conocimientos jurídicos, para comprender, a través de la razón práctica que detentamos todos los hombres, como don inherente y consustancial a la naturaleza humana, que existen una serie conductas que nuestra sociedad reprocha y sanciona. Quién osaría refutar que no se deben despojar del derecho a la Vida de sus semejantes, máxime si son ajenos a cualquier forma de conflicto armado.

La sociedad en general y el mismo Estado, le exigían a los señores **GERARDO ANTONIO MARTÍNEZ CALDERÓN, JOSÉ CLEMENTE PEREA PEREA, y CARLOS MARIO CALLEJAS MONSALVE, como miembros del Ejército Nacional**, una conducta conforme a derecho; abstenerse de privar ilícitamente de la vida a unas personas que no se les estaban enfrentando, por lo que en lugar de atacarlos era su obligación la protección de su vida. Como no obedecieron los mandatos legales –pudiendo hacerlo- y fue su querer ubicarse en el plano de la ilicitud, se hacen acreedores al reproche social y a la sanción penal correspondiente.

Lo siguiente, es abordar el proceso de graduación de la sanción penal conforme a los parámetros y reglas preceptuados en el artículo 61 y siguiente del Código Penal de 2.000. Por supuesto, para la base de las penas, se debe toman en consideración la norma original de la Ley

599 de 2000, sin la modificación de la Ley 890 de 2004, por cuanto que no regía al momento de la comisión de las conductas punibles.

El ámbito de movilidad de la conducta de **Homicidio en Persona Protegida**, para uno de los dos delitos de la misma especie, factor que resulta de restar a la pena máxima la mínima $(40-30) = 10$ años. Luego se divide en cuatro (4) para poder determinar el monto de cada uno de los cuartos que trata al artículo 61 del Código Penal $(10 \text{ años}/4) = 2$ años 6 meses. Entonces, cada cuarto queda integrado así: **Cuarto mínimo:** 30 años a 32 años 6 meses de prisión; **Primer cuarto medio:** de 32 años 6 meses a 35 años de prisión; **Segundo cuarto medio:** de 35 años a 37 años 6 meses de prisión; **Cuarto máximo:** 37 años 6 meses a 40 años de prisión.

En relación con la pena de multa, resulta de restar a la pena máxima la mínima $(5.000-2.000) = 3.000$ s.m.l.m.v. Luego se divide en cuatro (4) para poder determinar el monto de cada uno de los cuartos que trata al artículo 61 del Código Penal $(3.000/4) = 750$ s.m.l.m.v. Entonces, cada cuarto queda integrado así: **Cuarto mínimo:** 2.000 a 2.750 s.m.l.m.v de multa; **Primer cuarto medio:** de 2.750 a 3.500 s.m.m.l.v.; **Segundo cuarto medio:** de 3.500 a 4.250 s.m.l.m.v. **Cuarto máximo:** de 4.250 a 5.000 s.m.l.m.v.

Con respecto a la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas; el ámbito punitivo de 5 años $(20 - 15)$; dividido por 4, da 1 año y 3 meses; por ende: **primer cuarto punitivo** de 15 a 16 años y 3 meses; **primer cuarto medio** de 16 años y 3 meses a 17 años y 6 meses; **segundo cuarto medio:** de 17 años y 6 meses a 18 años y 9 meses; y **cuarto máximo** de 18 años y 9 meses a 20 años.

En aplicación del inciso 2º del artículo 61 de la Ley 599 de 2000, habida cuenta que no aparece, en el expediente, constancia que acredite la existencia de sentencias condenatorias debidamente ejecutoriadas (con respecto a **CARLOS MARIO CALLEJAS** se aportó una de primera instancia sin establecerse si quedó en firme –fls. 226 y siguientes C. O. 9) en contra de los procesados, se acoge la circunstancia de menor punibilidad, de que trata el numeral 1º del artículo 55 del Código Penal.

En la resolución de acusación, con fecha 30 de marzo de 2015, se delimitaron circunstancias de mayor punibilidad (páginas 39 a 47); básicamente se atribuyeron las contempladas en el ordinal 2º del artículo 58; al estimar que perpetraron del comportamiento de Homicidio en Persona Protegida, contra dos personas, por un motivo fútil; es decir, una razón insignificante, como lo fue reportar un éxito operacional.

Igualmente, se les achacó la causal del ordinal 5º referente a que se aprovechó la situación de indefensión de dos campesinos sometidos por las armas de los militares, y luego de se les produjo la muerte, estando heridos, sin ninguna posibilidad de defensa. También se les enrostró la circunstancia del ordinal décimo, por haber obrado en coparticipación criminal.

Además, al oficial y al suboficial, la posición y el poder en los cargos de comandantes para influir en los subordinados para llevar a cabo el homicidio.

Nº INTERNO	2018-0566-3
RADICADO	05-000-31-07-002-2015-00564
PROCESADOS	GERARDO A. MARTÍNEZ, JOSÉ C. PEREA CARLOS MARIO CALLEJAS MONSALVE
DELITO	ENCUBRIMIENTO POR FAVORECIMIENTO
ASUNTO	SENTENCIA CONDENATORIA
DECISIÓN	MODIFICA

A juicio de la Sala, a pesar que, de un modo u otro, tendrían soporte los supuestos fácticos de las circunstancias aducidas; solamente se podrá deducir la relacionada con la coparticipación criminal en su realización, en cuanto a la confluencia de la participación mancomunada de personas para asegurar el resultado, lo cual también debe servir de parámetro de mayor reproche, como lo explicó con suficiencia la Fiscalía en el llamamiento a juicio y que quedó demostrado, a lo largo de la actuación.

En lo que concierne a las otras circunstancias formuladas, aunque frente a algunas se satisfacen los hechos jurídicamente relevantes, razones del orden jurídico impiden su deducción.

Aunque fue un indicio grave el posible móvil que alentó a los militares para acabar con la vida de los dos campesinos, por mostrar un éxito operacional y, de esa manera, acceder a dadas como permisos, felicitaciones y a futuro facilitar ascensos, lo cual es bastante infame y amerita mayor reproche; empero, como también se destacó en la presente providencia, existían razones de peso, desde más altas jerarquías para tan torcidos resultados, como lo era una sistemática exigencia de presentar resultados, a como diera lugar, quizás por satisfacer los propósitos del Gobierno de dar la sensación de remontar la batalla contra la insurgencia, lo cual, al menos, pondría en entredicho que el motivo fuese insignificante.

En lo que concierne a las otras dos circunstancias, precisamente la situación de indefensión se deriva del tipo penal básico, dado que al ser personas que no son combatientes, se encuentran en una relación de debilidad frente al agresor, o bien porque son civiles o han

depuesto las armas, etc., por lo que se infringiría el principio constitucional del non bis in ídem, al deducirse la circunstancia del aprovechamiento de la clara situación de indefensión.

Otro tanto acontecería con el poder, la preeminencia o superioridad del oficial y suboficial para influir en sus subordinados, cuando, según lo predicado, dichas condiciones fueron las necesarias para su aporte eficaz al plan delictivo, en la fase ejecutiva.

Por consiguiente confluiría una circunstancia de mayor punibilidad y una de menor punibilidad, lo cual impone que la sanción que se imponga, estará enmarcada dentro del primer cuarto medio punitivo, sin que sea menester apartarnos del tope mínimo, dentro de ese rango, en virtud a que por sí misma, la punibilidad para esta clase de conductas es bastante gravosa y no se puede desconocer que en el desarrollo del mencionado delito, no se presentaron excesos o una especial forma de actuar; por ende, **se impondrán treinta (32) años y seis (6) meses de prisión y multa de dos mil (2.750) SMLMV y 16 años y 3 meses de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, por uno de los delitos.**

Como quiera que las penas imponibles, revisten la misma gravedad, a partir de una de ellas, se deberá adicionar una proporción por la otra, lo cual puede ser hasta en otro tanto, sin que se acuda a suma aritmética ni se superen los máximos establecidos en la Ley, de acuerdo con el artículo 31 del Código Penal.

Seguidamente, corresponde con base en los factores exigidos para el incremento de pena en caso de concurso de conductas punibles,

Nº INTERNO	2018-0566-3
RADICADO	05-000-31-07-002-2015-00564
PROCESADOS	GERARDO A. MARTÍNEZ, JOSÉ C. PEREA CARLOS MARIO CALLEJAS MONSALVE
DELITO	ENCUBRIMIENTO POR FAVORECIMIENTO
ASUNTO	SENTENCIA CONDENATORIA
DECISIÓN	MODIFICA

fijados en la providencia del 18 de noviembre de 2008, dentro de la radicación 30.539; valga recordar por el número de delitos; gravedad de los concursantes, etc., y conforme al principio de proporcionalidad y razonabilidad (SP 338-2019. 13 de febrero, radicación 47.675).

En consecuencia, dada la pluralidad de comportamientos punibles de la misma especie (2), de la misma intensidad y gravedad para las víctimas, se agregarán 10 años y 10 meses de prisión, a la deducida por el delito base, **para un total de 43 años y 4 meses de pena principal privativa de la libertad de prisión.**

A la multa base, de 2.750 s. m. l. m. v., bajo el mismo criterio y en similar proporción se agregara una tercera parte de aquélla; es decir, 916,6 s. m. l. m. v., para un total de **multa de 3.666,6 s. m. l. m. v.** Dicha sanción, tendrá como destino, el Consejo Superior de la Judicatura, cuenta número 050-00118-9 del Banco Popular, para lo cual, se le concederá como plazo máximo para su pago, el de tres (3) meses contados a partir de la ejecutoria de ésta decisión, vencido el plazo otorgado, se compulsará copias ante la oficina de Cobro Coactivo respectiva.

Igualmente, a los 16 años y 3 meses de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, se adicionan 5 años y 5 meses; también la tercera parte de la base, para un total de 21 años y 8 meses. No obstante, como quiera que, se excedería el máximo de 20 años previsto en el artículo 51 del Código Penal, se ajustará a dicha proporción, por lo que será al lapso a imponer, 20 años, como pena privativa del derecho examinado, para respetar la legalidad de la pena.

Nº INTERNO	2018-0566-3
RADICADO	05-000-31-07-002-2015-00564
PROCESADOS	GERARDO A. MARTÍNEZ, JOSÉ C. PEREA CARLOS MARIO CALLEJAS MONSALVE
DELITO	ENCUBRIMIENTO POR FAVORECIMIENTO
ASUNTO	SENTENCIA CONDENATORIA
DECISIÓN	MODIFICA

Por lo expuesto, se modificará la sentencia de primera instancia, en el sentido de condenar por el delito de Homicidio en Persona Protegida, enmarcado en el artículo 135 del código penal, a los absueltos en primera instancia, señores **GERARDO ANTONIO MARTÍNEZ CALDERÓN, JOSÉ CLEMENTE PEREA PEREA, y CARLOS MARIO CALLEJAS MONSALVE**, e imponerles, en condición de coautores, a cada uno, la pena principal privativa de la libertad de **CUARENTA Y TRES (43) AÑOS Y CUATRO (4) MESES DE PRISIÓN; MULTA DE 3.666,6 SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES E INHABILITACIÓN PARA EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS DE VEINTE (20) AÑOS.**

El artículo 63 de la Ley 599 de 2000, señala que en la sentencia condenatoria el juez puede suspender la ejecución de la pena por un período de prueba de dos (2) a cinco (5) años, siempre que la pena impuesta no exceda de tres (3) años de prisión y que la personalidad, naturaleza y modalidad de la conducta punible, permitan suponer que el condenado no requiere tratamiento penitenciario.

Para el caso sub júdice, no se reúne el presupuesto objetivo exigido, por lo que no se concederá el subrogado, sin que requiera examen del requisito subjetivo. Además, por la gravedad de la conducta, la incidencia social que estos fenómenos delictivos representan, el estado de zozobra que origina y la pérdida de confianza en las acciones militares, requieren de una reacción proporcional dentro de una política de resocialización. Entonces, se dispondrá que se haga efectiva la sanción penal correspondiente, en el Establecimiento Carcelario que para tal fin destinen las autoridades penitenciarias.

Nº INTERNO	2018-0566-3
RADICADO	05-000-31-07-002-2015-00564
PROCESADOS	GERARDO A. MARTÍNEZ, JOSÉ C. PEREA CARLOS MARIO CALLEJAS MONSALVE
DELITO	ENCUBRIMIENTO POR FAVORECIMIENTO
ASUNTO	SENTENCIA CONDENATORIA
DECISIÓN	MODIFICA

Tampoco les será concedida la prisión domiciliaria, en lugar de la intramuros, por cuanto que, además del objetivo, no se satisface el presupuesto subjetivo, valga decir, que, por tratarse, precisamente de una conducta atentatoria de un bien jurídico por excelencia esencial para la convivencia pacífica, se puede verificar un pronóstico negativo, en el sentido de que pueden generar un peligro, inminente, para la sociedad, como para concederle este instituto jurídico. Eso sí, se les tendrá, como parte cumplida de la pena, el término que han permanecido en detención por cuenta de este proceso.

En lo que se relaciona con los perjuicios materiales y morales derivados de la ilicitud de Homicidio en Persona Protegida, no hay lugar a condenar a los sentenciados **GERARDO ANTONIO MARTÍNEZ CALDERÓN, JOSÉ CLEMENTE PEREA PEREA, y CARLOS MARIO CALLEJAS MONSALVE**, dado que el apoderado de parte civil no formuló pretensiones de esa índole, pues adujo que su interés era velar por la verdad y la justicia, con base en la sentencia C 228 de 2002), dejando a salvo la posibilidad de demandar ante otra jurisdicción (folios 3 a 5 de la demanda, cuaderno parte civil), como en efecto se hizo y se obtuvo condena en lo contencioso administrativo, mediante acción de reparación directa en contra del Ejército Nacional; el Ministerio de Defensa y la Nación (en primera instancia en sentencia 11 de febrero de 2011, por parte del Juzgado 16 Administrativo del Circuito de Medellín –Fls. 37 y siguientes, C. O. Parte Civil- y confirmada el 23 de enero de 2013, por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo –Fls. 50 y siguientes, *ídem*).

En cuanto a las manifestaciones de la parte civil, se abordarán como alegatos de no recurrente, con los que pretendía condena también por

los comportamientos punibles de Concierto para Delinquir, y Tráfico, Fabricación o Porte de Armas de Fuego o Municiones, propósito inalcanzable, de entrada, porque la competencia estaría limitada las apelaciones debidamente concedidas.

Aunque es verdad, el predicamento de la parte civil, en cuanto a la referencia de un revólver “Smith & Wesson”, 38 especial, del cual, efectivamente, se demostró idoneidad (folios 137 y 138 del cuaderno 1), no podría deducirse ninguna responsabilidad a los militares, porque, como se ha elucidado en el desarrollo del proveído, lo llevaba uno de los interfectos; es decir, no fue colocada por los miembros del Ejército; en esas condiciones no eran quienes lo portaban o llevaban consigo; por lo que fue atinada, la absolución, al respecto, sin que los argumentos del impugnante permitan una conclusión diversa.

Tampoco sería dable acoger la propuesta de dicho sujeto procesal , en cuanto a la condena por el delito de concierto para delinquir agravado, ya que no se demostraron los requisitos para su estructuración, la cual no satisface con la sola pluralidad de personas en la realización del delito, con distribución de funciones, pues como fácilmente se evidencia de los planteamientos, entremezcla los requisitos para la determinación de coautoría impropia del Homicidio en Persona Protegida, con los de la configuración del referido delito contra la seguridad pública.

Baste con agregar, para compartir la decisión absolutoria de primera instancia, que no se demostró que hubiese vocación de permanencia para la idea de realización de plurales e indeterminados delitos, pues aunque es probable la identificación de varios militares con esos

propósitos sistemáticos de la época, en este caso, además de la abstracta mención de Ubiel de Jesús Ramírez, en cuanto que ya se habrían realizado, no se indicaron concretas situaciones que permitieran deducirlo, para pregonar, sin dudas la realización de este delito, pese a la alta probabilidad de que así fuera. Por consiguiente, la duda ha de favorecerlos, por lo que se debe mantener la absolución.

VII. CUESTIÓN FINAL:

Como quiera que la conclusión es que los acusados deben responder por el delito de Homicidio en Persona Protegida, y como se había efectuado expresión de sometimiento a la Justicia Especial para la Paz, pero no se había dado respuesta de esa jurisdicción, si el delito por el que se condenó en primera instancia, se ajustaba a sus competencias; de considerarse propio del conflicto. En la actualidad dado, el delito por el que se condena de Homicidio en Persona Protegida, en virtud del recurso de apelación, deberá examinarse si es dable la remisión de la actuación a ese organismo de justicia transicional.

Esta Corporación, en un primer momento, frente a solicitudes similares se había negado, al considerar que se debía esperar la petición de la aludida Justicia Transicional. Sin embargo, con ocasión de realidades normativas e interpretativas posteriores, ameritaron una revisión de la temática.

En primer lugar, el Acto Legislativo 01 de 2017 y la Ley 1922 de 2018, entre otras, son el resultado del “Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera”,

suscrito el 24 de noviembre de 2016 por el Presidente de la República y las “*FARC EP*”, que se enmarca dentro del propósito de poner fin a un conflicto armado de larga prolongación con el objetivo de materializar el derecho a la paz como bien supremo de todos los colombianos.

En desarrollo de esos postulados el Acto Legislativo 01 de 2017, estableció, algunos parámetros necesarios para la aplicación del tratamiento preferente que debe darse a las investigaciones producidas en razón del conflicto armado en Colombia. De este modo, el art. 5º transitorio establece que la J.E.P conocerá, de manera Preferente sobre todas las demás jurisdicciones y de forma exclusiva, las conductas cometidas con anterioridad al 1º de diciembre de 2016, por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado, por quienes participaron en el mismo.

En esa dirección, la Ley 1922 de 2018 adoptó las reglas de procedimiento de la Jurisdicción Especial para la Paz, por medio de las cuales han de encausarse todas las actuaciones adelantadas en disfavor de los comparecientes. Del articulado sobresale, que será la Sala de Situaciones Jurídicas, la que deba realizar los análisis a las actuaciones que arriben a dicha especialidad, partiendo, obviamente, del cumplimiento de los presupuestos básicos que se ha venido dando a conocer en disposiciones normativas anteriores. Así, se tiene: artículo 48: Procedimiento común: “(...) *Recibida la actuación por la sala, a más tardar dentro de cinco días siguientes, proferirá resolución en la cual asume el conocimiento y ordenará comunicar a la persona compareciente, a la JEP, a las víctimas, a su representante y al ministerio público...*”. En igual sentido, el mismo aparte señala:

Nº INTERNO	2018-0566-3
RADICADO	05-000-31-07-002-2015-00564
PROCESADOS	GERARDO A. MARTÍNEZ, JOSÉ C. PEREA CARLOS MARIO CALLEJAS MONSALVE
DELITO	ENCUBRIMIENTO POR FAVORECIMIENTO
ASUNTO	SENTENCIA CONDENATORIA
DECISIÓN	MODIFICA

“Transcurridos 10 días posteriores de la comunicación efectiva de la resolución la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas emitirá Resolución en la cual decidirá sobre la competencia de la JEP y la sala y sobre el reconocimiento de quien tenga la calidad de víctima”

Al tiempo que dicha autoridad está facultada para remitir a la Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas, como se resolvió en el auto 005 del 17 de julio de 2018 y en el auto TP-SA n.º 092, del 20 de diciembre de 2018, dentro del radicado 20181510280792, de la Sección de Apelación del Tribunal para la Paz, plenamente aplicables al presente asunto, en la medida que se subsume en los criterios de priorización allí especificado.

En efecto, los hechos jurídicamente relevantes, declarados como probados en esta instancia, dicen relación a que los procesados **GERARDO ANTONIO MARTÍNEZ CALDERÓN, JOSÉ CLEMENTE PEREA PEREA y CARLOS MARIO CALLEJAS MONSALVE**, el 4 de septiembre de 2004, en condición de militares, adscritos a la séptima división del Ejército, en el municipio de Granada, Antioquia, habrían incurrido en dos delitos de Homicidio en Persona Protegida, del que fueron víctimas Rubén Darío Galeano González y Gustavo Emilio Galeano González, en el marco de lo que se catalogó en el Informe número 5 de la Fiscalía, como “muertes ilegítimamente presentadas como bajas en combate por agentes del Estado” sobre personas residentes en áreas rurales.

Es decir, que se trató de comportamientos indirectamente relacionados con el conflicto interno, que ameritan la competencia de

la JEP, con un tratamiento diferenciado, conforme a los artículos 17 y 21 transitorios, creados por el acto legislativo 01 de 2017.

En el presente caso, luego que los procesados **GERARDO ANTONIO MARTÍNEZ CALDERÓN y JOSÉ CLEMENTE PEREA PEREA**, solicitaran la revocatoria o suspensión de la medida de aseguramiento con base en dicha normatividad, y se les negara con decisión del 24 de mayo de 2017 (fls. 24 a 34, C. O. 9), hicieron expresa manifestación de acogerse a la Jurisdicción Especial para la Paz (fls. 42 y 44, del mismo cuaderno); por lo que con auto de 7 de junio de 2017, se les sustituyó por no privativas de la libertad (fls. 46 a 59, ídem).

Ante similar solicitud de **CARLOS MARIO CALLEJAS**, se le denegó, con decisión del 17 de julio de 2017, al haberse presentado un criterio jurisprudencial, contrario a aquella interpretación (fls. 81 a 88 C. O. 9), con ese propósito se anexó un acta de sometimiento voluntario a la J. E. P., pero sin claridad en torno a que correspondiera a esta actuación (fl. 93 C. O. 9), y el 23 de octubre del mismo año, el juzgado Cuarto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Medellín, frente a otra actuación, le concedió la Libertad Transitoria, Condicionada y Anticipada, de conformidad con el Decreto 1820 de 2016 (Fl. 131).

El 17 de febrero de 2018, el Secretario Ejecutivo para la Jurisdicción Especial para la Paz, dio concepto favorable de verificación de requisitos como caso 379 B, radicado 4999, para que se concediera la Libertad Transitoria, Condicionada y Anticipada, de conformidad con el Decreto 1820 de 2016, al señor **CARLOS MARIO CALLEJAS**, y con base en la información remitida por el Ministerio de Defensa, y

Nº INTERNO	2018-0566-3
RADICADO	05-000-31-07-002-2015-00564
PROCESADOS	GERARDO A. MARTÍNEZ, JOSÉ C. PEREA CARLOS MARIO CALLEJAS MONSALVE
DELITO	ENCUBRIMIENTO POR FAVORECIMIENTO
ASUNTO	SENTENCIA CONDENATORIA
DECISIÓN	MODIFICA

adjuntándose nuevo formato de sometimiento por el referido militar (fl. 225; en el que se alude que la autoridad que conocía era un Juzgado de Ejecución de Penas y medidas de Seguridad), y el 26 de febrero de 2018, el Juzgado de conocimiento lo negó, al considerar que el acta de sometimiento suscrito por dicho procesado, no correspondía con los hechos que interesan en esta actuación (fl. 1 a 5, cuaderno número 10).

El 28 de abril de 2018, a esta Sala se solicitó la remisión de lo actuado a la Jurisdicción Especial para la Paz (Fls. 57 y 58, C. O. 10) y el 23 del mismo mes y año, se resolvió correr traslado de la solicitud a la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas, sin que se haya obtenido respuesta.

El 21 de mayo de 2018, se solicitó la Libertad Transitoria, Condicional y Anticipada, en favor del señor **CARLOS MARIO CALLEJAS**, la cual se denegó por falta de claridad de la información suministrada en el concepto por parte del Secretario Ejecutivo de la J. E. P., en cuanto al acta de sometimiento, por lo que se solicitó aclaración, sin obtenerse respuesta.

El 3 de septiembre de 2018, se insistió en favor de los señores **GERARDO ANTONIO MARTÍNEZ CALDERON y CARLOS MARÍO CALLEJAS MONSALVE**, la remisión de la actuación a la Justicia Especial para la Paz, sobre lo cual se resolvió negativamente por cuanto que se estaba a la espera que dicha jurisdicción determinara si el delito por el que se había emitido condena en primera instancia, les correspondía, sin haberse obtenido respuesta, hasta ese momento.

Nº INTERNO	2018-0566-3
RADICADO	05-000-31-07-002-2015-00564
PROCESADOS	GERARDO A. MARTÍNEZ, JOSÉ C. PEREA CARLOS MARIO CALLEJAS MONSALVE
DELITO	ENCUBRIMIENTO POR FAVORECIMIENTO
ASUNTO	SENTENCIA CONDENATORIA
DECISIÓN	MODIFICA

El 29 de abril de 2019, la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas, con resolución 001684, solicitó la remisión de decisiones de fondo, las cuales se ordenaron con auto del 13 de mayo de 2019, sin que hubiesen comunicado alguna decisión, sobre el particular.

El 3 de enero de 2020, la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas, al dar respuesta a un derecho de petición del procesado **GERARDO ANTONIO MARTÍNEZ CALDERON**, mediante resolución 000039, recabó las principales decisiones judiciales, de esta actuación para resolver su pedimento de admisión a dicha jurisdicción especial (fls. 299 a 302, C. O. 9), y a ello se procedió con auto del 4 de febrero del presente año, sin informarse ninguna decisión sobre el particular.

En las condiciones reseñadas, es claro el interés de los procesados en el sometimiento a la Jurisdicción Especial para la Paz, o al menos así lo han solicitado reiteradamente, y aunque ha habido algunos baches de índole administrativo, como que no hay claridad sobre el acta de sometimiento por parte de uno de ellos, y que en relación con los otros dos, aunque no hay duda sobre ese particular, no ha habido expresión alguna por el secretario ejecutivo, y tampoco se ha dado una respuesta de fondo por la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas, sobre si pueden ser destinatarios de dicha jurisdicción, etc., pese a los plurales requerimientos de esta Corporación, pues, además no se tenía claridad si el delito objeto de condena de Favorecimiento podría comprenderse en relación con el conflicto armado.

En atención a lo acontecido sobre el particular, la Sala considera que se debe remitir copia de la actuación –digitalizada- para que se examine y decida si finalmente les corresponde o no su conocimiento,

Nº INTERNO	2018-0566-3
RADICADO	05-000-31-07-002-2015-00564
PROCESADOS	GERARDO A. MARTÍNEZ, JOSÉ C. PEREA CARLOS MARIO CALLEJAS MONSALVE
DELITO	ENCUBRIMIENTO POR FAVORECIMIENTO
ASUNTO	SENTENCIA CONDENATORIA
DECISIÓN	MODIFICA

como lo han venido solicitando los procesados, mediante sus defensores, pero como no habría dicha claridad por parte de esta Sala no se suspenderá la actuación, por lo que, mientras se obtiene alguna determinación definitiva, se correrán los traslados respectivos por si existe interés en promover el recurso extraordinario de casación, dado que conforme al artículo 66 de la Ley 1922 de 2018, para los casos donde se haya otorgado la libertad condicional, libertad condicionada, transitoria y anticipada o el traslado a ZVTN, la prescripción de la acción penal se interrumpe desde la ejecutoria de las decisión que impuso la suspensión, hasta tanto las salas que conforman la nueva especialidad, se pronuncien respecto del conocimiento de los asuntos o emitan sus respectivas conclusiones, pero en este caso, como no hubo lugar, en estricto sentido a esas figuras legales, el término prescriptivo no estará suspendido.

Adicionalmente, como consecuencia, se ordenará la suspensión de las órdenes de captura de conformidad con lo previsto en el inciso segundo del artículo 50 de la ley 1957 de 2019, en cuanto es aplicable a miembros de la fuerza pública; en virtud del carácter prevalente e inescindible del componente de justicia del SIVJRN⁸. Tratándose de investigaciones adelantadas por el procedimiento previsto en la ley 600 de 2000, en la etapa de juzgamiento, será el juez o magistrado de conocimiento quien adopte la decisión.

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

⁸ Es el conjunto de mecanismos para garantizar los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia, la reparación y la no repetición estipulados en el Acuerdo para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera, firmado entre el Gobierno Nacional de Colombia y las FARC

Nº INTERNO	2018-0566-3
RADICADO	05-000-31-07-002-2015-00564
PROCESADOS	GERARDO A. MARTÍNEZ, JOSÉ C. PEREA CARLOS MARIO CALLEJAS MONSALVE
DELITO	ENCUBRIMIENTO POR FAVORECIMIENTO
ASUNTO	SENTENCIA CONDENATORIA
DECISIÓN	MODIFICA

VIII. RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR la sentencia de naturaleza, fecha y origen, en el sentido de condenar a los acusados **GERARDO ANTONIO MARTÍNEZ CALDERÓN, JOSÉ CLEMENTE PEREA PEREA, y CARLOS MARIO CALLEJAS MONSALVE**, como autores (coautores) responsables penalmente por el delito de Homicidio en Persona Protegida, en concurso homogéneo y sucesivo (2), a la pena principal privativa de la libertad de **CUARENTA Y TRES (43) AÑOS Y CUATRO (4) MESES DE PRISIÓN; MULTA DE 3.666,6 SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES E INHABILITACIÓN PARA EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS DE VEINTE (20) AÑOS**, en lugar del delito de Encubrimiento por Favorecimiento.

La sanción de multa tendrá como destino, el Consejo Superior de la Judicatura, cuenta número 050-00118-9 del Banco Popular, para lo cual, se le concederá como plazo máximo para su pago, el de tres (3) meses contados a partir de la ejecutoria de esta decisión, vencido el plazo otorgado, se compulsará copias ante la oficina de Cobro Coactivo respectiva.

SEGUNDO. En lo demás, se deberá confirmar la sentencia objeto de impugnación.

TERCERO. No se condena al pago de perjuicios, por las razones dadas.

CUARTO. Ordenar la suspensión de las órdenes de captura de conformidad con lo previsto en el inciso 2 del artículo 50 de la ley 1957

Nº INTERNO	2018-0566-3
RADICADO	05-000-31-07-002-2015-00564
PROCESADOS	GERARDO A. MARTÍNEZ, JOSÉ C. PEREA CARLOS MARIO CALLEJAS MONSALVE
DELITO	ENCUBRIMIENTO POR FAVORECIMIENTO
ASUNTO	SENTENCIA CONDENATORIA
DECISIÓN	MODIFICA

de 2019, que dispone la suspensión de la orden de captura en para miembros de la fuerza pública.

QUINTO Contra esta sentencia procede el recurso de casación en los términos previstos en el artículo 210 de la ley 600 del 2000.

SEXTO. Remítase una copia, digitalizada, de la presente actuación procesal a la Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas, adscrita a la Jurisdicción Especial para la Paz, para lo pertinente.

SÉPTIMO. En firme la decisión, si no hubiese definición de la J. E. P., se deberá remitir la actuación al Juzgado de primer grado para lo de su cargo.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE ⁹

(Firma electrónica)

JUAN CARLOS CARDONA ORTÍZ
Magistrado

(Correo de aprobación)

PLINIO MENDIETA PACHECHO
Magistrado

(Correo de aprobación)

RENÉ MOLINA CÁRDENAS
Magistrado

⁹ 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.

Nº INTERNO	2018-0566-3
RADICADO	05-000-31-07-002-2015-00564
PROCESADOS	GERARDO A. MARTÍNEZ, JOSÉ C. PEREA CARLOS MARIO CALLEJAS MONSALVE
DELITO	ENCUBRIMIENTO POR FAVORECIMIENTO
ASUNTO	SENTENCIA CONDENATORIA
DECISIÓN	MODIFICA

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: **17a445f655476a93e1c49109a11e40ec26f293048739b5afbfd902c2f8f6e39e**
Documento generado en 17/11/2020 12:55:36 p.m.

**Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**

RE: ROTA NUEVAMENTE PROYECTO SENTENCIA LEY 600 RAD 2018-0566-3_REVISAR SALA DE DECISIÓN

Despacho 04 Sala Penal Tribunal Superior - Antioquia - Antioquia

<des04sptsant@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Vie 20/11/2020 4:47 PM

Para: Jhudy Francely Vasquez Arango <jvasquea@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Cordial saludo,

Recibida manifestación de aprobación del proyecto de decisión de la referencia. Correo sin anexo.

Atentamente,

Claudia Ximena Reyes Oliveros

Auxiliar Judicial

De: Jhudy Francely Vasquez Arango <jvasquea@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Enviado: miércoles, 18 de noviembre de 2020 7:37 p. m.

Para: Despacho 04 Sala Penal Tribunal Superior - Antioquia - Antioquia

<des04sptsant@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Asunto: RV: ROTA NUEVAMENTE PROYECTO SENTENCIA LEY 600 RAD 2018-0566-3_REVISAR SALA DE DECISIÓN

De: Plinio Mendieta Pacheco <plinio.mendieta@hotmail.com>

Enviado: martes, 17 de noviembre de 2020 14:51

Para: Jhudy Francely Vasquez Arango <jvasquea@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Asunto: RE: ROTA NUEVAMENTE PROYECTO SENTENCIA LEY 600 RAD 2018-0566-3_REVISAR SALA DE DECISIÓN

De acuerdo con sentencia Rad. 2018-0566-3

De: Plinio Mendieta Pacheco <pmendiep@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Enviado: martes, 17 de noviembre de 2020 1:09 p. m.

Para: plinio.mendieta@hotmail.com <plinio.mendieta@hotmail.com>

Asunto: RV: ROTA NUEVAMENTE PROYECTO SENTENCIA LEY 600 RAD 2018-0566-3_REVISAR SALA DE DECISIÓN

De: Despacho 04 Sala Penal Tribunal Superior - Antioquia - Antioquia <des04sptsant@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Enviado: martes, 17 de noviembre de 2020 12:58

Para: Despacho 05 Sala Penal Tribunal Superior - Antioquia - Antioquia

<des05sptsant@cendoj.ramajudicial.gov.co>; Plinio Mendieta Pacheco <pmendiep@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Asunto: RE: ROTA NUEVAMENTE PROYECTO SENTENCIA LEY 600 RAD 2018-0566-3_REVISAR SALA DE DECISIÓN

Magistrados Sala Penal
DR. PLINIO MENDIETA PACHECO
DR. RENÉ MOLINA CÁRDENAS
Sala de Decisión
Tribunal Superior de Antioquia

Conforme a las observaciones efectuadas; se somete nuevamente a estudio de la sala la ponencia de la referencia

Atentamente,

Claudia Ximena Reyes Oliveros
Auxiliar Judicial

FAVOR ACUSAR RECIBIDO. GRACIAS

De: Despacho 04 Sala Penal Tribunal Superior - Antioquia - Antioquia <des04sptsant@cendoj.ramajudicial.gov.co>
Enviado: viernes, 11 de septiembre de 2020 10:13
Para: Plinio Mendieta Pacheco <pmendiep@cendoj.ramajudicial.gov.co>; Despacho 05 Sala Penal Tribunal Superior - Antioquia - Antioquia <des05sptsant@cendoj.ramajudicial.gov.co>
Cc: Jhudy Francely Vasquez Arango <jvasquea@cendoj.ramajudicial.gov.co>
Asunto: PROYECTO SENTENCIA LEY 600 RAD 2018-0566-3_REVISAR SALA DE DECISIÓN

DESCARGAR EXPEDIENTE :  [2018-0566-3](#)

Magistrados Sala Penal
DR. PLINIO MENDIETA PACHECO
DR. RENÉ MOLINA CÁRDENAS
Sala de Revisión
Tribunal Superior de Antioquia

En virtud de lo consagrado en los acuerdos PCSJA20-11517 del 15 de marzo y PCSJA20-11518 de 16 de marzo de 2020, y prórrogas establecidas en el PCSJA20-11521 de 19 de marzo, PCSJA20-11526 de 22 de marzo, PCSJA20-11532 de 11 de abril, PCSJA20-11546 de 25 de abril, PCSJA20-11549 de 7 de mayo, PCSJA20-11556 de 22 de mayo y PCSJA20-11567 de 5 de junio de 2020; se circula a través de este medio, el proyecto de la referencia aprobado y firmado electrónicamente por el Magistrado Ponente Dr. Juan Carlos Cardona Ortiz.

Es de resaltar que se trata de proceso penal con persona privada de la libertad.

Se adjunta 1 archivo y un link para descarga de expediente.

Atentamente,

CLAUDIA XIMENA REYES OLIVEROS
Auxiliar Judicial

FAVOR ACUSAR RECIBIDO. GRACIAS

AVISO DE CONFIDENCIALIDAD: Este correo electrónico contiene información de la Rama Judicial de Colombia. Si no es el destinatario de este correo y lo recibió por error comuníquelo de inmediato, respondiendo al remitente y eliminando cualquier copia que pueda tener del mismo. Si no es el destinatario, no podrá usar su contenido, de hacerlo podría tener consecuencias legales como las contenidas en la Ley 1273 del 5 de enero de 2009 y todas las que le apliquen. Si es el destinatario, le corresponde mantener reserva en general sobre la información de este mensaje, sus documentos y/o archivos adjuntos, a no ser que exista una autorización explícita. Antes de imprimir este correo, considere si es realmente necesario hacerlo, recuerde que puede guardarlo como un archivo digital.

RE: ROTA NUEVAMENTE PROYECTO SENTENCIA LEY 600 RAD 2018-0566-3_REVISAR SALA DE DECISIÓN

Despacho 04 Sala Penal Tribunal Superior - Antioquia - Antioquia

<des04sptsant@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Vie 20/11/2020 4:49 PM

Para: Despacho 05 Sala Penal Tribunal Superior - Antioquia - Antioquia <des05sptsant@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Cordial saludo,

Recibida manifestación de aprobación del proyecto de decisión de la referencia. Correo sin anexo.

Atentamente,

Claudia Ximena Reyes Oliveros

Auxiliar Judicial

De: Despacho 05 Sala Penal Tribunal Superior - Antioquia - Antioquia <des05sptsant@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Enviado: martes, 17 de noviembre de 2020 2:42 p. m.

Para: Despacho 04 Sala Penal Tribunal Superior - Antioquia - Antioquia

<des04sptsant@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Asunto: RE: ROTA NUEVAMENTE PROYECTO SENTENCIA LEY 600 RAD 2018-0566-3_REVISAR SALA DE DECISIÓN

Dr Juan Carlos Cardona

De acuerdo con el proyecto de sentencia 2018-0566-3

Atte

René Molina

Magistrado revisor

De: Despacho 04 Sala Penal Tribunal Superior - Antioquia - Antioquia <des04sptsant@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Enviado: martes, 17 de noviembre de 2020 12:58

Para: Despacho 05 Sala Penal Tribunal Superior - Antioquia - Antioquia

<des05sptsant@cendoj.ramajudicial.gov.co>; Plinio Mendieta Pacheco <pmendiep@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Asunto: RE: ROTA NUEVAMENTE PROYECTO SENTENCIA LEY 600 RAD 2018-0566-3_REVISAR SALA DE DECISIÓN

Magistrados Sala Penal

DR. PLINIO MENDIETA PACHECO

DR. RENÉ MOLINA CÁRDENAS

Sala de Decisión

Tribunal Superior de Antioquia

Conforme a las observaciones efectuadas; se somete nuevamente a estudio de la sala la ponencia de la referencia

Atentamente,

Claudia Ximena Reyes Oliveros
Auxiliar Judicial

FAVOR ACUSAR RECIBIDO. GRACIAS

De: Despacho 04 Sala Penal Tribunal Superior - Antioquia - Antioquia <des04sptsant@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Enviado: viernes, 11 de septiembre de 2020 10:13

Para: Plinio Mendieta Pacheco <pmendiep@cendoj.ramajudicial.gov.co>; Despacho 05 Sala Penal Tribunal Superior - Antioquia - Antioquia <des05sptsant@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Cc: Jhudy Francely Vasquez Arango <jvasquea@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Asunto: PROYECTO SENTENCIA LEY 600 RAD 2018-0566-3_REVISAR SALA DE DECISIÓN

[DESCARGAR EXPEDIENTE](#) :  [2018-0566-3](#)

Magistrados Sala Penal
DR. PLINIO MENDIETA PACHECO
DR. RENÉ MOLINA CÁRDENAS
Sala de Revisión
Tribunal Superior de Antioquia

En virtud de lo consagrado en los acuerdos PCSJA20-11517 del 15 de marzo y PCSJA20-11518 de 16 de marzo de 2020, y prórrogas establecidas en el PCSJA20-11521 de 19 de marzo, PCSJA20-11526 de 22 de marzo, PCSJA20-11532 de 11 de abril, PCSJA20-11546 de 25 de abril, PCSJA20-11549 de 7 de mayo, PCSJA20-11556 de 22 de mayo y PCSJA20-11567 de 5 de junio de 2020; se circula a través de este medio, el proyecto de la referencia aprobado y firmado electrónicamente por el Magistrado Ponente Dr. Juan Carlos Cardona Ortiz.

Es de resaltar que se trata de proceso penal con persona privada de la libertad.

Se adjunta 1 archivo y un link para descarga de expediente.

Atentamente,

CLAUDIA XIMENA REYES OLIVEROS
Auxiliar Judicial

FAVOR ACUSAR RECIBIDO. GRACIAS

AVISO DE CONFIDENCIALIDAD: Este correo electrónico contiene información de la Rama Judicial de Colombia. Si no es el destinatario de este correo y lo recibió por error comuníquelo de inmediato, respondiendo al remitente y eliminando cualquier copia que pueda tener del mismo. Si no es el destinatario, no podrá usar su contenido, de hacerlo podría tener consecuencias legales como las contenidas en la Ley 1273 del 5 de enero de 2009 y todas las que le apliquen. Si es el destinatario, le corresponde mantener reserva en general sobre la información de este mensaje, sus documentos y/o archivos adjuntos, a no ser que exista una autorización explícita. Antes de imprimir este correo, considere si es realmente necesario hacerlo, recuerde que puede guardarlo como un archivo digital.

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO DE ANTIOQUIA
SALA DE DECISIÓN PENAL

M.P. NANCY ÁVILA DE MIRANDA



CUI: 050456000324201700243
Nº INTERNO: 2020-0061-2
PROCESADO: JHON FERDY BETANCUR BETANCUR.
DELITO: ACCESO CARNAL VIOLENTO.
DECISIÓN: CONFIRMA.

Medellín, veinte de noviembre de dos mil veinte

Aprobado Según acta no. 087

1. ASUNTO

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el procesado en ejercicio de su defensa material contra el fallo proferido el 29 de noviembre de 2019 por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Apartadó – Ant., por medio del cual se CONDENA al señor JHON FREDY BETANCUR BETANCUR, en calidad de autor responsable penal por la comisión del punible de ACCESO CARNAL VIOLENTO.

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 luego de realizarse la audiencia de lectura de fallo para su devolución al juzgado de origen o ante el eventual trámite del recurso de casación. 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.

2. ANTECEDENTES FÁCTICOS Y PROCESALES

Así fueron condensados en la pretensión punitiva de la Fiscalía:

El día 30 de agosto de 2017 siendo las 10:00 am en el municipio de Apartadó – Antioquia, dentro de la residencia de la señora CARMENZA MARÍA ORTIGOSA MOSQUERA, el señor JHON FREDY BETANCUR BETANCUR, excompañero sentimental, la accedió sexual y carnalmente en forma abusiva y violenta.

Ello sucedió por cuanto el procesado es el padre de la hija que tienen en común, pudo ingresar a la vivienda sin mayor obstáculo, pues recogió a su hija para llevarla a la Colegio, luego regresó con la excusa de haber realizado una compra de alimentos para preparar la comida a la menor, volviendo a ingresar a la residencia para agarrar a la señora CARMENZA MARÍA, aprovechando su situación de indefensión, tirándola a la cama y empezando el forcejeo entre estos, el aquí acusado logró quitarle una faja que tenía puesta la víctima y logró desnudarla. Luego procedió a penetrarla con su miembro viril, pero al superar el fuerte forcejeo logra la señora ORTIGOSA MOSQUERA salir de la residencia en busca de ayuda.

Posteriormente, la señora ORTIGOSA MOSQUERA logra acercarse a las instalaciones de la Policía quien llegó en forma apresurada solicitando auxilio e interponiendo la denuncia contra el señor BETANCU BETANCUR.

El 31 de agosto de 2017 se realiza audiencia preliminar concentrada de Legalización de Captura, Formulación de Imputación e Imposición de Medida de Aseguramiento en contra del

señor JHON FREDY BETANCUR BETANCUR por el punible de ACCESO CARNAL VIOLENTO, en calidad de AUTOR, conducta tipificada en el artículo 205 del Código Penal, modificado por el artículo 1 de la Ley 1236 de 2008.

Igualmente, el imputado no acepta sus cargos quedando en libertad al no ser objeto de la imposición de medida de aseguramiento de detención preventiva.

Presentando el escrito de acusación por el Ente Acusador el 17 de noviembre de 2017, se programa y realiza la audiencia de formulación de acusación el día 22 de febrero de 2018 ante el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Apartadó -, en la cual se acusa al señor JHON FREDY BETANCUR BETANCUR por la misma calificación jurídica que fue vinculado mediante formulación de imputación, agotándose en esta fase el descubrimiento probatorio por parte de la Fiscalía.

Posteriormente, el 02 de agosto de 2018 se lleva cabo la audiencia preparatoria en la cual los sujetos procesales realizaron sus postulaciones probatorias.

La audiencia de juicio oral se efectúa en las fechas 29 de octubre y 30 de octubre de 2018; 04 de marzo, 20 de junio, 04 de julio, 25 de septiembre y 01 de octubre de 2019; culminando en esta última fecha con anuncio de sentido de fallo de carácter condenatorio, y la posterior lectura de fallo condenatorio el 29 de noviembre de 2019.

Debido a la inconformidad del procesado con la decisión de primera instancia, interpone el recurso de apelación ante este Tribunal.

3. MOTIVOS DE INCONFORMIDAD

Manifiesta el procesado JHON FREDY BETANCUR BETANCUR en el ejercicio de su defensa material que, en su criterio es lamentable que se haya proferido por el Juzgado de Primera Instancia condena de 144 meses de prisión en su contra al ser hallado responsable del delito de ACCESO CARNAL VIOLENTO.

El punto de inconformidad radica en que considera que el Juez le dio una valoración errónea a los correspondientes testimonios y evidencias documentales recaudadas, puesto que la mismas no llevaban a un conocimiento calificado o sea a un convencimiento más allá de toda duda razonable acerca de la existencia del delito y la responsabilidad penal en el mismo por parte del recurrente.

En la decisión de instancia el Juez manifiesta que el testimonio suministrado por la señora CARMENZA MARÍA ORTIGOSA MOSQUERA al ser unísono, consistente y coherente, no obedece al prurito de la imaginación o la realidad...entre otras cosas situaciones y que es por eso que merece total credibilidad; lo cual considera el recurrente que es totalmente alejado a las situaciones fácticas que lo tienen inmerso en este proceso, puesto que de analizarse toda la situación en general, su testimonio y denuncia se ve más como una manera de perjudicarlo por hechos de infidelidad que tuvieron cuando sostenían la relación de pareja y fruto de la cual tienen una hija en común, tal y como se puede ver dentro del expediente.

Considera el recurrente que al tener este testimonio y darle la valoración desbordada que le dio el Juez se le está condenando injustamente, puesto que durante todo el debate probatorio nunca se logró demostrar el hecho de que la hubiera

accedido de manera violenta a la señora ORTIGOSA MOSQUERA, con la cual ya se ha demostrado que ha tenido una relación sentimental desde hace muchos años y que no es del resorte darle tan inmenso valor probatorio a las declaraciones de los patrulleros DAYRON QUINTERO GIRALDO y WILFREDO MOLANO PÉREZ, puesto que ellos narran como se acercaron al CAI de ALFONSO LÓPEZ discutiendo y, ellos simplemente manifiestan lo que les cuenta la señora ORTIGOSA MOSQUERA, pero ellos no presenciaron ningún acto violento, que nunca existió, pues siendo razonables donde hubiera existido es ese supuesto hecho, su actuar no sería evadir la justicia.

Por lo tanto, considera que la valoración probatoria dada al testimonio de los patrulleros es desbordada y estas no deben ser tenidas en cuenta como para llegar a la conclusión de la condena al declararlo responsable del delito materia de acusación. Además, resalta que el testigo WILFREDO declara que era normal verlos por el inconveniente que le ocasionaba ir a ver a su hija que vive con ella, que como dice este testigo *"ella malinterpretaba la medida de protección, el hecho que ella tuviera medida de protección no significaba que el recurrente no pudiera ir a visitar a su hija. Entonces a ella le molestaba que él fuera a visitar a su hija y siempre le llamaba..."*.

De la anterior declaración, deduce el recurrente que su expareja por muchos medios ha intentado perjudicarlo basada en diferentes circunstancias con el fin de supuestamente verla lejos de ella incluso tratando de que no pueda visitar a la hija que tienen en común, es por eso que si analiza bien toda la situación se encuentran frente a una supuesta denuncia que la supuesta víctima ha hecho en su contra sin ningún fundamento y solo con el fin de perjudicarlo, puesto que reiteró el hecho narrado por ella y que es lejano a la realidad y es mas bien fruto de una venganza por lo complicada que ha sido su relación y las situaciones de pareja que ella nunca ha perdonado y no puede

determinar el Juez de Instancia que debido a los hechos expuestos por los servidores de la Policía Nacional son consonantes y coincidentes por lo relatado por la víctima en el juicio oral, lo que sería viable deducir y derivar la existencia del hecho relacionado con el abuso sexual, conocimiento más allá de toda duda que permite condenar.

En ese sentido, afirma el recurrente que debe aclararse que frente al hecho cómo se acercaron al CAI es obvio que coincide porque son testigos presenciales, pero ya frente a lo que supuestamente pasó en la casa de la señora denunciante son testigos de oídas, donde narran lo que la señora les cuenta y no son testigos presenciales como para darle valor probatorio que el Juez de Primera Instancia le dio con el fin de determinar la existencia del delito y segundo la responsabilidad penal del recurrente, por lo tanto, no se le debe dar valor probatorio a dichos testimonios y, por ende, deben ser descartados como para hallarlo responsable por el delito por el cual se encuentra condenado.

Ahora bien, frente a las declaraciones de los profesionales de la Medicina, se observa como el médico HUBER ENRIQUE GARCÉS RESTREPO ratifica lo manifestado por la denunciante, pero advierte el recurrente que es un testigo de oídas; pero sí le resulta curioso que este médico certifique que el hecho del abuso sexual no significa que haya evidencias externas, él manifiesta: *"El hecho de que la persona haya sido abusada sexualmente, no quiere decir que tenga lesiones físicas o externas"* y sobre la evidencia del forcejeo dice: *"puede o no puede haber lesiones. Yo puedo agarrarle a usted la mano muy duro por los brazos y no generarle ninguna lesión, a lo que le suelte la mano queda normal..."*. Ahora bien, esta afirmación realizada por el médico GARCÉS RESTREPO habla de casos en general, pero considera el recurrente que para este tipo de procesos debe ser puntual y valorar de forma concreta al paciente específico y de

analizarse lo manifestado por la señora CARMENZA MARÍA, dice que en el supuesto abuso y como se desprende de la página 9 de la sentencia:

“...Y que el día en que lo denunció, forcejearon, señalando que el acusado le arañó por el brazo, en la pierna izquierda le hizo un moretoncito y el interior se lo estiró...”

Según lo narrado por su expareja ella señala lesiones o señales del supuesto abuso sexual y el médico que la revisa no las referencia y hace un discernimiento general de posibilidad en la que los casos de abuso no necesariamente hay lesiones.

Considera el recurrente que en su criterio se demostró que en teoría que la denuncia es buscando un perjuicio porque reitera no haber abusado a su expareja. Y, dentro del expediente no hay elementos materiales probatorios ni evidencias físicas que así lo determinen. También tienen la declaración profesional en psicología WILFER ERNESTO TANGARIFE GONZALEZ, donde se observa que la atención por parte de este fue de fechas anteriores al supuesto abuso y dice el señor Juez de Primera Instancia que este testimonio prueba que la señora CARMENZA MARÍA ORTIGOSA MOSQUERA en forma antecedente al día de los hechos ya venía siendo afectada por el comportamiento abusivo de su expareja (que para el caso se refiere al recurrente -procesado-), pero en este punto hay que analizar una situación muy concreta que el Juez determina de una forma amplia y es el término abuso y como se ha manifestado anteriormente, los problemas de pareja, las circunstancias de tiempo, modo y lugar, como se puede desprender de su declaración y ¿porqué nunca hubo denuncia alguna, si es su deber como profesional?, es por ello, que reitera lo que venía esbozando, es decir, que la denuncia es una venganza por su actuar en la relación de pareja.

Señala el procesado en su recurso de apelación que dentro de los exámenes realizados se da un hallazgo positivo de espermatozoides de los cuales no hay prueba alguna que sean del recurrente y no se puede quedar con la simple declaración de la denunciante en el sentido que ella no había tenido relaciones sexuales cinco meses antes al supuesto hecho y no se pueden sacar deducciones aceleradas como las realizadas por el señor Juez que por problemas anteriores en su relación de pareja se puede deducir su responsabilidad penal en el delito.

Culmina el procesado afirmando que la decisión del Juez de Instancia se basa más en deducciones por hechos anteriores que por el hecho concreto por el cual se le condenó, considera que no hay elementos de juicio que lleven a la decisión condenatoria tomada por el Juez, por el contrario, genera dudas frente al proceder de la señor CARMENZA MARÍA ORTIGOSA MOSQUERA quien con su actuar busca perjudicarlo por situaciones de infidelidad y otras que tuvieron cuando fueron pareja y, es por ello, que considera que debe revocarse la decisión para que en su favor se profiera una sentencia absolutoria en su reemplazo.

4. CONSIDERACIONES DE LA SALA

4.1. Competencia

Es competente la Sala para conocer del recurso de apelación interpuesto contra el fallo proferido el 29 de noviembre de 2019, por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Apartadó-Antioquia, conforme al precepto contenido en el artículo 34 numeral 1° del Código de Procedimiento Penal.

4.2 Problema Jurídico

El recurso de apelación del procesado en el ejercicio de su derecho de defensa material se reduce a deprecar la absolución conforme a la valoración subjetiva que realiza de la prueba, al considerar las pruebas debatidas no daban lugar a soportar una sentencia condenatoria en su contra y, que, por el contrario, debe ser absuelto de la responsabilidad penal por las dudas que emanan de la prueba y que la denuncia fue producto de una venganza de su expareja. Asimismo, se duele que el hallazgo de los espermatozoides dentro de los genitales de la víctima no se comprobó que fueran de él.

Procederá entonces la Sala a estudiar el acopio probatorio para establecer si, hay lugar o no, a deprecar la absolución que reclama el procesado o, si, por el contrario, hay lugar a la confirmación de la sentencia condenatoria proferida en primera instancia.

5. DE LA VALORACIÓN PROBATORIA

Se acordaron por los sujetos procesales las siguientes estipulaciones probatorias²:

1. *La plena identidad del acusado JHON FREDY BETANCUR BETANCUR, identificado con la cédula No. 11.901.812 acreditado con la tarjeta decadactilar de la cédula, copia de la cédula y la copia de la foto cédula de la consulta web de la página de la Registraduría Nacional del Estado Civil.*

² Ver fl. 48.

2. *La ausencia de antecedentes penales y el arraigo familiar del acusado.*

3. *Entre acusado y víctima tienen una hija en común.*

La señora CARMENZA MARÍA ORTIGOSA MOSQUERA, manifiesta residir en el Barrio Obrero Bloque tres, Mazana tres, casa 1 del municipio de Apartadó – Antioquia donde lleva viviendo 2 años, tiene dos hijos uno de 13 años y la niña de 6 años. El hijo mayor es de su primera pareja y la niña es del señor JHON FREDY BETANCUR BETANCUR. Actualmente, la testigo es soltera, pero llegó a vivir con el acusado dos años larguitos donde la relación terminó porque el acusado fue infiel con una muchacha y le advirtió que las cosas fueran claras. Después le dio otra oportunidad y él le volvió a ser infiel; por tal motivo, decidió separarse.

De otro lado, dice la testigo haber denunciado al acusado JHON FREDY BETANCUR BETANCUR porque ha venido abusando sexualmente de la testigo cuando le da la gana y en varias ocasiones y en una oportunidad lo hizo en presencia del hijo mayor JHON BAYRON BETANCUR y muchas veces lo ha hecho y por eso tomó la decisión de denunciarlo. Esas violaciones las cometía el acusado JHON FREDY porque a pesar de no ser su pareja, él iba a la casa de la testigo con la excusa de ver la niña o estar con la niña, donde él no compartía con la niña, sino que más bien estaba molestando a la testigo y le dice él que lo hace porque la quiere y con el acusado no tiene nada.

En una oportunidad el acusado le dio una plata a los niños para que fueran a comprar en la tienda y, en ese momento, el acusado JHON FREDY aprovechó y le rasgó sus interiores y en el piso cometió el hecho. En otra oportunidad cuando terminó de trabajar y fue a buscar a su hija por la noche y se quedó en el andén cuando el acusado la jala y arrastra hasta la parte de atrás de la casa y su hija estaba en el mueble durmiendo y estaba su hijo mayor y él empezó a rasgarle el pantalón y le pedía auxilio a JHON BAYRON para que llamara a la Policía y no alcanzó a hacerlo (...).

Cando se refiere a que el acusado "cometió el hecho" significa que le ha introducido el pene y le ha tocado las partes íntimas y lo ha hecho con rabia sin su asentimiento y dice que no lo va volver hacer. La denuncia no fue interpuesta por venganza y lo hizo por la falta de respeto que le ha hecho y se siente incomoda porque su expareja está haciendo esas cosas.

El acusado entra a su casa porque lo había denunciado en la Comisaría y allí le dieron el derecho de que podía entrar a la casa a ver a la niña por ser el padre, pese a que a favor de la testigo se emitió una orden de protección y alejamiento contra el acusado. Entonces JHON FREDY entraba a la casa de la testigo por la casa tenía la puerta abierta, o la niña le abría y ya en otras ocasiones el acusado llegaba con la excusa que iba a entregar cualquier cosa para la niña como lo es comida y enseres.

Después de que el acusado ingresaba a la casa de la testigo víctima, le manifestaba que ella le provocaba y que no sabía que tenía la testigo que lo provocaba y lo halaba, y él empezaba a manosearla y tocarles sus partes íntimas senos y vagina y no le importaba que estuviera su hija. Y, cuando estaba el hijo de 13 años el acusado no lo hacía, pero en una oportunidad el acusado se masturbó

en frente de la niña y lo único que decía es que la niña no entendía que era lo que estaba haciendo y que la niña no tenía esa malicia. Sobre el número de oportunidades del abuso sexual no recuerda cuántas veces ocurrió en total, pero sí fueron más de dos.

(...)

Cuando formula la testigo víctima la denuncia el 30 de agosto de 2017, ese día estaba bañándose y se organizó porque iba ir a una cita psicológica en Carepa debido a las violaciones y problemas que ha tenido con el acusado, entonces como se había colocado un vestido ceñido al cuerpo el procesado le dijo que eso le había llamado la atención y que la veía bonita y al procesado le produjo emoción y ganas de estar con ella y ahí fue donde comenzó el forcejeo y la abusó sexualmente.

Precisa la testigo que ese día 30 de agosto de 2017 el acusado llegó y le dijo que se iba a llevar a la hija para donde la abuela y él se fue y regresó con unas cosas para que le hiciera una comida y no le había dicho que iba para una cita psicológica y no le quería abrir la puerta y le manifestó que le abría apenas se organizara y le abrió la puerta para recibirle las cosas y él empujó la puerta y la cerró y la cogió a la fuerza tirándola a la cama y comenzó a levantarle el vestido y él se quitó su pantalón sacó su pene y comenzaron forcejear y ahí fue donde abusó de la testigo mientras lo arañaba y maltrataba y a él no le importaba y le decía que lo iba a denunciar y él no le importaba.

Sobre todas esas oportunidades en la que fue abusada sexualmente por el acusado ninguna de ellas fue producto de una relación consentida, no tiene enemistad con el acusado. Después de la ruptura de la relación con el acusado tiene relación

familiar con la madre del acusado porque ella le cuidaba la niña porque la testigo trabajaba (...).

A los vecinos le ha realizado comentarios de lo que viene pasando con el acusado, y no esta haciendo la denuncia ni dando su testimonio por venganza de la infidelidad el acusado.

En el contrainterrogatorio manifiesta la testigo que la infidelidad del acusado fue con una chica que es pareja del papá de su hijo...el señor FREDY desde que se separó ha venido cometiendo actos de violación en su contra reiteradamente. Frente a este último acto de violación decidió denunciarlo y sobre el mismo existió un forcejeo y del cual FREDY la arañó por el brazo y en la pierna izquierda le hizo un moretón y el interior se lo estiró...la defensa para repelerlo fue apretarle el cuello, arañándolo y golpeándolo.

No se dice en el informe de Policía los arañazos que le propinó al acusado, pero cuando estaba en la celda le pidió a uno de los policías que lo dejaran entrar y pudo percibir que el acusado estaba arañado. Para ese día la niña no estaba...el señor JHON FREDY entró en ese momento porque le abrió la puerta quien le dijo que le iba a entregar unos paquetes (alimentos) y ese día ya estaba organizada y no pensó que iba ocurrir ese hecho. El acusado entró y le entregó las bolsas y ahí se dio la oportunidad donde la abusó sexualmente.

Afirma conocer la testigo al señor MARCOS BETANCUR lo conoció hace dos meses porque se vino a vivir en Apartadó y el presta dinero y todos los días él iba a la casa y le daba la cuota de la plata...dice la testigo que no hacía falta comentarle a los vecinos de lo que pasaba y no ha tenido solidaridad de los vecinos y los hechos ocurren en la mañana o el medio y las casas son alejadas y hay cerca

dos lotes vacíos. Pero sus vecinos sí tienen conocimiento de lo que viene pasando con el acusado.

Para el día en que ocurre los hechos -30 de agosto de 2017-, estaba al frente una chica en proceso de parto y escuchó lo que pasó y le pidió que la disculpara porque ella estaba con dolores y cuando llegó la mamá de ella se dio cuenta que ella no hacía nada para no tener problemas. Hay personas que han sido testigos, pero ellas no vienen a declarar por miedo...si la testigo no abre la puerta el acusado no tenía la oportunidad de entrar, pero cuando abrió la puerta confió en que no iba ser abusada sexualmente y, en ningún momento, ha querido que eso ocurra y se confió en que el acusado le dijo que iba a cambiar en su rol de padres de la niña y al acusado no le importa eso, así como tampoco se le ha ofrecido al acusado para tener sexo.

Precisa la testigo víctima que la primera vez en qué fue abusada, fue en el 2016 no recuerda ya la fecha exacta y pero en esa oportunidad se encontraba viviendo en otra casa distinta a la que reside actualmente, y esa casa estaba dividida en dos, y allí vivía una muchacha gordita y ese día en la mañana el acusado le dio a los niños plata para que fueran a la tienda para que compraran galletas y en ese momento le rasgó los interiores y la violó en el piso y fue le dijo que no lo hiciera y el acusado solo le dijo que maluco era hacerle amor a una persona como una vaca muerta. Cuando señala a que se presentó hecho se refiere a que la abusó sexualmente donde se da la penetración e hizo el acto.

Sobre la oportunidad en que se organizó para ir al psicólogo había manifestado que el acusado la tiró a la cama y la abusó se refiere que él se desnudó y se desabrochó el pantalón y le introdujo su pene. El último acto de violación fue el 30 de agosto de

2017 donde el acusado la violó fue ese día en que la testigo se organizó para ir a la cita psicológica y le abrió la puerta al acusado para que le entregara los paquetes, ese acto de violación al que refirió es mismo acto cuando tenía la cita psicológica, reiterando la testigo que la fecha fue el 30 de agosto de 2017.

(...).

De acuerdo al testimonio de la víctima ORTIGOSA MOSQUERA se advierte que hay un contexto de violencia de género donde se ha venido presentando en el tiempo a pesar de haber ruptura de la relación sentimental que tenía el procesado JHON FREDY BETANCUR BETANCUR. Asimismo, como lo menciona la víctima tiene una orden protección en contra del acusado para evitar ser objeto de violencia y agresión por este, pero pese a eso el acusado utilizaba el ejercicio de la patria potestad de la hija que tenían en común para seguir perpetuando el ciclo de violencia en contra de expareja. Si bien la víctima ORTIGOSA MOSQUERA tiene relaciones existentes de cercanía con la familia de JHON FREDY es solo en relación con el cuidado de la menor.

Observa entonces la Sala, que si bien los hechos jurídicamente relevantes del pliego acusatorio por el cual se encuentra vinculado el procesado radica únicamente el acceso carnal violento que padeció la señora CARMENZA MARÍA ORTIGOSA MOSQUERA el 30 de agosto de 2017 en horas de la mañana, aspecto en que la testigo es clara y contundente en señalar a su victimario como a su expareja quien para fecha en mención fue a la casa de la víctima despacho a la menor hacia la Institución Educativa y luego regresó con la excusa de que llevaba alimentos para la menor y lo que generó en la víctima la confianza para abrir la puerta para recibirlos; pero el acusado empujó la puerta ingresó a la víctima a la habitación y en contra de su

voluntad la accedió carnalmente con su miembro viril por la vagina y previamente la desprendió de sus prendas.

Sobre este testimonio vale aclarar que no se dio ninguna impugnación de su credibilidad, lo que si se denotó fue el intento de la defensa por demeritar su testimonio con la prueba de descargo que ofreció en el juicio oral pero la misma carece de la idoneidad suficiente para derruir la prueba de cargo ofrecida por el Ente Acusador, lo que será objeto de análisis en la presente providencia.

El señor KEVIN CASTRO CÓRDOBA, manifiesta ser Investigador Criminal de la Policía Nacional y reside en la ciudad de Bogotá. Dentro de sus funciones está investigar y recepcionar todo tipo de denuncia o querrela de los ciudadanos o cualquier asunto que le compete a la Policía.

Además, en sus funciones, conoció del caso de la señora CARMENZA MARÍA ORTIGOSA quien se acerca con dos funcionarios de la Policía en el grado de patrulleros, manifestando una situación. Donde la señora ORTIGOSA instaura una denuncia donde dice haber sido abusada sexualmente en forma violenta por parte del señor JHON FERDY BETANCUR BETANCUR en contra de su voluntad. Por tal motivo, se realizaron como actos urgentes la toma de la declaración de la denunciante, se remitió a medicina legal para la valoración.

De igual manera, evocó la denunciante que venía siendo objeto de amenazas en ocasiones anteriores por el ciudadano donde se le otorga una medida protección a la denunciante para evitar acciones en contra de ella. También se recopiló una denuncia anterior del año 2013 por el punible de *lesiones personales* donde la

denunciante CARMENZA expone que un día se dirigió a su trabajo y luego de salir se dirigió al salón de belleza y posteriormente se dirige a la casa del señor JHON FREDY donde estaba su hija de meses de nacida para verla y al llegar a la casa el señor JHON FREDY la agrede reclamándole que dónde estaba y porque no le contestaba y para esa época ya no eran pareja, la denunciante dice que este señor la amordaza y luego trata de tocarle sus partes íntimas *-siendo esto lo manifestado por la señora CARMENZA-*. (SPOA 050456100498201300432 28 de julio de 2013 Fiscalía 11 Local)

De esa denuncia bajo SPOA 050456100498201300432 28 de julio de 2013 termina con el desistimiento de la querrela por parte de la víctima CARMENZA MARÍA, decisión que es firmada por la Fiscal 11 local Dra. IRMA CELENY BUITRAGO.

Para el 2016 se encuentra otra denuncia interpuesta por la señora CARMENZA MARÍA donde manifiesta que el señor JHON FREDY donde denunció *"haber convivido con el señor JHON FREDY BETANCUR 2 años, de habernos dejado tuvo que irse a vivir a Pereira porque él iba a la casa, la obligaba a tener relaciones, le pegaba, la estrujaba y amenazaba con matarla. Como no se amañó en Pereira y se vino en diciembre y siguió en las mismas, porque el 24 de enero fue a la casa y se iba a llevar a la niña siendo las 12:00 de la noche, y como no le abría empezó a tirar piedras a la casa, se mantiene insultándola donde tuvo que llamar a la Policía, el martes 29 de marzo se encontraba pintando la casa cuando él la vio hablando por celular se lo quitó y se lo guardó diciendo que le dijera a su novio que le comprara otro hasta que logró quitárselo y en ese momento la agarró del cuello y luego la soltó del cuello pero le metió la mano en el pantalón que tenía y le manoseaba la vagina y todo eso lo hizo delante de su hija y de la rabia se defendió con un cuchillo.*

Cuando la niña tenía cuatro meses de edad, un día ella se levantó y empezó a jugar con el papá, se le montó encima y, él en vez de ponerla en su estómago, la tenía encima de sus piernas, y ella empezó a saltarle encima y cuando ella se bajo estaba erecto. Luego cuando la niña tenía dos años, le hicieron una cirugía transvaginal, cuando llegaron de Medellín le mostró la vagina de la niña por la cirugía, pero en vez de decir que pesar de la niña, le llamó después a decirle que no dejaba de pensar en la vagina de la niña que la tenía tan bonita diciendo "que tenía unos labiecitos tan bonitos y morenitos". Entonces recuerda haberle dicho a la mamá de él (JHON FREDY BETANCUR BETANCUR) que el veía cosas raras, pero ella le dijo que en la familia no había nadie con aberraciones; en otra ocasión cuando su hija tenía los tres años, él le dijo que se iba a llevar la niña para abrir el billar y le dijo que no porque la niña no tenía pañal, pero él insistió que él se lo ponía, cuando ellos llegaron revisó la niña y tenía un olor extraño como a saliva, pero quedó con esa duda porque en ese tiempo la niña no hablaba. El cuatro de marzo cuando le estaba cambiando el pañal a la niña, la nena le dijo que el papá le estaba dando picos en la vagina señalando".

Frente al contenido de la anterior denuncia la Fiscalía 11 Local decide dejar constancia que día 18 de septiembre de 2018, siendo las 3:15, se hizo presente la señora CARMENZA MARÍA ORTIGOSA MOSQUERA denunciante en contra del señor FREDY BETANCUR y expareja de la querellante, por el delito de LESIONES PERSONALES, la cual no se pudo llevar a cabo toda vez que estos hechos van allá de unas lesiones personales.

En el contrainterrogatorio expone el policial que de las denuncias en referencia no recepcionó ninguna y de los hechos allí vertidos no le constan y son materia de investigación.

Sobre lo manifestado por el Investigador Criminal KEVIN CASTRO CÓRDOBA, reafirma lo advertido en el testimonio de la víctima y es la existencia de una violencia de género antecedente del ACCESO CARNAL VIOLENTO. Donde se tiene una medida protección hacia una mujer que ha venido siendo objeto de agresiones por parte del señor JHON FREDY BETANCUR BETANCUR.

De otro lado, se advierte que la víctima ORTIGOSA MOSQUERA había acudido a la administración de justicia en razón de los punibles de violencia intrafamiliar y lesiones personales que venía siendo objeto por parte del acusado. Denuncias de las cuales la se tiene que la realizada en el año 2013 por violencia intrafamiliar fue admitido su desistimiento por parte de la Fiscalía. Mientras que, por la segunda denuncia del año 2016, la misma le fue negado el desistimiento por involucrar acciones lesivas al bien jurídico de la libertad e integridad sexual de la menor que es hija en común entre víctima y victimario.

De este testimonio, se itera por la Sala se observa que los elementos materiales acopiados por el investigador criminal se orientan a demostrar un contexto de violencia de género antecedente abuso sexual violento que padeció la señora CARMENZA MARÍA ORTIGOSA MOSQUERA.

El señor DAIRO QUINTERO GIRALDO, manifiesta ser Subintendente de la Policía Nacional, recuerda haber participado en el procedimiento de captura del señor JHON FREDY BETANCUR BETANCUR efectuado el 30 de agosto de 2017. Esta captura se da cuando estaban cumpliendo el segundo turno que inicia desde las 7:00 a las 14:00 horas siendo más o menos las 10:00 a.m. se encontraban en el CAI Alfonso López cambiando la batería del medio de comunicación. Cuando se acerca una ciudadana de vestido bastante agitada y

discutiendo con un ciudadano. **Y, este sujeto le está manifestando a la mujer que no vaya a decir nada, cuando ya los abordan, la señora les informa que este señor era su expareja sentimental que se encontraba en la casa despachando la niña para el Colegio y que el señor a la casa con la excusa de ver a la niña y que una vez la despacha para el Colegio abusó sexualmente de ella y, posterior a eso, la encerró en cuarto para no dejarla salir donde se da un forcejeo donde se lastima un brazo, logrando salir de la vivienda y trasladándose al CAI y el sujeto va tras ella y a este sujeto se le captura y hace la lectura de sus derechos como capturado.**

Agrega el testigo, que la señora interpone la denuncia y fue trasladada a la IPS Universitaria para que iniciara la ruta de atención de la víctima de abuso sexual y al sujeto se llevó a las instalaciones de Policía para realizar su judicialización.

Recuerda que cuando viene la señora hacia el testigo y su compañero percibe que detrás venía este sujeto discutiendo con ella, diciéndole que no fuera a decir nada. Reconoce al ciudadano que estaba con la señora en esa fecha como la persona que está ubicada en el banquillo del acusado. Respecto de la señora rememora que fue llevada a la IPS Universitaria y lograron percibir que tenía un brazo lastimado y ese detalle fue consignado en el informe de captura en flagrancia, y su compañero para esa fecha era MOLANO PÉREZ WILFREDO.

En el contrainterrogatorio dice el testigo haber percibido el brazo lastimado de la señora ORTIGOSA MOSQUERA, en el informe no se consignó rasgos de lesiones o moretones en relación con JHON FREDY BETANCUR porque no los vio, pero no significa que no los tuviera.

Del testimonio del policial DAIRO QUINTERO GIRALDO se desprende varios elementos que revisten de credibilidad lo atestado por la víctima ORTIGOSA MOSQUERA y, radica que percibieron cuando venía la señora ORTIGOSA y detrás de ella venía el acusado manifestándole a la víctima que no fuera a decir nada, lo que, en definitiva, no impidió que la señora CARMENZA MARÍA ORTIGOSA MOSQUERA acudiera a los policiales a denunciar ACCESO CARNAL VIOLENTO.

Asimismo, este policial le observo la lesión perceptible en uno de sus brazos, aspecto que si bien no advierte su compañero. Para la Sala reviste crédito lo manifestado patrullero QUINTERO GIRALDO pues no tiene ningún interés en el proceso y perjudicar a la víctima o al victimario y, este aspecto, permite inferir que hubo un forcejeo por parte de la señora ORTIGOSA para repeler el ataque sexual en contra de su voluntad.

El señor WILFREDO MOLANO PÉREZ, manifiesta ser Patrullero de la Policía Nacional labora actualmente en el Carmen de Darién Chocó y estuvo laborando en Apartadó por 16 meses. Dentro de la institución lleva 11 años y recuerda que en el mes de agosto de 2017 se encontraba en la Estación de Policía Apartadó en el cuadrante 7 del CAI Alfonso López. Sobre la captura del señor JHON FREDY BETANCUR CETANCUR recuerda que la misma se realiza en atención de unos hechos donde la expareja sentimental lo acusaba de un posible acto sexual y los dos llegaron al CAI a raíz de esa situación y como el testigo estaba ahí con su compañero y dado que la víctima reconocía a su agresor por lo que se procedió a realizar la captura.

Evoca el policial que vio estas personas venían los dos desde la esquina por la calle donde queda EL GANA y ellos llegaron normal a las instalaciones, pues particularmente cuando laboró en esa

Unidad era normal verlo a ellos dos, ellos venían en el mismo lado. La señora manifestó que el señor FREDY -acusado- llegó a la casa para saludarla antes de que se fuera para el Colegio y, una vez la niña se va para el Colegio, ellos quedaron solos en la casa donde se presentó forcejeo y la accedió carnalmente y el señor FREDY colaboró con el procedimiento, pero no dijo nada, la señora manifestó que tenía un golpe en el hombro o codo en el momento del forcejeo para salir a dar aviso a la patrulla en CAI.

Dice el testigo que no vio lesionado al acusado, pero el venía con una chaqueta y una vez que suscribe el acta de buen trato no dijo nada el señor FREDY que estuviera lesionado. Cuando se escucha a la señora se realiza la lectura de los derechos del capturado y como la señora tenía orden de protección, se llevó al Hospital para iniciar la atención a la víctima de abuso sexual para que hagan las respectivas valoraciones.

En el contrainterrogatorio manifiesta **el testigo que cuando estuvo en la Estación era normal ver a la señora con el acusado porque había una orden de protección donde la ciudadana mal interpretaba la orden de protección porque pese a esta situación dicha orden le restringía al acusado su derecho de ver a su hija y siempre llamaba a realizar el requerimiento de la patrulla y casi siempre le tocaba al testigo atender el procedimiento.**

No recuerda haber recibido un requerimiento distinto al de la medida protección de la señora. Sobre el estado del acusado para la fecha de los hechos no le observó ninguna situación anormal pues de haberlo visto se plasmaba en el informe. Frente al golpe del codo fue algo que la señora manifestó, pero no era visible.

En relación con la medida de protección recuerda que esta señora era normal verla en su trabajo *-en el punto del queso-* del Barrio San Fernando, entonces al acusado se le hacía necesario visitar en su condición de padre visitar la hija, entonces eso le generaba molestia a la ciudadana que el fuera a buscar a su hija y varias veces le tocó ir a hacer la salvedad y decirle que la medida de protección no restringía el derecho de ver a la hija. **La señora CARMENZA le manifiesta que ya habían tenido sus inconvenientes y ella tenía temor que la agrediera.**

Recuerda que la señora CARMENZA no quería que el acusado fuera a ver a la niña a la casa por el temor que el acusado le realizara algún daño.

Este patrullero WILFREDO MOLANO PÉREZ al igual que su compañero QUINTERO GIRALDO logran advertir el día de los hechos cuando se acercan a las instalaciones y, escuchan de la señora CARMENZA MARÍA quien denuncia a su expareja JHON FREDY de haberla accedido carnalmente en contra de su voluntad. Aspecto, que de suyo permite reafirmar la contundencia y el desespero de la víctima de sufrir los constantes hostigamientos de violencia en contra de ella.

El señor WILFER ERNESTO TANGARIFE GONZÁLEZ, dice ser psicólogo adscrito a la IPS Funipas y tiene especialización en primera infancia, ejerce la sicología desde hace 10 años. Dentro de su función como psicólogo atiende pacientes donde recuerda haber atendido a la señora CARMENZA ORTIGOSA hace 2 años. El motivo de consulta fue por abuso sexual, recuerda de la anamnesis que la paciente entra por medios propios, con un estado emocional alterado y con ansiedad, solicitaba escucha y ayuda.

Sobre el motivo de la ayuda radicaba en el abuso sexual de parte de su expareja sentimental, la señora ORTIGOSA narra estar ausente metida en sus problemas y cuando indaga dice que había un constante abuso por parte de su compañero en contra de ella. La narración fue de una sintomatología que pasaba con su excompañero, esto es, el estado de ansiedad o depresivo.

Cuando atiende a un paciente se genera una historia clínica en el caso concreto en la atención referente CARMENZA ORTIGOSA se realizó la historia clínica -ver fl 78- en la cual señala el testigo que la historia clínica exhibida corresponde a la elaborada por el testigo porque tiene su firma y sello, y es su letra la que obra en el documento.

La señora CARMENZA ORTIGOSA acudió en forma particular en consulta, observa el testigo que la paciente presentaba un cuadro de ansiedad y depresión. Ella quería ser escuchada sobre el abuso sexual de parte de su expareja y había tenido una crisis con gestos de intentos suicidas y un gesto frente a sus hijos.

En relación con el intento suicida la paciente intentó tomar veneno y la muestra gesticular que apunta el testigo en la historia clínica y, es que, cuando una persona sufre un tipo de emoción tan grande como esta, al no ver una solución ellos hacen un intento una muestra gesticular de darle a sus propios hijos -el veneno-, es decir, "si es conmigo con ellos también".

La visita de la señora CARMENZA ORTIGOSA a su consultorio se origina por el abuso sexual repetido que padecía. En la consulta si se identificó que fue víctima del abuso sexual el cómo y el dónde no se determinó (...).

En el contrainterrogatorio expone el testigo psicólogo que de la valoración psicológica hizo una anotación “...históricamente ha sido abusada en varias ocasiones por su expareja de forma verbal, física y psicológica y, sexualmente por él. Es importante destacar el alto estado de ansiedad y paranoia que le genera al estar cerca de su expareja al cual le tiene miedo porque no puede tener una vida propia o social porque le puede hacer daño físico, pues la ha amenazado en varias ocasiones. Es prioritario se realice seguimiento por psicología para el bienestar de ella y sus hijos y solicitar nuevamente medida cautelar y de protección para ella y sus hijos...”.

Sobre el abuso sexual que padecía ella referenció que fue su expareja, pero no le indicó cuál era su nombre. Sobre el tema de la infidelidad de su pareja puede haber generado un estado de ansiedad y depresión muy alto y ya posteriormente la afectación que tiene por el abuso sexual lo que es contradictorio en la paciente. Pero el estado emocional de la paciente estaba alterado en el momento de la evaluación.

Sobre la convocatoria del testigo WILFER ERNESTO TANGARIFE GONZÁLEZ al parecer la misma fue como testigo perito, pero debe advertirse que, se avizora por la Sala que la atención en consulta de la señora CARMENZA MARÍA y la consecuente anotación en la historia clínica de su estado psicológico, se le debe dar el tratamiento de un testigo experto pues el profesional percibió al momento de la consulta de la paciente alteraciones emocionales, compatibles con su relato que, conforme a su experiencia profesional, indicarían que, en efecto la señora ORTIGOSA MOSQUERA fue abusada por su expareja sentimental.

Bajo esa óptica, el testimonio del profesional en psicología WILFER ERNESTO TANGARIFE GONZÁLEZ adscrito a la IPS FUNIPAS, permite ver que la víctima MARÍA CARMENZA acude al testigo para se escuchada en consulta por el problema de abuso sexual que fue cometido por su expareja sentimental; donde pudo determinar este profesional un cuadro de ansiedad y depresión de la señora ORTIGOSA MOSQUERA, quien pudo determinar que si se evidenciaba por la sintomatología que fue abusada, el cómo y el dónde no lo determinó.

En ese sentido, atendiendo a que la atención por psicología fue efectuada el 02 de junio de 2017 -según se advierte a fl. 78-, guarda correspondencia con el escenario narrado por la víctima CARMENZA MARÍA ORTIGOSA MOSQUERA, en el sentido que con anterioridad el procesado venía ejerciendo continuados hechos de violencia en su contra vulnerando *su libertad de sexual e integridad física* previamente a la consumación de la conducta punible de ACCESO CARNAL VIOLENTO acaecido el 30 de agosto de 2017 en la casa de la señora ORTIGOSA MOSQUERA.

Otro aspecto, que se avizora es la afectación emocional que había padecido la víctima por la infidelidad del acusado BETANCUR BETANCUR, la cual según lo advertido por el psicólogo tenía ideación suicida; tema sobre el cual se anticipa la Sala para afirmar que no observa en la señor CARMENZA MARÍA sus atestaciones motivos o razones para mentir sobre los hechos denunciados en contra del señor JHON FREDY BETANCUR BETANCUR, pues el mismo procesado es quien acepta en su declaración que la víctima MARÍA CARMENZA no quería nada con él y que había una orden de protección en su contra para que no se acercara a su expareja, pero pese a ello, con la excusa de ejercer su rol paterno entraba a la casa de la víctima a hostigarla y a realizar actos de violencia sexual en su contra.

El médico HUVER ENRIQUE GARCÉS RESTREPO, manifiesta laborar en la IPS Universitaria de Apartadó- Antioquia en calidad de médico general, allí lleva laborando en esa entidad hace 25 años con diferentes empresas, con la IPS lleva cinco años y lleva mas o menos entre 500 pacientes al mes. Luego de exhibirle la Fiscalía el documento al testigo manifiesta que es una historia clínica de la paciente y los resultados de laboratorio; la historia clínica tiene una un interrogatorio, examen físico y antecedentes personales, así como tratamiento clínico y manejo de la paciente.

Recuerda haber atendido a la señora CARMENZA MARÍA ORTIGOSA MOSQUERA el 30 de agosto de 2017 a las 11:00 de la mañana llegó la señora en mención manifestando que había sido abusada sexualmente por su expareja JHON FREDY BETANCUR BETANCUR y **le dijo que aquel le había quitado la ropa y la accedió sexualmente sin consentimiento de ella, manifestó todo proceso del abuso donde el victimario eyaculó dentro de su vagina, y señaló no haber tenido relaciones en ningún momento durante los cinco meses anteriores.**

Al realizarse el examen físico se advierte que la paciente es una persona normal, sin señales externas de lesiones de ninguna índole y al hacerle el examen físico y con el solo interrogatorio, el testigo da por hecho que la señora fue abusada y se inicia profilaxis donde se hace un tratamiento en todos los abusos sexuales y se tomaron una serie de muestras porque físicamente porque no tenía lesiones y maltrato físico.

A la paciente se le suministró tratamiento de medicamentos retrovirales, se hacen pruebas para enfermedades de transmisión sexual...los resultados de laboratorio muestran que hay espermatozoides como resultado del frotis vaginal de la paciente.

Sobre los resultados hay hemoleucograma normal, prueba de embarazo y serología negativas, los resultados son normales.

En el contrainterrogatorio dice el testigo que realizó a la paciente un examen físico en donde se le observa una apariencia normal...cuando se habla de un acto sexual violento no necesariamente requiere de huellas de violencia y puede haber violencia sin generar ninguna clase de trauma físico o externo.

Cuando manifiesta el testigo que en el evento de que la persona haya sido abusada sexualmente no quiere decir que existan lesiones físicas externas. Pero ante la hipótesis de un forcejeo puede haber o no lesiones; verbigracia, puede tomarse de los brazos a una persona sin necesidad de dejarle alguna lesión y en el momento que lo suelte queda normal.

Ahora pese de que se este accediendo a una persona en forma violenta no requiere que la violencia sea física sino también se le puede hacer la exigencia una persona que se quite la ropa porque la va a acceder y para ello tener un revólver en la mano...no necesariamente se requiere lesiones físicas internas o externas para hablar de un abuso sexual violento.

(...)

En la historia clínica cuando se dice sin secreciones vaginales, pero cuando usa el isotopo por el cuello del útero se encuentra secreción como lo fue la esperma. Hay secreciones vaginales que normalmente no se perciben, pero están allí. Afirma que no tiene la paciente secuelas.

Respecto del *reconocimiento sexológico* realizado por el galeno HUVER ENRIQUE GARCÉS RESTREPO, se vislumbra que la víctima en la anamnesis señala que fue abusada sexualmente por su expareja JHON FREDY BETANCUR BETANCUR, quien relató un forcejeo y este logró reducirla accediéndola carnalmente en contra de voluntad manifestando que eyaculó dentro de sus genitales.

Si bien el galeno no observa lesiones físicas en su cuerpo, no descarta el abuso sexual por cuanto no se requiere de lesiones físicas para hablar de un abuso sexual violento. Aspecto que confluye con lo manifestado por la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal en la *sentencia 11/07/ de 2017 -rad. SP10292-2017, 48.529, M.P. Patricia Salazar Cuéllar al indicar:*

“Deja de lado el Juez Colegiado que el criterio jurisprudencial y normativo que impera tanto en el ámbito del derecho penal internacional como en el derecho penal comparado, muestra que no en todos los casos de violación sexual se verá reflejada la ocurrencia de la misma en un examen médico, ya que no siempre la violación ocasiona lesiones físicas o enfermedades verificables a través de un examen médico”

De otro lado, no puede pasar inadvertido el hallazgo realizado por el galeno con la muestra que tomó en el introito de los genitales de la señora CARMENZA MARÍA y es lo relativo al hallazgo de espermatozoides. Aspecto que, recalca la Sala porque si bien el acusado en su recurso de apelación dice que no se probó que los mismo fueran de él; olvida el procesado que en su testimonio reconoció que tuvo relaciones sexuales que en su criterio fueron consentidas *-testimonio que será materia de valoración más adelante al abordar los testigos de descargo-*. Pero para la Sala resulta claro que el rastro seminal corresponde al procesado pues, *indiciariamente*, y por lo evocado por la víctima llevaba varios meses sin tener relaciones

sexuales y la única relación sexual que tuvo la señora CARMENZA MARÍA fue producto del abuso sexual violento realizado el 30 de agosto de 2017, siendo enfática la víctima que su abusador lo era su expareja hoy acusado y quien logró penetrarla con su miembro viril por la vagina, hechos que se consumaron en la casa de la víctima.

Ahora sobre lo relatado por el señor JHON FREDY BETANCUR BETANCUR, no resulta de recibo sus exculpaciones y resulta mendaz y contradictorio su testimonio, pues la víctima había terminado su relación sentimental y el acusado continuaba hostigándola para continuar su relación sentimental con él, manifestando que su privación de la libertad obedece a una vindicta por una infidelidad, pero esa fue la causa de la ruptura, veamos lo narrado por el acusado:

El acusado JHON FREDY BETANCUR BETANCUR, decide renunciar a su derecho a guardar silencio para ser testigo de su propio proceso, dice frente a los hechos por los cuales fue vinculado al proceso que, para ese día fue a visitar a su hija porque siempre iba para acompañarla al Colegio en la mañana y ha sido un padre muy aplicado con su hija, entonces fue a buscar a su hija y se la llevó para el colegio y ella le dijo que no tenía comida para los niños y fue a llevarle comida, lo cual hacía constantemente el testigo. El testigo iba a la casa de ella y cualquier hora le abrían la puerta y tenía una vida separados, pero paseaban y compartían. Para ese día estuvo con ella y ella le dijo que no quería que volviera a la casa porque el testigo le había hecho mucho daño y el testigo le dijo que arreglaran las cosas que él estaba aburrido de vivir solo, ella había estado en noviembre, diciembre y enero en la casa y se fue otra vez, el testigo - acusado siempre la buscaba porque quería arreglar las cosas con ella. Entonces ella le dijo que lo iba a perjudicar así me arrepienta el resto de la vida y el testigo se preguntaba cómo lo iba a perjudicar.

Agrega, que el testigo acusado afirmando que el día de los hechos se estaba organizando para una cita psicológica a Carepa y la encontró organizándose para irse, se fue con la niña y volvió y al regresar el testigo acusado refiere haber estado con ella - significando que había tenido relaciones sexuales- donde ella le dijo que iba para CAI de la Policía a decir que el testigo acusado la había violado salió bien pintada y organizada y llegó allá y dijo el testigo que no tenía nada que esconder y salió con ella y le dijo "vamos". Al llegar al CAI de la Policía y ella lo acusó de violador y lo que le dijo a los Policías era que no la había violado y por eso está acá.

De ahí, lo cogieron y lo montaron en la camioneta y lo trajeron. Manifiesta el testigo que la puerta de la casa de CARMENZA se la abrían normal porque el testigo y CARMENZA a pesar de que no vivían juntos. Ella contaba con el testigo- acusado incondicionalmente y viceversa, cualquier favor que le pidiera y además el testigo tenía ropa en la casa de ella. Si bien el acusado vivía solo en la casa de ella era donde comía y dormía en el día, pues al trabajar de noche en el billar y allá era donde dormía en el día y ella lo atendía como su esposo, pero no vivían juntos.

Para el día de los hechos, llegó y tocó y ella le abrió normal como solía hacerlo siempre cada vez que llegaba. Retoma el acusado que al llegar al CAI de la Policía y le dijo no vaya hacer eso que la va a perjudicar y con el solo hecho de decir eso lo van a coger y lo van a investigar y ella le decía que no quería volviera su casa porque le ha hecho mucho daño y ella le dijo que se iba a vengar de todo lo que había hecho porque ya había sido hace tres años infiel con una muchacha (...) y CARMENZA lo perjudicó y le dañó la hoja de vida.

(...)

Manifiesta el acusado que luego de ser capturado CARMENZA MARÍA estaba muy arrepentida porque lo que ella hizo fue motivado por venganza y ella no lo hizo por lo que ella dijo y ella volvió a salir con el acusado e intentó arreglar cosas donde estuvieron en el cumpleaños del compadre eso fue en el 2017, salieron y ella se llevaba bien con su mamá, siempre estuvo el acusado muy pendiente de su hija (...) y la relación después de lo que pasó ha estado bien, solo que ella el resentimiento no la ha dejado vivir en paz. La fecha del cumpleaños del compadre fue el 27 de mayo de 2017 (...).

Asevera el acusado que los hechos por los cuales viene siendo procesado fueron después de compartir -ese evento con el compadre-. Después de que pasó todo intentaron y ella le dijo piénselo bien, piense en su hija y le dijo que el acusado que se iba a dar otra oportunidad y fue ella a su casa estuvo con ella y no la llevó obligada y no la amenazó y ella no sabía lo que quería.

Cuando su hermano MARCO ANTONIO BETANCUR llegó de Riohacha y como ella siempre ha sido muy amigable con su familia, le dijo que había llegado su hermano y ella le dijo que la llevara para conocerlo y la buscó como a las 7:00 pm y ya tenía la relación con la pareja que actualmente tiene con otra mujer y eso lo hizo al escondido porque a ella no le iba a gustar, pues iba llevar a CAMERZA MARÍA para que conociera su hermano y eso lo hizo al escondido.

Entonces llevó a MARÍA y su hermano la saludó y le dijo el acusado que bueno que MARÍA les cocine un pescado y ella dijo consígalo que ella iba al día siguiente y se lo preparaba sin problema y sin nada llegó a su casa y les preparó el pescado y comieron juntos, entonces su hermano le dijo usted por qué no vuelve con FREDY y le dijo el acusado a su hermano que ella no quería y

MARÍA le dijo que FREDY le había pagado muy mal. Y, de hacerlo FREDY vuelve y la hace (...).

Señala el acusado que en ninguna oportunidad abusó de CARMENZA MARÍA solo sabe que ella le quería joder la vida porque mire en todo lo que lo ha tenido y ella lo hizo por venganza. Y, CARMENZA MARÍA lloraba y le dijo que estaba arrepentida.

En el contrainterrogatorio dice el acusado haber vivido con el CARMENZA MARÍA hace siete años y vivió con ella hasta que su hija tenía dos años y ella se da cuenta de la infidelidad se va de la casa (...). Y, el acusado después de que ella se fue cambio de apartamento porque no soportaba estar allí porque se encontraba muy enamorado de ella, sufría porque llegaba de su negocio y no la encontraba.

Reconoce el acusado haber sido denunciado por CARMENZA MARÍA por el delito de VIOLENCIA INTRAFAMILIAR porque cuando se separó de CARMENZA, ella dejaba los niños en su casa y la madre acusado se los cuidaba y ella trabajaba en el Punto del Queso en San Fernando y el acusado trabajaba y le quedaba duro estar pendiente de su mamá y la niña. Entonces CARMENZA MARÍA era muy agresiva y le preguntaba que dónde estaba y se le enojó y forcejeo con ella, entonces ella se iba a tirar de un segundo piso y le tocó cogerla. Y, le dijo que no le gustaba que le dejara la niña llorando y eso lo tenía preocupado y le dijo que cuando saliera de trabajar que fuera a buscar a la niña porque su mamá no es capaz de cuidar la niña cuando se pone a llorar y se agarraron.

Afirma que su hija nació sin uretra, con cinco deditos y orinaba por una sonda y la niña no podía llorar porque podía sangrar según los médicos había que cuidarla mucho. Manifiesta el acusado

que a pesar de ver ese ánimo vengativo en CARMENZA le insistió que volviera por estaba enamorado de ella y quería estar con ella el resto de su vida.

(...)

Manifiesta el acusado que cuando vio a CARMENZA MARÍA muy bien vestida el día de los hechos sabía que ella iba para una cita a Carepa porque ella misma se lo dijo en el momento que llegó y le preguntó para dónde iba. Sobre el mercado llevó unas cosas para que hiciera el almuerzo...pese a que estaban separados se indagaban por lo que hacía cada uno.

Sabe que CARMENZA estaba yendo a citas psicológicas, porque conoció que ella era muy agresiva con los esposos que fueron infieles y ella fue agresiva y se le lanzaba y pese a eso la amaba (...).

(...).

Con relación a lo advertido por el acusado encuentra la Sala que su relato carece de idoneidad para derruir la pretensión punitiva y lo declarado por la víctima CARMENZA MARÍA ORTIGOSA MOSQUERA, pues ella y el mismo acusado reconocen que ya no tenían ninguna relación sentimental y lo único que los unía en la hija en común que nació para época en que eran pareja.

Además, el testigo reconoce haber tenido una denuncia previamente por violencia intrafamiliar dentro un contexto de violencia género, que, si bien maquilla con una justificación de un descuido de su hija; se observa sin mayor esfuerzo la normalización de la violencia que ha desplegado sobre su expareja CARMENZA MARÍA

después de haberse dado la ruptura de la relación sentimental. Igualmente, como lo advirtió la víctima, el policial WILFREDO MOLANO PÉREZ y el mismo acusado quien refirió tener una orden de restricción para no hostigar y agredir a la señora CARMENZA MARÍA, tal y como lo refiere el mismo acusado en algunos apartes de su testimonio, lo que de contera da lugar a predicar que la persona violenta y agresiva no era la señora CARMENZA MARÍA sino el hoy acusado JHON FREDY BETANCUR BETANCUR.

Ahora bien, lo relatado por el procesado resulta inverosímil pues según el testimonio de la señora CARMENZA MARÍA no quería regresar con el acusado por que le había sido infiel, y resulta fantasioso lo afirmado por el acusado que la denuncia es producto de una vindicta; pues el acusado en su atestación reconoce que ella no quería volver a recomponer su relación y era JHON FREDY quien estaba obsesionado por volver con la señora CARMENZA MARÍA. De ahí que, no observa la Sala en dónde cimienta el acusado en el recurso de alzada que la denuncia de acceso carnal violento fue motivo de una venganza, cuando lo que se observa plenamente probado en la actuación procesal es que la víctima no ha logrado vivir tranquilamente después de la ruptura de la relación, pues bajo la excusa de ver a su hija, el acusado aprovechaba para no cumplir con la orden de restricción y perpetuar la violencia de género en contra de su expareja sentimental que llegó al punto de accederla carnalmente en forma violenta el 30 de agosto de 2017.

Por otra parte, los testigos convocados por la defensa CARLOS ALBERTO SEPÚLVEDA y MARCO ANTONIO BETANCUR BETANCUR denotan un interés de favorecer al procesado, pues tratan de hacer ver la existencia de una relación sentimental entre victimario y víctima para en el mismo año en que ocurrieron los hechos y luego de la confrontación con el interrogatorio cruzado por la Fiscalía ambos son

claros en señalar que entre ellos ya no existía convivencia alguna y, a ninguno de estos dos testigos le consta lo ocurrido, pues los hechos ocurrieron en el domicilio de la señora CARMENZA MARÍA el 30 de agosto de 2017, veamos lo manifestado por ellos:

El señor CARLOS ALBERTO SEPÚLVEDA, manifiesta ser residente en Apartadó -Antioquia, bachiller, de oficio carnicero y conoce al acusado porque son amigos y también lo es de la señora CARMENZA ORTIGOSA. Recuerda haber compartido en una oportunidad con el acusado y la señora CARMENZA ORTIGOSA siendo el 27 de mayo de 2017 en razón de su cumpleaños. Sabía que ellos no convivían, pero compartían y no tenían problemas jurídicos en ese momento.

Para esa fecha de su cumpleaños vio que el acusado y CARMENZA tenían una relación que era normal ellos compartieron en familia normal y no notó ningún comportamiento raro, el trato del acusado hacia CARMENZA era cariñoso. Afirma el testigo no tener conocimiento si el acusado ha sido un mal esposo y si sabe que es un buen padre con la hija que tienen con la señora CARMENZA.

Desconoce el testigo si el acusado tiene una relación actual con la señora CARMENZA ORTIGOSA, tampoco sabe si el acusado engañó a su pareja CARMENZA en su momento.

En el contrainterrogatorio expresa conocer el testigo al acusado hace trece o catorce años, cuando compartió con el acusado y la señora CARMENZA se dio únicamente en la residencia del testigo, no recuerda haber acompañado a llevar a la niña al Colegio después de haberla recogido en la casa de CARMENZA.

Señala el testigo no haber presenciado un conflicto donde el acusado haya agredido a la señora CARMENZA y, tampoco ha tenido dialogo con la señora CARMENZA. Considera el testigo que una relación buena es vivir en paz y no le consta que el acusado y la señora CARMENZA vivieran en paz. Pero en su criterio la relación del acusado y CARMENZA considera el testigo que era una relación buena y amorosa.

(...).

Como se puede observar del testimonio del señor CARLOS ALBERTO SEPÚLVEDA se desprende que ya no existía ninguna relación de pareja entre víctima y victimario; y, que según su testimonio había una relación amorosa y normal, lo que entra en conflicto con lo declarado por los policiales que recepcionaron la denuncia y dieron captura al procesado, donde uno de ellos sabía que entre JHON FREDY y CARMENZA MARÍA había conflictos frecuentes y donde el acusado tenía una orden de restricción en su contra para no hostigar a la señora CARMENZA MARÍA. Así como tampoco este testigo aporta mayores elementos al no haber estado presente en el momento en que ocurrieron los hechos relativos al acceso carnal violento.

El señor MARCO ANTONIO BETANCUR BETANCUR, manifiesta ser hermano del acusado JHON FREDY BETANCUR BETANCUR y ante la advertencia de no declarar por estar privilegiado por la inmunidad penal, decide renunciar a su derecho para declarar en favor de su hermano. Dice el testigo ser comerciante y residente en el municipio de Apartadó – Antioquia.

Recuerda el testigo haber llegado a la ciudad de Apartado el 16 de junio de 2017, conoce a la señora MARÍA CARMENZA ORTIGOSA y el domingo llegó su hermano con ella a la casa y se la

presentó y la distingue...porque su hermano llegó con ella a la casa y habló con ella. Posteriormente, a los dos días la llevó y les hizo un almuerzo eso fue un 19 y almorzaron, su hermano iba a la casa de ella y recogía a la niña.

Señala el testigo que frecuentemente pasaba y recogía la niña, cuando conoce a CARMENZA ella vivía aparte y su hermano JHON FREDY BETANCUR BETANCUR vivía con el testigo en su apartamento. Cuando le presenta a CARMENZA su hermano no sabe si había algún vínculo entre ellos aparte de la niña, pero puede que de pronto tenían algo, porque ellos iban a almorzar y su hermano recogía la niña y la llevaba.

Sobre los problemas que ellos tuvieron (acusado y CARMENZA) eran de tiempo atrás y no sabía de qué tipo, solo se da cuenta el año pasado cuando llegó. El comportamiento de ellos como de una pareja con una relación normal.

Manifiesta el testigo que la señora CARMENZA estuvo el 19 de junio quien les cocinó...le dijo a su hermano que cuando fuera a la casa de CARMENZA llamara a la niña pero que no entrara para evitar problemas. Con la señora CARMENZA el testigo solo ha tenido una amistad.

En el contrainterrogatorio expresa el testigo MARCO ANTONIO que el comentario que le hizo CARMENZA era que su hermano iba a la casa de ella y entraba donde la cogía para besarla y acariciarla delante de la niña, pero eso no le consta. Pero sí le recomendó a su hermano que no entrara a la casa porque ella le contaba cuentos raros y no puede decir si su hermano la cogió a las malas o si se acostaron.

Dice el testigo que CARMENZA le había comentado lo que venía pasando de tiempos atrás y era que su hermano la había cogido a la fuerza y eso se lo dijeron ellos (acusado y CARMENZA) que había cogido su hermano a CARMENZA a las malas y la había violado.

(...)

Afirma el testigo que vio en su hermano y CARMENZA una relación normal porque llegaron juntos y se fueron juntos; pero no está diciendo que ellos amanecieron juntos, su hermano iba por la niña y la llevaba. Respecto a la relación con CARMENZA y el testigo se dio fue cuando ella les hizo el almuerzo y en una oportunidad CARMENZA le pidió un préstamo de \$200.000 y una vez pasó por la casa y ella le comentaba lo que estaba pasando.

(...).

Cuando dice el testigo que su hermano y CARMENZA le habían contado de los problemas y testigo les dijo que los problemas no eran buenos. Precisa el testigo que cuando CARMENZA la llevó su hermano en su casa ella le comentó de los problemas, pero su hermano vivía en la casa del testigo y CARMENZA vivía en su casa.

Sobre a lo manifestado por CARMENZA era que su hermano acariciaba y besaba a la señora CARMENZA frente a la niña, era porque cuando su hermano llegaba por la niña ella le abre la puerta y le decía a su hermano FREDY no entre allá y le dijo que dejara a MARÍA CARMENZA quieta debido a tanto problema que ha tenido con ella, evite los problemas solo vaya recoja la niña y ya.

Recuerda a MARÍA CARMENZA el testigo le recomendó que no le abriera la puerta a su hermano, pero según CARMENZA era la niña la que abre la puerta, y le dijo a su hermano FREDY que como ya no estaba juntos porque como tenían problemas le dijo que dejara a CARMENZA quieta y que hiciera su vida.

(...).

De acuerdo con el testimonio de la MARCO ANTONIO BETANCUR BETANCUR, sucede lo mismo que con el testimonio del señor CARLOS ALBERTO SEPÚLVEDA, hay interés de favorecer al acusado no porque fuera su hermano sino que, durante su testimonio fue hostil y renuente al no querer evocar lo que conocía por voces de la víctima sobre lo que estaba pasando y era que el acusado JHON FREDY BATENACUR estaba agrediendo a la señora CARMENZA MARÍA, quien la descalifica manifestando que eso eran cuentos, y le advertía a su hermano JHON FREDY que no entrara a la casa de CARMENZA.

Como puede vislumbrarse de este testimonio, el mismo no resulta confiable y si se observa que la víctima sí tiene vínculos familiares con la familia del acusado, pero era solo por el cuidado de la niña, pero ello no permitía predicar la existencia de una relación sentimental amorosa ajena de la violencia, pues dentro del plenario de acreditó totalmente lo contrario, que no existía ninguna relación sentimental entre víctima y victimario. Donde la señora CARMENZA MARÍA tenía orden de protección para no ser agredida por su expareja sentimental.

Cabe destacar, que el testigo MARCO ANTONIO BETANCUR BETANCUR tampoco fue un testigo presencial de los hechos ocurridos el 30 de agosto de 2017 en la cual el señor JHON FREDY

BETANCUR BETANCUR accedió carnalmente en forma a la señora CARMENZA MARÍA ORTIGOSA MOSQUERA en el domicilio de esta.

De igual forma, dentro de los testimonios de descargo fue convocada la víctima ORTIGOSA MOSQUERA, quien vuelve a ratificarse en lo evidenciado en el testimonio ofrecido en calidad testigo del Ente Acusador y, es que fue abusada sexualmente por parte del acusado en la fecha expuesta en los hechos jurídicamente relevantes.

De igual manera, la defensa trató de direccionar el tema de interrogatorio a la señora CARMENZA MARÍA a un evento familiar donde estuvo el acusado con la víctima en la casa del señor CARLOS SEPÚLVEDA en un cumpleaños que fue previo al acceso carnal violento que ella padeció con el acusado y fue contundente la testigo en afirmar que entre el acusado y ella ya no existía ningún tipo de relación de pareja y que su vínculo se reducía a su hija que tenían en común. Veamos, lo manifestado por la víctima:

La señora CARMENZA MARÍA ORTIGOSA MOSQUERA, manifiesta ser residente en Apartadó, trabaja en oficios varios y es bachiller. Conoce al señor CARLOS SEPÚLVEDA porque es padrino de su hija y no ha tenido problemas con él, habla con CARLOS y hay una buena relación como con la señora de él.

Manifiesta la testigo que estuvo en el cumpleaños del señor CARLOS SEPÚLVEDA, pero no fue en el año de 2017 y eso fue mucho antes de ese año. En ese cumpleaños estaba con JHON FREDY pero por esa época ya no tenía ninguna relación y fue al cumpleaños porque CARLOS SEPÚLVEDA es padrino de su hija y ellos la invitaron al cumpleaños y ahí estaba JHON FREDY BETANCUR y otras amistades más.

Cuando llegó la testigo al cumpleaños no llegó con JHON FREDY pero sí estuvo en la recepción ahí en la casa, e incluso la testigo se mantenía más con la comadre que con ellos...allí estuvo hasta las 11:00 de la noche.

En el contrainterrogatorio expone la testigo que al momento en que acude a la reunión de cumpleaños, no se había instaurado en ese momento en la denuncia. Considera que CARLOS SEPÚLVEDA está amparando al acusado y no entiende porque se está refiriendo a un hecho que fue mucho antes de la violación que sufrió la testigo. La violación ocurrió el 30 de agosto fue sin el consentimiento de la testigo y fue así como JHON JAIRO lo quiso y realizó (...).

Es claro entonces, para Sala que lo advertido por la testigo víctima CARMENZA MARÍA ORTIGOSA MOSQUERA, se corresponde con las demás pruebas ofrecidas por la Fiscalía para predicar que se ha demostrado la responsabilidad penal del acusado JHON FREDY BETANCUR BETANCUR, en los hechos ocurridos el 30 de agosto de 2017 cuando decide acceder carnalmente por la fuerza a la señora CARMENZA MARÍA ORTIGOSA MOSQUERA quien se encontraba en su casa en disposición de salir a una cita psicológica, a la que no logra acudir al ser víctima de abuso sexual.

En ese orden de ideas, en virtud del *principio de libertad probatoria* no se requiere de ningún otro medio probatorio para respaldar la prueba testimonial y pericial³ que en la presente

³ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 14 de junio de 2015, radicado SP8033-2015, 45.043, decisión en la cual se puntualiza:

...

“3. Se creó una falsa regla de la sana crítica según la cual la eficacia de un testimonio depende que aparezca corroborado en otros medios de prueba. A más de que esta razón no se adecúa al mentado principio de libertad probatoria, tampoco se ajusta a las reglas específicas de valoración de la prueba testimonial -los principios técnico-científicos sobre la percepción y la memoria y, especialmente, lo relativo a la naturaleza del objeto percibido, al estado de sanidad del sentido o sentidos por los cuales se tuvo la percepción, las circunstancias de lugar, tiempo y modo en que se percibió, los procesos de rememoración, el comportamiento del testigo durante el

actuación procesal se ha demostrado que la señora CARMENZA MARÍA ORTIGOSA MOSQUERA fue accedida carnalmente mediante violencia por su expareja JHON FREDY BETANCUR BETANCUR.

De acuerdo a las anteriores argumentaciones, encuentra la Corporación que se ha demostrado más allá de toda duda la responsabilidad penal del señor JHON FREDY BETANCUR BETANCUR, en la comisión de la conducta punible de ACCESO CARNAL VIOLENTO, donde resultara víctima su excompañera sentimental la señora CARMENZA MARÍA ORTIGOSA MOSQUERA, por lo tanto, se **CONFIRMARÁ** la sentencia de primera instancia de la referencia, según lo esbozado en precedencia.

Sin que se precise de más consideraciones, **EL TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA EN SALA PENAL DE DECISION**, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

6. RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR el fallo de la naturaleza, procedencia y fecha conocidas, en bien de las argumentaciones esbozadas en precedencia.

interrogatorio y el contrainterrogatorio, la forma de sus respuestas y su personalidad” (art. 404 C.P.P./2004)-. A pesar de que la credibilidad en un testigo puede verse fortalecida si otras pruebas corroboran su dicho, ese no es un requisito esencial para que el juez le asigne o niegue mérito, mucho menos cuando el hecho que se relata sólo fue percibido por la víctima y el victimario, como ocurrió en el caso bajo examen y es lo común en la mayoría de las conductas sexuales abusivas.”

...

CUI: 050456000324201700243 (2020-0061-2)
PROCESADO: JHON FREDY BETANCUR BETANCUR.
DELITO: ACCESO CARNAL VIOLENTO.

SEGUNDO: Esta decisión se notifica por estrados y contra ella procede el recurso de casación, en el término previsto por el artículo 183 de la ley 906 de 2004, modificado por el artículo 98 de la Ley 1395 del 12 de julio de 2010.

CÓPIESE, CÚMPLASE Y DEVUÉLVASE

NANCY ÁVILA DE MIRANDA
MAGISTRADA

JUAN CARLOS CARDONA ORTÍZ
MAGISTRADO

PLINIO MENDIETA PACHECO
MAGISTRADO

ALEXIS TOBON NARANJO
SECRETARIO

Firmado Por:

NANCY AVILA DE MIRANDA
MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL
TRIBUNAL SUPERIOR SALA 003 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:
c01f14fefe88af1ec8b54a257403ba9dcfd1056a2cf4e46b92387444cacabf05
Documento generado en 23/11/2020 08:32:41 a.m.

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA DE DECISIÓN PENAL

Medellín, veinte (20) de noviembre de dos mil veinte (2020)

Proyecto discutido y aprobado en sesión de la fecha, Acta No. 121

PROCESO : 2020 - 0984-1
ASUNTO : ACCIÓN DE TUTELA
ACCIONANTE : JOSE MIGUEL MARTÍNEZ ARRIETA
ACCIONADO : COLPENSIONES Y OTRAS
PROVIDENCIA : SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA

La Sala resuelve el recurso de apelación interpuesto por el actor contra la sentencia del 13 de octubre de 2020 a través de la cual el Juzgado Primero Penal del Circuito de Apartadó (Antioquia), decidió negar el amparo de los derechos fundamentales invocados por el señor JOSÉ MIGUEL MARTÍNEZ ARRIETA.

LA DEMANDA

En esencia expuso el actor, que labora para el grupo Centurión SAS en Reorganización, finca Tatiana desde el año 2001, ejerciendo labores de oficios varios en la Industria bananera en la modalidad de contrato indefinido y actualmente afiliado a salud por la EPS Coomeva, ARL SURA y AFP Colpensiones.

Aduce que viene incapacitado y que Coomeva EPS canceló los primeros 180 días de incapacidad y que luego de emitirse el

concepto favorable de fecha 24/09/2019, sería la AFP Colpensiones, la que procedería a cancelar dichas incapacidades, sin embargo, dicha situación no ha sucedido y tampoco ninguna de las accionadas ha procedido a su pago.

Aduce que se le están vulnerando sus derechos fundamentales al trabajo, al mínimo vital, al debido proceso, a la salud y a la vida en condiciones dignas, por lo que solicitó se ordene a la AFP Colpensiones, Coomeva EPS, ARL Sura y Centurión S.A.S., proceder al pago de las incapacidades emitidas y se le continúen pagando las que las que se generen hasta tanto se defina su curación o invalidez.

LAS RESPUESTAS

1.- La Directora (A) de la Dirección de Acciones Constitucionales de la Administradora Colombiana de Pensiones informó que se emitió memorial de 18 de agosto de 2020, radicado bajo BZ 2020_7236859-1518636, emanado por la Dirección de Medicina Laboral, por medio de la que se le informa al accionante, que una vez revisadas las bases de datos y sistemas de información, se advierte que, esa administradora procedió a determinar según Certificado de Relación de Incapacidades (CRI), el día inicial para el 23 de abril de 2019, el día 180 lo superó el 04 noviembre del año 2019, reconoció incapacidades posteriores al día 180 y anteriores al día 540, por valor de dos millones trescientos setenta y seis mil seiscientos noventa y cuatro (\$ 2.376.694) por los periodos comprendidos entre el 13 de noviembre de 2019 y el 04 de febrero de 2020, para un total de 84 días.

Adujo que la EPS no ha remitido el concepto de rehabilitación incumpliendo con el deber legal que le impone el artículo 142 del decreto 019 de 2012.

Informó que el 04 de septiembre de 2020 se emitió oficio radicado bajo BZ 2020_7126854-1803372, por parte del área de Medicina Laboral, por medio del informa al actor que, en atención al trámite de determinación de subsidio por incapacidad iniciado, se reconoció el subsidio por incapacidad correspondiente a los periodos 2020/06/04 al 2020/06/18 por 15 días, 2020/06/19 al 2020/07/03 por 15 días.

Aclaró que verificados los sistemas de información que tiene Colpensiones, no se encontró petición presentada por el señor José Miguel Martínez Arrieta en relación al reconocimiento y pago del subsidio por incapacidad alguno y menos por los periodos comprendidos entre el 6 de marzo de 2020, hasta el 1 de octubre de 2020 y para poder efectuar el pago de las incapacidades es necesario que el accionante entregue los siguientes documentos: Certificados de relación de incapacidades actualizado, Certificado individual de incapacidad transcrita por la EPS, Certificado de cuenta bancaria con fecha de expedición no mayor a 30 días anteriores a la fecha de radicación, a su nombre o de un tercero. Concluyó que es improcedente la acción constitucional, pues no es posible el pago de las incapacidades requeridas hasta tanto no se aporte el certificado de relación de incapacidades médicas (CRI).

2.- El Representante Legal Laboral y Civil de Centurión S.A.S. indicó que el accionante es trabajador activo de esa persona jurídica y se encuentra afiliado y cotizando a las entidades de la seguridad social, a la AFP COLPENSIONES para los riesgos de IVM; a la ARL POSITIVA hasta diciembre de 2019, ahora está en la ARL SURA para los riesgos de ATEP y para el riesgo de enfermedad general se encuentra en la EPS COOMEVA.

Señaló que al accionante se le estuvieron pagando normalmente por medio de la nómina de la empresa todas las incapacidades que estuvo trayendo para pago por la empresa, siendo la última cancelada el 20/03/2020, de origen enfermedad profesional, pero que se ha presentado un conflicto en el reconocimiento de sus incapacidades y nadie las quiere reconocer. Solicita no se amparen los derechos reclamados por el accionante respecto de la entidad que representa.

3.- Coomeva EPS informó que las incapacidades Nos. 12717837, 12727166, 12738488, 12752678, 12766330, 12778040, 12791096, 1285513, 12820376 (días acumulados 393-527); solicitadas mayor a 180 días, el pago corresponde al fondo de pensiones que se encuentre afiliado el paciente; por lo que solicita desvincular y declarar que opera una inexistencia de nexo causal como ausencia de responsabilidad respecto de Coomeva EPS declarar que en el presente asunto existe un hecho exclusivo de un tercero como causal de ausencia de responsabilidad en favor de COOMEVA EPS.

4.- El Representante Legal Judicial de la ARL Seguros de Vida Suramericana A.S., Sura, señaló que el señor Martínez Arrieta tiene diagnóstico de TRASTORNOS DE DISCO LUMBAR Y OTROS CON RADICULOPATÍA, patología que está calificada como enfermedad de origen laboral y acorde con ese origen laboral, todas las prestaciones derivadas de tal patología, son a cargo de la última ARL a la cual el accionante se encuentre afiliado, es decir, actualmente, ARL SURA.

No obstante, las incapacidades relacionadas en la presente acción son derivadas de una enfermedad general de origen común, por lo que todas las prestaciones asistenciales y económicas que requiera el accionante por esta patología deben ser canalizadas a través de la EPS y/o AFP a la cual se encuentre afiliado, que no ha vulnerado ningún derecho fundamental al señor Martínez Arrieta, ni tiene prestaciones pendientes por brindarle por su patología de rodilla. Por lo anterior, solicita desvincular a la ARL Sura de la acción de tutela.

EL FALLO IMPUGNADO

El Juez de Primera Instancia en atención a que el accionante no ha agotado el trámite correspondiente para reclamar el pago de las respectivas incapacidades, esto es, no ha presentado petición por el pago de las demás incapacidades relacionadas, ni ha aportado los documentos para su pago ante Colpensiones AFP, negó el amparo constitucional.

LA IMPUGNACIÓN

El accionante impugnó el fallo indicando que acudió al mecanismo constitucional para el pago de incapacidades del 06/03/2020 al 01/10/2020 y que este es el único sustento para su supervivencia y la de su familia. Agregando que la EPS, ARL y AFP donde se encuentra afiliado no le reconocen el pago de sus incapacidades. Agregando que Colpensiones le ha cancelado anteriormente el pago de sus incapacidades en su cuenta de ahorros y no comprende porque ahora para cancelar las incapacidades pendientes pide la misma información.

Aduce que radicó solicitud de pago de sus incapacidades generadas hasta el mes de mayo y le fueron negadas mediante oficio BZ2020_3349310-1053965 de fecha 19/05/2020, con el argumento de que no se las cancelaban porque la EPS no había remitido el concepto de rehabilitación, trámite que considera no tiene la obligación de soportar.

Aportó con la impugnación, escrito de respuesta de Colpensiones de fecha 19 de mayo de 2020 en la cual se indica como referencia: Radicado Nro. 2020_3349310 del 14/03/2020, certificado bancario y cédula de ciudadanía

Solicitó se revoque el fallo de primera instancia.

CONSIDERACIONES

El problema jurídico planteado en el presente caso invita a determinar si el no pago de las incapacidades laborales reconocidas al afectado viola sus derechos constitucionales fundamentales, si la acción de tutela es el mecanismo judicial idóneo para su protección y en caso tal, a cuál entidad de las accionadas debe ordenársele el pago correspondiente.

En principio, nuestro ordenamiento jurídico ha consagrado mecanismos judiciales ordinarios para resolver las controversias que impliquen el reconocimiento de prestaciones sociales, siendo los Jueces de la Justicia Ordinaria los competentes para su trámite y resolución. Por ello, la doctrina constitucional ha sido enfática en señalar que para estos casos, la acción de tutela no es la vía adecuada para resolver estos asuntos, por su carácter subsidiario.

No obstante, también la doctrina constitucional ha explicado que en forma excepcional, cuando los medios judiciales ordinarios no se observan eficaces o idóneos para resolver el conflicto, toda vez que hay presencia de un perjuicio irremediable, la acción de tutela se torna procedente.

Así, la jurisprudencia de la Honorable Corte Constitucional ha sostenido que cuando se interpone una acción de tutela para reclamar el pago de prestaciones sociales, deben estar presentes los siguientes supuestos:

“(i) que sea presentada para evitar un perjuicio irremediable, (ii) que la falta de reconocimiento de una prestación social vulnere algún derecho fundamental como la vida, la dignidad humana o el mínimo vital y que (iii) la negativa del reconocimiento se origine en actuaciones que por su contradicción con los preceptos legales y constitucionales desvirtúen la presunción de legalidad de las actuaciones de la administración pública o sea evidentemente arbitraria en caso de que sea un particular quien preste este servicio público”¹.

Las incapacidades constituyen una prestación social que puede generarse por enfermedad común o profesional. Por su carácter económico, en principio cuando se niega su pago, la acción de tutela no sería procedente. Pero se ha concluido que, en la mayoría de los casos, procedería la acción de tutela, porque la jurisprudencia constitucional ha señalado que su no reconocimiento puede conllevar a vulneración de derechos fundamentales como la salud, la vida digna y el mínimo vital, pues en la generalidad de las ocasiones, dicha prestación social sería la única fuente de ingresos del incapacitado.

La Corte ha expresado que:

“De esta manera, el pago de las incapacidades laborales adquiere especial importancia y se justifica, por cuanto sustituye el salario del trabajador durante el tiempo en el que éste, en razón de su enfermedad, se encuentra imposibilitado para ejercer su profesión u oficio. Por tanto, hay lugar a su protección por vía de tutela, cuando su no reconocimiento y pago, afecta el derecho al mínimo vital, al constituir aquel la única fuente de ingresos para garantizar su subsistencia y la de su familia, y no es posible que dicha protección se logre de manera oportuna, a través de los mecanismos ordinarios de defensa.”²

Ahora, frente a cuál entidad está obligada al pago de las

¹ Ver Sentencia T-195 de 2014

² *Ibidem*

incapacidades a partir del día 180, la jurisprudencia de la Honorable Corte Constitucional aclara este aspecto de la siguiente forma³:

4. Las incapacidades laborales por enfermedad común que superan los 180 días. Responsabilidad de los empleadores, las EPS y las administradoras de pensiones en su reconocimiento y pago.

4.1. El subsidio por incapacidad laboral hace parte del esquema de prestaciones económicas que el legislador diseñó con el objeto de cubrir a los afiliados al Sistema General de Seguridad Social Integral frente a las contingencias que menoscaban su salud y su capacidad económica. En concreto, el subsidio cumple el propósito de sustituir el salario cuando el trabajador debe ausentarse del lugar en el que cumple sus actividades laborales, tras sufrir una enfermedad o un accidente que le impide desempeñar temporalmente su profesión u oficio.

Es esto, justamente, lo que explica la importancia de que las incapacidades sean reconocidas y pagadas de forma expedita. El papel que cumple el subsidio de incapacidad laboral en la tarea de proteger a quienes quedan temporalmente desprovistos de los recursos que destinaban a satisfacer sus necesidades básicas y las de sus familia por razones de salud, explica que la Corte se haya pronunciado, de forma insistente, acerca de las responsabilidades de cada uno de los actores del SGSSI en el desembolso de la citada prestación económica.

4.2. El primer referente normativo sobre el reconocimiento y pago de las incapacidades laborales ocasionadas por enfermedad no profesional se encuentra en el artículo 227 del Código Sustantivo del Trabajo, que consagra el derecho del trabajador a obtener de su empleador un auxilio monetario hasta por 180 días, en caso de incapacidad comprobada para desempeñar sus labores.

Con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, dicha tarea quedó en manos de las entidades encargadas de asegurar las contingencias en materia de seguridad social. El artículo 206 dispuso que el régimen contributivo asumiría el reconocimiento de “las incapacidades generadas en enfermedad general, de conformidad con las disposiciones legales vigentes”, y autorizó a las EPS para subcontratar el cubrimiento de esos riesgos con compañías aseguradoras.

³ Sentencia T-333 de 2013

En esa dirección, y en concordancia con lo previsto en el Decreto 1049 de 1999, reglamentario de la Ley 100 de 1993, se ha entendido que el empleador es responsable del pago de las incapacidades laborales de origen común iguales o menores a tres días y que las EPS cubren las que se causen desde entonces y hasta el día 180, a menos que el empleador no haya afiliado a su trabajador al SGSSI o haya incurrido en mora en las cotizaciones sin que la EPS se hubiera allanado a ella, en cuyo caso las incapacidades correrán por su cuenta.

4.3. La responsabilidad en el pago de las incapacidades causadas después del día 180, que es lo que se reclama en la acción de tutela, se rige, a su turno, por las pautas previstas en el artículo 23 del Decreto 2463 de 2001.

La norma, que regula el trámite previo a la solicitud de la calificación de la invalidez, les asigna a las administradoras de fondos de pensiones (AFP) y a las administradoras de riesgos profesionales (según se trate de incapacidades de origen común o laboral, respectivamente) la función de remitir a sus afiliados a las juntas de calificación, previo concepto de rehabilitación integral.

Por regla general, tal remisión debe efectuarse antes de que se cumpla el día 150 de incapacidad temporal. No obstante, el Decreto 2463 permite que la AFP postergue el trámite de calificación hasta por 360 días calendario adicionales a los primeros 180 días de incapacidad temporal que otorgó la EPS, si el mencionado concepto de rehabilitación es favorable y con la condición de que *“otorgue un subsidio equivalente a la incapacidad temporal que venía disfrutando el trabajador”*.

Vale agregar, de cara a los argumentos de defensa planteados por la AFP accionada en el presente asunto, que el artículo 23 del Decreto 2463 vincula la posibilidad de postergar el aludido trámite de calificación a *“la autorización de la aseguradora que hubiere expedido el seguro previsional de invalidez y sobrevivencia o entidad de previsión social correspondiente”*.^[20] La norma contempla, también, que las entidades que incumplan el pago de los subsidios por incapacidad temporal serán sancionadas por la autoridad competente, de conformidad con lo señalado en la ley.

4.4. Interpretando las disposiciones mencionadas, la Corte ha mantenido el criterio pacífico de que el pago de las incapacidades laborales por enfermedad general que se causan a partir del día 181 corre por cuenta de la AFP, hasta que el afiliado restablezca su salud o hasta que se califique la pérdida de su capacidad laboral.

El debate planteado en esta oportunidad remite, sin embargo, a un escenario distinto, que se enmarca en el ámbito de los cambios que introdujo el Decreto Ley 19 de 2012, *“por el cual se dictan normas*

para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la administración pública” en relación con los procedimientos para el reconocimiento y pago de las incapacidades laborales. A continuación, la Sala precisará cuáles fueron esas modificaciones y evaluará su relevancia en la solución del asunto objeto de revisión.

El reconocimiento de las incapacidades laborales, tras la entrada en vigencia del Decreto Ley 19 de 2012

4.5. El artículo 121 del Decreto Ley Antitrámites les atribuyó a los empleadores la obligación de gestionar directamente, ante las EPS, el reconocimiento de las incapacidades por enfermedad general y licencias de maternidad o paternidad a cargo del Sistema General de Seguridad Social en Salud. La norma prohíbe trasladarles a los afiliados dicha carga y advierte que, para efectos laborales, estos deben informarle a su empleador sobre la expedición de la respectiva incapacidad o licencia.

Más adelante, el artículo 142 le adicionó dos párrafos al artículo 41 de la Ley 100 de 1993, sobre el procedimiento de la calificación del estado de invalidez. Los nuevos párrafos son los siguientes:

*“Para los casos de accidente o enfermedad común en los cuales exista concepto favorable de rehabilitación de la Entidad Promotora de Salud, la Administradora de Fondos de Pensiones postergará el trámite de calificación de Invalidez hasta por un término máximo de trescientos sesenta (360) días calendario adicionales a los primeros ciento ochenta (180) días de incapacidad temporal reconocida por la Entidad Promotora de Salud, evento en el cual, con cargo al seguro previsional de invalidez y sobrevivencia o de la entidad de previsión social correspondiente que lo hubiere expedido, **la Administradora de Fondos de Pensiones otorgará un subsidio equivalente a la incapacidad que venía disfrutando el trabajador.***

*Las Entidades Promotoras de Salud deberán emitir dicho concepto antes de cumplirse el día ciento veinte (120) de incapacidad temporal y enviarlo antes de cumplirse el día ciento cincuenta (150), a cada una de las Administradoras de Fondos de Pensiones donde se encuentre afiliado el trabajador a quien se le expida el concepto respectivo, según corresponda. **Cuando la Entidad Promotora de Salud no expida el concepto favorable de rehabilitación, si a ello hubiere lugar, deberá pagar un subsidio equivalente a la respectiva incapacidad temporal después de los ciento ochenta (180) días iniciales con cargo a sus propios recursos, hasta cuando se emita el correspondiente concepto”.***

4.6. Como se observa, el Decreto Ley 19 mantuvo en cabeza de las AFP la facultad de postergar el trámite de calificación de invalidez hasta por 360 días adicionales a los primeros 180 días

de incapacidad, con la condición de que, con cargo al seguro respectivo, otorguen un subsidio equivalente a la incapacidad que venía disfrutando el trabajador. Eso significa, en principio, que las AFP siguen siendo las responsables del pago de las incapacidades que superen 180 días.

Lo que cambió con la entrada en vigencia del estatuto antitrámites, el pasado 10 de enero de 2012, es que las AFP no tendrán que pagar las incapacidades subsiguientes a los 180 primeros días, **cuando las EPS no expidan el concepto favorable de rehabilitación.**

Esto, lejos de inaugurar un nuevo régimen de responsabilidades sobre el reconocimiento y pago de las incapacidades laborales originadas en un evento de origen común -en los términos sugeridos por ING Pensiones al responder a la tutela promovida por la señora Bautista- lo que implica es un mayor compromiso de los empleadores y las EPS en la tarea de garantizar que el trabajador acceda oportunamente a esas prestaciones económicas, para que pueda asegurar su sustento y dedicarse a recuperar plenamente las condiciones de salud en virtud de las cuales podía desempeñar su empleo.

4.7. Así, vistas las modificaciones que introdujo el Decreto Ley 19, la Sala encuentra que el esquema de responsabilidades de los actores del SGSSI en el reconocimiento y pago de las incapacidades laborales de origen común sigue siendo el mismo, con una salvedad, relativa a que **las EPS asumirán por cuenta propia el pago de las incapacidades laborales superiores a 180 días, cuando retrasen la emisión del concepto médico de rehabilitación.** Las pautas normativas vigentes en la materia son, por lo tanto, las siguientes:

- El pago de las incapacidades laborales de origen común iguales o menores a tres días corre por cuenta del empleador (Decreto 1049 de 1999, artículo 40, parágrafo 1°).
- Las incapacidades por enfermedad general que se causen desde entonces y hasta el día 180 deben ser pagadas por la EPS (Ley 100 de 1993, artículo 206). En todos los casos, corresponde al empleador adelantar el trámite para el reconocimiento de esas incapacidades (Decreto Ley 19 de 2012, artículo 121).
- La EPS deberá examinar al afiliado y emitir, antes de que se cumpla el día 120 de incapacidad temporal, el respectivo concepto de rehabilitación. El mencionado concepto deberá ser enviado a la AFP antes del día 150 de incapacidad (Decreto Ley 19 de 2012, artículo 142).
- Una vez reciba el concepto de rehabilitación favorable, la AFP deberá postergar el trámite de calificación de la invalidez hasta por 360 días adicionales, reconociendo el pago de las incapacidades

causadas desde el día 181 en adelante, hasta que el afiliado restablezca su salud o hasta que se dictamine la pérdida de su capacidad laboral (Decreto 2463 de 2001, artículo 23).

- **Si el concepto de rehabilitación no es expedido oportunamente, será la EPS la encargada de cancelar las incapacidades que se causen a partir del día 181.** Dicha obligación subsistirá hasta la fecha en que el concepto médico sea emitido.
- Si el concepto de rehabilitación no es favorable, la AFP deberá remitir el caso a la junta de calificación de invalidez, para que esta verifique si se agotó el proceso de rehabilitación respectivo y, en ese caso, califique la pérdida de la capacidad laboral del afiliado. Si esta es superior al 50% y el trabajador cumple los demás requisitos del caso, la AFP deberá reconocer la pensión de invalidez respectiva. Si es menor del 50%, el trabajador deberá ser reintegrado a su cargo, o reubicado en uno acorde con su situación de incapacidad.

(Negrillas fuera de texto original).

Y en la sentencia T – 020 de 2018, precisó:

El procedimiento y la competencia para el pago de dichas incapacidades que sobrepasan los 180 días, en lo relacionado con la calificación de invalidez, esta Corporación en la sentencia T-401 de 2017 recapituló las reglas para el reconocimiento y pago de incapacidades laborales por enfermedad común, desde el día 1 hasta el día 540, así:

- “(i) Los primeros dos días de incapacidad el empleador deberá asumir el pago del auxilio correspondiente.
- (ii) Desde el tercer día hasta el día 180 de incapacidad, la obligación de sufragar las incapacidades se encuentra a cargo de las EPS.
- (iii) A partir del día 180 y hasta el día 540 de incapacidad, la prestación económica corresponde, por regla general, a las AFP, sin importar si el concepto de rehabilitación emitido por la entidad promotora de salud es favorable o desfavorable.
- (iv) No obstante, existe una excepción a la regla anterior. Como se indicó anteriormente, **el concepto de rehabilitación debe ser emitido por las entidades promotoras de salud antes del día 120 de incapacidad y debe ser enviado a la AFP antes del día 150. Si después de los 180 días iniciales las EPS no han expedido el concepto de rehabilitación, serán responsables del pago de un**

subsidio equivalente a la incapacidad temporal, con cargo a sus propios recursos hasta tanto sea emitido dicho concepto.

De este modo, es claro que la AFP debe asumir el pago de incapacidades desde el día 181 al 540, a menos que la EPS haya inobservado sus obligaciones, como se explicó previamente”.

En efecto, de conformidad con el citado proveído[64], el subsidio de incapacidad por enfermedad de origen común que sobrepasen los 180 días iniciales, deben ser cancelados por la respectiva Administradora de Fondo de Pensiones, **excepto si la EPS incumple con la obligación de emisión del concepto de rehabilitación en los términos atrás indicados. En esos casos la EPS asumirá dicho pago hasta tanto sea emitido el mencionado concepto.**

La Administradora de Fondo de Pensiones, por regla general, pagará el mencionado subsidio, después del día 180 “hasta el momento en que la persona se encuentre en condiciones de reincorporarse a la vida laboral o hasta que se determine una pérdida de la capacidad laboral superior al 50%”

Para el presente caso, puede advertirse como el accionante solicita se ordene el pago de las incapacidades correspondientes al período comprendido entre el 06/03/2020 al 01/10/2020, aportando para tal efecto las certificaciones de incapacidades expedidas.

En respuesta al trámite, Colpensiones AFP informó que según certificado de relación de incapacidades (CRI) le reconoció al actor incapacidades por los periodos comprendidos entre el 13 de noviembre de 2019 y el 04 de febrero de 2020, para un total de 84 días y el subsidio por incapacidad correspondiente a los periodos 2020/06/04 a 2020/06/15 por 15 días y 2020/06/19 a 2020/07/03 por 15 días. No obstante, aclaró que verificados los sistemas de información que tiene Colpensiones no se encontró peticiones presentadas por el accionante en relación al reconocimiento y pago de subsidio por incapacidad por los periodos comprendidos entre el 06 de marzo de 2020 hasta el 01 de octubre del año en curso y que

la EPS no ha remitido el respectivo concepto de rehabilitación.

Por su parte, Coomeva EPS informó que el pago de incapacidades del día 181 al 540 está a cargo del Fondo de Pensiones, independiente si el concepto de rehabilitación es favorable o no. Por lo que la EPS no podría asumir el costo de la prestación económica, hasta tanto no se determine la pérdida de capacidad laboral por el fondo de pensiones y /o se defina su estado de invalidez.

De otro lado, Centurión S.A.S., expuso que el accionante era trabajador activo de la entidad y se encontraba afiliado y cotizando a las entidades de la seguridad social, AFP Colpensiones, ARL Positiva y EPS Coomeva, y que desconoce la situación del conflicto del reconocimiento de las incapacidades y la ARL Seguros de vida Suramericana, SURA, expuso que las incapacidades solicitadas no son derivadas de enfermedad de origen laboral.

En tal sentido, advirtió el juez constitucional de primera instancia, que si bien Coomeva EPS le reconoció y pagó incapacidades hasta el día 180, y emitió concepto de rehabilitación favorable; Colpensiones AFP le ha pagado 84 días de incapacidad, más las incapacidades correspondientes a los periodos 2020/06/04 a 2020/06/18 por 15 días y 2020/06/19 a 2020/07/03 por 15 días, el accionante no ha presentado petición por el pago de las demás incapacidades relacionadas del periodo del 2020/03/06 a 2020/10/01 por 210 días, excepto las incapacidades de los periodos 2020/06/04 a 2020/06/18 y 2020/06/19 a 2020/07/03 por 30 días, que fueron pagadas por la AFP, ni ha aportado los documentos para su pago ante Colpensiones AFP.

Al respecto, el actor impugnó el fallo, alegando que precisamente acudió a la acción constitucional por el peregrinaje que venía sufriendo frente al pago del subsidio de incapacidades del período comprendido entre el 06/03/2020 al 01/10/2020, aduciendo que radicó el pago de incapacidades generadas hasta el mes de mayo y que le fueron negadas por Colpensiones en el mes de mayo del presente año.

En el caso a estudio de conformidad con la información y documentación obrante en la carpeta, se advierte que el señor MARTÍNEZ ARRIETA no aportó constancia de haber radicado solicitud de pago de incapacidades.

En efecto, se evidenció dentro de la documentación allegada en el trámite constitucional, que en la respuesta de Colpensiones al accionante correspondiente al oficio BZ2020_3349310-1053965 del 19 de mayo de 2020, se hace referencia al Radicado Nro. 2020_3349310 del 14/03/2020 advirtiéndose como el mismo concierne a las incapacidades generadas a marzo de 2020, no con posterioridad, pues lógicamente todavía no se habían generado y si el actor está reclamando el pago de incapacidades de marzo en adelante y él radicó solicitud en marzo, se reitera, las incapacidades de marzo a octubre no se habían causado.

De lo anteriormente expuesto, se puede concluir que la acción de tutela no puede invocarse a fin de sustituir los procedimientos que debe seguir quien pretenda le sea otorgado el subsidio por incapacidades, toda vez que frente a los mismos existen medios ordinarios para solicitarlos. Esto de acuerdo al principio de subsidiariedad en el que se erige la acción de tutela.

Se advierte como el actor no acreditó que hubiese elevado la correspondiente petición solicitando el pago de subsidios por incapacidades, de ahí que no podría darse válidamente una orden de responder por parte de las Entidades, pues omite el actor el ejercicio de su derecho de petición, dentro del escenario propio para tal fin y acude en su lugar a la tutela como medio supletivo de defensa, cuando en su lugar debió agotar los medios que tiene a su alcance.

Resulta diáfano para la Sala que, en relación con la situación planteada por el accionante, existen trámites previos a agotar que en este caso no se han surtido, siendo necesario por parte del señor JOSÉ MIGUEL MARTÍNEZ ARRIETA que proceda a realizarlos, pues hay obligaciones mínimas que deben agotarse para que sea analizado lo solicitado.

Es de anotar finalmente que la AFP Colpensiones aduce que no se ha recibido Concepto Favorable de Rehabilitación correspondiente al señor JOSÉ MIGUEL y por su parte, COOMEVA EPS no allegó constancia de haberlo remitido, motivo por el cual se requiere a la EPS COOMEVA para que, si no lo ha realizado, proceda al envío del respectivo documento, a la AFP Colpensiones.

Por lo anterior, se confirmará el fallo, con la aclaración indicada.

Con fundamento en lo expuesto, el Tribunal Superior de Antioquia, Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, CONFIRMA la sentencia de naturaleza, fecha y origen indicados en la parte motiva de esta providencia, con la Aclaración, que se requiere a la EPS

COOMEVA para que si no ha remitido el Concepto Favorable de Rehabilitación correspondiente al señor JOSÉ MIGUEL MARTÍNEZ ARRIETA, proceda al envío del respectivo documento a la AFP Colpensiones.

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

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA

Magistrado

NANCY ÁVILA DE MIRANDA

Magistrada

JUAN CARLOS CARDONA ORTIZ

Magistrado

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

Correo: Edilberto Antonio Arenas Correa - Outlook - Google Chrome
outlook.office.com/mail/deeplink?version=20201116002.03&popoutv2=1

Responder a todos | Eliminar | No deseado | Bloquear

Re: Proyecto Tutela Segunda Instancia Rad. 2020-0984-1

N Nancy Avila De Miranda
Vie 20/11/2020 8:41 AM
Para: Edilberto Antonio Arenas Correa y 1 usuarios más

Buenos días. Apruebo el proyecto de tutela de segunda instancia Rad. 2020-0984-2. Se omite la firma escaneada, pese a ser partidaria de la misma, debido a la disparidad de criterio de la Sala Penal del Tribunal Superior de Antioquia en punto a la misma de las decisiones. Tema debatido en Sala Penal el día 16 de abril de 2020, vía WhatsApp. Está pendiente la implementación de la firma electrónica para decisiones de Sala.

De: Edilberto Antonio Arenas Correa <earenasc@cendoj.ramajudicial.gov.co>
Enviado: jueves, 19 de noviembre de 2020 12:59
Para: Nancy Avila De Miranda <navilam@cendoj.ramajudicial.gov.co>; Despacho 04 Sala Penal Tribunal Superior - Antioquia - Antioquia <des04sptsant@cendoj.ramajudicial.gov.co>
Asunto: Proyecto Tutela Segunda Instancia Rad. 2020-0984-1

Señores Magistrados
Nancy Ávila de Miranda
Juan Carlos Cardona Ortiz
Sala Penal
Tribunal Superior De Antioquia

Cordial Saludo. Adjunto se remite proyecto Tutela de Segunda Instancia, M.P. Dr.Edilberto Antonio Arenas Correa, la cual se relaciona a continuación:

PROCESO	: 2020 - 0984-1
ASUNTO	: ACCIÓN DE TUTELA
ACCIONANTE	: JOSE MIGUEL MARTÍNEZ ARRIETA
ACCIONADO	: COLPENSIONES Y OTRAS
PROVIDENCIA	: SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA

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

Correo: Edilberto Antonio Arenas Correa - Outlook - Google Chrome

outlook.office.com/mail/deeplink?version=20201116002.03&popoutv2=1

Responder a todos | Eliminar | No deseado | Bloquear

Aprobación Proyecto Tutela Segunda Instancia Rad. 2020-0984-1

D Despacho 04 Sala Penal Tribunal Superior - Antioquia - Antioquia
Vie 20/11/2020 2:16 PM
Para: Edilberto Antonio Arenas Correa; Nancy Avila De Miranda

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

A través del presente medio y en atención a las facultades otorgadas por los acuerdos PCSJA20-11517 del 15 de marzo y PCSJA20-11518 de 16 de marzo de 2020, y prórrogas establecidas en el PCSJA20-11521 de 19 de marzo, PCSJA20-11526 de 22 de marzo, PCSJA20-11532 de 11 de abril, PCSJA20-11546 de 25 de abril, PCSJA20-11549 de 7 de mayo, PCSJA20-11556 de 22 de mayo y PCSJA20-11567 de 5 de junio de 2020; apruebo el proyecto de decisión SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA, identificado con N.I 2020-0984-1, accionante JOSE MIGUEL MARTÍNEZ ARRIETA, accionado COLPENSIONES Y OTRAS, por medio de la cual se resuelve "... CONFIRMA la sentencia de naturaleza, fecha y origen indicados en la parte motiva de esta providencia, con la Aclaración, que se requiere a la EPS COOMEVA para que si no ha remitido el Concepto Favorable de Rehabilitación correspondiente al señor JOSÉ MIGUEL MARTÍNEZ ARRIETA, proceda al envío del respectivo documento a la AFP Colpensiones".

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

Cordialmente,

JUAN CARLOS CARDONA ORTIZ
Segundo Revisor Sala 1.

TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA DE DECISIÓN PENAL

CONSTANCIA

Medellín, veinte (20) de noviembre de dos mil veinte (2020). La Sala de Decisión Penal integrada por los Magistrados Edilberto Antonio Arenas Correa (**quien la preside**), Nancy Ávila de Miranda y Juan Carlos Cardona Ortiz, de manera virtual estudiaron el proyecto de la referencia, procediendo a emitir su aprobación por medio del correo institucional y en la cual se resolvió lo siguiente:

“CONFIRMA la sentencia de naturaleza, fecha y origen indicados en la parte motiva de esta providencia, con la Aclaración, que se requiere a la EPS COOMEVA para que si no ha remitido el Concepto Favorable de Rehabilitación correspondiente al señor JOSÉ MIGUEL MARTÍNEZ ARRIETA, proceda al envío del respectivo documento a la AFP Colpensiones”.

PROCESO : 2020 - 0984-1
ASUNTO : ACCIÓN DE TUTELA
ACCIONANTE : JOSE MIGUEL MARTÍNEZ ARRIETA
ACCIONADO : COLPENSIONES Y OTRAS
PROVIDENCIA : SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA

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

PCSJA20-11518 de 16 de marzo de 2020; además de las prórrogas establecidas en el PCSJA20-11521 de 19 de marzo, PCSJA20-11526 de 22 de marzo, PCSJA20-11532 de 11 de abril, PCSJA20-11546 de 25 de abril de 2020, PCSJA20-11549 de 7 de mayo 2020, PCSJA20-11556 de 22 de mayo de 2020, PCSJA20-11567 de 5 de junio de 2020 y PCSJA20-11629 del 11 de septiembre de 2020.

El suscrito Magistrado⁴

Firmado Por:

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

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

Código de verificación:

**6055ca4b6dc2465dce8257a11289bf508886e3e82918042ff90045
e98427a524**

Documento generado en 20/11/2020 05:10:30 p.m.

**Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**

⁴ Puede validar la autenticidad del documento firmado electrónicamente ingresando en la dirección:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>