

## RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



### TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA SALA PENAL

#### ESTADO ELECTRÓNICO 127

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

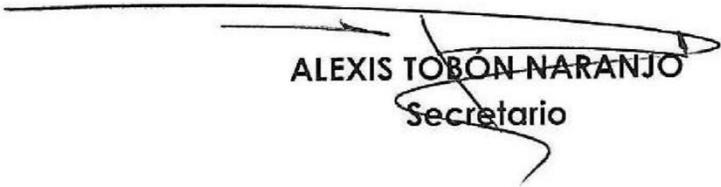
Radicado Interno	Tipo de Proceso	Accionante/Solicitante DELITO	Accionado / Acusado	Decisión	Fecha de decisión
2021-1057-1	Tutela 1ª instancia	R JHON JAIRO BUITRAGO OCAMPO	FISCALÍA 24 SECCIONAL DE PUERTO TRIUNFO	Acepta desistimiento presentado	Julio 28 de 2021
2015-0049-1	auto ley 906	Fabricación, Tráfico, Porte o Tenencia de Armas de Fuego	WILMAR EDISON GIRALDO MAZO	declara improcedente recurso de apelación	Julio 28 de 2021
2019-1290-1	Sentencia 2ª instancia	ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE 14 AÑOS	AURELIO ANTONIO ATEHORTÚA VÉLEZ	Modifica fallo de 1ª instancia	Julio 28 de 2021
2021-0856-1	sentencia 2ª instancia	hurto calificado y agravado	NELSON OSWALDO VÁSQUEZ VARGAS y otros	Confirma fallo de 1ª instancia	Julio 28 de 2021
2020-0388-2	sentencia 2ª instancia	actos sexuales con menor de 14 años	ARISMENDI MENDEZ	Confirma fallo de 1ª instancia	Julio 28 de 2021
2021-1133-3	Tutela 1ª instancia	Diego Fernando Montaña López	Juzgado 2º Penal Municipal con Función de Control de Garantías Ambulante de Antioquia	Remite por competencia	Julio 28 de 2021
2021-1037-3	Incidente de desacato	JOSE MANUEL GARCIA CARO	Centro de Servicios de los Juzgados de E.P.M.S de Antioquia	Requiere accionado	Julio 28 de 2021
2021-0608-3	auto ley 906	trafico, fabricación o porte de estupefacientes	Jorge Enrique Vélez	confirma auto de 1ª instancia	Julio 28 de 2021
2021-1035-5	Tutela 2ª instancia	Neimar Anabel Torres Zavarce y otros	Registraduría Municipal de Turbo Antioquia y otros	revoca fallo de 1ª instancia	Julio 28 de 2021
2021-1082-5	Tutela 1ª instancia	Willinton Zapata Pedreros	Juzgado Promiscuo del Circuito de Concordia – Antioquia	Concede derechos invocados	Julio 28 de 2021
2021-1110-5	Tutela 1ª instancia	John Fraider Barrientos Galvis	Juzgado 2º de E.P.M.S de El Santuario Antioquia	Concede derechos invocados	Julio 28 de 2021
2021-0580-6	Sentencia 2ª instancia	ACCESO CARNAL ABUSIVO	DAGOBERTO CHAVEZ FERNÁNDEZ	Confirma fallo de 1ª instancia	Julio 27 de 2021

2021-0975-6	Sentencia 2º instancia	LESIONES PERSONALES CULPOSAS	Yebrail Yurgaky Victoria	Modifica fallo de 1º instancia	Julio 27 de 2021
2021-0984-6	Tutela 2º instancia	JAIR DAVID ESCOBAR VARGAS	ARL POSITIVA Y OTRO	Declara NULIDAD	Julio 28 de 2021
2021-0789-6	Incidente de desacato	DUBAN ARLEY AMAYA ELORZA	Juzgado 1º de E.P.M.S. de Antioquia y otros	Se abstiene de imponer sanción. Ordena Archivo	Julio 28 de 2021

**FIJADO, HOY 29 DE JULIO DE 2021, A LAS 08:00 HORAS**

  
ALEXIS TOBON NARANJO  
Secretario

**DESIJADO EN LA MISMA FECHA A LAS 17:00 HORAS**

  
ALEXIS TOBON NARANJO  
Secretario

# TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA

## SALA DE DECISIÓN PENAL

---

Medellín, veintisiete (27) de julio de dos mil veintiuno (2021)

Proyecto discutido y aprobado en sesión de la fecha, Acta 090

**PROCESO** : 2021 - 1057-1  
**ASUNTO** : ACCIÓN DE TUTELA  
**ACCIONANTE** : DR. GILBERTO ALONSO GARCÍA BERRIO  
APODERADO DEL SEÑOR JHON JAIRO  
BUITRAGO OCAMPO  
**ACCIONADO** : FISCALÍA 24 SECCIONAL DE PUERTO  
TRIUNFO  
**PROVIDENCIA** : ACEPTA DESISTIMIENTO

---

### VISTOS

El 16 de julio del presente año, la Sala, en cabeza del Magistrado Sustanciador, admitió la demanda de tutela presentada por el doctor GILBERTO ALONSO GARCÍA BERRIO apoderado del señor JHON JAIRO BUITRAGO OCAMPO en contra de la FISCALÍA 24 SECCIONAL DE PUERTO TRIUNFO, por estimar vulnerado el derecho fundamental de petición y se ordenó correr el traslado de ley para ejercer el derecho de defensa.

La Sala, siendo competente para el estudio del asunto, se abstendrá de impartir a la acción el trámite de ley, pues advierte que en el presente caso se reúnen los requisitos para la

procedencia del desistimiento de las pretensiones de tutela, toda vez que, *(i) fue allegado correo electrónico del 26 de julio de 2021 remitido por el doctor GILBERTO ALONSO GARCÍA BERRIO mediante el cual presenta desistimiento a la acción de tutela incoada en atención a que ya obtuvo la respuesta solicitada por el accionado y (ii) además, no se ha proferido sentencia de primera instancia dentro del proceso.*

Así las cosas, por ser procedente, se acepta el DESISTIMIENTO presentado por doctor GILBERTO ALONSO GARCÍA BERRIO apoderado del señor JHON JAIRO BUITRAGO OCAMPO, lo cual encuentra fundamento en lo establecido por la ley y la jurisprudencia constitucional<sup>1</sup>:

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

En conclusión, reunidos los requisitos que permiten la eficacia del desistimiento y en aplicación del inciso 2º del artículo 26<sup>2</sup> del Decreto 2591 de 1991, considera la Sala procedente la resignación.

En consecuencia, se dispone el archivo del expediente.

---

<sup>1</sup> Sentencia T- 547 de 2011. M.P. NILSON PINILLA PINILLA

<sup>2</sup> **Artículo 26. Cesación de la actuación impugnada.** Si estando en curso la tutela, se dictare resolución, administrativa o judicial, que revoque, detenga o suspenda la actuación impugnada, se declarará fundada la solicitud únicamente para efectos de indemnización y de costas, si fueren procedentes.  
El recurrente podrá desistir de la tutela, en cuyo caso se archivará el expediente.

Conforme a lo expuesto el Tribunal Superior de Antioquia, en Sala de Decisión Penal, sin necesidad de más consideraciones,

**RESUELVE:**

**ACEPTAR** el **DESISTIMIENTO** de la acción de tutela presentada por el doctor GILBERTO ALONSO GARCÍA BERRIO apoderado del señor JHON JAIRO BUITRAGO OCAMPO en contra de la FISCALÍA 24 SECCIONAL DE PUERTO TRIUNFO, acorde con lo explicado en este proveído.

COMUNÍQUESE, CÚMPLASE Y ARCHÍVESE

EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA  
Magistrado

NANCY ÁVILA DE MIRANDA  
Magistrada

GUERTHY ACEVEDO ROMERO  
Magistrada

**Firmado Por:**

**EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA**

**MAGISTRADO**  
**TRIBUNAL 001 SUPERIOR SALA PENAL DE LA CIUDAD DE MEDELLIN-  
ANTIOQUIA**

**NANCY AVILA DE MIRANDA**  
**MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL**  
**TRIBUNAL SUPERIOR SALA 003 PENAL DE ANTIOQUIA**

**GUERTHY ACEVEDO ROMERO**  
**MAGISTRADA**  
**TRIBUNAL 004 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:  
**3408026cea513b0d037e0716ec14b80075f1261c607fc273dfe92843ae3825**  
**9c**

Documento generado en 28/07/2021 12:26:50 PM

# TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA

## SALA PENAL DE DECISIÓN

---

Medellín, veintisiete (27) de julio de dos mil veintiuno (2021)

Proyecto discutido y aprobado en sesión de la fecha, Acta 090

**RADICADO** : 05 890 60 00356 2011 80057 (2015 0049)  
**SENTENCIADO** : WILMAR EDISON GIRALDO MAZO  
**DELITO** : HOMICIDIO AGRAVADO, TRÁFICO,  
FABRICACIÓN PORTE O TENENCIA DE ARMAS  
DE FUEGO.  
**ASUNTO** : AUTO RESUELVE SOBRE PROCEDEINCIA DE  
IMPUGNACIÓN ESPECIAL

---

### ASUNTO

Llega a la Sala procedente de la H. Corte Suprema de Justicia, escrito presentado el 13 de julio de 2021 por el señor Wilmar Edison Giraldo Mazo, mediante el cual pretende impugnar la decisión tomada por esta Magistratura el 08 de julio de 2015, mediante la cual revocó la sentencia absolutoria dictada por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Segovia, Antioquia y en su lugar fue condenado por los delitos de Homicidio agravado y tráfico, fabricación, porte o tenencia de armas de fuego, partes o municiones, que le fueran endilgados por la Fiscalía General de la Nación.

Lo anterior en aplicación de los principios de la “*doble conformidad*” e “*igualdad*”.

## **ANTECEDENTES:**

Mediante decisión del 08 de julio de 2015, esta Sala de Decisión Penal, en razón al recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía General de la Nación a través de su delegado, procedió a revocar la sentencia absolutoria del 04 de diciembre de 2014 dictada por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Segovia, Antioquia y en su lugar fue condenado el señor WILMAR EDISON GIRALDO MAZO a la pena de 412 meses de prisión, por haber sido hallado responsable de los delitos de Homicidio agravado y Tráfico, fabricación, porte o tenencia de armas de fuego, partes o municiones. También se decretó la preclusión de la investigación por el delito de Falsedad personal, al haber ocurrido el fenómeno de la prescripción de la acción penal antes de proferirse la sentencia de primera instancia.

Ante dicha determinación, esta Corporación concedió el término de ley para el traslado común a efectos de la interposición del recurso extraordinario de casación, mismo que según se advierte del pantallazo del Sistema de Gestión, corrió desde el 09 de julio hasta el 16 de julio de 2015, sin que se presentara el referido recurso. Siendo enviado el expediente al juzgado de primera instancia el 17 de julio siguiente.

Mediante escrito presentado por el señor WILMAR EDISON GIRALDO MAZO, el pasado 13 de julio de 2021, solicita se le conceda el recurso de alzada.

## CONSIDERACIONES

Sería del caso entrar a analizar los términos de la impugnación presentada por el señor GIRALDO MAZO, para establecer si procede o no el recurso de alzada, si no fuera porque se advierte que el escrito fue presentado de manera extemporánea.

En efecto, se evidencia dentro del escrito presentado por el sentenciado, que la decisión tomada por esta Corporación en su contra quedó debidamente ejecutoriada, razón por la cual se encuentra en instancia de vigilancia de la ejecución de la respectiva sanción impuesta.

Conforme con la decisión SU146 de 2020, mediante Auto AP2118-2020 Rad. 34017 del 03 de septiembre de 2020, la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, extendió los efectos de aquella providencia constitucional y se ha creado la posibilidad de interponer el recurso de apelación, entre otras, frente a la decisión de condena dictada por primera vez en los Tribunales Superiores de Distrito.

Así lo definió la Máxima Corporación en materia Jurisdiccional:

*A través de la sentencia SU-146 de 2020, además, la Corte Constitucional cambió su jurisprudencia y otorgó por primera vez efectos retroactivos a la garantía de doble conformidad, incorporada al derecho interno con efectos hacia el futuro, se repite, a través de la sentencia de constitucionalidad C-792 de 2014. Simple y llanamente porque en la misma (SU-146/20) se decidió la procedencia del recurso de impugnación contra las sentencias*

*condenatorias dictadas en única instancia en procesos fallados a partir del 30 de enero de 2014, cuando la Corte Interamericana se pronunció en el caso Liakat Ali Alibux vs. Surinam, y no desde el 24 de abril de 2016, cuando venció el exhorto hecho al Congreso en la sentencia C-792 de 2014 para que legislara sobre el tema.*

*Un fallo de tutela con efectos inter partes (SU-146/20), en fin, suprimió los límites temporales de protección de la garantía procesal de doble conformidad que se establecieron en una sentencia de constitucionalidad con efecto erga omnes (C-792/2014).*

*9. Más allá de las controversias jurídicas que lo precedente suscita, que seguramente también surgirán frente a materias no penales respecto de las cuales se ha pronunciado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Corte Suprema de Justicia no va a problematizar la posibilidad de aplicar el precedente que se estableció en el caso **Arias Leiva**, a todos los ciudadanos condenados en única instancia por la Sala de Casación Penal después del 30 de enero de 2014, cuando se expidió la sentencia en el caso Liakat Ali Alibux vs. Surinam. Así se cumple el imperativo constitucional de brindar la misma protección y trato a todas las personas que se encuentren en las mismas circunstancias (Art. 13 de la C.P.).*

*Si una interpretación diferente que restrinja el ámbito de aplicación del derecho a la impugnación es contraria a la Constitución, según lo señaló la Corte Constitucional en la sentencia SU-146 de 2020, impedirle a las personas en situación similar a la del ex ministro **Arias Leiva** el acceso al recurso que se le habilitó, constituiría un flagrante y odioso atentado contra el derecho fundamental a la igualdad, un valor fundante y principal de la democracia.*

**10.** *La Corte Suprema de Justicia, tras un examen en detalle del precedente que en esta providencia se aplicará al ex congresista **Efrén Antonio Hernández Díaz**, concluye que el mismo, sin ninguna excepción, aplica a todos los aforados constitucionales condenados entre el 30 de enero de 2014 y el 17 de enero de 2018, el día anterior de cuando empezó a regir el Acto Legislativo 01 de 2018.*

*Así esos ex funcionarios no se encuentren privados de la libertad, como el doctor **Arias Leiva**, las condenas en su contra están produciendo efectos ciertos, como los asociados al ejercicio de derechos políticos, funciones públicas y contratación con el Estado.*

*Adicionalmente, así esas personas no hayan recurrido en ningún tiempo la condena o reclamado el derecho ante instancias internacionales, como sí lo hizo el ex ministro **Arias Leiva**, están de todas formas habilitadas para ejercer el derecho. Mal estaría exigirles, como requisito para impugnar, que hubieran desarrollado unas acciones de tipo procesal que no contemplaba la Constitución, la ley o la jurisprudencia.*

*Bajo los mismos razonamientos anotados, con un fuerte acento en el derecho a la igualdad, cuya aplicación franca y sin condiciones discriminatorias desvanece la idea de favorecimiento judicial a alguien en particular o a una parte privilegiada de ciudadanos, la Sala extenderá los efectos de la sentencia SU-146 de 2020 de la Corte Constitucional a todas las personas sin fuero constitucional que resultaron condenadas desde el 30 de enero de 2014 por la Corte Suprema de Justicia, en segunda instancia o en el marco del recurso extraordinario de casación.*

***Igualmente se extenderán los efectos de ese fallo de la Corte Constitucional a los ciudadanos sin fuero constitucional que hayan sido condenados, por primera vez***

**en segunda instancia, desde el 30 de enero de 2014, por los Tribunales Superiores de Distrito y el Tribunal Superior Militar, bajo las siguientes reglas:**

a) *Debieron haber interpuesto el recurso de casación, que era el medio de impugnación en ese momento disponible para discutir sobre el trámite procesal, las garantías procesales y los aspectos probatorios y jurídicos de la condena.*

***La no interposición por parte del procesado del recurso de casación, en ese momento el medio de impugnación dispuesto por la ley contra la primera condena dictada en segunda instancia, traduce conformidad con la decisión y, en esos casos, es improcedente la impugnación aquí autorizada.***

(Negrilla fuera de texto).

Sin embargo, el Alto Tribunal fijó unas reglas claras para efectos de establecer los límites a la extensión de la gracia a personas no aforadas y al respecto, señaló que:

*Ahora bien, especificados los alcances que la Sala de Casación Penal otorgará al precedente jurisprudencial consagrado en la sentencia SU-146/2020, a los cuales en ningún momento hizo referencia la Corte Constitucional pero que surgen forzosos de la aplicación del principio democrático de igualdad, ante la falta de un dictado jurisprudencial o de una norma legal que regule el fenómeno en su integridad, la Corte fijará las reglas de acceso al recurso de impugnación, con sujeción a las cuales las personas con derecho a él deben actuar.*

**10.1** *La Sala estima necesario, en primer lugar, recordar que todas la sentencias condenatorias proferidas dentro del ámbito fijado por la Corte Constitucional en la sentencia SU-146 de 2020 – contra aforados constitucionales y no aforados— se encuentran en firme, como en ese fallo se definió. En consecuencia, si se recurren, no se reactiva la contabilización del término de prescripción de la acción penal. Y tampoco, como consecuencia de impugnar, se produce la libertad de quien se encuentra privado de ella.*

*Claramente, entonces, el recurso de impugnación habilitado por la jurisprudencia constitucional contra primeras condenas que hicieron tránsito a cosa juzgada, no se asemeja a una acción de revisión. Esta, además de poderse intentar en cualquier tiempo, es extraprocesal. No está prevista, por tanto, para debatir el trámite procesal y los fundamentos de la sentencia, como se hace en las instancias procesales, sino que procede sólo y exclusivamente tras la acreditación de las causales legales que la permiten. La impugnación aquí estudiada, por el contrario, así proceda contra sentencias ejecutoriadas (una paradoja procesal que debe asumirse en función de cubrir el déficit del derecho a la doble conformidad declarado en la sentencia SU-146/20), es un recurso del proceso, debe interponerse dentro de cierto término y sustentarse siguiendo la lógica de como se discute en las instancias, en el marco de los recursos ordinarios de reposición y apelación.*

**10.2** *Es sabido que el proceso penal es un escenario de realización de derechos fundamentales, en el marco de principios y reglas preexistentes al acto que se imputa. El debido proceso, entonces, debe garantizar y realizar el principio de igualdad.*

*En esa medida, en atención a que el debido proceso es un derecho fundamental de configuración normativa, resulta obligatorio para la Sala definir hasta cuándo es viable interponer el recurso de impugnación contra las condenas que se dictaron, desde el 30 de*

*enero de 2014, en única instancia y las demás primeras condenas a las que se han extendido en esta providencia los efectos de la sentencia SU-146 de 2020. Se trata, el recurso, de un derecho subjetivo disponible en este caso solo a favor del procesado y/o su defensor, cuya interposición –como es natural y obvio– debe estar sometida a un término.*

*Es claro para la Corte Suprema de Justicia que, a partir de la ejecutoria de la sentencia SU-146 de 2020, la misma generó efectos vinculantes no solamente para el demandante en el caso de tutela donde se dictó, sino igual para todos aquellos en similares circunstancias.*

***Ahora, ante el vacío normativo evidenciado, la Sala de Casación Penal regulará el trámite mínimo y necesario que le permita a los destinatarios de esta decisión el ejercicio del derecho a la impugnación.***

*Para ello, en primer lugar, se fijará el límite temporal para la interposición de la impugnación. Se tendrá en cuenta, para hacerlo, que desde el 21 de mayo de 2020, cuando se expidió la sentencia SU-146 de 2020, e inclusive desde antes, cuando a través de un comunicado de prensa se anunció esa decisión, se generó para todas las personas condenadas con la opinión de un solo juez desde el 30 de enero de 2014, que no han contado con la garantía de doble conformidad, una expectativa razonable de ejercicio de ese derecho. Ya varios condenados, de hecho, con fuero constitucional y sin él, le han solicitado a la Corte Suprema de Justicia la concesión de la impugnación. Como el ex congresista **Efrén Antonio Hernández Díaz**, cuyo pedido suscita este pronunciamiento.*

*Para la Sala, a partir de la claridad anterior, **el término judicial de 6 meses para impugnar, contados a partir del 21 de mayo de 2020**, cuando se profirió la sentencia SU-146 de 2020*

y se materializó la posibilidad de ejercicio del derecho a recurrir la primera condena, muy superior al de 5 días previsto en el artículo 159 del Código de Procedimiento Penal de 2004 para casos en los que la ley no establece plazo, se considera amplio y suficiente para el ejercicio de la facultad de recurrir.

Si no se impugna dentro de ese término, **que vence el viernes 20 de noviembre de 2020 a las 5 de la tarde**, se entiende que el ciudadano condenado declina el ejercicio del derecho. Es condición de ese ejercicio, al tratarse la impugnación de una potestad y no de una consulta, presentar la solicitud de doble conformidad judicial, como lo establece el artículo 235-7 de la Constitución Nacional.

**10.3** La impugnación deberá interponerse ante la Secretaría de la Sala de Casación Penal, dirigiendo la solicitud a los correos electrónicos que en razón de la pandemia por el COVID 19 se encuentran disponibles desde marzo pasado. Y será la Sala de Casación Penal, como se hizo en el caso del ex ministro **Arias Leiva** y aquí se repetirá, la que decida sobre la concesión de la impugnación. Si la otorga, se ordenará en el mismo auto sortear el asunto entre los magistrados que no hicieron parte de la Sala que dictó la sentencia impugnada. Al que le corresponda, una vez conformada la Sala de Decisión con los dos magistrados que sigan en orden alfabético (art. 235-7 de la C.P.), ordenará que se surtan los traslados al impugnante, para sustentar como es debido, y a los no recurrentes, para la integración del contradictorio, por los plazos previstos para el recurso de apelación en la ley de procedimiento penal por la cual se haya adelantado el proceso, tal y como lo definió la Sala en el auto del 3 de abril de 2019, radicado 54215.

(Subraya fuera de texto).

Para el presente caso, si bien es cierto la sentencia condenatoria proferida por primera vez por esta Corporación, fue dictada el 08 de julio de 2015 y de ahí que esté dentro del marco de las sentencias condenatorias dictadas desde el 30 de enero de 2014 y por tanto sería factible su interposición, también lo es que la presentación del escrito que se analiza fue allegado a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, el pasado 13 de julio de 2021, tal como se desprende del reporte de correo remitido a esta Magistratura por la Secretaría de dicha Corporación, por lo que sin lugar a duda puede evidenciarse que el mismo fue presentado de manera extemporánea, pues dentro de la providencia que se analiza dio como límite para la presentación del recurso hasta el 20 de noviembre de 2020.

Por otra parte, hay de decir que la decisión objeto de cuestionamiento (la de condena proferida por esta Corporación en contra del peticionario), no fue objeto de interposición de recurso extraordinario de casación, lo que implica, a la luz del auto proferido por la Sala de Casación Penal, conformidad con la misma.

En tal sentido se declarará improcedente el recurso de apelación interpuesto, en primer lugar, por resultar extemporáneo y en segundo lugar, por no haberse cumplido el requisito de procedibilidad concerniente a la interposición del recurso extraordinario de casación, de conformidad con lo atrás analizado.

En razón y mérito de lo expuesto y sin necesidad de más consideraciones la Sala Penal del Tribunal Superior de Antioquia, **DECLARA** extemporáneo e improcedente el recurso de apelación

interpuesto el pasado 13 de julio de 2021, por el señor WILMAR EDISON GIRALDO MAZO, contra la sentencia proferida por esta Corporación, el 08 de julio de 2015, mediante la cual lo condenó por primera vez a la pena de 412 meses de prisión por haber sido hallado penalmente responsable de los delitos de Homicidio agravado y fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, partes o municiones.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA  
Magistrado

NANCY ÁVILA DE MIRANDA  
Magistrada

GUERTHY ACEVEDO ROMERO  
Magistrada

**Firmado Por:**

**EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA  
MAGISTRADO  
TRIBUNAL 001 SUPERIOR SALA PENAL DE LA CIUDAD DE  
MEDELLIN-ANTIOQUIA**

**NANCY AVILA DE MIRANDA  
MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL  
TRIBUNAL SUPERIOR SALA 003 PENAL DE ANTIOQUIA**

**GUERTHY ACEVEDO ROMERO  
MAGISTRADA  
TRIBUNAL 004 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:

**20dda7f4bc746f53ba40ce3829bc2baf78e5eac71f30567c7b16da73e44  
37d9d**

Documento generado en 28/07/2021 12:26:36 PM

# TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA

## SALA DE DECISIÓN PENAL

---

Medellín, diecinueve (19) de julio de dos mil veintiuno (2021)

Proyecto discutido y aprobado en sesión de la fecha, Acta 086

PROCESO: 05 045 61 00498 2014 00981 (2019 1290)  
DELITOS: ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR Y OTRO  
ACUSADO: AURELIO ANTONIO ATEHORTÚA VÉLEZ  
PROVIDENCIA: SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

---

La Sala procede a resolver lo pertinente frente al recurso de apelación interpuesto por la Defensa del Procesado, en contra de la sentencia proferida el 20 de septiembre de 2019, por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Apartadó (Antioquia), mediante la cual CONDENÓ al señor AURELIO ANTONIO ATEHORTÚA VÉLEZ por encontrarlo responsable de ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE 14 AÑOS EN CONCURSO HOMOGÉNEO Y HETEROGÉNEO CON ACTOS SEXUALES CON MENOR DE 14 AÑOS, TAMBIÉN EN CONCURSO.

### **ANTECEDENTES**

Se dice en las diligencias que los hechos ocurrieron para los meses de agosto a diciembre del año 2014 dentro de la residencia ubicada en el barrio Obrero del municipio de Apartadó (Antioquia), vivienda en donde residía el señor AURELIO ANTONIO ATEHORTÚA VÉLEZ y las menores víctimas K.L.B.E. y Y.J.B.E.

Lo acaecido se concreta en que el señor Aurelio Atehortúa en varios y días y en varias ocasiones abusó sexualmente de las mencionadas menores, realizando tocamientos con sus manos en las nalgas y vagina y también penetración vaginal con su miembro viril con relación a la niña K.L.B.E y frotamientos frente a Y.J.B.E.

Por lo anterior, el 24 de junio de 2015, ante el Juez Primero Promiscuo Municipal de Apartadó (Antioquia) fueron celebradas las audiencias de legalización de captura, formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento.

El proceso pasó al Juzgado Segundo Penal del Circuito de Apartadó (Antioquia) en donde el 18 de septiembre de 2015 la Fiscalía formuló la acusación. La audiencia preparatoria tuvo lugar el 18 de enero de 2016 y el 1º de junio de 2016 se inició el juicio oral, el cual terminó el 24 de mayo de 2019.

La sentencia condenatoria fue leída el 20 de septiembre de 2019.

### **LA DECISIÓN OBJETO DE ALZADA**

El A quo manifestó que después del debate probatorio se deducen los elementos que estructuran las conductas punibles y la responsabilidad penal del acusado. Quedó demostrado que las menores K.L.B.E y Y. J.B.E fueron víctimas de acceso carnal abusivo y actos sexuales abusivos por parte del procesado, pues de los elementos probatorios y los testimonios de cargo, se constata la conducta en concurso homogéneo y heterogéneo sucesivo.

No le dio credibilidad a los testimonios de descargo que pretenden hacer creer que el acusado nunca tuvo oportunidad de estar a solas con las menores, cuando desde sus mismo dichos se puede evidenciar que sí tenía las ocasiones, como cuando reconocen que tomaban licor, que la señora Esperanza jugaba cartas afuera de su

casa al frente con sus vecinas, que ella salía a la tienda y dejaba solas a las menores en la casa con el acusado.

Igualmente, hizo ver que la sicóloga da cuenta cómo las menores sufrieron una experiencia negativa de abuso sexual por parte del compañero sentimental de su madre y cómo esto les afectó en su parte emocional. Encontró la profesional un estado de desprotección y descuido de las menores por parte de su madre, a quien las menores no le cuentan lo sucedido por temor o porque no les iba a creer y explica que todo surge a raíz de lo que las menores le cuentan a su madrastra y a su padre.

### **LA IMPUGNACIÓN**

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

Afirma que del escrito de acusación se tiene que la supuesta conducta de su defendido ocurrió unas semanas antes del 10 de diciembre de 2014, es decir en algún punto indeterminado entre la última semana de noviembre y la primera semana de diciembre de 2018 y retrotrayendo su ilicitud al mes de agosto hogaño.

En audiencia del 19 de mayo de 2017 se escuchó en testimonio al doctor Carlos Oquendo Moreno, quien ingresa dictamen médico legal de K.L.B.E. sin corresponder al médico perito JOHN RIVAS POTES, quien revisó a la menor en su momento por lo que su testimonio se ha de desestimar. Igualmente, a LUIS EMISON PADILLA GALE, quien no se registra en las estipulaciones probatorias.

Considera que el perito extraño al proceso no tiene valor frente a las circunstancias de lugar, tiempo y modo como se recogió la prueba. Es decir, la experticia tiene valor solo en cuanto a la situación física de las menores no de las especiales circunstancias como se realizó dicha experticia.

Dice que si el experticio señala un desgarró antiguo en el himen (mayor de 10 días), esto nos sitúa en un lapso de tiempo anterior al 1 de diciembre de 2014, pero indeterminado respecto al límite superior. Si el ilícito se extrapola entre agosto y la primera semana de diciembre de 2014 (antes del 6) necesariamente no es posible determinar con grado de certeza la responsabilidad del señor Aurelio Antonio Atehortúa Vélez.

En las estipulaciones probatorias se tiene como testigo a Jakelin del Carmen Mass (médico de SALUDCOOP) y con quien se pretendía introducir dictamen de K, mientras que a folio 96 reposa constancia de dicha entidad donde refieren y certifican que esa persona no tiene ni ha tenido vínculo laboral alguno con la empresa CAFESALUD EPS SA, lo que equivale a prueba a desestimar. Es decir, ni introduce la prueba, ni la convalida con su testimonio, mucho menos puede ser valorada como prueba cuando no se certifica su procedencia.

Argumenta que el esfuerzo de la fiscalía en quebrantar el principio de inocencia de su defendido de demostrar más allá de toda duda razonable que los hechos no se efectuaron antes del mes de agosto de 2014 y por cuenta de una tercera persona, no ha logrado su cometido. Igual predicamento del período en entredicho y de la responsabilidad subsiguiente. Se debió investigar por los años en que vivieron las menores en el hogar del padre y su entorno familiar y

vecinal, ya que solo hasta el mes de agosto de 2014 regresaron al hogar materno y compartieron con el ahora inculpado.

El patrullero de la SIJIN NELSON ALEJANDRO RUIZ ORTIZ refiere las sumas de dinero de \$50.000m \$20.000, y \$10.000 tema que no se menciona en sus testimonios, lo cual desdice o de la veracidad de su relato o de la poca rigurosidad de quienes les examinaron.

El padre de las menores ARNOBY MANUEL BELTRÁN PÉREZ relata que sus hijas estuvieron unos días y la niña informa de unas semanas, lo que podría ubicar a las niñas en un espacio físico temporal diferente al entorno y tiempo que se le imputa a su defendido.

En una entrevista el horario de los abusos es a las 4 pm y en otra surge el horario nocturno y la entrevista se realiza en presencia de su madrastra lo que no debía haberse hecho ante la posibilidad de influenciar las respuestas de la menor.

De la valoración realizada por parte del doctor Óscar Darío Echenique Torres, con fecha del 9 de diciembre de 2014, nada se puede extrapolar, porque la versión que relata está escrita a ambas manos por parte de la menor y su madrastra, sin que se distinga cual corresponde a cuál y en qué medida la una influye en la menor.

Se concluye la existencia de actos sexuales y acto carnal abusivo en un tiempo no determinado anterior al 6 de diciembre de 2014, arraigo familiar y ubicación en el entorno del señor Aurelio Antonio Atehortúa Vélez, pero igual entorno familiar del padre de la menor, tema que nunca motivó a investigar a la Fiscalía.

Critica que pruebas se hayan aportado por quienes no eran llamados y ausencia de su comparecencia al juicio y con ello imposibilidad de confrontar la misma. Experticio médico de quien posteriormente se niega su vinculación y por encima de todo pruebas psicológicas y entrevista a las víctimas que contrastan en sus versiones sobre las circunstancias de tiempo y modo. El no investigarse el entorno de donde provenían las menores, realizarse experticio profesional en presencia de la madrastra de las menores, tema que pudo influir su versión, presentarse experticio profesional por quien, luego se certifica no laborar allí, es negarles a las propias víctimas el conocer la verdad de lo acontecido.

Solicita la nulidad, porque en el escrito de acusación se hizo alusión a la responsabilidad de Aurelio Antonio Atehortúa Vélez y se decretaron unas pruebas que posteriormente fueron modificadas e introducidas otras de manera ilegal.

Subsidiariamente, pide la absolución o que no se tenga el concurso de delitos en 6 ocasiones con respecto a Y, toda vez que esta circunstancia se encuentra indeterminada, es decir el dicho de la menor, en ocasiones se percibe como entre sueño y vigilia y no se encuentra probada esta circunstancia.

Pide considerar los mínimos de la pena y aplicar lo regulado en el artículo 31 del Código Penal.

### **CONSIDERACIONES**

Los problemas jurídicos planteados en esta oportunidad a la Sala se contraen en determinar, si hubo o no irregularidades en el proceso, si

la Fiscalía logró o no derruir la presunción de inocencia del acusado y si la tasación de la pena fue correctamente realizada por el A quo.

Para resolver, la Sala escuchó atentamente el registro de lo ocurrido en el juicio oral y pudo constatar que al señor defensor del proceso no le asiste razón en sus peticiones de nulidad y absolución.

En primer lugar, frente a las irregularidades que denuncia, salta a la vista que ninguna causal de nulidad se presenta, pues las pruebas practicadas en el juicio fueron correctamente descubiertas, decretadas y aducidas en el debate oral.

En cuanto al médico legista que sustentó el dictamen pericial, la jurisprudencia de la Honorable Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, ha expresado que es posible ingresar la base pericial con un funcionario diferente.

En efecto, en decisión del 11 de diciembre de 2013, Radicado 40239, M.P. Dr. Eyder Patiño Cabrera, la Alta Corporación señaló:

“Pero si se quisiera ahondar en mayores razones para inadmitir la censura, igualmente, no sobra acotar que sobre este tópico, la Sala se ocupó de precisar que si bien el actual ordenamiento procesal penal exige que sea el mismo profesional que practica la experticia el que concurra al juicio oral para ofrecer las explicaciones inherentes a su dictamen, de tal suerte que ante la imposibilidad física de asistir, el juez se sirva de ayudas audiovisuales y de las medidas necesarias para compeler al profesional para que comparezca al juicio, también admitió que en casos excepcionales, el juzgador como director del proceso, permita que otro experto realice una nueva valoración y concurra a la audiencia con el referido propósito e incluso, que sea un perito distinto el que

interprete y de cuenta del informe de su predecesor. Así lo expresó esta Corporación:

*“Para la Corte, acorde con lo examinado en precedencia de lo que el texto legal contiene y lo que el derecho comparado informa sobre la materia, en términos generales, es necesario que la base pericial sea soportada exclusivamente con el testimonio de la persona que realizó el examen y elaboró el correspondiente informe.*

*Empero, si bien, el peritaje como prueba reclama siempre de la presencia de un experto en la audiencia de juicio oral –por regla general el mismo que realizó el informe, porque así lo demanda la ley y la naturaleza misma de lo obligado referir ante el juez y las partes-, para que explique los hallazgos, exámenes, técnicas y conclusiones a las que se llega, resultando inane la sola presentación del informe, es posible, por vía excepcional, que el perito no sea necesariamente aquel encargado de ejecutar directamente el examen y elaborar el consecuente informe, pues, en determinados eventos, como lo expone Chiesa, cuando se advierte que lo consignado en el documento hace parte del tipo de información que el experto utiliza para su trabajo, nada obsta para que persona distinta acuda a la audiencia de juicio oral en aras de soportar conclusiones pertinentes para el objeto del proceso.*

*Y ello, cabe anotar, no opera exclusivamente para la práctica o el conocimiento médico, sino respecto de cualquier arte o ciencia interesante al derecho penal.*

*Estima la Sala, bajo estos mismos presupuestos argumentales, que en casos excepcionales, referidos a la imposibilidad absoluta de que el perito pueda rendir su versión en audiencia pública –ha fallecido, se ignora su paradero, no cuenta ya con facultades mentales para el efecto, solo por vía enunciativa en el ánimo de citar ejemplos pertinentes-, y a la pérdida o desnaturalización del objeto sobre el cual debe realizarse el examen*

o experticia, es posible que acuda a rendir el peritaje una persona diferente de aquella que elaboró el examen y presentó el informe.

(...)<sup>1</sup> (Subrayas fuera del texto original).

Con relación a la médica Jakelin del Carmen Mass adscrita a SALUDCOOP, no se entiende la queja, pues tal testimonio no se recibió en el juicio oral por la imposibilidad de su localización y, por tanto, no fue objeto de análisis, ni sustento de la sentencia. Fue el médico Oscar Darío Echenique Torres, quien valoró a Y.J.B.E en urgencias de SALUDCOOP. Y el testigo en la audiencia aclaró exactamente qué fue lo que le narró la paciente. La Fiscalía pidió que por medio del médico Oscar Darío se ingresara la valoración que hizo la médica Jakelin frente a la otra menor, pero por oposición de la defensa no se permitió.

De la misma forma no se entiende la referencia al testigo Luis Emilson Padilla Gale, quien fue un testigo de la defensa debidamente decretado en la audiencia del 18 de enero de 2016. Testigo que simplemente declaró sobre su amistad con el procesado y nada relató con relación a los hechos objeto de este proceso.

Si bien el señor defensor hace solicitud de nulidad desde la audiencia de formulación de imputación, en la sustentación del recurso fuera de las irregularidades en la prueba que denuncia, ninguna otra anomalía procesal manifiesta que pueda invalidar la actuación.

En segundo lugar, es claro que al juicio comparecieron las menores K.L.B.E. y Y.J.B.E, quienes en forma contundente indicaron que el

---

<sup>1</sup> Sentencia del 17 de septiembre de 2008. Radicación 30.214.

señor Aurelio, compañero de su señora madre, abusó sexualmente de ellas. Hechos ocurridos en el barrio Obrero y en varias oportunidades.

Es natural que las menores no puedan señalar una fecha exacta de cada uno de los abusos; no obstante, con el material probatorio recaudado se evidenció que fue durante el tiempo en que ellas convivieron con su madre y el señor Aurelio. Las supuestas contradicciones que el impugnante señala están referidas a manifestaciones de referencia que dieron otros testigos y que no alcanzan a minar la credibilidad de lo narrado por las víctimas.

Igualmente, no se presenta duda alguna de la ocurrencia de cada uno de los hechos, aunque la menor Y.J.B.E. afirme que en algunas ocasiones se encontraba dormida y sentía que la estaban tocando la vagina, pues ella no duda en contar claramente la situación y señalar a su padrastro como el autor de los hechos.

Las declaraciones de las jovencitas encuentran apoyo en el resto del material probatorio, pues han narrado, en esencia, los mismos hechos a diferentes personas, el médico, la sicóloga, al padre y a la madrastra, por lo que hay persistencia en la incriminación con respecto a las circunstancias de tiempo, modo, lugar y su autor.

Igualmente, quedó demostrado que las niñas vivían con el padre y que los hechos ocurrieron cuando éste decidió entregarlas a la madre y comenzaron a convivir con ella y su compañero permanente.

También debe tenerse en cuenta que los abusos pudieron conocerse porque la señora Luz Marina Acosta Hernández comenzó a percibir en la niña K. situaciones que le llamaron la atención, como el que ya no

quería vivir con la madre y deseaba volver a vivir con el padre, lloraba estaba triste y aburrida. Además, un día encontró los interiores de la niña sucios con secreciones que no eran normales, por lo que logró que fuera revisada por un médico y el asunto pudo conocerse. Contó que a la niña la encontraron inflamada y con una infección por lo que estuvo en tratamiento.

La sicóloga Betsy Cristina Balbín Lopera en su valoración de la niña K.L.B.E concluyó que padecía de stress postraumático y que requería intervención clínica psicológica por los actos a la que fue sometida. Y el dictamen médico legal estableció que la K.L.B.E presentaba el himen con desgarramiento antiguo, lo que es compatible con el acceso carnal objeto de este proceso.

Al señor defensor no le asiste razón cuando supone que los hechos pudieron tener ocurrencia en un tiempo, lugar y autor diferente al señalado por las menores, pues ninguna evidencia así lo indica. Al contrario, todo el material probatorio corrobora la teoría del caso de la fiscalía. El Ente Acusador no tenía por qué imaginarse que los abusos sucedieron en un tiempo y lugar distinto al indicado por las víctimas y menos que el autor fuera un tercero, para agotar actos de investigación dirigidos a establecer esas circunstancias que no fueron referidas por nadie y que ningún elemento material probatorio lo sustenta.

Por último, en cuanto a la dosificación de la pena, se tiene que el señor Aurelio Antonio Atehortúa Vélez fue acusado por un concurso de hechos punibles de Acceso Carnal Abusivo y Actos Sexuales Abusivos con respecto a la menor K.L.B.E. y un concurso de Actos Sexuales Abusivo frente a la menor Y.J.B.E.

Si bien el A quo decidió imponer el mínimo de las penas, equivocó la dosificación, porque la realizó independientemente para cada uno de los concursos homogéneos para después hacer otro incremento por el concurso heterogéneo, con respecto a la primera víctima y luego una dosificación por el concurso homogéneo frente a la segunda víctima, para terminar con otro incremento al señalar la pena total por los hechos cometidos contra las dos menores. Ese procedimiento implicó una mayor pena sin justificación, además de señalar incrementos altos en cada fase del proceso.

Se tiene que para cada uno de los accesos carnales abusivos, la pena impuesta por el fallador fue de 144 meses y por cada uno de los actos sexuales abusivos de 108 meses. Así, la pena mayor y base para tasar el concurso es 144 meses que deberá incrementarse hasta en otro tanto por razón del concurso y conforme con lo reglado en el artículo 31 del Código Penal.

Por tratarse de por lo menos cuatro hechos punibles con relación a la menor K.L. y de 6 con respecto a la niña Y.J (pues así lo señaló en su declaración y no hay motivo para no creerle), la Sala considera adecuado hacer un incremento de 36 meses. Así la pena privativa de la libertad en definitiva será de CIENTO OCHENTA (180) MESES DE PRISIÓN. Por el mismo término regirá la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas.

Con esa modificación se confirmará la sentencia de primera instancia.

Con fundamento en lo expuesto, el Tribunal Superior de Antioquia, Sala de Decisión Penal, administrando Justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley, resuelve CONFIRMAR la sentencia de fecha, naturaleza y origen atrás indicados, conforme a lo anotado en la parte motiva de esta providencia, con la siguiente MODIFICACIÓN: la pena de privativa de la libertad se establece en CIENTO OCHENTA (180) MESES DE PRISIÓN. La pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas será igual a la pena principal.

En lo demás rige la sentencia de primera instancia.

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

CÓPIESE, CÚMPLASE Y DEVUÉLVASE

EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA  
Magistrado

NANCY ÁVILA DE MIRANDA  
Magistrada

GUERTHY ACEVEDO ROMERO  
Magistrada

**Firmado Por:**

**EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA**

**MAGISTRADO**  
**MAGISTRADO - TRIBUNAL 001 SUPERIOR SALA PENAL DE LA**  
**CIUDAD DE MEDELLIN-ANTIOQUIA**

**NANCY AVILA DE MIRANDA**  
**MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL**  
**TRIBUNAL SUPERIOR SALA 003 PENAL DE ANTIOQUIA**

**GUERTHY ACEVEDO ROMERO**  
**MAGISTRADA**  
**MAGISTRADA - TRIBUNAL 004 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:

**4bfe7771e47abcc1ab65dbdac5bffd186fa4ac3b09a57bd07eeaca761**  
**59b66f6**

Documento generado en 19/07/2021 05:00:06 PM

# TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA

## SALA DE DECISIÓN PENAL

---

Medellín, diecinueve (19) de julio de dos mil veintiuno (2021)

Proyecto discutido y aprobado en sesión de la fecha, Acta 086

PROCESO: 05 541 60 00278 2019 00003 (2021 0856)  
DELITO: HURTO CALIFICADO Y AGRAVADO  
ACUSADOS: NELSON OSWALDO VÁSQUEZ VARGAS  
JAIME ALEJANDRO MARTÍNEZ QUEVEDO  
ANDRÉS HERNÁN RUEDA ROJAS  
LEIDY YURANI ARIZA ÁVILA  
PROVIDENCIA: DECISIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA

---

La Sala procede a resolver lo pertinente frente al recurso de apelación interpuesto por la Defensa de los procesados, en contra de la sentencia proferida el 12 de mayo de 2021, por el Juzgado Promiscuo Municipal de Guatapé (Antioquia), mediante la cual CONDENÓ a los señores NELSON OSWALDO VÁSQUEZ VARGAS, JAIME ALEJANDRO MARTÍNEZ QUEVEDO, ANDRÉS HERNÁN RUEDA ROJAS y LEIDY YURANI ARIZA ÁVILA por encontrarlos responsables del delito de HURTO CALIFICADO Y AGRAVADO.

### ANTECEDENTES

Se dice en las diligencias que el 23 de junio de 2019, a eso de las 14:45 horas sobre la vía El Peñol-Guatapé, cuando el automotor de propiedad del señor DIEGO ARMANDO VÁSQUEZ GARCÍA, se encontraba parqueado en el restaurante “El Mirador” ubicado en el sector “El Morro” del municipio de El Peñol, fue abierto violando los mecanismos de seguridad y se apoderaron de sus pertenencias y la de su esposa YUDI CATALINA QUINTERO RÍOS.

Posteriormente a eso de las 15:30 horas, las mismas personas que cometieron el hecho anterior, en el parqueadero del centro turístico “La Piedra”, abrieron el vehículo de propiedad de la señora CIELO ZULUAGA LÓPEZ, apoderándose de las pertenencias de ella y sus acompañantes, JERALDIN ANDREA BUITRAGO ALZATE y DANIEL SANTIAGO ESPINOSA RODRÍGUEZ.

Luego, siendo las 16:35 horas, en el restaurante de razón social “El Navegar” ubicado sobre la vía El Peñol-Guatapé, fue abierto el vehículo de propiedad de YANIN PACHÓN ESCOBAR, violentando los mecanismos de seguridad y se apoderaron de sus pertenencias.

Las autoridades de policía emprendieron persecución en contra de los asaltantes, logrando capturar a NELSON OSWALDO VÁSQUEZ VARGAS, JAIME ALEJANDRO MARTÍNEZ QUEVEDO, ANDRÉS HERNÁN RUEDA ROJAS y LEIDY YURANI ARIZA ÁVILA a quienes les encontraron en su poder los elementos hurtados.

El 24 de junio de 2019, ante el Juez Segundo Promiscuo Municipal de Marinilla (Antioquia) fueron celebradas las audiencias de legalización de captura y legalización de incautación con fines de comiso. No se corrió traslado del escrito de acusación, ni se pidió imposición de medida de aseguramiento.

Posteriormente por orden de captura, los indiciados fueron aprehendidos y la Fiscalía corrió el traslado del escrito de acusación. No se impuso medida de aseguramiento privativa de la libertad.

En el escrito de acusación la Fiscalía endilgó a los procesados en calidad de coautores, el delito de HURTO CALIFICADO Y AGRAVADO, consagrado en los artículos 239, 240 inciso primero numeral 4 “o violando o superando seguridades electrónicas u otras semejantes”, y 241 numeral 10 “con destreza, o arrebatando cosas u objetos que las personas lleven consigo, o por dos o más personas que se hubieren reunido o acordado para cometer el hurto” del Código Penal.

Entre la Fiscalía, Defensa y Procesados se celebró un preacuerdo que consistió en la aceptación de cargos a cambio de la eliminación la circunstancia de calificación jurídica imputada, dejando el delito en Hurto Agravado, conforme con los artículos 239 y 241 numeral 10 y acordando una pena de 72 meses de prisión. También se acordó la rebaja por reparación para así señalar una pena de 18 meses de prisión.

La Juez Promiscuo Municipal de Guatapé aprobó el preacuerdo y la sentencia condenatoria fue emitida el 23 de septiembre de 2020.

La defensa de los acusados presentó recurso de apelación en contra de la sentencia, con la finalidad de obtener para sus defendidos algún sustituto penal.

Esta Sala en providencia del 18 de diciembre de 2020 declaró la nulidad de lo actuado al constatar que los sentenciados no tenían la información necesaria sobre el delito que aceptaban y la forma en que cumplirían la pena cuando aceptaron los cargos vía preacuerdo.

Reiniciada la actuación ante el Juez de Conocimiento, las partes presentaron un nuevo preacuerdo del siguiente tenor:

“Los señores NELSON OSWALDO VÁSQUEZ VARGAS, JAIME ALEJANDRO MARTÍNEZ QUEVEDO, ANDRÉS HERNÁN RUEDA ROJAS y LEIDY YURANI ARIZA ÁVILA, debidamente informados y en forma libre, voluntaria, aceptan su responsabilidad en la realización del delito de HURTO CALIFICADO Y AGRAVADO, tipificado en el artículo 239, 240 inciso primero numeral 4. “...., O violando o superando seguridades electrónicas u otras semejantes”, y 241 numeral 10, por dos o más personas que se hubieren reunido o acordado para cometer el hurto. Pena de 108 a 294 meses de prisión.

“Con fundamento en esa aceptación simple y llana, previa ilustración por parte de la Defensa Técnica, libre de coacción o apremio, enterados los señores NELSON OSWALDO VÁSQUEZ VARGAS, JAIME ALEJANDRO MARTÍNEZ QUEVEDO, ANDRÉS HERNÁN RUEDA ROJAS y LEIDY YURANI ARIZA ÁVILA de la inviabilidad de la retractación, destacando su colaboración con la administración de justicia y su marcada intención de someterse a la terminación anormal del proceso, la Fiscalía General de la Nación a cambio de la aceptación de culpabilidad y en atención a lo normado en el artículo 350 de la ley 906 de 2004, preacuerda con las partes, conceder como único beneficio ELIMINAR DE LA ACUSACIÓN UNA CAUSAL DE AGRAVACIÓN PUNITIVA, POR EL CUAL FUE IMPUTADO (HURTO CALIFICADO Y AGRAVADO, tipificado en el artículo 239, 240 inciso primero numeral 4 y 241 numeral 10, Pena de 108 a 294) A LA DE HURTO AGRAVADO, tipificado en el artículo 239 inciso primero y 241 numeral 10”.

(...)

“DE TAL SUERTE QUE LA PENA OSCILARÁ ENTRE 48 A 189 MESES, O LO QUE ES LO MISMO ENTRE 4 Y 15 AÑOS 9 MESES.

“2. SE ACUERDA: LA PENA DE PRISIÓN SE FIJA EN 72 MESES O LO QUE ES LO MISMO, 6 AÑOS.

“DE TAL SUERTE, NO SE PODRÁ DAR APLICACIÓN AL SISTEMA DE CUARTOS POR MANDATO DEL ARTÍCULO 3 DE LA LEY 890 DE 2004, EL CUAL ADICIONÓ EL INCISO FINAL DEL ARTÍCULO 61 DEL CÓDIGO PENAL.

“EN VIRTUD DE LO ESTABLECIDO EN EL ARTÍCULO 269 DEL CÓDIGO PENAL, POR LA INDEMNIZACIÓN DE LOS PERJUICIOS OCASIONADOS A LA VÍCTIMA, SE RECONOCE EL 75%.

“NOTA: EL PRESENTE PREACUERDO CELEBRADO ENTRE LAS PARTES POR MEDIO DEL CUAL LOS PROCESADOS ACEPTAN LOS CARGOS CON EL FIN DE OBTENER COMO BENEFICIO QUE LA FISCALÍA NO TENGA EN CUENTA LA CIRCUNSTANCIA QUE CALIFICA LA CONDUCTA PUNIBLE CONTENIDA EN EL ARTÍCULO 240 DEL CÓDIGO PENAL, SOLO TIENE EFECTOS PARA LA DETERMINACIÓN DE LA PENA Y NO PARA LA EXTINCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL Y LOS SUSTITUTOS PENALES, TODA VEZ QUE EL DELITO CONTINÚA SIENDO HURTO CALIFICADO Y AGRAVADO. MOTIVO POR EL CUAL LOS IMPUTADOS SON CONSCIENTE DE LA IMPOSICIÓN INELUDIBLE DE UNA PENA, POR ACEPTACIÓN DE CARGOS QUE TENDRÁN UNA SENTENCIA CONDENATORIA Y QUE EL MONTO DE LA PENA ACORDADA

TENDRÁ QUE SER DESCONTADA CON PRIVACIÓN EFECTIVA DE LA LIBERTAD (SENTENCIA CORTE CONSTITUCIONAL SU 479 DEL 2019)”.

### **LA DECISIÓN OBJETO DE ALZADA**

Para lo que interesa a efectos de resolver la alzada, el A quo condenó a los procesados a 18 meses de prisión por hallarlos responsables del delito de Hurto Calificado y Agravado y negó los sustitutos penales por expresa prohibición legal. No obstante, concedió la prisión domiciliaria a la señora Leidy Yurani Ariza Ávila por considerarla madre cabeza de familia.

### **LA IMPUGNACIÓN**

1. El nuevo defensor de los procesados NELSON OSWALDO VÁSQUEZ VARGAS, ANDRÉS HERNÁN RUEDA ROJAS y JAIME ALEJANDRO MARTÍNEZ QUEVEDO, inconforme con la decisión, interpuso y sustentó oportunamente el recurso de apelación.

Afirma que presenta recurso de alzada porque al imponerse la pena de DIECIOCHO (18) MESES de prisión no se atendieron preceptos legales ni jurisprudenciales para determinar el quantum punitivo.

El A quo impartió legalidad a las condiciones del PRECAUERDO donde claramente se establece que la pena oscilará entre 48 a 189 meses o lo que es lo mismo, entre 4 y 15 años 9 meses.

Pero la Fiscalía estableció una pena a imponer de 72 meses de prisión y si bien no está obligado a seguir el sistema de cuartos no puede simplemente señalar una pena sin señalarle al Juez cómo dedujo ese guarismo, esto es, dar a conocer los fundamentos de la dosimetría de la pena bajo un juicio razonable de determinación de la pena.

Considera que debió partirse del mínimo, esto es, 48 meses de prisión y otorgar el 75% de rebaja por la indemnización integral, para una pena en definitiva de 12 meses de prisión.

2. El señor Fiscal como sujeto no recurrente manifiesta que se acordó una pena de 72 meses por tratarse de un concurso sucesivo y homogéneo de hechos punibles, por lo que la pena más grave se aumenta hasta en otro tanto. Igualmente, por indemnización de los perjuicios ocasionados a la víctima se le reconoció el 75%.

En la audiencia de verificación del preacuerdo, la Fiscalía le dejó claro a los procesados lo que ellos estaban aceptando. El acuerdo fue aprobado en su integridad, razón por la cual debe respetarse el principio de congruencia, es decir el preacuerdo hace las veces de acusación, por tanto, la sentencia debe dictarse acorde con los términos aprobados en el preacuerdo.

Considera que no sería procedente lo solicitado por la Defensa en el recurso de alzada, porque como indicó en la audiencia de verificación del preacuerdo la Fiscalía dejó claro a los procesados lo que estaban aceptando. La defensa pretende eludir los términos del preacuerdo, no

por desconocimiento de lo verdaderamente acordado, sino como un acto que busca desorientar a las partes y a la judicatura.

### **CONSIDERACIONES**

El problema jurídico planteado en esta oportunidad a la Sala se contrae en determinar si el Preacuerdo celebrado entre las partes, en cuanto a la fijación de la pena, desbordó o no la legalidad.

Los preacuerdos obligan a las partes siempre y cuando estén conforme con la legalidad y además que la persona procesada emita su voluntad de manera libre, consciente, voluntaria y debidamente informada.

En el presente caso, conforme con los términos del preacuerdo, es evidente que a los procesados se les otorgó toda la información pertinente y, por ello, manifestaron su voluntad de aceptar los cargos.

En cuanto a la pena, el señor Fiscal advirtió el ámbito punitivo por el cual podría moverse y sobre todo la no necesidad de acogerse al sistema de cuartos conforme con lo establecido expresamente por la ley.

Así las cosas, la fijación de la pena preacordada sólo tenía que respetar los límites legales. Para el caso, la pena podía imponerse entre 48 meses a 189 meses y las partes en forma libre, voluntaria y debidamente informados decidieron acordar una sanción de 72 meses.

En cuanto a la discrecionalidad reglada para el otorgamiento de beneficios por parte de la Fiscalía en los preacuerdos, la Honorable Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Penal, decisión del 24 de junio de 2020, Radicado 52227, M. P. Dra. Patricia Salazar Cuellar señaló:

En el ámbito de los acuerdos tiene plena vigencia el principio de discrecionalidad reglada. Así, además de la obligación de realizar con rigor los juicios de imputación y de acusación y de explicar cuándo una modificación de los cargos corresponde a un beneficio o al ajuste del caso a la estricta legalidad, para establecer el monto de la concesión otorgada los fiscales deben tener en cuenta, entre otras cosas: (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 (v) 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.

En el presente caso, si bien en el escrito del preacuerdo no se expresaron las razones para llegar a acordar la pena de 72 meses, en la audiencia de verificación del preacuerdo la Fiscalía dejó claro que allí incluía el incremento en razón del concurso de conductas punibles que podría ser hasta el otro tanto<sup>1</sup>. Además, se tiene que no solo se respetaron los límites punitivos, sino que también se tuvo en cuenta la máxima rebaja en razón a la reparación de perjuicios. Por lo que la Sala no observa vulneración alguna a la legalidad.

---

<sup>1</sup> Minuto 32 del registro correspondiente a la audiencia de verificación de preacuerdo del 29 de abril de 2021.

Ahora, si la pena en criterio del nuevo defensor de los procesados pudo ser menor, debe recordarse que al monto previsto en el preacuerdo se llegó por voluntad de las partes y no por imposición unilateral de ninguna autoridad pública. No puede entonces pretenderse con el recurso simplemente retractarse de lo pactado, así el abogado no haya participado en la conformación del acuerdo.

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

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

CÓPIESE, CÚMPLASE Y DEVUÉLVASE

EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA  
Magistrado

NANCY ÁVILA DE MIRANDA  
Magistrada

GUERTHY ACEVEDO ROMERO  
Magistrada

**Firmado Por:**

**EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA  
MAGISTRADO  
MAGISTRADO - TRIBUNAL 001 SUPERIOR SALA PENAL DE LA  
CIUDAD DE MEDELLIN-ANTIOQUIA**

**NANCY AVILA DE MIRANDA  
MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL  
TRIBUNAL SUPERIOR SALA 003 PENAL DE ANTIOQUIA**

**GUERTHY ACEVEDO ROMERO  
MAGISTRADA  
MAGISTRADA - TRIBUNAL 004 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:

**e2f3669c28efce8d2a4e3860fdf9593393ea826734c457eb581432a347  
9a4210**

Documento generado en 19/07/2021 05:00:18 PM

REPÚBLICA DE COLOMBIA  
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO DE ANTIOQUIA  
SALA DE DECISIÓN PENAL

---

M.P. NANCY ÁVILA DE MIRANDA



1

**RADICADO:** 057616100156201780122  
**INTERNO:** 2020-0388-2  
**DELITO:** ACTOS SEXUALES ABUSIVOS CON MENOR  
DE 14 AÑOS AGRAVADO  
**ACUSADO:** ARISMENDI MENDEZ  
**DECISIÓN:** CONFIRMA SENTENCIA DE PRIMER GRADO

---

**Medellín, veintiocho (28) de julio de dos mil veintiuno (2021)**

Aprobado según acta Nro. 063

### 1. ASUNTO

Procede la Sala en esta oportunidad a decidir el recurso de apelación interpuesto por la defensa de oficio del procesado ARISMENDI MÉNDEZ, contra la sentencia proferida el 28 de abril de 2020 por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Sopetrán con funciones de Conocimiento, a través de la cual, luego de un juicio oral, lo condenó como autor de la conducta punible actos sexuales abusivos con menor de 14 años agravado.

---

<sup>1</sup> Refleja la trazabilidad de la decisión de la Magistrada Ponente hasta su entrega en la Secretaría de la Sala Penal para su notificación. Para su lectura se requiere aplicación – descargar en Play Store-lector QR.

## 2. ANTECEDENTES FÁCTICOS Y PROCESALES

El señor ARISMENDI MENDEZ, tío materno de la adolescente M.C.O., abusó sexualmente en forma violenta de aquella en repetidas ocasiones, aproximadamente en seis (6) ocasiones. Donde la menor recibió amenazas de muerte si contaba sobre lo sucedido. Hechos que se presentaron por espacio de más de un año, siendo el último en el mes de agosto de 2017 –según la pretensión punitiva-.

Materializada la orden de captura, el 18 de noviembre de 2017 se llevaron a cabo audiencias preliminares ante el Juzgado Promiscuo Municipal de Sabanalarga con función de Control de Garantías, imputándole la Fiscalía a Arismendi Méndez el delito de Acceso Carnal Abusivo Con Menor De 14 Años Agravado, En Concurso Homogéneo, tipificado en el artículo 208 y 211 numeral 2 “*el responsable tuviere cualquier carácter, posición o cargo que le dé particular autoridad sobre la víctima o la impulse a depositar en él la confianza*” y numeral 5 “*la conducta se realizare sobre parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad- por tratarse del tío de la adolescente víctima*” del Código Penal, cargo frente al cual decide no allanarse, imponiéndosele medida de aseguramiento de detención preventiva intramural.

El 18 de diciembre de 2017 la Fiscalía presentó escrito de acusación conforme a los cargos imputados. Le correspondió por reparto el conocimiento del proceso en la etapa de juicio al

Juzgado Promiscuo del Circuito de Sopetrán con funciones de Conocimiento, quien asumió la tarea en esa misma fecha, sin variación de la imputación.

El 7 de febrero de 2018, ante el Despacho de conocimiento se realiza la audiencia de acusación. La audiencia preparatoria se cumplió el 09 de julio de 2018, y el 12 de diciembre de 2018, luego de varios aplazamientos comenzó el juicio oral, con la exposición de las teorías del caso de la Fiscalía y de la defensa, y el mismo día se inició la práctica probatoria del ente acusador, oportunidad donde solicita la defensa la nulidad de lo actuado, argumento que no acepta el a-quo, interponiéndose recurso de alzada, mismo que es resuelto por esta misma Sala de Decisión, confirmándose la decisión de primera instancia.

Continuando con el debate probatorio, en las sesiones del 30 de octubre, 11 de diciembre de 2019, 03 de febrero de 2020; el 02 de marzo del mismo año se expusieron los alegatos de clausura, se anunció el sentido de fallo, condenatorio, y se hizo la audiencia de individualización de pena —artículo 447 del CPP. La lectura de la correspondiente sentencia se postergó para el 28 de abril de 2020. La defensa del condenado interpone el recurso de alzada contra dicha providencia, correspondiendo a esta Sala de Decisión Penal desatar la respectiva apelación.

### **3. LA SENTENCIA APELADA**

El Juez de primera instancia registra los datos que permiten identificar al acusado, realiza enseguida una breve reseña de los fácticos y un resumen de los alegatos presentados en juicio por parte de la Fiscalía, la representación de víctimas y la defensa.

Pasa luego a hacer la valoración jurídico probatoria, aludiendo a lo prescrito en el artículo 375 del C. de P. P, la pertinencia de la prueba testimonial aducida a juicio, no se refiere directa, ni indirectamente a los hechos o circunstancias relativas a la comisión de la conducta punible del presunto acceso carnal abusivo, ni a la responsabilidad penal del acusado, como tampoco hace menos probable los hechos o circunstancias mencionados por la víctima en su declaración y los testigos de corroboración periférica (Psicóloga, Comisaria de Familia y Abuela de la Víctima). Tampoco los testimonios afectan la credibilidad de la testigo única.

Subraya el argumento exceptivo aludido por la defensa, al tratar de probar la existencia de una relación entre la víctima y el señor Mario García, quien actualmente es la pareja sentimental de la menor, para acreditar la inexistencia del hecho punible. Lo anterior en consideración a qué de manera general, los declarantes de descargo afirman desconocer las circunstancias de tiempo, modo y lugar del hecho punible, así como de la propia existencia del hecho.

Afirma que los testigos de descargo, al igual que Carlos Enrique Herrera y María del Tránsito Legarda desconocen totalmente los hechos materia de investigación, y únicamente dan fe de la

existencia de unos encuentros entre la víctima y el señor Mario García de los cuales no dan detalle alguno, así como el origen del conocimiento de su dicho.

Para el funcionario esos testigos son coincidentes en afirmar, que entre la víctima y el señor Mario García existían unos encuentros, de los que no dan detalles; situación que no hace menos probable la existencia del hecho investigado, ni que el acusado no sea responsable en la comisión del mismo, toda vez que dichos testimonios aunados a la declaración en juicio de la propia víctima, dan por acreditado la coexistencia de unos encuentros entre el señor Mario Garcia y la víctima; más no dan fe de la inexistencia del hecho investigado y de la participación del procesado como su autor o cuáles circunstancias hacen menos probable la existencia del hecho y la responsabilidad del procesado en la comisión del hecho punible.

En consideración a lo expuesto, la teoría del caso de la defensa respecto de que los hallazgos relacionados por la médico legista Ana María López Arango en las conclusiones –hecho probado por estipulación probatoria de las partes- del Informe Técnico Médico Legal de fecha 7 de septiembre del año 2017 del Hospital Horacio Muñoz Suescun del municipio de Sopetran sobre la existencia de un desgarramiento antiguo que orienta clínicamente un tiempo de evolución superior a los 10 días, corresponden a un posible acceso carnal del compañero sentimental de la víctima y no del procesado, adquieren veracidad con la valoración conjunta de dicho dictamen y el

testimonio de la menor. En razón de ello, se compulsan copias para que se investigue si el plurimencionado Mario García incurrió en algún delito, ya que para la fecha en que tuvo relaciones con la menor, aquella contaba con edad no mayor a los 14 años.

Respecto a la afirmación hecha por la misma víctima, quien manifiesto que sostuvo su primera relación sexual con su pareja y que no fue el procesado, permite descartar la responsabilidad penal del acusado en la comisión de la conducta punible de acceso carnal abusivo con menor de 14 años, pero ello, no es óbice para desacreditar el testimonio de la víctima frente la existencia de otra conducta de índole sexual como el acto sexual abusivo con menor de 14 años; así como para proferir sentencia condenatoria por dicho punible, variando la calificación jurídica inicial objeto de imputación y acusación, tal y como lo solicito el ente acusador en sus alegatos conclusivos.

En ese contexto, menciona que la jurisprudencia ha sido consistente en señalar que la posibilidad de que el juez profiera sentencia por comportamientos punibles diversos a los contenidos en la acusación, está sometida a que: i) la nueva conducta corresponda al mismo género; ii) la modificación se oriente hacia un delito de menor entidad; iii) la tipicidad novedosa respete el núcleo fáctico de la acusación, y iv) no se afecten los derechos de los sujetos intervinientes (CSJ SP, 15 oct. 2014, rad. 41253 y CSJ SP, 25 jun.2015, rad. 41685). Dicha posición ha sido reiterada en sentencia de casación penal 2390 del 22

de febrero de 2017, radicado 43041, en virtud del principio de congruencia flexible.

A la sazón, establece que tanto el delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años (Art. 208 C. P.) como el de actos sexuales abusivos con menor de 14 años (Art. 209 C. P.), corresponden al mismo género, pues se encuentran contenidos en el título IV de los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales y dentro del mismo capítulo II (de los actos sexuales abusivos); así mismo el delito de actos sexuales abusivos es de menor entidad que el acceso carnal abusivo con menor de 14 años, ya que la pena mínima de aquel, oscila entre Nueve (9) años el mínimo y Trece (13) años el máximo; y la de este entre Doce (12) años el mínimo y Veinte (20) años el máximo. La nueva tipicidad respeta el núcleo fáctico de la acusación, dado que dentro de los hechos jurídicamente relevantes se relata que los actos violentos ejecutados por el procesado sobre la víctima consistieron en mostrarle sus partes íntimas, ofrecerle dinero y cogerla a la fuerza para luego accederla carnalmente al menos en seis (6) ocasiones, además de las amenazas de muerte.

Es así, que el acto libidinoso de mostrar las partes íntimas se adecua a la calificación jurídica de actos sexuales abusivos con menor de 14 años, delito de menor entidad. Por último, no se menoscaban los derechos de los sujetos intervinientes, especialmente el del acusado, quien en ejercicio del derecho de defensa y contradicción a conocido los cargos y

especialmente el núcleo fáctico de la acusación que contiene conductas que se adecuan a los actos sexuales abusivos.

Luego de ello, centra su análisis en el testimonio de la menor víctima, afirmando que la declaración de la víctima no se subsume dentro de una retractación, ni hay contradicciones esenciales en su dicho frente a sus primeras versiones, toda vez que habla de tocamientos y besos en sus senos y vagina, los lugares en los cuales ocurrió el hecho, su casa y cuando iba a coger mangos en la manga, las amenazas de muerte recibidas, los ofrecimientos de dinero por dejarse tocar, aclarando que refirió el termino acostarse porque pensó que dicho concepto hacía parte de lo que el acusado le proponía.

Sobre el lugar de ocurrencia del hecho y de la convivencia del procesado con la víctima, Carlos Enrique Herrera Pérez, José Eliecer Méndez entre otros testigos de la defensa y la abuela de la víctima, coinciden en declarar que el procesado Arismendi Méndez residía en la casa de su madre Berenice y con la menor para la época de ocurrencia del hecho, lo que otorga credibilidad a la versión de la víctima, antes que desacreditar su dicho o tornarlo mendaz, dado que la abuela de la menor le cedió un lotecito al acusado para que construyera una habitación.

La versión de la víctima contrastada con la declaración de la psicóloga de la Comisaría de Familia Nini Johana Jiménez Cardona, refuerza la declaración del testigo único; quien por orden de la Comisaria de familia realizó entrevista

semiestructurada para valoración psicológica de la menor víctima por el presunto abuso sexual, la cual deriva de una conversación sobre aspectos relacionados con la denuncia, así mismo la observación de la víctima, y del núcleo familiar (abuela y tío) tomando como referentes el protocolo de evaluación básica en psicología y psiquiatría forense, la ley 1098, DCM4 características relacionadas con eje 4 del conflicto familiar, estableciéndose que la infante presenta síntomas comportamentales de haber padecido un evento traumático y no se detectan factores que hagan dudar sobre la veracidad de la versión inculpativa sobre su tío Arismendi que depuso en entrevista ante la comisaría de familia.

Refuerza lo anterior con el relato de corroboración periférica de la psicóloga, quien manifestó que la víctima le dijo que el Tío Arismendi la había violado hacia aproximadamente un año, la cogía y la tiraba a la cama cuando no estaba la abuela, en ocasiones le ofrecía dinero para chuparle los senos y la amenazaba que la iba a matar si ella contaba algo, en especial a la abuela, versión que coincide con lo expuesto por la víctima en juicio, respecto del lugar, las amenazas, los tocamientos libidinosos y el hecho de que la conducta se realizara cuando la abuela (Berenice) no estuviera. Asimismo, la orden de protección proferida por la Comisaría en favor de la menor y su abuela, acreditan la existencia de las amenazas reales que el acusado refirió sobre la víctima.

La psicóloga percibió a la víctima inicialmente triste, distraída y ausentada fácilmente durante la entrevista, debiendo hablarle

en repetidas ocasiones para mantener el hilo de la conversación, indicando que el relato fue claro, preciso, coherente y fluido, sin alteraciones. Por lo anterior, concluye acreditado que el estado psicológico y emocional de M.C.O acredita síntomas compatibles con una situación traumática de abuso sexual.

Pese a la diferencia de los destinatarios de la versión inculpativa, su abuela (Berenice), la psicóloga de la Comisaria y la Comisaria de familia, las circunstancias de tiempo, modo y lugar; y en general los elementos socio jurídicos de la declaración siempre fueron coherentes y congruentes con los aspectos esenciales del relato inculpativo, en relación a las características de las conductas sexuales, las circunstancias en que ocurrieron la forma de conocimiento de sus parientes, y con datos objetivos que dan una inferencia razonable de una vivencia real de la víctima y no de una calculada creación producto de la fantasía.

Acentúa que, a la abuela de la menor y denunciante inicial, se le impugnó su credibilidad en virtud de la retractación y la contradicción de la versión inicial dada en la denuncia del 6 de septiembre de 2017. Aquella reconoce dicho documento por su firma pese a manifestar que no puede ver bien la lectura a la denuncia y afirma que eso fue lo que dijo en la denuncia porque todo se lo decía la víctima, se le pone de presente a la testigo la contradicción; consistente en que en el juicio afirma que el procesado violó a su nieta en una quebrada y le puso una pistola, hecho que no está contenido en la entrevista inicial,

dándole la oportunidad de explicar a la testigo la ciencia de su dicho o el conocimiento del origen de tal suceso, a lo que contesta con la siguiente afirmación: *“Pero es que ella en esos días decía que era un revolver, después resulto que era una pistola que ahí donde está.”*.

En punto a ello, la judicatura deduce que la víctima en su versión inicial y en juicio oral no refiere nada acerca de un hecho de amenaza con arma de fuego (pistola o revolver), en segundo lugar, la contradicción de la testigo es evidente en su argumento, dado que manifiesta al ente acusador que lo dicho en la denuncia es lo que su nieta le menciona, pero al mismo tiempo, en su explicación afirma que... *“en esos días decía que era un revolver, después resulto que era una pistola... ”*.

En consideración a que si en esos días, la víctima le comentó sobre un revólver, afirma que debió manifestarlo en la denuncia, lo que no hizo, haciendo más inconsistente e inverosímil la versión de la señora Berenice, al tratar de establecer que hubo una diferencia en la versión respecto de la naturaleza del arma de fuego –pistola-revolver-, cuando no existe tal versión de arma de fuego alguna. Se refuerza la inverosimilitud de la retractación y las contradicciones cuando a la testigo la fiscalía le pregunta cuál es la versión verdadera, a lo que la declarante responde: *“...la verdad que dije allá es la misma que estoy diciendo aquí, porque yo no voy a ponerme a meter mentiras, yo vengo a decir la verdad y ya dije la verdad de lo que son las cosas.”*.

Para el fallador raya con la lógica el argumento de que ambas versiones son verdad, cuando son antagónicas al menos en aspectos como el arma de fuego y la violación en la quebrada, además de que la misma declarante manifiesta en su testimonio que no le conoce arma alguna al acusado, solamente el machete de trabajar. La defensa en contrainterrogatorio efectúa preguntas respecto del conocimiento de la testigo de la relación entre la víctima y Mario García, indicando que nunca los vio juntos y desconocía la relación. En orden a ello, da crédito a la versión inicial expuesta por la abuela de la víctima, y no a su retractación en juicio, que además de ser inverosímil, no es coincidente con lo narrado por la víctima.

En lo tocante al concurso de conductas punibles –seis (6) delitos de actos sexuales con menor de 14 años- se indica que las únicas declarantes que hacen relación a dicho supuesto fáctico, es María Berenice (Abuela víctima), quien manifestó en su declaración que su nieta le dijo que esto ocurrió en varias ocasiones, cuando ella no estaba y en la casa, también la víctima M.C.O. sostiene que fueron varias veces pero no recuerda cuantas, y que los lugares del desarrollo del hecho era en la casa o cuando iba a coger mangos, sin más detalles como los días en que ocurrieron, la cantidad exacta, el lugar exacto de la casa, por lo que se tiene que al menos, dicha conducta punible ocurrió en una ocasión, debiéndose sancionar por lo que se probó.

La solicitud enervada por la defensa de la compulsión de copias en contra de la señora María Berenice Moreno por la presunta

comisión del punible de Proxenetismo con menor de edad prescrito en el artículo 213A de la ley 906 de 2004 lo despacha desfavorablemente, toda vez que de las declaraciones de la víctima y de los demás testigos no se acredita que la misma organizara, facilitara o si quiera participara de forma alguna en el comercio o explotación sexual de su nieta, máxime cuando los testigo de descargo de la defensa siempre indican que veían sola a la víctima cuando iba hacia el rodeo a presuntamente visitar al señor Alberto Mario García. Tampoco fue objeto de debate público prueba alguna relacionado con el elementos objetivos y subjetivos del tipo penal referenciado, tal y como el ánimo de lucro para sí o un tercero.

Finalmente, la primera instancia indicó que se cumple con la triple composición de la conducta punible; Frente a la antijuridicidad formal, menciona que se verifica la contraposición existente entre el comportamiento del procesado y la norma penal y En cuanto a la culpabilidad de del procesado, adujo que está acreditada con los medios probatorios recabados por la Fiscalía, los cuales llevaron a su convencimiento más allá de toda duda razonable de que el precitado es el autor del hecho punible de actos sexuales abusivos con menor de 14 años,

En ese orden, el A quo decidió proferir en contra del acusado Arsimendi Mendez sentencia condenatoria por la conducta punible de actos sexuales con menor de 14 años, imponiendo la pena de 144 meses de prisión y la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por un

tiempo igual al de la pena a que accede. En cuanto a subrogados o sustitutos penales, no fueron concedidos.

#### **4. IMPUGNACIÓN DEL FALLO**

En puntual libelo, el abogado Javier Gonzalo Montoya Orrego, defensor del acusado, expuso argumentos en lo que concierne a los puntos de disenso se reducen a lo siguiente:

Ofreció breves rasgos definitorios tanto de la imputación como de la acusación, así como la teleología que cada uno de esos actos cumple dentro del andamiaje procesal de la Ley 906 de 2004, que en lo esencial perfilan los cargos fácticos y jurídicos y por esa vía surca el contorno dentro del cual habrá de ejercitarse el derecho de defensa, ello para iniciar cuestionando el planteamiento expuesto por la primera instancia cuando decide condenar por un delito que no fue imputado. Alertó que tal imprecisión fáctica tiene incidencia en el principio de congruencia, que está siendo vulnerado porque el a-quo cuando *“dicta fallo condenatorio por un hecho punible que mi defendido no conocía en la acusación y por supuesto no tuvo o no se le dio oportunidad de defenderse, es decir injustamente fue sorprendido con el fallo condenatorio”*.

Aludió que en el fallo de primera instancia se transgredió el principio de in dubio pro reo con relación a la interpretación de los siguientes elementos probatorios:

(i) El contraste entre las declaraciones rendidas por la menor víctima, esto es, el cambio de versión entre el informe de valoración inicial y lo narrado en el juicio oral, últimos estos que refirió evocan el pilar de su teoría del caso, esto es, la concurrencia de una denuncia cimentada en falsedades inventadas por una menor guiada por la animadversión hacia su tío Arismendi Méndez y a la vez, favorecer a su pareja Mario García, explicando *“Yo lo anticipé que la testigo M.C. en su versión es contradictoria en un aspecto esencial de su testimonio; primero dice que en 6 ocasiones la violó su tío Arismendi, que inicialmente le rasgó el blue jean, que la amenazó apuntándole con una pistola, y ya en la audiencia de juicio oral dice que quien la penetró fue su pareja Mario García y que su tío simplemente le hizo tocamientos en la vagina y en los senos; cómo se puede ver un testimonio tan contradictorio en lo esencial o en lo fundamental de lo que se pretende revelar es de suyo contradictorio, que por este solo aspecto se cae de su peso frente a la incriminación y de acuerdo con la crítica del testimonio pierde toda credibilidad”*, para concluir que la única intencionalidad de la menor es *“dejar vinculado a su tío Arismendi para dejar al margen de una investigación a su pareja Mario García”*, persona con la cual convivía desde los 12 años, tal como lo sostuvieron los testigos Jorge Eliecer Méndez, Carlos Herrera, Luis Alfonso Mejía y la esposa del señor Carlos Herrera.

(ii) la retractación surtida por la denunciante Berenice Méndez, pues con su actuar, quiso enmendar el error cometido

inicialmente, dándose cuenta de las mentiras orquestadas por su nieta y pareja sentimental Jaime García.

Expresó, que lo evidenciado por la Psicóloga al momento de realizarse entrevista a la menor, solo puede entenderse como prueba de referencia, pues el hecho de que llegara nerviosa a la entrevista, percepción que puede ser interpretada desde varias aristas, una de ellas, porque su dicho, ponía en evidencia a su pareja sentimental, temor fundado y razonable.

Con esos concisos planteamientos pidió el defensor al Tribunal la revocatoria de la decisión emitida en la sentencia recurrida por cuanto no se desestimó el principio más allá de toda duda razonable. De no acogerse ese planteamiento, como petición subsidiaria solicita se de aplicación al principio de in dubio pro reo, respecto de la autoría de su defendido en los hechos materia de evaluación.

Sin más, al cierre de su alegato, el defensor impetró la absolución de su representado, eso sí, que ello así disponga el Tribunal en el caso en que su pretensión principal, el estándar de prueba más allá de toda duda razonable, no prospere.

## **5. CONSIDERACIONES DE LA SALA**

## 5.1 Competencia

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 34 numeral 1º de la Ley 906 de 2004, esta Colegiatura es competente para desatar el recurso de alzada, por lo que procederá al examen del mismo.

## 5.2. Problema jurídico

Es pertinente indicar que en virtud del principio de limitación y no reformatio in pejus, la Sala centrará su atención en la revisión de los aspectos impugnados y en consecuencia en aquellos que resulten inescindiblemente vinculados a su objeto, sin que sea permitido agravar la situación del procesado ya que la defensa es apelante único.

Debe la Sala entrar a examinar la inconformidad presentada por la Defensa en cuanto a los aspectos procesales y la valoración probatoria, señalamientos que conllevan a elaborar varios puntos de análisis:

- **Del principio de congruencia estricta en la Ley 906 de 2004.**

La defensa en su alegato reportó como incumplida la promesa de la Fiscalía de demostrar la existencia de los hechos y la responsabilidad del acusado, por cuanto los que aparentemente se demostraron y por los cuales se condenó a su defendido no tenían relación con los que fueron objeto de acusación, trasgrediendo así el principio de congruencia.

Sea oportuno adentrarse en el estudio del aclamado principio. Recuérdense la ilustración que la jurisprudencia ha brindado respecto a la definición y alcances de este principio transversal del sistema de juzgamiento penal acusatorio, lineamiento que ha quedado plasmado desde el artículo 448 del Código de Procedimiento Penal así: *“el acusado no podrá ser declarado culpable por hechos que no consten en la acusación, ni por delitos por los cuales no se ha solicitado condena”*.

La jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte superó la tesis, en su momento reinante sobre el denominado principio de congruencia estricto<sup>2</sup>, para abrir paso a una postura morigerada frente a las facultades del juez en la sentencia<sup>3</sup>.

Desde sus inicios la Corte<sup>4</sup> admite la posibilidad de variar en el fallo la calificación jurídica atribuida en la acusación, es decir, condenar por un delito distinto al contemplado en ésta siempre que sea de menor entidad y que la nueva tipicidad imputada guarde identidad con el núcleo básico de la imputación, esto es, con el fundamento fáctico de la misma, adicionalmente que no implique desmedro para los derechos de todos los sujetos intervinientes, y sin que se haga más gravosa la situación del acusado.

---

<sup>2</sup> “La jurisprudencia de la Sala ha acogido lo que podría denominarse como el principio de congruencia estricto, bajo el entendido que el juez no puede condenar por conducta punible diferente a aquella por la que se acusó, ni siquiera para favorecer al implicado, al paso que, para el fiscal la congruencia es flexible o relativa, en tanto que puede pedir condena por delitos diferentes al de la acusación siempre que la nueva calificación se ajuste a los hechos y sea favorable para el acusado”, Cfr. CSJ SP, 27 julio 2007, rad. 26.468

<sup>3</sup> CSJ SP, 7 septiembre 2011, rad. 35.293; CSJ AP, 28 marzo de 2012, rad. 36.621

<sup>4</sup> CSJ SP, 27 julio 2007, rad. 26.468

En otra decisión<sup>5</sup>, se señaló que cuando en razón de las garantías fundamentales se debe condenar en casación por un delito que implica una sanción punitiva más alta, pero el procesado es impugnante único, lo procedente es reconocer la calificación jurídica que consulta la realidad de la actuación, pero dejando incólume la pena más beneficiosa para los intereses del procesado.

Posteriormente, la Corte precisó que los jueces pueden efectuar el cambio de la calificación jurídica sin ser necesario que medie solicitud expresa de la fiscalía y bajo los condicionamientos anteriores<sup>6</sup>.

Subsiguientemente, el órgano de cierre de la justicia ordinaria, ratificó<sup>7</sup> la postura de pasar de una congruencia estricta<sup>8</sup> a una línea morigerada frente a las facultades del juez en la sentencia<sup>9</sup>: *“Ahora, si bien el principio de congruencia impide al juez, cuando dicta el fallo, modificar completamente la denominación jurídica de los hechos, ello no es óbice para degradar la conducta a favor del procesado; por ejemplo, tomando en cuenta circunstancias que redunden en beneficio del procesado, atenuantes específicas o genéricas, o incluso condene por una ilicitud más leve, siempre y cuando no se afecten los derechos de los demás intervinientes”*.

Más adelante se dijo que el juez puede variar la calificación jurídica de la conducta específicamente realizada por la

---

<sup>5</sup> CSJ SP, 13 diciembre 2010, rad. 34.370

<sup>6</sup> En CSJ SP, 16 marzo 2011, rad. 32.685,

<sup>7</sup> En CSJ AP, 28 de marzo 2012, rad. 36.621.

<sup>8</sup> CSJ SP, 27 julio 2007, rad. 26.468

<sup>9</sup> Cfr. CSJ SP, 7 septiembre 2011, rad. 35.293

fiscalía, pero respetando siempre el núcleo fáctico de la acusación objeto de controversia en el juicio oral<sup>10</sup>.

Luego sostuvo la Corporación la misma línea al explicar que es posible, de manera excepcional, que el juez se aparte de la exacta imputación jurídica formulada por la fiscalía, en la medida que la nueva respete los hechos y verse sobre un delito del mismo género y el cambio de calificación se oriente hacia una conducta punible de menor o igual entidad, siempre y cuando además se respete el núcleo fáctico de la acusación, y que no se afecten los derechos de los sujetos intervinientes<sup>11</sup>.

Seguidamente en otra decisión<sup>12</sup>, reiteró el Órgano colegiado que cuando de manera excepcional el juez pretenda apartarse de la exacta imputación jurídica formulada por la fiscalía, aun tratándose de la denominada congruencia flexible, es necesario que respete los hechos, se trate de un delito del mismo género y el cambio de calificación se produzca respecto de una conducta punible de menor o igual entidad. No es necesario que la petición la haga expresamente la fiscalía en las alegaciones de conclusión, así que actualmente no constituye condición necesaria para la variación de la calificación jurídica de la conducta la petición de la Fiscalía General de la Nación<sup>13</sup>.

En reciente decisión, el tribunal de cierre reiteró que la congruencia no puede entenderse como una exigencia de

---

<sup>10</sup> En CSJ AP, 3 julio 2013, rad. 33790

<sup>11</sup> CSJ SP, 12 marzo 2014, rad. 36.108

<sup>12</sup> CSJ AP, 24 septiembre 2014, rad. 44.458

<sup>13</sup> CSJ SP rad. 32.685 de 16-03-11; CSJ AP rad. 40.675 de 18-12-13; CSJ SP7591-2015, rad. 44.710 de 17-06-15

perfecta armonía e identidad entre la acusación y el fallo, sino como garantía en cuanto a que el proceso transita alrededor de un eje conceptual fáctico – jurídico, que sirve como marco y límite de desenvolvimiento y no como una atadura irreductible, merced a lo cual el ente investigador puede solicitar condena por un delito diverso del formulado en la acusación siempre que la nueva tipicidad guarde identidad con el núcleo básico y que no implique desmedro de la situación del encausado<sup>14</sup>.

La jurisprudencia entonces abandonó el concepto rígido de congruencia estricta, el cual impedía al juez modificar al momento de dictar el fallo la denominación jurídica efectuada por la fiscalía, para abrir paso a una postura que faculte la potestad oficiosa para degradar la conducta a favor del procesado, siempre y cuando se respete el núcleo fáctico de la acusación y no se afecten los derechos de los demás intervinientes (CSJ SP6354-2015, rad. 44.287 de 25 mayo 2015).

Únicamente del estudio de la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, se deriva que el cotejo del que se ha hablado al aludir a la congruencia debe ser con el fallo de condena, y desde ahí se anticipa una inicial conclusión con facilidad que en el acto de iniciativa fiscal, tal como lo es la formulación de acusación, fue uniforme al referirse a una realidad fáctica; por su parte, el sentenciador dirigió su estudio a los mismos hechos, teniendo como resultado de la labor valorativa encomendada, una providencia adversa al querer de la defensa.

---

<sup>14</sup> CSJ AP 22 de mayo de 2019, radicado AP 1898-2019, 52.947.

Observa la Sala que la disertación ofrecida por el petente constituye apenas un criterio diferente respecto de los alcances y límites que impone el principio de congruencia, el cual está en contravía del decantado y reiterado por la jurisprudencia, y acogido en este asunto por el órgano persecutor y el juzgador de primer grado, sin exponer en verdad el recurrente una tesis en la que evidencie desatinos jurídicos de la percepción de la cual se aparta, aspirando simplemente a que su comprensión del mentado principio sea acogido en el recurso de alzada.

En consecuencia de lo argumentado, los asertos dotan de suficiencia jurídica a la acusación en cuanto a la tipificación realizada y que se mantuvo pedida por la Fiscalía y estudiada por la Judicatura de primer nivel frente al punible de acceso carnal abusivo con menor de 14 años y del injusto de actos sexuales con menor de 14 años, valorándose la aplicación del injusto para este último punible.

- **El interés protervo de la víctima en inculpar al acusado y sacar impune a su actual pareja sentimental Jaime Alberto García.**

Si la teoría de la defensa era la tesis conspirativa en el sentido que todo es mentira de la menor M.C.O, que todo fue orquestado para que M.C.O. inculpara a su tío Arismendi Méndez y que no recayera responsabilidad alguna sobre su pareja Jaime García, hombre que la aleccionó, que todo es imaginación de aquella, y que es una retaliación porque el

procesado se dio cuenta de la relación a escondidas que sostenían ella y Jaime García, entonces debió demostrarla cabalmente, pues la fiscalía demostró su teoría del caso, sin que sea necesario determinar la supuesta retaliación como lo entiende el defensor, pues se haría imposible juzgar este tipo de delitos, donde solo la víctima y victimario, conocen lo sucedido.

Se descalifica a la menor por mentirosa, rebelde, recursiva, manipuladora, astuta y al mismo tiempo, por supuesto, se le posiciona muy convenientemente como inmoral e indecente, pues de las declaraciones de Jorge Eliecer Méndez, Carlos Herrera, Luis Alfonso Mejía, y en general todos los testigos de la defensa, afirmaron que era una niña que a los 12 años ya vivía con un hombre casado. Es un argumento que sugiere indebidamente una discriminación por género con base en el estereotipo de la precariedad moral de la niña y la superioridad del hombre adulto, pues asigna sin fundamento alguno roles negativos sustentados en prejuicios que se esfuerza argumentativamente en no reconocer.

Para la Sala este argumento además de insensato, no cuenta con el soporte que pretende ser valorado por la defensa, primero porque las señoras Olga Cecilia Muriel y Gladis Rodríguez González, no dan fe sobre los hechos acaecidos, sino sobre la personalidad de la menor, a la que llaman, entre otros calificativos de “muy mentirosa y andariega”, y así lo dejó evidenciado el fallador primigenio en su análisis valorativo “Gladis Rodríguez, Olga Cecilia Muriel y Luis Alfonso Mejía, al ser interrogados sobre los hechos materia de investigación entre la víctima y el procesado, evaden la respuesta, pues nada atestiguan sobre los hechos,

sin embargo, de forma uniforme dirigen su declaración a efectos de acreditar la existencia de encuentros entre la víctima y MARIO GARCÍA”; en segundo lugar, respecto de Carlos Enrique Herrera y María del Tránsito Legarda desconocen totalmente los hechos materia de investigación, y únicamente dan cuenta de la existencia de unos encuentros entre la víctima y el señor Mario García de los cuales no dan detalle alguno, así como el origen del conocimiento de su dicho; y respecto a José Eliecer Méndez, realiza afirmaciones sobre la personalidad del procesado, pero en modo alguno, da detalles sobre los hechos acaecidos porque no los conoce.

Con respecto a la teoría conspirativa ha explicado la Corte<sup>15</sup> que “es aquella que se apoya en la creencia según la cual cualquier acontecimiento con relevancia en la sociedad, sobre todo si tiene repercusiones negativas, es el producto de la acción oculta, aunque poderosa, de grupos de personas que atienden a designios malvados o, al menos, intereses egoístas. En términos más generales, obedece al criterio de que todo lo malo que pasa es la obra de la voluntad de un poder maligno”.

La tesis conspirativa la deberá fundamentar el apoderado del comprometido como su teoría del caso en oposición a la teoría del caso de la Fiscalía General de la Nación, aspecto que, se reitera, aquí no acaeció, pues el censor se circunscribió a presentar un complot sin demostración alguna. Es que en verdad “postular sin mayor sustento una teoría conspirativa impide, o por lo menos dificulta, la crítica racional”<sup>16</sup>

---

<sup>15</sup> CSJ SP rad. 30.682 de 23 mayo de 2012

<sup>16</sup> CSJ SP rad. 30.682 de 23 mayo de 2012

También se ha explicado que<sup>17</sup>:

Esta situación (de irracionalidad en la simple propuesta de teorías conspirativas, por un lado, y de realidad histórica de determinadas conspiraciones, por el otro) implica, para efectos penales, algunas consecuencias, entre las cuales la Sala destaca:

Es posible argumentar teorías conspirativas, bien sea como fundamento de una hipótesis acusatoria, o de una estrategia de defensa. Esto es, pueden constituirse, dentro de la Ley 600 de 2000, en tema de prueba, solicitud probatoria, alegato, etc., o en lo que la Ley 906 de 2004 (Código de Procedimiento Penal vigente para el sistema acusatorio) se denomina teoría del caso.

No obstante, para su prosperidad, quien la plantea no debe limitarse a la sola proposición, ya que tiene la carga procesal de sustentar de manera razonable los fundamentos de su postura (esto es, mediante elementos de convicción pertinentes y conducentes, así como con argumentos de hecho o de derecho, relacionados con la aserción fáctica –atinentes al complot– que se pretende demostrar).

Cuando se trata de demostrar la acusación, esta carga equivale a la necesidad de derruir la presunción de inocencia para proferir fallo condenatorio. Y cuando la hipótesis es de la defensa, la teoría deberá ir acompañada del respaldo probatorio suficiente como para propiciar el debate y la crítica racional, pues de lo contrario jamás podrá generar una duda (dado el irracionalismo implícito de la propuesta).

Aunque son susceptibles de ser tema de prueba (es decir, objeto de la controversia probatoria), las teorías conspirativas de ninguna manera pueden constituir un medio de persuasión racional. Esto significa que no sirven para elaborar reglas de la experiencia con base en ellas.

De acuerdo con la Corte, las máximas empíricas son construcciones teóricas, argüidas por el intérprete de la norma, que tienen relación con las costumbres, cultura y cotidiano vivir de grupos humanos en un contexto dado.

Como son asimilables a leyes científicas, tienen pretensiones de carácter general o universal (aunque serían más equiparables a proposiciones de alta probabilidad), razón por la cual deben ajustarse a la fórmula lógica “siempre o casi siempre que ocurre

---

<sup>17</sup> CSJ SP rad. 30.682 de 23 mayo de 2012

A, entonces sucede B". Vistas de esta manera, las teorías conspirativas, en su forma más sencilla, siguen siendo contrarias a la razón, pues estaría implícito el principio según el cual 'siempre o casi siempre que ocurre algo malo, es el producto de la acción oculta de un poder ruin o de un grupo de personas con fines malvados'.

Esto es absurdo, pues la realidad nos enseña, entre otras cosas, que sucesos de esa índole ni siquiera son intencionales, que otros son el resultado de acciones individuales, o azarosas, o no secretas, e incluso que organizaciones poderosas e influyentes pueden actuar de manera bienintencionada.

Y cuando la regla de la experiencia se refiere a situaciones concretas de las cuales es posible desprender el *modus operandi* de un grupo inmerso en actividades delictivas, ya no estaría fundada en teorías conspirativas, en tanto no aludiría a una influencia secreta, oculta o clandestina, sino al proceder ordinario, suficientemente conocido en eventos anteriores, de bandas u organizaciones criminales.

De hecho, si de lo que se trata es de plantear una máxima empírica relativa al problema objeto de estudio, sería, conforme a lo expuesto en precedencia, la siguiente: 'siempre o casi siempre que alguien plantea una teoría conspirativa, lo hace basado en una convicción infundada'. La anterior formulación no impide que, en algunos casos, la situación problemática que haya dado pie a la actuación procesal se explique en razón del comportamiento, en su momento desconocido, de un grupo de individuos con fines bajos.

Como ya lo aclaró la Sala en su jurisprudencia de casación, el enunciado de una máxima de la experiencia puede llegar a ser inocuo si los medios de conocimiento la desvirtúan, es decir, si se demuestra que en realidad lo que aconteció fue el evento menos probable: "En otras palabras, a partir de una particular experiencia jamás podrá construirse una hipótesis que suprima o elimine a la regla general, esto es, a la que sea estimada como la más próxima al comportamiento humano en el contexto en donde se produjo el caso. Pero, por otro lado, una máxima empírica que no cuente con una base fáctica o hecho indicador adecuado (derivado de las pruebas obrantes en la actuación), nunca logrará establecer la verdad o falsedad histórica del suceso fáctico aducido, así el planteamiento cumpla con el requisito de universalidad y, en teoría, se ajuste a las conductas propias del entorno".

Es decir, además de los argumentos, las pruebas siempre podrán derrumbar las conclusiones fácticas derivadas de las reglas de la experiencia, pero éstas carecen de la virtud de imponer, sin el apoyo fáctico necesario, la existencia del fenómeno. Por eso, las

reglas de la experiencia van precedidas de la frase 'siempre o casi siempre' y no de la expresión 'todas las veces'.

En este sentido, guardan similitud con enunciados de probabilidad (del estilo 'en esta situación, lo más frecuente es' o 'bajo estas condiciones, existe una propensión a') y no con leyes científicas en estricto rigor"<sup>18</sup>. En síntesis, como no es un imposible empírico que algunos hechos obedezcan a las maquinaciones ocultas de terceros, quien plantea la teoría conspirativa, ya sea como hipótesis acusatoria o como medio de defensa, tiene la carga procesal de sustentar los fundamentos de su explicación.

En esa secuencia, se exhibe desesperado invocar una teoría conspirativa en contra del procesado Arismendi Méndez, con elementos de juicio que no dan cuenta de la ocurrencia de los insucesos, distorsionando la realidad de lo sucedido, máxime si la defensa en sede de conainterrogatorio, si lo que pretendía era evidenciar las irregularidades de su dicho, debió utilizar ese escenario para desplegar el arsenal defensivo a efectos de sacar a la luz tales irregularidades, pero por el contrario, decidió guardar silencio y no hacer uso del mismo.

Toda confabulación, entonces, debe ser racionalmente demostrada, lo que no se evidencia en el alegato de la defensa. En ese orden de ideas, la teoría de la defensa no se logró demostrar.

- **La retractación de la denunciante María Berenice Méndez Guzmán es disiente de la inocencia del procesado**

Para responder uno de los cuestionamientos que se formula en la censura, vale indicar que precisamente encuentra la Sala

---

<sup>18</sup> Sentencia de 2 de noviembre de 2011, radicación 36544.

que estos y otros aspectos que rodearon el testimonio rendido por la menor en juicio fueron debidamente auscultados por el juez singular.

Observado con detenimiento el cambio de postura de la denunciante a la hora de relatar aquello que denunció, así como su obstinada postura a la hora de indagarse sobre los presuntos abusos sexuales de los que fuera objeto su nieta, atreviéndose incluso a reprender a los asistentes al acto procesal para que no creyeran en los dichos de M.C.O., se puede evidenciar que es tanto el afán por sacar sin mácula al señor Arismendi Méndez, que cambió aspectos relevantes de su declaración inicial, al punto de impugnársele su credibilidad por parte de la representante del ente acusador, olvidando aquella en calidad de abuela de la menor y a la vez, madre de crianza, del derecho que tiene la adolescente M.C.O a tener una vida en condiciones dignas, sin que nadie abuse de su inocencia y candidez, menos aún, aquel pariente a quien le han depositado confianza, de la cual hizo gala para saciar su pervertida inclinación, realizando tocamientos de tipo libidinoso, de ahí que la menor actuó dejándose llevar por lo que le decía y hacía el procesado quien con amenazas la toca y besaba.

Certera fue la testigo cuando en su denuncia inicial refirió al agente investigador que le recepcionó la misma, afirmando *“yo ahora último he notado que ella ha estado diferente como más callada, toda retraída, triste, unas veces habla y otras ni quiere decirle a uno nada, hasta en la comida he notado que ella a veces no ha querido comer mucho como siempre, yo he notado también que a ella la llaman al celular y se para y se sale de la casa para hablar por allá, cuando entra él*

*empieza a decirle con quien estás hablando pilas con esa cosas, pero la verdad yo no me imagine que eso estuviera pasando, mi nieta necesita ayuda porque si ella se decidió a contar eso fue porque ya no aguanta más todo lo que él le esta haciendo. Él puede ser muy hijo mío, pero si esto es una realidad que pase lo que tenga que pasar, porque yo no voy a aguantar más abuso con mi nieta, que apenas cumplió los 14 años el primero de agosto, en mi casa esta situación de abuso sexual ya ha pasado con mis otras hijas y esto no lo voy a pasar porque mi nieta es casi mi hija porque yo la tengo desde que tenía 15 meses de nacida".* Nótese que a pesar de que la señora María Berenice indicó en su declaración que lo relatado en su denuncia es producto de lo que su nieta y menor víctima le dijo, haciendo ver un supuesto error en el que la indujo aquella, también es cierto, que en dicho escrito se plasmó lo que ella percibía frente al comportamiento de la menor y los cambios en su actitud, afirmaciones disidentes en punto a lo que le estaba sucediendo con su tío y familiar, además porque según lo relato, no era la primera vez que esto sucedía en su hogar.

Resulta forzoso concluir que su dicción parece del todo instruida, configurándose a todas luces un típico caso de retractación, y puede hablarse de esto último en tanto el testimonio inicial de aquella y de la profesional que la valoro permiten un acercamiento a sus primigenias versiones, conocer lo dicho en aquella oportunidad por esta testigo, como atinadamente lo refiere el juez singular en el fallo atacado.

Pero porque el afán de la señora María Berenice de generar duda sobre el actuar de Arsimendi Mendez y reprochar el actuar impúdico y deshonroso de su nieta M.C.O., interrogante

que encuentra contestación en la declaración de la psicóloga Nini Johana Jiménez Cardona, quien en su deponencia explicó que tal actuar se debe al chantaje y a los malos tratos que aquel le propina a su progenitora.

Dígase que la jurisprudencia enseña como por el solo hecho de existir una nueva versión opuesta a las iniciales afirmaciones inculpativas realizadas por la atestante, no significa que de plano se rechacen, invaliden o destruyan las manifestaciones anteriores que estos realizaron. En todo caso, le corresponderá al juez el análisis comparativo de las dos declaraciones, abordando su estudio de manera conjunta con los demás medios de persuasión allegados al proceso, para determinar en cuál se dijo la verdad y así reconocerlo en la sentencia, o si ninguna ofrece credibilidad y como tal deben desecharse. Ante tal disyuntiva probatoria el funcionario judicial debe practicar un discernimiento objetivo y concreto, se itera, a fin de identificar la versión con la cual el testigo dijo la verdad y desechar aquella que considera falsa, incluso desechándolas de ser necesario.

Frente a las divergencias que se advierten en las intervenciones de la referida testigo, se impone acudir a los criterios de valoración atinentes a la sana crítica; por ende es indispensable el análisis individual y en conjunto de las pruebas, proceso en el que debe tenerse en cuenta la tesis relativa al testimonio complementario y/o adjunto recogido de manera amplia por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en providencia con radicado 25.738 del 9 de noviembre de 2006, de manera, que si bien esas entrevistas o declaraciones no son pruebas por sí

mismas, porque se practican fuera del juicio, cuando son recogidas y aseguradas por cualquier medio pueden servir en el debate de fondo para dos fines específicos: a) para refrescar la memoria del testigo (artículo 392-d) y b) para impugnar la credibilidad del mismo ante la evidencia de contradicciones contenidas en el testimonio (artículos 347, 393-b y 403).

En la mencionada sentencia, el Alto Tribunal analizó in extenso el alcance que tienen tales entrevistas en el juicio oral, en los eventos en que se empleen para impugnar la credibilidad del testigo como lo dispone el artículo 403 del Estatuto Procedimental Penal que establece la finalidad de la impugnación, y se enuncian los aspectos sobre los cuales puede recaer la misma; o al fijar las reglas del conainterrogatorio – artículo 393-, o como lo reitera el artículo 347 ibídem que señala que las afirmaciones hechas en las exposiciones o declaraciones juradas, “para hacerse valer en el juicio como impugnación, deben ser leídas durante el conainterrogatorio. No obstante, la información contenida en ellas no puede tomarse como una prueba por no haber sido practicada con sujeción al conainterrogatorio de las partes”.

Frente a este medio de impugnación, anota la Corte en el pronunciamiento en comentario:

“... a través de éste mecanismo no se puede introducir la declaración previa como prueba autónoma e independiente, pues como claramente lo expone la ley, la finalidad de su utilización es aportar al juicio un elemento que permita sopesar la credibilidad de las afirmaciones del testigo en el juicio oral. Pero lo que no puede admitirse es que el juez tenga que sustraerse por completo al conocimiento que obtiene a través de esemedio

legalmente permitido, cuando previamente, con su lectura y contradicción, se han garantizado los principios que rigen las pruebas en el sistema de que se trata". (...) No se trata, se reitera, de que la declaración previa entre al juicio como prueba autónoma, sino que el juez pueda valorar en sana crítica todos los elementos que al final de un adecuado interrogatorio y conainterrogatorio ejercido por las partes, entran a conformar el testimonio recibido en su presencia. Lo declarado en el juicio oral, con inmediatez de las manifestaciones contradictorias anteriores que se incorporan a éste, junto con las explicaciones aducidas al respecto, permitirán al juzgador contrastar la mayor veracidad de unas y otras, en una apreciación conjunta con los restantes elementos de juicio incorporados al debate público...".

En este mismo sentido el Alto Tribunal de la jurisdicción ordinaria en lo penal, reiteró:

"iii) Acorde con la tesis jurisprudencial sostenida por la Sala a partir de la sentencia de casación del 9 de noviembre de 2006<sup>19</sup>, reiterada posteriormente en otros pronunciamientos<sup>20</sup>, las declaraciones del testigo anteriores al juicio, usadas en éste para la impugnación de credibilidad, se integran al testimonio junto con las explicaciones aducidas por el declarante en torno a las razones de su contradicción."<sup>21</sup>.

Y frente al tema de la retractación de los testigos en juicio, esto dijo:

"En las sentencias de casación del 9 de noviembre de 1994 (Radicado. 8.887), del 25 de mayo de 1999 (Radicado. 12.855), del 4 de abril de 2003 (Radicado. 14.636), del 27 de julio de 2006 (Radicados: 25.5034 y 24.679); esta Sala viene disciplinando: La retractación no es por sí misma una causal que destruya de inmediato lo sostenido por el testigo en sus afirmaciones precedentes. En esta materia, como en todo lo que atañe a la credibilidad del testimonio, hay que emprender un trabajo analítico, de comparación, a fin de establecer en cuál momento dijo el declarante la verdad en sus opuestas versiones. Quien se retracta de su dicho ha de tener un motivo para hacerlo, y este motivo debe ser apreciado por el Juez, para determinar si lo manifestado por el testigo es verosímil, obrando en consonancia

---

<sup>19</sup> Radicado 25.738

<sup>20</sup> PCorte Suprema de Justicia – Sala de Casación Penal. Sentencia del 24 de febrero de 2010, Rad. 31946. M.P. Javier Zapata Ortiz. or ejemplo, la sentencia de casación del 21 de octubre de 2009, radicación 31.001.

con las demás comprobaciones del proceso (...) si el testigo varía el contenido de una declaración en una intervención posterior, o se retracta de lo dicho, ello en manera alguna traduce que la totalidad de sus afirmaciones deben ser descartadas. No se trata de una regla de la lógica, la ciencia o la experiencia, en consecuencia, que cuando un declarante se retracta, todo lo dicho en sus distintas intervenciones pierda eficacia demostrativa..." (...) En consecuencia, como la retractación se encuentra íntimamente ligada a la valoración ponderada del testimonio, su análisis no puede ser aislado o apartado del mismo, por el contrario, es una dualidad de expresión donde siempre habrá una versión que se opone, enfrenta o contradice otra. Los funcionarios que administran justicia deben seleccionar –si a ello hay lugar- una de las dos o excluirlas ambas –según el caso-, pero no por capricho, tozudez o aquiescencia evidente con alguna; se requiere, entonces, un proceso de cotejo entre ellas, el estudio detallado de las explicaciones presentadas en cada una con el fin de imprimirle certeza o incertidumbre, el análisis de los motivos obligatorios o voluntarios para haberla rendido, las razones que lo llevaron a cambiar diametralmente de parecer, junto con la observación del tiempo transcurrido entre ellas y, el descarte, de incoherencias sustanciales en la versión que se acogerá, pues cuando existe choque de aserciones, es deber de la colegiatura sopesar los medios testimoniales bajo una hermenéutica individual y de conjunto, a fin de difundir credibilidad o no a alguna de las dos declaraciones o quizás desecharlas, si ninguna se aviene con los hechos jurídicamente relevantes y el plexo probatorio en general, pero siempre con fundamento en el estudio racional del testimonio, relevado por los criterios de la sana crítica. Por tanto, jamás podrá ser fundamento incontrovertible, ni menos aún se puede pensar que quien revoca, invalida o rescinde su dicción, plasma la verdad real en su novísima versión y, por sustracción de materia, debe creérsele contra cualquier contingencia, para de contera, eliminarle, suprimirle o prescindir su anterior declaración; tal proceder jamás será una regla de la lógica, postulado de la ciencia, pauta de la experiencia o del sentido común, para concluir que cuando una persona se retracta, todo lo expresado en sus diversas manifestaciones cognoscentes pierda validez o eficacia probatoria. Deberá, por lo tanto, campear un discernimiento judicial objetivo y puntual, extractado de los diversos medios, a fin de determinar con cuál de ellos concuerda, coincide y se aviene la realidad procesal, excluyendo –como es natural aquellas circunstancias o aspectos divergentes<sup>22</sup> .

Estas precisiones para significar que contrastado lo dicho en el juicio oral por la aludida testigo, con las manifestaciones

---

<sup>22</sup> CSJ, SP, Sentencia del 9 de diciembre de 2009, Radicado 31.296.

anteriores rendidas ante la Fiscalía, valoradas además las explicaciones entregadas sobre las divergencias que surgieron, llevan a otorgarle credibilidad a sus manifestaciones iniciales, rendidas en el mes de septiembre del año 2017, poco después de sucedido los hechos, al estimar que la incriminación hecha en las entrevistas resulta veraz y acorde con las demás pruebas allegadas a la investigación, mientras que las explicaciones no; además las discordancias entre las dos versiones, contrario a lo que opina la defensa, resultan ser sustanciales para lo que interesa al proceso.

Por ello, sobre el análisis conjunto de la prueba practicada en el juicio efectuado por el A quo, la Sala no tiene ningún reparo. Y es que tal como lo enseña la jurisprudencia no es dable dejar de tener en cuenta manifestaciones incriminatorias de un testigo dadas al poco tiempo de la ocurrencia de los hechos, las que por su grado de seriedad, contundencia, veracidad e imparcialidad sirvieron de fundamento a la Fiscalía para formular cargos. Según la forma en que se desarrolló la agresión armada y los aspectos que rodearon los hechos del sub iudice, corroborados con los extractos de la versión inicial de la atestante, se torna patente la veracidad de estos dichos que forman uno con el testimonio rendido en la vista pública.

Para la Sala la variación de la versión inicial rendida por la testigo y denunciante María Berenice genera serias dudas, como quiera que sus explicaciones lejos están de tener la más mínima credibilidad, quedando en evidencia su parcialidad e interés en ocultar ya lo inocultable, o revelado antes en forma

detallada y espontánea, todo ello para favorecer la coartada que se presenta en juicio con miras a socorrer a su hijo y a la vez procesado en la presente causa.

- **Al no probarse la existencia del acceso carnal igual suerte corre el delito de actos sexuales.**

En cuanto a los detalles de la exposición de la incriminación, le asiste la razón al defensor respecto al hallazgo de una discordancia en el trasunto de lo declarado por la menor, pues refirió inicialmente en la denuncia que su tío Arismendi Méndez la había abusado en 6 oportunidades, al ser inquirida sobre este punto, amplió manifestó que su tío no la había violado, siendo insisten ante varias preguntas de la fiscalía, que él le tocaba su vagina y sus senos, pero no la violó. Para la defensa, ese agregado es un indicativo de que todo lo dicho por la menor es una mentira.

Inicialmente se trata de una divergencia que carece de trascendencia pues conservándose en toda la historia de los diálogos que tuvo la menor con los adultos el tocamiento de “la vagina” “con la mano” “los besos” “que le tocara sus senos”, el delito de abuso sexual se conserva y el agregado de otras zonas no rechaza esa palpación genital, sino que la complementa.

Fue un abuso del que tuvo que padecer durante algún tiempo, pero que en nada cambia el sentido de la decisión de condena, recordándosele al censor que la sanción punitiva

corre por el delito de actos sexuales, tal como se probó por la Fiscalía y no el de acceso carnal.

Habría que agregar que las respuestas de los testigos, más de una menor que puede ser intimidada por la subordinación a la superioridad de los adultos y revictimizada al evocar un suceso que afectó su intimidad, depende también del contexto y la forma como es interrogada.

El desarrollo del protocolo empleado por la Psicóloga y en el interrogatorio en el juicio, son espacios en que se provoca una narrativa de mayor riqueza y fueron precisamente en los que la menor habló sobre lo ocurrido en realidad. Es que, en el análisis de la prueba testimonial, no es suficiente con descubrir tal o cual divergencia de un testimonio, sino que es necesario esclarecer la razón o explicación de la misma y especialmente su trascendencia teniendo en cuenta las diferentes declaraciones del testigo para analizarlas en sí mismas y adicionalmente proyectarlas con el resto del caudal probatorio.

El alegato defensivo se quedó en la mitad del camino, limitándose a declarar inapropiadamente la existencia de una mentira. La Sala de Casación Penal recuerda esta regla así<sup>23</sup>:

En verdad, esta Corporación ha resaltado que la credibilidad de un testigo no puede medirse, necesariamente, en función de la convergencia absoluta de su relato consigo mismo y con los demás, pues, la experiencia enseña que, es normal que las personas varíen las particularidades insustanciales de su narración y que coincidan en lo esencial cuando su relato es

---

<sup>23</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala Penal. Sentencia del 14 de junio de 2017 SP8565-2017, radicación N° 40.378

fidedigno. (CSJ SP, 5 nov. 2008, rad. 30305, CSJ SP, 5 nov. 2008, rad. 30.305).

Al respecto, tal como se describió en la sentencia sin observaciones del apelante, M.C.O le contó a su abuela que su tío Arismendi había abusado de ella. La psicóloga Jiménez Cardona relató lo que había observado de la menor, el protocolo seguido y las conclusiones a las que llegó luego de analizar el dicho de aquella. Desde la ocurrencia inmediata del suceso, el abuso sexual fue informado por la menor y esa constancia y uniformidad, genera credibilidad, respecto de los actos sexuales por los cuales fue objeto de condena.

En ese orden de ideas, el reproche esgrimido por el petente no tiene vocación de prosperidad.

- **El testimonio de la psicóloga Nini Johana Jiménez Cardona es prueba de referencia**

Arguye el opugnante que lo relatado en juicio por la psicóloga debe valorarse como una prueba de referencia, pues el hecho de percibir a la menor víctima angustiada forja múltiples interpretaciones, actuación que se deriva de las variadas mentiras empleadas para enlodar el nombre de su tío Arismendi y exculpar a su compañero sentimental.

Como se dijo, en este tipo de delitos generalmente el único testimonio directo con que se cuenta es la propia víctima, para lograr la reconstrucción fáctica de lo ocurrido se acude a las

referencias hechas por los diferentes elementos de juicio aportados al debate, que en palabras de la Sala de Casación Penal de la CSJ: “correlacionadas entre sí, indicarán la existencia del hecho y la responsabilidad del procesado”<sup>24</sup> .

Le corresponderá entonces al fallador abordar acuciosamente el estudio conjunto de las plurales pruebas allegadas a la actuación, para que analizadas las diversas declaraciones producidas en el juicio, a través de la mirada de un observador inteligente surjan a la luz y se puedan corroborar las diferentes circunstancias concomitantes que arrojen claridad sobre lo que realmente aconteció en cada caso, así lo ha señalado el máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria cuando en un evento similar indicó: “Es claro que en el caso que concita la atención de la Sala el señalamiento acusatorio de la menor está refrendado por otras pruebas a las que se sustrajo en su análisis el fallador o las valoró en forma errada, como el dicho del hermano menor de la víctima, quien confirmó que el procesado cuando estaba con Y.T.E.A., lo enviaba a hacer un mandado o a cambiar un billete, de lo cual se infiere indiciariamente que buscaba la oportunidad para quedarse a solas con su nieta y llevar a cabo los actos libidinosos, ratificando la versión de su consanguíneo.”

Contrario entonces a lo aseverado por el libelista, puede afirmarse que la doctrina plasmada en la jurisprudencia de las altas cortes enseña que en este tipo de casos se suele acudir a la evidencia de corroboración de circunstancias

---

<sup>24</sup> CSJ. SP. Sentencia 26.128 del 11 de abril de 2007. M.P. Jorge Luís Quintero Milanés.

concomitantes, es lo usual a falta de testigos directos, o para refrendar lo dicho por estos, es más, resulta procedente cuando de delitos de índole sexual se trata<sup>25</sup>; por lo tanto no resulta extraño que se eche mano de este tipo de elementos para esclarecer lo que realmente acontece en cada caso. En síntesis, la información que suministran testigos como los profesionales que atienden y valoran a los menores puede contribuir al esclarecimiento de los eventos investigados, al transmitir el conocimiento directo de lo que escucharon narrar por las víctimas, lo que estas exteriorizaron al momento de ser examinadas, sacando sus propias conclusiones a pesar de no ser testigos directos de los acontecimientos.

Ilustrativo sobre el particular las glosas de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema<sup>26</sup> al reflexionar sobre el valor del relato consignado en las entrevistas elaboradas por el profesional al valorar a la víctima:

“Encuentra la Corte que el Ministerio Público, para arribar a esa conclusión, descontextualiza la sentencia proferida el 28 de septiembre de 2006, pues si bien allí se señaló que las manifestaciones de la víctima hechas al médico legista no constituyen prueba testimonial directa, también es cierto que en la misma decisión se expresó que dicha versión forma parte integral de la prueba pericial por constituir una unidad estructural con el aspecto técnico de la misma, por cuanto las entrevistas realizadas a las víctimas, en dictámenes como el objeto de examen en el presente caso, comportan algunos de los elementos de juicio que tiene al alcance el perito para elaborar la experticia, de cuyo contenido debe entonces dar cuenta al juzgador, según así se desprende de lo establecido en el inciso segundo del artículo 251 de la Ley 600 de 2000. Aunque, desde luego, como los hechos registrados en esas circunstancias por el perito no tienen origen en una percepción directa de los mismos,

---

<sup>25</sup> Entre otras puede consultarse la sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 30 de marzo de 2006, radicado 24468.

<sup>26</sup> CSJ, SP. Radicado 32099 del 221 de julio de 2009. M.P. María del Rosario González

esa parte del experticio constituye un elemento de referencia, cuyo poder persuasivo debe ser estudiado, “analizando de manera razonable el grado de su aporte, teniendo en cuenta entre otras razones, las circunstancias que rodearon la fuente de su conocimiento, sopesado siempre frente a los demás elementos de juicio con que se cuenta en el proceso”, sin que haya lugar a su rechazo in limine por la sola consideración de su falta de originalidad, como se expresa en la sentencia evocada por el Ministerio Público. En tales condiciones, como parte integrante de la prueba pericial, dicha entrevista constituye prueba y, por tanto, puede servir de base para fundamentar los elementos estructurales del hecho punible, así como la responsabilidad del acusado, por cuya razón respecto de la misma sí resulta dable predicar la existencia de errores atacables en sede de casación”.

Igual de significativas que las manifestaciones que sobre los hechos realizan las víctimas de manera personal y directa al profesional que los atiende, son las atestaciones que a su vez rinden éstos sobre lo percibido directamente en desarrollo de sus exámenes. Esta parte de sus testimonios no constituye ni pueden ser valoradas como pruebas de referencia, en lo que acierta el juez de primer grado, contrario a lo que sostiene el censor argumentando indebida valoración del referido material probatorio de naturaleza testimonial.

Una de esas principales conclusiones a las que la susodicha profesional arribó tiene que ver con las consecuencias que a nivel emocional y mental avizó en la examinada, tales como su notable cambio de actitud en la interrelación social, la prevención respecto a las personas del otro sexo, el “asco” sentido hacia quien sin confusiones distingue como su agresor sexual, lo distraída, los cambios en su personalidad, el llorar constantemente, muestra culpabilidad por lo realizado con su tío y procesado y hasta ha generado dificultades con las figuras de autoridad.

No sobra precisar, que “Lo expuesto por los diferentes profesionales que escucharon a la niña corresponde a pruebas con total validez al momento del análisis probatorio, en cuanto aportan su punto de vista sobre el relato de los hechos suministrados por la menor al momento de comparecer a las respectivas valoraciones, como ha tenido oportunidad de señalarlo esta Corporación en varias providencias”. Así, lo estableció la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia<sup>27</sup>, refiriendo:

“En particular, impera señalar que lo referido por la víctima ante las sicólogas y la médico forense, ingresa directamente como elemento de juicio menesteroso de considerar, pues, en tanto fundamento de la experticia, hace parte integral de la misma, como claramente lo dejó sentado la Sala en oportunidad anterior<sup>28</sup>:

“Impera destacar que mientras el testigo, en estricto sentido y por regla general, suministra una declaración acerca de su experiencia en hechos pasados que haya percibido directamente bajo el influjo de sus sentidos, el perito al rendir su dictamen, entendido en los dos actos que lo componen, puede emitir su opinión y transmitir su conocimiento acerca de cuestiones pasadas, presentes o futuras”<sup>29</sup>.

Es de advertir que el recurrente en su alegato impugnatorio ninguna glosa hizo a la pericia en comento, lo que en sano entendimiento habría de entenderse que la misma es compartida por esa parte procesal. Pero no puede soslayarse que en esta oportunidad alega que lo percibido se ha de valorar como prueba de referencia, sin embargo, podemos afirmar que la psicóloga Nini Johana Jiménez – psicóloga

---

<sup>27</sup> CSJ SP, 10 mar. 2010. Rad. 32868

<sup>28</sup> Sentencia del 17 de septiembre de 2008. Rad. 29609

<sup>29</sup> CSJ SP, 16 abr. 2015, rad. 43262

adscripción a la comisaria de familia - tienen una doble calidad al interior del proceso, es decir, es testigo de referencia por cuanto no presencié directamente los actos impúdicos de que fuera víctima la menor, pero también es testigo directo de su estado de ánimo (angustiada y llorando).

De manera que no puede decirse que sus dichos son una copia de lo expuesto por la víctima, pues las anteriores circunstancias fueron percibidas por ellos en forma personal. Sumado a lo anterior, no se puede tachar todos los testimonios de oídas como una prueba deleznable, por el simple hecho de ostentar esa calidad, por el contrario, la jurisprudencia ha señalado que el juez tiene la obligación de valorarlos con sumo cuidado, en aras de reconstruir la verdad histórica y hacer justicia material; de ahí que para cumplir con este cometido es menester establecer si los declarantes son testigos de referencia de primer grado, de segundo grado, o de grados sucesivos (entendiendo el primero como aquél que sostiene en su declaración que lo narrado lo escuchó directamente de una persona que tuvo conocimiento inmediato de los hechos, mientras que los segundos, son aquellos que al deponer afirman que oyeron a una persona relatar lo que ésta, a su turno, había oído a otra, y así sucesivamente)<sup>30</sup>.

Tal exigencia se justifica porque en el análisis de esa prueba de orden testimonial, el de primer grado ofrece mayor fiabilidad y fortaleza que el de segundo, tercero, etc., dado que lo

---

<sup>30</sup> Cfr. Parra Quijano, JAIRÓ. "Tratado de la Prueba Judicial" "El Testimonio", Tomo I, pág. 161 a 166. Ed. El profesional, Bogotá.

conocido no es de una tercera o cuarta fuente, sino de la inicial respecto de lo afirmado o narrado por el testigo directo<sup>31</sup>.

Otro aspecto que también debe tenerse en cuenta al momento de valorar un testigo de referencia es la fuente de su conocimiento, ya que no es lo mismo que una persona señale lo que escuchó directamente de la víctima, que suministre información de terceros ajenos al hecho; que no precisen quien es su referente o que atribuyen la ciencia de su dicho a un rumor popular, pues de admitirse estos últimos, equivaldría a dar credibilidad a una prueba testimonial anónima, cuya validez es contraria a elementales postulados que sustentan el Estado Social de Derecho<sup>32</sup>.

Por último, es imperioso conocer las condiciones en que el testigo directo transmitió los datos a quien luego dará referencia de esa circunstancia, de modo que sea posible evidenciar que lo referido de modo indirecto por el declarante ex auditu es trasunto fiel de la información vertida a éste por el cognoscente directo, siendo entonces fundamental para otorgar poder suasorio a la especie de prueba en comento la confluencia de otra clase de medios de persuasión, así sean indiciarios, con la capacidad de reforzar las atestaciones del testigo de oídas, pues valorados en conjunto pueden suministrar elementos aptos para acreditar que lo referido al testigo indirecto se le transmitió

---

<sup>31</sup> Cfr. Sentencias de 2 de octubre de 2001 y 26 de abril de 2006, radicaciones 15286 y 19561, respectivamente.

<sup>32</sup> Cfr. En ambos sentidos: Climent Duran, CARLOS, "La prueba Penal" "Testigos de referencia", pág. 174 a 177. Ed. Tirant lo blanch. Valencia (España) 1999. y López Barja Quiroga, JACOBO, "Tratado de Derecho Procesal Penal" "El testigo de referencia", pág 1326 a 1329. Thomson Aranzadi, Navarra (España) 2004.

en la forma como éste lo señaló y que efectivamente el suceso debatido ocurrió de conformidad con su narración<sup>33</sup>.

En este caso, el testimonio de la profesional en psicología es testigos de referencia de primer grado, pues lo narrado en la diligencia de juicio oral lo escuchó directamente de labios de la víctima, quien les dijo en medio de su angustia que había sido abusada por parte de su tío Arismendi Méndez, es decir la información suministrada la obtuvo de la fuente directa y primaria, no por terceros o rumores, también presencié las condiciones anímicas en que la joven se encontraba, y con ello ratifica la versión de la ofendida, de ahí que su versión adquiere mayor credibilidad.

- **No se acreditó el en el fallo de primera instancia el estándar de prueba “Más allá de toda duda razonable”**

No esta demás significar que es bien sabido que el acto sexual con menor de 14 años se configura por acciones de connotación sexual que comprometan zonas íntimas, sexuales o erógenas de la víctima o del victimario, y no se circunscribe exclusivamente a los genitales, ni a tocamientos; tampoco se requiere que la conducta desviada deje huellas en la humanidad de la víctima, o en su comportamiento o siquis, ni que el acto tenga duración prolongada.

Por manera que despejados lo anteriores puntos de inconformidad expuestos por la apelante, tan solo resta por

---

<sup>33</sup> Cfr. Sentencia de 5 de octubre de 2006, radicación 23960.

entrar a determinar si se ha logrado superar el estadio certeza racional y se supera el de la duda, siendo procedente emitir sentencia condenatoria en contra del acusado.

Para lo cual es menester indicar que para dictar sentencia condenatoria se requiere de la certeza racional, no absoluta, como lo indicara la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en providencia del 3 de febrero de 2010, radicado 32.863, M.P., María del Rosario González:

“Ahora bien, en punto de la consecución de la verdad a partir de la adecuada ponderación de las pruebas, el artículo 5° de la Ley 906 de 2004 dispone que “en ejercicio de las funciones de control de garantías, preclusión y juzgamiento, los jueces se orientarán por el imperativo de establecer con objetividad la verdad y la justicia” (subrayas fuera de texto).

La verdad se concreta en la correspondencia que debe mediar entre la representación subjetiva que el sujeto se forma y la realidad u objeto aprehendido por aquél, que, tratándose del proceso penal, apunta a una reconstrucción lo más fidedigna posible de una conducta humana con todas las vicisitudes materiales, personales, sociales, modales, psicológicas, etc., que la hayan rodeado, a partir de la cual el juez realizará la pertinente ponderación de su tratamiento jurídico de conformidad con las disposiciones legales, para ahí sí, asignar la consecuencia establecida en la ley, lo cual vale tanto para condenar, como para absolver o exonerar de responsabilidad penal.

En procura de dicha verdad, la Ley 906 de 2004 establece en su artículo 7°: “Presunción de inocencia e in dubio pro reo. Toda persona se presume inocente y debe ser tratada como tal, mientras no quede en firme decisión judicial definitiva sobre su responsabilidad penal”. “En consecuencia, corresponderá al órgano de persecución penal la carga de la prueba acerca de la responsabilidad penal. La duda que se presente se resolverá a favor del procesado”. “En ningún caso podrá invertirse esta carga probatoria”. “Para proferir sentencia condenatoria deberá existir convencimiento de la responsabilidad penal del acusado, más allá de toda duda” (subrayas fuera de texto).

La convicción sobre la responsabilidad del procesado “más allá de toda duda”, corresponde a un estadio del conocimiento

propio de la certeza racional<sup>34</sup> y, por tanto, relativa, dado que la certeza absoluta resulta imposible desde la perspectiva de la gnoseología en el ámbito de las humanidades e inclusive en la relación sujeto que aprehende y objeto aprehendido.

Por tanto, únicamente cuando no se arriba a dicha certeza relativa de índole racional ante la presencia de dudas sobre la materialidad y existencia del delito investigado o sobre la responsabilidad del acusado, siempre que, en todo caso, dichas dudas tengan entidad y suficiencia como para crear incertidumbre sobre tales aspectos que tienen que ser debidamente acreditados con medios de prueba reales y posibles en cada caso concreto, no con elementos de convicción ideales o imposibles, ahí, en tal momento, es posible acudir a la aplicación del principio *in dubio pro reo*, esto es, resolver la vacilación probatoria en punto de la demostración de la verdad, a favor del procesado.

Así las cosas, no resulta conforme con la teoría del conocimiento exigir que la demostración de la conducta humana objeto de investigación sea absoluta, pues ello siempre será, como ya se dijo, un ideal imposible de alcanzar, en cuanto resulta frecuente que variados aspectos del acontecer que constituyó la génesis de un proceso penal no resulten cabalmente acreditados, caso en el cual, si tales detalles son nimios o intrascendentes frente a la información probatoria valorada en conjunto, se habrá conseguido la certeza racional, más allá de toda duda, requerida para proferir fallo de condena.

Por el contrario, si aspectos sustanciales sobre la materialidad del delito o la responsabilidad del acusado no consiguen su demostración directa o indirecta al valorar el cuadro conjunto de pruebas, se impone constitucional y legalmente aplicar el referido principio de resolución de la duda a favor del inculcado, el cual a la postre, también se encuentra reconocido en la normativa internacional como pilar esencial del debido proceso y de las garantías judiciales."

Así las cosas, los presupuestos que se exigen para dictar sentencia condenatoria se dirigen al recaudo de pruebas necesarias y útiles que, analizadas bajo el sistema de valoración de la sana crítica, confluyan en las exigencias legales para disponer la condena, y en criterio de esta Sala, tal ha sido la calidad del material de cargo acopiado en este caso.

---

<sup>34</sup> En este sentido sentencia C-609 del 13 de noviembre de 1999

Son suficientes entonces las elucubraciones realizadas en torno a ocurrencia del hecho y la responsabilidad penal que cabe atribuirle al acusado Arismendi Méndez, pues como lo enseña la Corte Suprema de Justicia en su jurisprudencia ordinaria, el señalamiento incriminatorio de la víctima se encuentra refrendado por otras pruebas; además la corroboración de las circunstancias concomitantes dejan claros indicios de la ocurrencia del acontecimiento; por lo tanto la censura en torno a la valoración probatoria resulta insustancial y no está llamada a prosperar, debiéndose disponer la confirmación de la sentencia confutada, pues al igual que el juez singular, concluye la Sala que en este caso se alcanzó la certeza racional de la que habla la jurisprudencia sobre la realización del hecho y la responsabilidad que cabe atribuirle al acusado lo que amerita la condigna sanción impuesta en primera instancia.

Con fundamento en los anteriores argumentos, la Sala **CONFIRMÁRA** la sentencia condenatoria de primera instancia proferida el 28 de abril de 2020 por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Sopetrán – Antioquia.

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: CONFIRMA** en su integridad la sentencia de la naturaleza, fecha y origen indicados, con fundamento en las argumentaciones esbozadas en precedencia.

**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, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**NANCY ÁVILA DE MIRANDA  
MAGISTRADA**

**GUERTHY ACEVEDO ROMERO  
MAGISTRADA**

**PLINIO MENDIETA PACHECO  
MAGISTRADO**

**Firmado Por:**

**NANCY AVILA DE MIRANDA  
MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL  
TRIBUNAL SUPERIOR SALA 003 PENAL DE ANTIOQUIA**

**PLINIO MENDIETA PACHECO**

**MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL  
TRIBUNAL SUPERIOR SALA 002 PENAL DE ANTIOQUIA**

**GUERTHY ACEVEDO ROMERO  
MAGISTRADA  
TRIBUNAL 004 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:  
**b66476e3ce71ff91bbc26ba91f8a46a80583fe7a3407ed5656b7600  
7db545a59**

Documento generado en 28/07/2021 04:36:44 PM

**TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA  
SALA PENAL**

**Medellín, veintisiete (27) de julio de dos mil veintiuno (2021)**

Sería del caso avocar conocimiento dentro de la presente acción de tutela, pero se observa que el trámite del presente asunto corresponde a otra autoridad judicial, por las siguientes razones:

**Diego Fernando Montaña López**, impetró la acción de tutela de la referencia en contra del **Juzgado Segundo Penal Municipal con Función de Control de Garantías Ambulante de Antioquia**, por la presunta vulneración de los derechos fundamentales al debido proceso y libertad de locomoción.

Del contenido de la demanda, se extrae que el juzgado accionado decretó la libertad provisional del promotor debido al vencimiento de los términos judiciales en el proceso penal seguido en su contra, pero el gestor ha tenido diversos inconvenientes con las autoridades policiales que torpedean sus labores como transportador, por lo que radicó derecho de petición, al juzgado demandado, para que le expida un oficio con destino a la Policía Nacional – Dijin, que aclare su situación jurídica. Sin embargo, no se encuentra conforme con la respuesta dada.

Adicionalmente, informó que el proceso penal dentro del cual le ordenaron la libertad por vencimiento de términos cursa en el Juzgado 14 Penal del Circuito de Medellín, y que, siempre ha asistido a los llamados realizados por la judicatura.

Con base en lo anterior, se tiene que la presunta vulneración de los derechos fundamentales alegados por la parte accionante, fue generada exclusivamente por la respuesta del juzgado accionado de categoría municipal, por lo que en razón de las normas que regulan la acción de tutela, surge evidente que el trámite constitucional debe adelantarse por un juzgado penal del circuito de la capital.

Lo anterior, de conformidad con el artículo 1º del Decreto 1382 de 2000, por el cual se establecen las reglas para el reparto de la acción de tutela, modificado por el artículo 1 del Decreto 1983 de 2017, que a su vez varió el artículo 2.2.3.1.2.1. del Decreto 1069 de 2015, y ahora modificado por el artículo 1 del Decreto 333 de 2021, que en el numeral 5 modificadorio indica que las acciones de tutela promovidas en contra de “[l]os Jueces o Tribunales serán repartidas, para su conocimiento en primera instancia, al respectivo superior funcional de la autoridad jurisdiccional accionada”<sup>1</sup>.

En ese sentido, al pretenderse el pronunciamiento respecto la presunta vulneración de derechos fundamentales ocasionada por el **Juzgado Segundo Penal Municipal Ambulante con Función de Control de Garantías**, la asignación para conocer de este asunto recae en los juzgados penales del circuito de Medellín.

Por tanto, se **DISPONE** remitir inmediatamente el expediente a la oficina de reparto de para lo de su competencia. De igual forma se **ORDENA** informar al accionante de la decisión adoptada por este Despacho.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,**

**GUERTHY ACEVEDO ROMERO.**  
**Magistrada**

**Firmado Por:**

---

<sup>1</sup> Numeral 5, artículo 1 del Decreto 333 de 2021 que modificó el artículo 2.2.3.1.2.1 del Decreto 1069 de 2015.

**GUERTHY ACEVEDO ROMERO  
MAGISTRADA  
TRIBUNAL 004 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:

**27b14a643482400a97abad33adc3c5a0e174c514ecd88a4f1a031c37845e727b**

Documento generado en 28/07/2021 08:08:49 AM

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

REPÚBLICA DE COLOMBIA  
RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA  
SALA DE DECISIÓN PENAL

Medellín, veintiocho (28) de julio de dos mil veintiuno (2021)

Radicado	2021-1037-3
Accionante	<b>José Manuel García Caro</b>
Accionado	<b>Centro de Servicios Administrativos de los Juzgados de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia</b>
Asunto	Incidente de desacato
Decisión	Requerimiento previo a la apertura

El señor **José Manuel García Caro**, manifestó que no se le ha dado cumplimiento al fallo emitido por esta Sala el 19 de junio hogaño, accionando en contra del **Centro de Servicios Administrativos de los Juzgados de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia** y el **Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia**, empero, desde ya se anuncia que ante la ausencia de ordenes a cumplir por parte de esta última dependencia, solamente se procederá a la aplicación de lo mencionado en los artículos 27 y 52 del Decreto 2591 de 1991, en contra de la dependencia administrativa demandada, **SE ORDENA:**

**PRIMERO: REQUERIR** de manera personal y previo a la apertura del trámite de incidente de desacato, al secretario del **Centro de Servicios Administrativos de los Juzgados de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia**, a fin que en el término de **DOS (02) DÍAS**, informe a esta Magistratura sobre el cumplimiento a la orden emitida en la sentencia de tutela de 19 de junio de 2021.

**SEGUNDO:** Una vez efectuado el requerimiento, el expediente deberá regresar ante esta Magistratura, con miras a adoptar la decisión que el asunto amerite.

**CÚMPLASE**

**GUERTHY ACEVEDO ROMERO**  
Magistrada

**Firmado Por:**

**GUERTHY ACEVEDO ROMERO  
MAGISTRADA  
TRIBUNAL 004 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:

**a3baffd1b0d8f70f1400c57ea04832e14ce7bc24229b05b58bf98843b3b1b48  
5**

Documento generado en 28/07/2021 12:40:50 p. m.

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

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



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

<b>Rad. CUI</b>	110016000000202000296
<b>Rad. Interno</b>	2020-0608-3
<b>Delito</b>	Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, y otros.
<b>Acusado</b>	<b>Jorge Enrique Vélez</b>
<b>Asunto</b>	Auto no aprueba preacuerdo
<b>Decisión</b>	<b>Confirma</b>

Medellín, veintiocho (28) de julio de dos mil veintiuno (2021)

Aprobado mediante Acta No. 182 de la fecha.

### **ASUNTO**

Se pronuncia la Sala sobre el recurso de apelación interpuesto por el defensor de **Jorge Enrique Vélez** y el delegado de la Fiscalía, contra el auto proferido el 21 de abril de 2021 en audiencia preparatoria, por medio del cual el Juzgado Tercero Penal del Circuito Especializado de Antioquia, no aprobó el preacuerdo realizado por las partes.

### **HECHOS**

Según la acusación, el procesado participó del acuerdo de voluntades orientado a conformar un grupo criminal que, de manera organizada, permanente y con división de tareas, se venía dedicando a

Rad. CUI	110016000000202000296
Rad. Interno	2021-0608-3
Delito	Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes y otros.
Acusado	Jorge Enrique Vélez
Asunto	Auto no aprueba preacuerdo
Decisión	xxxxx

elaborar, adquirir y transportar estupefacientes. Así, tras haber sido efectuado el procedimiento de su captura, fue establecido que la cédula utilizada por el mismo no correspondía a su documento de identificación.

Por estos hechos, la fiscalía acusó a **Jorge Enrique Vélez** en calidad de coautor de la conducta punible de tráfico de estupefacientes agravado, descrito y sancionado en los artículos 376 inciso 1 y artículo 384, numeral 3, en concurso heterogéneo en calidad de autor con el delito de concierto para delinquir con fines de narcotráfico, artículo 340 inciso 2, y los delitos de uso de documento falso, artículo 291 y falsedad personal, artículo 296 también en calidad de autor.

## ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

1. Convocadas las partes e intervinientes para la celebración de la audiencia preparatoria, en la sesión del 21 de abril de 2021, el delegado de la Fiscalía presentó el preacuerdo al que llegó con el acusado y su abogado defensor<sup>1</sup>. El convenio consistió en que el procesado acepta su responsabilidad en el delito con la sanción penal más alta; es decir, por el punible de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, a cambio de reconocérsele el dispositivo amplificador del tipo en la modalidad de tentativa, art 27 inciso 2 para la conducta antes descrita.

Solicitando las partes que se imponga como sanción principal 95 meses de prisión, con un aumento de 1 mes, por el concurso heterogéneo con relación al delito de concierto para delinquir con fines de narcotráfico, y 1 mes para los delitos de uso de documento falso y falsedad personal, trazando en consecuencia una totalidad de sanción de 97 meses de pena

---

<sup>1</sup> Minuto 00:5:45 registro de audio del 21 de abril de 2021.

Rad. CUI	110016000000202000296
Rad. Interno	2021-0608-3
Delito	Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes y otros.
Acusado	Jorge Enrique Vélez
Asunto	Auto no aprueba preacuerdo
Decisión	xxxxx

privativa de la libertad, con una multa de 2.018 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Guardó claridad el ente acusador, en que la aludida contraprestación se otorga, no porque esté demostrado en el proceso esa circunstancia que atenúa la responsabilidad, sino únicamente para tasar la pena en virtud del preacuerdo, lo que, a su juicio, salvaguarda el principio de legalidad.

2. Tras manifestar su desacuerdo con la pena ofrecida al procesado por la modalidad del acuerdo, el operador de justicia procedió a decretar un receso a fin de que las partes decidieran respecto de la ratificación del acuerdo, o su respectiva modificación<sup>2</sup>, frente a lo cual, los referidos decidieron sostener los términos de la negociación inicial<sup>3</sup>.

En ese sentido, se realizó por parte del *a quo* la respectiva verificación del acuerdo, decidiendo improbar la negociación realizada por las partes<sup>4</sup>, por considerar que, el convenio si bien funge como una estrategia por parte de la Fiscalía y defensa para premiar al procesador por su colaboración, el referido arreglo termina por desnaturalizar la justicia premial de la que pretenden hacer uso en cuanto a que aspira una rebaja desproporcionada de la pena.

Expuso el juzgador de primera instancia que, de conformidad a las disposiciones penales frente a las rebajas punitivas, el máximo dispuesto por el legislador frente al allanamiento de cargos es del 50% de la totalidad de la pena, modificado lo anterior en etapa de juicio oral, cuyo máximo corresponde a un tercio de su totalidad; razón por la cual, la rebaja

---

<sup>2</sup> Minuto 00:37:58 registro de audio del 21 de abril de 2021

<sup>3</sup> Minuto 00:50:54, ibídem.

<sup>4</sup> Minuto 00:52:01, ibídem.

Rad. CUI	110016000000202000296
Rad. Interno	2021-0608-3
Delito	Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes y otros.
Acusado	Jorge Enrique Vélez
Asunto	Auto no aprueba preacuerdo
Decisión	xxxxx

punitiva ofrecida al acusado resulta desproporcional a los límites normativos.

3. Inconformes con la decisión, el representante de la Fiscalía y la defensa interpusieron el recurso de apelación.

**La Fiscalía** manifestó<sup>5</sup>, que las negociaciones tuvieron lugar con relación a la dosificación de la pena, debido a la colaboración del procesado dentro de la investigación penal; razón por la cual, la aplicación del grado de tentativa, sólo busca ser usada a efectos de tasar la pena, más la sentencia impondría la sanción como un delito consumado.

Asimismo, puntualizó que sus actuaciones eran llevadas a cabo con sujeción al principio de discrecionalidad reglada, con la previa observancia de los criterios observados para la ejecución del acuerdo, guardando en tal manera el principio de legalidad

Estableció que frente a la materia no existe un criterio homogéneo por parte de los órganos de cierre, más manifestó que ha sido objetado por estos mismos que sí es válido adoptar una calificación jurídica con el único fin de modelar el monto de la pena.

Finalmente, indicó que es posible acceder al control positivo dentro del concepto de legalidad y ficción, por la ausencia de inconvenientes de los tribunales de cierre para la materialización del respectivo acuerdo.

**La defensa** refirió que<sup>6</sup> dentro del establecimiento de los parámetros de la negociación se respetaron derechos y garantías

---

<sup>5</sup> Minuto 01:10:16, ibídem.

<sup>6</sup> Minuto 01:26:57, ibídem.

Rad. CUI	110016000000202000296
Rad. Interno	2021-0608-3
Delito	Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes y otros.
Acusado	Jorge Enrique Vélez
Asunto	Auto no aprueba preacuerdo
Decisión	xxxxx

procesales, culminando lo anterior en un conceso entre las partes del proceso respecto de la calificación jurídica adecuada y proporcional frente a la pena que a ello correspondería.

Del mismo modo, postuló que en el momento no existe un criterio unificado respecto de los límites de los preacuerdos en materia; de modo que, solicitó al *a quem* revocar la decisión de primera instancia.

**3.** La delegada del Ministerio Público como no recurrente solicitó la confirmación de la decisión recurrida<sup>7</sup>, toda vez, que de conformidad con la jurisprudencia que regula la materia el monto establecido para la pena supera desproporcionalmente el máximo del 50% tasado como beneficio punitivo en virtud del allanamiento, que de conformidad a la etapa procesal ya se encuentra reducido a una tercera parte.

Asimismo, manifestó la togada que el debatido preacuerdo soslaya el núcleo fáctico de la imputación, debido a que, contraría los hechos jurídicamente relevantes postulados en él, teniendo en cuenta que se pretende implementar el dispositivo amplificador de “tentativa” planteado en el art. 27 inciso 2, muy a pesar de que de los elementos materiales probatorios, no es posible abstraer de modo alguno que el procesado ejecutó todas las acciones posibles tendientes a evitar la consumación de la conducta punible

Puntualizó que es necesario tener como parámetro para decidir sobre la legalidad del preacuerdo, los fines contemplados en el artículo 348 C.P.P., los cuales fueron desconocidos en el presente, resultando en la inobservancia de las directivas de la Fiscalía, la jurisprudencia y la normatividad que regulan la materia.

---

<sup>7</sup> Minuto 01:32:12, ibídem.

Rad. CUI	110016000000202000296
Rad. Interno	2021-0608-3
Delito	Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes y otros.
Acusado	Jorge Enrique Vélez
Asunto	Auto no aprueba preacuerdo
Decisión	xxxxx

## **CONSIDERACIONES DE LA SALA**

### **1. Competencia**

De conformidad con el artículo 34 numeral 1, de la Ley 906 de 2004, la Sala es competente para desatar la alzada, limitada al estudio de los argumentos de inconformidad expuestos por los apelantes y de aquellos que estén ligados de manera inescindible a ellos.

La Sala procederá a confirmar la decisión objeto del recurso de apelación, por las siguientes razones:

Pese a haber sido aducido por los recurrentes la falta de homogeneidad en los criterios esbozados por las altas cortes frente a la realización de los preacuerdos, lo cierto es que las precisiones abordadas por los órganos de cierre, han sido reiterativas al momento de pronunciarse sobre el asunto.

Así, en cuanto a la modalidad de preacuerdo pactado por las partes, tanto la Corte Constitucional, como la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, han emitido pronunciamiento al respecto. Esta última, en sentencia de radicado 52.227 del 24 de junio de 2020 con ponencia de la Magistrada Patricia Salazar Cuéllar, tuvo como respaldo jurídico la sentencia SU 479 del 15 de octubre de 2019, expedida por el órgano de cierre dentro de la Jurisdicción Constitucional, para referirse a los lineamientos que deben seguirse al momento de celebrar preacuerdos y negociaciones.

Rad. CUI	110016000000202000296
Rad. Interno	2021-0608-3
Delito	Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes y otros.
Acusado	Jorge Enrique Vélez
Asunto	Auto no aprueba preacuerdo
Decisión	xxxxx

En la referida sentencia radicado 52.227 acerca de la modalidad de preacuerdo pactada en este proceso, dijo la Corte:

*“Existe otra modalidad de acuerdo utilizada con frecuencia en la práctica judicial, consistente en tomar como referencia una calificación jurídica con el único fin de establecer el monto de la pena. En esos casos: (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...”.*

El límite de esta modalidad de preacuerdo lo constituye precisamente la proporcionalidad de la rebaja de la pena pactada. En ese sentido dijo la Corte en la sentencia citada, que los criterios para determinar la proporcionalidad de la pena, son: “...**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...”.*

De otro lado, los argumentos antes descritos fueron reiterados a su vez por las sentencias SP2295-2020 del 8 de julio del año precedente, 54079 del 19 de agosto y 51478 del 21 de octubre de la misma anualidad.

Tal y como fue expuesto con anterioridad, la tasación de la pena, debe guardar correlación con la etapa procesal en la que fue debatida la aprobación del acuerdo. En ese orden, se tiene que el preacuerdo fue realizado luego de presentado el escrito de acusación, durante la ejecución de la audiencia preparatoria. Por tanto, la rebaja de pena que se puede conceder vía preacuerdo o allanamiento a cargos en esta etapa

Rad. CUI	110016000000202000296
Rad. Interno	2021-0608-3
Delito	Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes y otros.
Acusado	Jorge Enrique Vélez
Asunto	Auto no aprueba preacuerdo
Decisión	xxxxx

procesal es de 1/3 parte de la pena a imponer<sup>8</sup>.

Aunque las partes optaron en la negociación por beneficiar al procesado con la pena prevista para la conducta de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, reconociendo al procesado el dispositivo amplificador del tipo en la modalidad de tentativa (art 27 inciso 2) esa norma de la parte general fue seleccionada por la Fiscalía<sup>9</sup> únicamente para disminuir la pena como consecuencia del preacuerdo, no porque las circunstancias fácticas por las que se le acusó la permitieran incorporar en su adecuación típica.

De otro lado, no se acreditaron circunstancias adicionales a la etapa procesal en la que se llevó a cabo la negociación, que permitan acceder a una rebaja mayor a la prevista por el legislador para los preacuerdos y negociaciones realizados luego de la presentación de la acusación y hasta antes de ser interrogado el procesado al inicio del juicio oral sobre la aceptación de su responsabilidad penal, en los términos de los criterios de proporcionalidad expuestos por la Corte.

Ahora bien, la rebaja de pena otorgada a los procesados vía preacuerdo es abiertamente desproporcionada.

Si el procesado hubiera aceptado responsabilidad unilateralmente, con el descuento de la tercera parte, la pena que debería purgar tan solo

---

<sup>8</sup> Artículo 352 C.P.P

<sup>9</sup> Textualmente, señaló el delegado de la Fiscalía en la audiencia de preacuerdo que la aludida contraprestación se otorga, no porque esté demostrado en el proceso esa circunstancia que atenúa la responsabilidad, sino únicamente para tasar la pena en virtud del preacuerdo.

Rad. CUI	110016000000202000296
Rad. Interno	2021-0608-3
Delito	Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes y otros.
Acusado	Jorge Enrique Vélez
Asunto	Auto no aprueba preacuerdo
Decisión	xxxxx

por el punible de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, sería de 170 meses.

Aun así, la pena pactada fue de 97 meses de prisión que excede por mucho aun la que se hubiera realizado durante la formulación de imputación, fijada esta última en un máximo de rebaja del 50% de la pena imponible; es decir, que esta negociación resulta desacertada en relación a la etapa procesal en la que se presenta y afecta gravemente el principio de legalidad.

De tal suerte, que mal haría la administración de justicia en permitir que el ejercicio de la justicia premial que pretenden ejecutar las partes – Fiscalía y defensa- acabe desnaturalizada a tal punto de controvertir el ordenamiento jurídico aplicable y las acordes interpretaciones que han sido realizadas jurisprudencialmente.

Por las razones expuestas, encuentra la Sala que la decisión adoptada por el Juez Tercero Penal del Circuito Especializado de Antioquía es acertada y, en consecuencia, se confirmará.

Por último, cabe advertir que, aunque el sistema penal con tendencia acusatoria apueste por la terminación anticipada del proceso penal vía preacuerdo o allanamiento, esa inspiración teleológica del sistema no puede imponerse sobre el principio de legalidad, prerrogativa que se ve afectada con este tipo de negociaciones.

Como quiera que la presente decisión no admite recursos, al ser de segunda instancia, por economía y celeridad procesal, una vez sea

Rad. CUI	110016000000202000296
Rad. Interno	2021-0608-3
Delito	Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes y otros.
Acusado	Jorge Enrique Vélez
Asunto	Auto no aprueba preacuerdo
Decisión	xxxxx

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 DEL DISTRITO JUDICIAL DE ANTIOQUIA, EN SALA DE DECISIÓN PENAL**, administrando justicia,

### **RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la decisión de no aprobar el preacuerdo celebrado por las partes adoptada el 21 de abril de 2021, por el Juzgado Tercero Penal del Circuito Especializado de Antioquia.

**SEGUNDO:** Como quiera que la presente decisión no admite recursos, por economía y celeridad procesal, una vez sea aprobada la ponencia, notifíquesele a las partes e intervinientes, y devuélvase la actuación al juzgado de origen para lo de su cargo.

### **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

*(Firma electrónica)*  
**GUERTHY ACEVEDO ROMERO**  
**Magistrada Ponente**

*(Firma electrónica)*  
**PLINIO MENDIETA PACHECHO**  
**Magistrado**

*(Firma electrónica)*  
**RENÉ MOLINA CÁRDENAS**  
**Magistrado**

Rad. CUI	110016000000202000296
Rad. Interno	2021-0608-3
Delito	Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes y otros.
Acusado	Jorge Enrique Vélez
Asunto	Auto no aprueba preacuerdo
Decisión	xxxxx

**Firmado Por:**

**GUERTHY ACEVEDO ROMERO  
MAGISTRADA  
TRIBUNAL 004 SUPERIOR SALA PENAL DE LA CIUDAD DE  
MEDELLIN-ANTIOQUIA**

**PLINIO MENDIETA PACHECO  
MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL  
TRIBUNAL SUPERIOR SALA 002 PENAL DE ANTIOQUIA**

**RENE MOLINA CARDENAS  
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

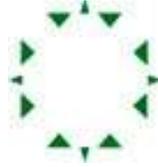
Código de verificación:

**e29eff41b2b52dd33644619b07f8b2cdc553d5b50e9ac9e6c9a3491737e  
80383**

Documento generado en 28/07/2021 11:42:01 AM

**Tutela segunda instancia**

Accionante: Neimar Anabel Torres Zavarce, Marney Atalia Torres Zavarce y Neil Adonai Torres Zavarce  
Accionado: Registraduría Municipal de Turbo Antioquia y Registraduría Nacional del Estado Civil  
Radicado: 05 83731 04 002 2021-0014800 00  
(N.I. TSA 2021-1035-5)



**TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA**

**SALA PENAL**

Medellín, veintiocho (28) de julio de dos mil veintiuno

Magistrado Ponente

**RENÉ MOLINA CÁRDENAS**

Aprobado en Acta N° 96

Proceso	Tutela
Instancia	Segunda
Accionante	Neimar Anabel Torres Zavarce, Marney Atalia Torres Zavarce y Neil Adonai Torres Zavarce
Accionado	Registraduría Municipal de Turbo Antioquia y Registraduría Nacional del Estado Civil
Tema	Derecho a la nacionalidad de ciudadanos extranjeros
Radicado	05 83731 04 002 2021-0014800 00 (N.I. TSA 2021-1035-5)
Decisión	Revoca

**ASUNTO**

Decidir el recurso de impugnación interpuesto por la parte actora, contra la decisión proferida el 30 de junio de 2021 por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Turbo - Antioquia, que negó el derecho a la nacionalidad de ciudadanos extranjeros solicitado por los afectados.

## **Tutela segunda instancia**

Accionante: Neimar Anabel Torres Zavarce, Marney Atalia Torres Zavarce y Neil Adonai Torres Zavarce  
Accionado: Registraduría Municipal de Turbo Antioquia y Registraduría Nacional del Estado Civil  
Radicado: 05 83731 04 002 2021-0014800 00  
(N.I. TSA 2021-1035-5)

### **FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN Y DECISIÓN IMPUGNADA**

**1.** Indican los accionantes que como ciudadanos venezolanos tienen derecho a la nacionalidad colombiana en razón al principio *ius sanguinis*, dado que su padre es colombiano y cuenta con cédula de ciudadanía colombiana.

El 24 de junio de 2021 se presentaron en la Registraduría Municipal de Turbo Antioquia para solicitar la expedición de los registros civiles de nacimiento extemporáneos, pero el funcionario Arnaldo Pérez les indicó que únicamente podrían tener derecho a ello presentando los registros civiles de nacimiento venezolanos apostillados.

Afirman que, aunque cuentan con el registro civil de nacimiento, este no se encuentra apostillado y en el momento no es posible viajar a Venezuela debido a los problemas sociales y de violencia. Además, esto implicaría que uno de ellos esté en la obligación de dejar su trabajo, situación que afectaría gravemente el mínimo vital de su familia. Adicionalmente, por las restricciones de movilidad en virtud de la contingencia sanitaria declarada por el COVID-19, es imposible ingresar a Venezuela.

**2.** El Juzgado de primera instancia negó el amparo. Indicó que no puede desconocer la reglamentación establecida por el Gobierno Nacional, máxime cuando se encuentran de manera taxativa los requisitos para atender la petición de los reclamantes en el Decreto 356 de 2017. Advierte que no tienen que desplazarse hasta su país, por cuanto a través de la página web del Ministerio del Poder Popular para Relaciones Exteriores de la República Bolivariana de Venezuela, <http://mppre.gob.ve/>, en la casilla correspondiente a cancillería “servicios consulares”, se hace una breve

## **Tutela segunda instancia**

Accionante: Neimar Anabel Torres Zavarce, Marney Atalia Torres Zavarce y Neil Adonai Torres Zavarce  
Accionado: Registraduría Municipal de Turbo Antioquia y Registraduría Nacional del Estado Civil  
Radicado: 05 83731 04 002 2021-0014800 00  
(N.I. TSA 2021-1035-5)

explicación de la “apostilla electrónica”, sin necesidad de acudir físicamente a una oficina.

## **DE LA IMPUGNACIÓN**

El fallo proferido en primera instancia fue impugnado por la parte actora argumentando lo siguiente:

1. El Juez de Primera Instancia negó la tutela sin revisar, si el procedimiento de apostilla virtual era efectivo. Aceptó lo planteado por la entidad accionada respecto a la supuesta posibilidad de agotar el procedimiento de apostille de manera virtual.
2. No fue posible realizar el trámite de apostille del documento de NEIL ADONAI TORRES ZAVARCE, debido a que es menor de edad. Frente a los demás encuentran una segunda barrera imposible de subsanar, el procedimiento de apostilla virtual solo agiliza el trámite, pero requiere que el procedimiento se complete de manera presencial.
3. Advierten que resulta evidente que el trámite virtual exige retornar a Venezuela para apostillar el documento, pues precisamente ello contradice los precedentes constitucionales que han indicado que por la imposibilidad de retornar a Venezuela y por la ausencia de relaciones diplomáticas no es dable exigir el requisito de apostille.

## **CONSIDERACIONES DE LA SALA**

### **1. Competencia**

Por ser la Sala superior funcional del juzgado de primera instancia, la reviste de competencia para decidir la impugnación interpuestas por la parte actora.

## **2. Problema jurídico planteado**

Establecer si procede ordenar mediante esta acción la realización del trámite de inscripción extemporánea en el registro civil colombiano de la documentación venezolana de NEIMAR ANABEL TORRES ZAVARCE, MARNEY ATALIA TORRES ZAVARCE y NEIL ADONAI TORRES ZAVARCE, pretensión que ha sido negada por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Turbo – Antioquia.

## **3. Solución del problema jurídico.**

La acción de tutela ha sido consagrada para la protección de derechos fundamentales cuando resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de un particular. Es procedente solo cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, o cuando la misma sea instaurada como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

El principal obstáculo de los afectados es la imposibilidad de viajar al vecino país para apostillar los documentos, debido a los hechos de violencia, la problemática social, la contingencia sanitaria actual y el rompimiento de las relaciones diplomáticas entre Venezuela y Colombia. Por tanto, la única vía dispuesta para obtener el derecho a la nacionalidad es una página web como lo dispuso en su negativa el Juez de primera instancia. Se verificará si fue el medio idóneo para el realizar el trámite, en pro de la protección de los derechos invocados.

El derecho fundamental de la nacionalidad es el mecanismo jurídico mediante el cual el Estado reconoce la capacidad que tienen sus ciudadanos de ejercer ciertos derechos. Es reconocido como un derecho fundamental frente al cual las autoridades competentes tienen deberes de diligencia y protección, entre los que está la obligación de realizar los

**Tutela segunda instancia**

Accionante: Neimar Anabel Torres Zavarce, Marney Atalia Torres Zavarce y Neil Adonai Torres Zavarce  
Accionado: Registraduría Municipal de Turbo Antioquia y Registraduría Nacional del Estado Civil  
Radicado: 05 83731 04 002 2021-0014800 00  
(N.I. TSA 2021-1035-5)

trámites registrales estipulados en el ordenamiento jurídico para efectuar su reconocimiento<sup>1</sup>.

De acuerdo con el artículo 96 de la Constitución Política Nacional, son nacionales colombianos: “(...) **Los hijos de padre o madre colombianos que hubieren nacido en tierra extranjera y luego se domiciliaren en territorio colombiano o registraren en una oficina consular de la República**”.

En este asunto los accionantes son ciudadanos venezolanos hijos de padre colombiano quienes residen en territorio Nacional y piden ser inscritos en el registro civil de nacimiento colombiano. Cuentan con registro civil de nacimiento venezolano pero no están apostillados.

La Registraduría Nacional del Estado Civil explicó el trámite que se debe seguir para lograr la pretensión de los accionantes citando el Decreto 356 de 2017. Adujo que la autoridad competente para realizar la inscripción es la Registraduría Especial de cada departamento y municipio. Además, informó que para el trámite de apostille no tienen que desplazarse hasta Venezuela, por cuanto se puede realizar a través de la página web del Ministerio del Poder Popular para Relaciones Exteriores de la República Bolivariana de Venezuela, <http://mppre.gob.ve/>.

Junto con la impugnación, la parte actora aportó copias de la página web, donde se observa la imposibilidad de apostillar los documentos de forma virtual, lo que conlleva la vulneración de los derechos fundamentales invocados. Los elementos aportados permiten inferir la insuficiencia del mecanismo.

El artículo 2.6.12.3.1 del Decreto 356 de 2017 habilitó al solicitante de la inscripción extemporánea del nacimiento, para que, en caso de no poder allegar el acta de nacimiento de su país de origen apostillada, de forma excepcional, acredite el hecho de nacimiento presentando la solicitud

---

<sup>1</sup> Sentencia T-023 de 2018

**Tutela segunda instancia**

Accionante: Neimar Anabel Torres Zavarce, Marney Atalia Torres Zavarce y Neil Adonai Torres Zavarce  
Accionado: Registraduría Municipal de Turbo Antioquia y Registraduría Nacional del Estado Civil  
Radicado: 05 83731 04 002 2021-0014800 00  
(N.I. TSA 2021-1035-5)

correspondiente por escrito, junto con al menos dos (2) testigos hábiles, quienes declararán bajo juramento haber presenciado, asistido o tenido noticia directa y fidedigna del nacimiento. En todo caso, debe acreditar que su padre o madre está debidamente identificado como nacional colombiano, en la forma dispuesta por la ley 43 de 1993, tal como lo establece el artículo 2.2.6.12.3.2., del decreto 1069 de 2015.

Frente a la medida especial y excepcional que permitía la presentación de dos testigos en sustitución al registro de nacimiento debidamente apostillado, la Registraduría Nacional del Estado Civil mediante Circular Única Versión No. 4 del 15 de mayo del 2020, restringió el procedimiento, en razón de que el trámite de apostille se puede obtener en línea. Este hecho que no debería producir a los actores las consecuencias negativas actualmente padecidas, pero el servicio en línea no logra cumplir con el objetivo propuesto por la Registraduría. Obviamente la página web del Ministerio del Poder Popular para Relaciones Exteriores de la República Bolivariana de Venezuela, pertenece al vecino país. La imposibilidad que tengan los nacionales colombianos para realizar trámites no puede estar supeditada a una herramienta de la que no se tiene control, es decir, las faltas que se presenten con la entidad mediante esa Web no pueden ser solucionadas por medio de una autoridad del Estado Colombiano.

En estas condiciones no es posible restringir el procedimiento de los dos testigos, como prueba del nacimiento para la obtención del registro extemporáneo. Si bien, en sentencia T-212 de 2013 se resolvió un caso relacionado con una menor, y acentuó la especial relevancia que tiene el derecho a la nacionalidad en este grupo de especial protección aplicando la excepción, tal situación no permite concluir que no es aplicable a personas mayores de edad. Lo anterior, porque el Decreto 356 de 2017 instituye que el interesado en solicitar el registro extemporáneo de nacimiento que no cuente con los documentos apostillados para acreditarlo debe hacer una solicitud por escrito y acercarse a la Registraduría con 2 testigos que hayan presenciado, asistido o tenido noticia de su nacimiento, sin discriminar si el interesado es menor o mayor de edad.

## **Tutela segunda instancia**

Accionante: Neimar Anabel Torres Zavarce, Marney Atalia Torres Zavarce y Neil Adonai Torres Zavarce  
Accionado: Registraduría Municipal de Turbo Antioquia y Registraduría Nacional del Estado Civil  
Radicado: 05 83731 04 002 2021-0014800 00  
(N.I. TSA 2021-1035-5)

En ese sentido, no se puede desprender que el mecanismo alternativo propuesto por el ordenamiento jurídico, para subsanar la ausencia de un documento apostillado, no se pueda aplicar y en su lugar se disponga un medio virtual que no ofrece solución y del que no se tiene algún tipo de control. Tampoco es admisible, bajo ninguna circunstancia, que la Registraduría se escude en una circular interna por medio de la cual han realizado una discriminación que la norma de mayor rango no contempla.

Es claro que menores y adultos cuentan por igual con la posibilidad de acreditar su nacimiento con dos testigos para efectos de obtener el registro de nacimiento extemporáneo, en cualquier tiempo y en la forma en que lo indican las disposiciones analizadas por la Corte Constitucional. El registro adquiere también una connotación de fundamental puesto que implica la posibilidad de ejercer otros derechos del individuo dirigidos a adquirir y desplegar garantías y responsabilidades inherentes a la pertenencia a una comunidad política. Por tanto, la Corte obliga al Estado a remover los obstáculos que impidan el ejercicio de este derecho, particularmente si se trata de formalidades no sustanciales.

En consecuencia, a falta del registro civil de nacimiento expedido en Venezuela debidamente apostillado, la Registraduría, con fundamento en lo dispuesto en el numeral 5 del artículo 2.6.12.3.1 del decreto 356 de 2017, debe permitirle a Neimar Anabel Torres Zavarce, Marney Atalia Torres Zavarce y Neil Adonai Torres Zavarce adelantar el trámite de la inscripción extemporánea del nacimiento con la presentación de la solicitud por escrito y al menos dos testigos. Se concederá el amparo constitucional a las garantías fundamentales de la nacionalidad y personalidad jurídica por la parte actora.

Se ordenará a la Registraduría Municipal de Turbo-Antioquia, que dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la notificación de este fallo de tutela, conforme a lo establecido en la normativa expedida por la Presidencia de la República (Decreto 356 de 2017) a inscribir el nacimiento extemporáneo

**Tutela segunda instancia**

Accionante: Neimar Anabel Torres Zavarce, Marney Atalia Torres Zavarce y Neil Adonai Torres Zavarce  
Accionado: Registraduría Municipal de Turbo Antioquia y Registraduría Nacional del Estado Civil  
Radicado: 05 83731 04 002 2021-0014800 00  
(N.I. TSA 2021-1035-5)

de Neimar Anabel Torres Zavarce, Marney Atalia Torres Zavarce y Neil Adonai Torres Zavarce, sin exigir el requisito de apostille siempre y cuando acudan con mínimo dos testigos que den fe de dicho nacimiento.

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](mailto:des05sptsant@cendoj.ramajudicial.gov.co); y su aprobación se efectúa de acuerdo con la aceptación del contenido de la sentencia por cada uno de los revisores por medio de sus correos oficiales.

Por lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA**, Sala de Decisión Constitucional, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

**RESUELVE**

**PRIMERO: REVOCAR** la decisión proferida el 30 de junio de 2021 por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Turbo - Antioquia, que negó el derecho a la nacionalidad a NEIMAR ANABEL TORRES ZAVARCE, MARNEY ATALIA TORRES ZAVARCE y NEIL ADONAI TORRES ZAVARCE.

**SEGUNDO:** Se ordena al Registrador Municipal de Turbo-Antioquia, que dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la notificación de este fallo de tutela, conforme a lo establecido en la normativa expedida por la Presidencia de la República (Decreto 356 de 2017) a inscribir el nacimiento extemporáneo de Neimar Anabel Torres Zavarce, Marney Atalia Torres Zavarce y Neil Adonai Torres Zavarce, sin exigir el requisito de apostille siempre y cuando acudan con mínimo dos testigos que den fe de dicho nacimiento.

**Tutela segunda instancia**

Accionante: Neimar Anabel Torres Zavarce, Marney Atalia Torres  
Zavarce y Neil Adonai Torres Zavarce  
Accionado: Registraduría Municipal de Turbo Antioquia y  
Registraduría Nacional del Estado Civil  
Radicado: 05 83731 04 002 2021-0014800 00  
(N.I. TSA 2021-1035-5)

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

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**RENÉ MOLINA CÁRDENAS**

Magistrado

**GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME**

Magistrado

**EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA**

Magistrado

**Firmado Por:**

**RENE MOLINA CARDENAS**

**MAGISTRADO**

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

**EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA**

**MAGISTRADO**

**TRIBUNAL 001 SUPERIOR SALA PENAL DE LA CIUDAD DE MEDELLIN-ANTIOQUIA**

**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

**Tutela segunda instancia**

Accionante: Neimar Anabel Torres Zavarce, Marney Atalia Torres  
Zavarce y Neil Adonai Torres Zavarce  
Accionado: Registraduría Municipal de Turbo Antioquia y  
Registraduría Nacional del Estado Civil  
Radicado: 05 83731 04 002 2021-0014800 00  
(N.I. TSA 2021-1035-5)

Código de verificación:

**f82d8d88db2350336e6f9e7b9263415351ca3f66cc6363177a9ff42ed491909c**

Documento generado en 28/07/2021 01:02:17 PM

**Tutela primera instancia**

Accionante: Willinton Zapata Pedreros (mediante apoderado)  
Accionado: Juzgado Promiscuo del Circuito de Concordia – Antioquia  
Radicado interno: 2021-1082-5



**TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA  
SALA PENAL**

Medellín, veintiocho (28) de julio de dos mil veintiuno

**Magistrado Ponente  
RENÉ MOLINA CÁRDENAS**

Aprobado en Acta 96

<b>Proceso</b>	Tutela
<b>Instancia</b>	Primera
<b>Accionante</b>	Willinton Zapata Pedreros
<b>Accionado</b>	Juzgado Promiscuo del Circuito de Concordia – Antioquia
<b>Tema</b>	Tutela contra decisión judicial
<b>Radicado</b>	(N.I 2021-0063-5)
<b>Decisión</b>	Concede

**ASUNTO**

Procede la Sala a decidir en primera instancia la acción de tutela presentada por WILLINTON ZAPATA PEDREROS quien actúa mediante apoderado, en contra del JUZGADO PROMISCOUO DEL CIRCUITO DE CONCORDIA – ANTIOQUIA por la presunta vulneración de su derecho fundamental al debido proceso, defensa e igualdad.

## **Tutela primera instancia**

Accionante: Willinton Zapata Pedreros (mediante apoderado)  
Accionado: Juzgado Promiscuo del Circuito de Concordia – Antioquia  
Radicado interno: 2021-1082-5

Se vinculó al JUZGADO PROMISCOU MUNICIPAL CON FUNCIÓN DE CONTROL DE GARANTÍAS DE URAO –ANTIOQUIA, al defensor VICTOR GIOVANNY MADARRIAGA, a la Fiscalía 34 Seccional de Concordia Doctora LUZ ESTELLA GÓMEZ ZULUAGA, a la Fiscalía 74 Seccional de Antioquia DIANA MARIELA BENÍTEZ CADAVID y demás intervinientes del proceso con CUI número 05001-60-00-000-2021-00177 en el que fue condenado WILLINTON ZAPATA PEDREROS, para que ejercieran sus derechos de defensa y contradicción en este trámite de tutela.

### **HECHOS**

- 1- Informó el accionante que del 24 al 27 de octubre de 2020 ante el Juzgado Promiscuo Municipal de Urao -Antioquia con Función de Control de Garantías, se realizó audiencias preliminares en contra de WILLINTON ZAPATA PEDRERO. Se imputó como presunto autor del delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, partes, accesorios o municiones y se le impuso medida de aseguramiento privativa de la libertad en su lugar de residencia.
- 2- WILLINTON ZAPATA PEDREROS se allanó a los cargos formulados de manera libre y voluntaria creyendo que le darían el 50% de descuento sobre la pena de 9 años y la prisión domiciliaria. Dice que así se lo aseguró el abogado y la fiscal que adelantó la investigación, asimismo lo convalidó el juez de control de garantías. Alega falta de defensa técnica. Estima que el fiscal incurrió en el desconocimiento del principio de objetividad para el imputado y la judicatura en un error de enjuiciamiento al permitir la violación del derecho fundamental al debido proceso.

## **Tutela primera instancia**

Accionante: Willinton Zapata Pedreros (mediante apoderado)  
Accionado: Juzgado Promiscuo del Circuito de Concordia – Antioquia  
Radicado interno: 2021-1082-5

- 3- El 12 de mayo de 2021 ante el Juzgado Promiscuo del Circuito de Concordia – Antioquia se verificó el allanamiento a cargos de WILLINTON ZAPATA PEDREROS, se constató que efectivamente el procesado, se allanó a los cargos imputados como autor del delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, partes, accesorios o municiones artículo 365 del Código penal. Acto que realizó de manera libre y voluntaria, no fue objeto de amenazas, presiones o requerimientos, su manifestación fue su querer, no presentó alteración de su conciencia y de su voluntad. Posteriormente se declaró la legalidad del allanamiento a cargos realizado en la audiencia de imputación. Advierte el accionante que el imputado lo hizo convencido que el beneficio que le otorgarían era del 50% de rebaja como lo escuchó de su defensor y la fiscal, sin que la defensa que lo representó le explicara que por el hecho de haber sido capturado en flagrancia, solo se le otorgaría el 12.5% de rebaja.
  
- 4- El 15 de junio de 2021 se declaró penalmente responsable a WILLINTON ZAPATA PEDREROS por el delito imputado, imponiendo una pena de prisión de 94 meses 15 días, pena que es contraria a las garantías procesales que otorga el Código procesal penal y a una incorrecta defensa técnica, así como a un indebido control de garantías procesales. En virtud de lo anterior considera que se generó la falta de defensa técnica y la violación al principio de objetividad. El defensor cumplió un papel meramente formal, carente de cualquier vinculación a una estrategia procesal o jurídica, induciendo al procesado al error y haciéndole perder garantías procesales y constitucionales.

## **PRETENSIÓN CONSTITUCIONAL**

Que se revoque o se deje sin efectos la decisión adoptada por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Concordia – Antioquia el 15 de junio de 2021 y se reconozca derecho la retractación del procesado.

## **RESPUESTA DE LAS AUTORIDADES ACCIONADAS**

**La Juez Promiscuo Municipal con Función de Control de Garantías de Urrao (Ant.)**, manifestó que el ciudadano fue capturado en situación de flagrancia. Se declaró legal el procedimiento, fue vinculado a través del acto de formulación de imputación, como presunto autor del delito de tráfico, fabricación, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios partes o municiones<sup>1</sup>. Una vez fue imputado decidió allanarse a cargos de manera libre, voluntaria, sin coacción o apremio, con el conocimiento del descuento del 12.5% sobre la pena a imponer, por haber sido capturado en situación de flagrancia.<sup>2</sup>

**El Juzgado Promiscuo del Circuito de Concordia (Ant.)**, indicó que la sentencia donde resulta condenado Zapata Pedreros, se dio conforme a lo estipulado en el Código procesal penal y a la Constitución, sin violación al debido proceso. Frente a la solicitud de amparo del derecho fundamental de retractación, en el transcurso de las audiencias celebradas, no hubo manifestación por parte de Zapata Pedreros o su apoderado, sobre la

---

<sup>1</sup> audio con folio digital número 15 – hora 1:57:37

<sup>2</sup> audio con folio digital número 16, después del minuto 14:00 se le indicó el descuento por la situación de flagrancia, y luego de haber conocido el descuento expresó su aceptación de cargos minuto 46:34 en adelante.

intención de retractarse al allanamiento a cargos, así como tampoco se hizo uso del recurso de apelación al que tenía derecho una vez se dio lectura de sentencia.

A pesar de estar debidamente comunicados todos los intervinientes del proceso, guardaron silencio al informe requerido por el Despacho.

### **CONSIDERACIONES DE LA SALA**

De conformidad con el numeral 5° del artículo 1° del decreto 1983 del 30 de noviembre de 2017, le corresponde a esta Sala conocer la acción de tutela objeto de estudio.

En relación con las garantías constitucionales fundamentales que informó la parte actora como vulneradas, la procedencia ha de cifrarse en la configuración de los presupuestos generales<sup>3</sup> los cuales deben concurrir de manera conjunta, pues a falta de uno de ellos la pretensión de amparo constitucional deviene en improcedente. Respecto a la objeción de la decisión judicial del 15 de junio de 2021 a través de la cual el Juzgado Promiscuo del Circuito de Concordia – Antioquia verificó el allanamiento del afectado.

---

<sup>3</sup> Sentencia SU116-18 "los requisitos generales para la procedencia de la acción de tutela establecidos por la Corte son: a) La relevancia constitucional del asunto bajo examen. b) Los efectos decisivos que de la irregularidad denunciada se desprendan y que tengan la entidad de vulnerar las garantías fundamentales de la parte actora. c) Que no se trate de sentencias de tutela. d) Que sea un deber del actor agotar todos los recursos judiciales ordinarios para la defensa de sus derechos fundamentales. e) La inmediatez".

## Tutela primera instancia

Accionante: Willinton Zapata Pedreros (mediante apoderado)  
Accionado: Juzgado Promiscuo del Circuito de Concordia – Antioquia  
Radicado interno: 2021-1082-5

Queda claro que la pretensión del apoderado es que se deje sin efectos la mencionada decisión judicial y se le reconozca el derecho de retractación a su cliente.

En este evento, observa la Sala una posible vulneración del derecho al debido proceso: los resultados de la irregularidad comportan una grave lesión de derechos fundamentales. El hecho que determinó la presunta vulneración ocurrió el 15 de junio de 2021 momento en el que, el condenado se percató de la afectación y contactó a su nuevo apoderado a fin de buscar por la única vía la protección de sus derechos.

No podrá descartarse la intervención constitucional por la falta de interposición de recursos dentro del proceso penal: la razón es clara: el procesado no contaba con una debida información en relación con las consecuencias del acuerdo. En estas condiciones no podía esperarse que su abogado presentara recursos en relación con una decisión que propició. No podría exigirse que el procesado interpusiera recursos legales si no fue debidamente informado por parte de su defensor acerca de las consecuencias del acuerdo.

Por todo lo anterior la Sala conocerá el fondo del asunto, para detectar si se ha incurrido en alguno de los presupuestos específicos<sup>4</sup> que configuren una causal especial de procedibilidad.

---

<sup>4</sup> Ibídem “Los segundos -requisitos específicos-, aluden a los yerros judiciales que se advierten en la decisión judicial y tornan inexorable la intervención del juez de tutela. Esos fueron denominados “causales especiales de procedibilidad de la tutela contra providencias judiciales”, y se explicaron en los siguientes términos: a) Defecto fáctico. b) Defecto orgánico. c) Defecto material o sustantivo. d) Carencia argumentativa en la decisión cuestionada, e) Desconocimiento del precedente jurisprudencial. f) Inducción en error o vía de hecho. **g) Defectos procedimentales.**

## Tutela primera instancia

Accionante: Willinton Zapata Pedreros (mediante apoderado)  
Accionado: Juzgado Promiscuo del Circuito de Concordia – Antioquia  
Radicado interno: 2021-1082-5

Una precisión previa: la irregularidad hallada no hace relación a la información sobre la rebaja de pena a conceder. Lo que causó la afectación fue la completa desatención de las partes y el Juez para informar sobre la prohibición legal de la prisión domiciliaria.

Examinada la actuación de la Juez Promiscuo Municipal con Función de Control de Garantías de Urrao –Antioquia, en la audiencia de imputación se observó que la Funcionaria claramente le informó al procesado de la oportunidad de aceptar los cargos, advirtiéndole que de hacerlo, tendría **una rebaja de hasta el 12.5% por haber sido capturado en situación de flagrancia**<sup>5</sup>. No es cierto que la juez haya convalidado el ofrecimiento de una posible rebaja de hasta el 50%. Sin embargo, no informó a quien se disponía a aceptar los cargos que existe expresa prohibición legal para la prisión domiciliaria.

Frente a la actuación del juez de conocimiento en la verificación del allanamiento, recordemos que el accionante adujo que su representado no contó con una adecuada defensa técnica para efectos de allanarse a los cargos porque el anterior abogado le manifestó: *“que le darían el 50% de descuento sobre la pena de 9 años y la prisión domiciliaria”*. Tras verificarse que la aceptación de responsabilidad se dio en los términos del artículo 131 del Código de Procedimiento Penal, el Juez le impartió aprobación al allanamiento.

Una vez instalada la audiencia de individualización de pena, el defensor solicitó se condenara a su prohijado según lo pactado con la fiscalía en las audiencias concentradas y se concediera la prisión domiciliaria

---

<sup>5</sup> audio con folio digital número 16, después del minuto 14:00

## **Tutela primera instancia**

Accionante: Willinton Zapata Pedreros (mediante apoderado)  
Accionado: Juzgado Promiscuo del Circuito de Concordia – Antioquia  
Radicado interno: 2021-1082-5

manifestando que la misma procedía por el quantum de la pena y las circunstancias personales del procesado<sup>6</sup>. La intervención de la defensa permite advertir que no tenía claridad de las consecuencias de la aceptación de responsabilidad de su representado y aún menos el procesado.

Resulta claro una vez escuchado el audio de la audiencia de verificación de allanamiento, que, en ningún momento previo a su aprobación, las partes o el Juez pusieron de presente al encausado la prohibición legal para la concesión del subrogado consagrado en el numeral 1° del artículo 38B del C.P.. Nunca se le explicó al procesado claramente la forma como sería ejecutada la pena de prisión que se le impuso.

Sin la debida información sobre las consecuencias jurídicas de la aceptación de responsabilidad, se aprobó el allanamiento y se profirió sentencia condenatoria, en la que se impuso la restricción legal contenida en el numeral 1° del artículo 38B del C.P., por cuanto la pena mínima del punible de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, partes, accesorios o municiones sobrepasa el limite previsto por el legislador.

De forma que no existió claridad real sobre las consecuencias punitivas concretas que implicaba la aceptación de cargos por el procesado, pues no consta en la respectiva audiencia que las partes o el Juez hubieren informado que en caso de condena el sentenciado debería cumplir pena de forma estrictamente intramural en razón de la expresa prohibición legal ya referida.

---

<sup>6</sup> Audio con folio digital número 11 minuto 22:00.

## Tutela primera instancia

Accionante: Willinton Zapata Pedreros (mediante apoderado)  
Accionado: Juzgado Promiscuo del Circuito de Concordia – Antioquia  
Radicado interno: 2021-1082-5

Este tema ha sido abordado en diferentes providencias por esta Sala, en las que se realiza una referencia al derecho comparado y se resalta la importancia en clave del respeto al debido proceso y derecho de defensa, de la debida información al procesado en la constatación de su voluntad para aceptar cargos<sup>7</sup>.

A todas luces se evidencia un defecto procedimental<sup>8</sup>. Le asistía la obligación a los dos Jueces advertir las consecuencias de la aceptación de cargos, lo que configuró un error de procedimiento grave y trascendente, que influyó de manera cierta y directa en la decisión de fondo.

No es necesario que el procesado demuestre que ha sido objeto de engaño para la aceptación de cargos. Es suficiente que la afectación de sus derechos se concrete por la completa pasividad del Juez y del entonces defensor al no constatar de forma explícita que la aceptación estuviera precedida del pleno conocimiento acerca de las consecuencias del acuerdo.

En consecuencia, se declarará la nulidad desde la oportunidad en que el Juez de conocimiento verificó la actuación del Juez de control de garantías para que se explique de forma completa y clara todas las consecuencias

---

<sup>7</sup> Tribunal Superior de Antioquia Sala Penal, A.P. 2021-0306-5 M.P. René Molina Cárdenas

<sup>8</sup> Sentencia t-367- de 2018 En relación con el defecto procedimental absoluto –relevante para el asunto que se estudia-, la Corte ha establecido que "este defecto requiere, además, que se trate de un error de procedimiento grave y trascendente, valga decir, que influya de manera cierta y directa en la decisión de fondo, y que esta deficiencia no pueda imputarse ni directa ni indirectamente a la persona que alega la vulneración al derecho a un debido proceso". Del mismo modo, la Corte ha precisado que cuando se alega que el juez omitió etapas procedimentales esenciales que vulneraron el derecho a la defensa y contradicción de alguna de las partes, debe analizarse la defensa técnica "para advertir el impacto que tiene pretermitir etapas procesales, en desmedro de las garantías fundamentales de los sujetos del proceso, como son: (i) la garantía de ejercer el derecho a una defensa técnica, que implica la posibilidad de contar con la asesoría de un abogado cuando sea necesario, la posibilidad de contradecir las pruebas y de presentar y solicitar las que se requieran para sustentar la postura de la parte; (ii) la garantía de que se comunique la iniciación del proceso y se permita participar en él; y (iii) la garantía de que se notificará todas las providencias del juez que, de acuerdo con la ley, deben ser notificadas"

**Tutela primera instancia**

Accionante: Willinton Zapata Pedreros (mediante apoderado)  
Accionado: Juzgado Promiscuo del Circuito de Concordia – Antioquia  
Radicado interno: 2021-1082-5

del acuerdo en especial la prohibición legal para acceder a la prisión domiciliaria con el fin de que decida si acepta a pesar de la prohibición. De lo contrario se seguirá el trámite ordinario.

Finalmente, cabe advertir que en virtud del artículo segundo del acuerdo PCSJA20-11518 del 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 de la sentencia por cada uno de los revisores por medio de sus correos oficiales.

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

**RESUELVE**

**PRIMERO: AMPARAR** el derecho fundamental del debido proceso y derecho de defensa invocado por WILLINTON ZAPATA PEDREROS quien actúa mediante apoderado.

**SEGUNDO: DECRETAR** la nulidad de lo actuado desde la oportunidad en que el Juez de conocimiento verificó la actuación del Juez de control de garantías, para que se explique de forma completa y clara todas las consecuencias del acuerdo en especial la prohibición legal para acceder a la prisión domiciliaria con el fin de que decida si acepta a pesar de la prohibición. De lo contrario se seguirá el trámite ordinario.

**Tutela primera instancia**

Accionante: Willinton Zapata Pedreros (mediante apoderado)  
Accionado: Juzgado Promiscuo del Circuito de Concordia – Antioquia  
Radicado interno: 2021-1082-5

**TERCERO:** La presente decisión admite el recurso de impugnación que deberá ser interpuesto dentro del término de ley. Para el efecto, dese cumplimiento a los artículos 16 y 30 del Decreto 2591 de 1991 y 5° del reglamentario 306 de 1992. De no ser impugnada la misma, remítase a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**RENÉ MOLINA CÁRDENAS**

Magistrado

**GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME**

Magistrado

**Salva voto**

**EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA**

Magistrado

**Tutela primera instancia**

Accionante: Willinton Zapata Pedreros (mediante apoderado)  
Accionado: Juzgado Promiscuo del Circuito de Concordia – Antioquia  
Radicado interno: 2021-1082-5

**Firmado Por:**

**RENE MOLINA CARDENAS**

**MAGISTRADO**

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

**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:

**f1c5ec6d9e42192997a2a074e3a6c7d328870a33f3346472132b7ecf6f3ef15b**

Documento generado en 28/07/2021 03:36:15 PM

# TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA

## SALA DE DECISIÓN PENAL

---

Medellín, veintiocho (28) de julio de dos mil veintiuno (2021)

### SALVAMENTO DE VOTO

RADICADO: 2021-1082-5  
ACCIÓN DE TUTELA  
ACCIONANTE: WILLINTON ZAPATA PEDREROS

---

Con el respeto que merecen los compañeros de Sala, por medio del presente manifiesto que **SALVO EL VOTO** frente a la decisión mayoritaria tomada en el proceso de la referencia.

Estas son las razones:

1. La acción de tutela tiene un carácter subsidiario y, por tanto, inicialmente las vulneraciones de los derechos fundamentales deben ser objeto de debate dentro del respectivo proceso penal en donde supuestamente se presentaron. Para ello, el Legislador en materia penal ha otorgado a las partes de una serie de instrumentos jurídicos para lograr el respeto de la legalidad y las garantías fundamentales. Las solicitudes de nulidad y los recursos ordinarios y extraordinarios deben agotarse dentro del trámite, pues de lo contrario, la acción de tutela se

estaría utilizando como una instancia paralela o sustitutiva de las acciones ordinarias.

2. En el presente caso, la acción de tutela fue instaurada afirmando que el señor Willinton Zapata Pedreros se allanó a los cargos formulados creyendo que le darían el 50% de rebaja de pena. Con al argumento salta a la vista la facilidad que tenía el propio procesado Willinton Zapata de hacer las solicitudes dentro de la causa penal e interponer los recursos de ley, pues al momento de hacérsele conocer la sentencia condenatoria tendría que advertir que no le dieron la rebaja del 50%. No hizo manifestación alguna, ni interpuso los recursos de ley, por tanto, estuvo conforme con la decisión.

Por ello mismo, es evidente que ahora un nuevo defensor considera que debió defenderse en el proceso de una manera diferente y pretende obtener la nulidad de la actuación por vía de tutela con un argumento que claramente se pudo constatar que era falso, pues al procesado sí le informaron con claridad cuál era la rebaja de pena que tendría por la aceptación de cargos.

2. El allanamiento a cargos en nuestro ordenamiento jurídico procesal penal, se orienta a asegurar la economía procesal, lograr la justicia material y sancionar en forma eficaz y oportuna al responsable, reduciendo de alguna forma la carga para la jurisdicción y facilitando la viabilidad del sistema penal acusatorio.

Por este mecanismo, el imputado o acusado acepta unilateralmente los cargos formulados por la Fiscalía, renunciando a un juicio público en el cual podría ejercer el derecho de contradicción. La aceptación cuando es manifestada de una forma consciente y voluntaria frente a la adecuación típica imputada, así como a la responsabilidad, se rige por los principios de irrevocabilidad, preclusividad y progresividad de las actuaciones, por lo que una vez se aprueba el allanamiento no habrá lugar al arrepentimiento del sujeto pasivo del procedimiento.

Igualmente, el Juzgador está obligado a impartir aprobación a la aceptación de cargos salvo que encuentre vulneración a los derechos fundamentales.

Se exige entonces que el allanamiento a cargos sea libre, voluntario, suficientemente informado, consciente, espontáneo. Esto es que esté exento de vicios esenciales del consentimiento y sea respetuoso de derechos y garantías. Todo para proteger al sujeto pasivo de la acción penal de cualquier situación que implique coacción, error o ignorancia que tenga incidencia en la aceptación de responsabilidad.

3. Conforme con lo anterior le es permitido al juzgador hacer un control del acto de allanamiento a cargos y no deberá aprobarlo, si es evidente que el procesado fue coaccionado para aceptar los cargos o ha sido víctima de un error sustancial con incidencia en su manifestación de responsabilidad.

Frente al tema del error, el suscrito considera que no puede presumirse porque simplemente se piense que al imputado o acusado no se le ha dado toda la información que podría requerir para sustentar ante el Juez de conocimiento o Juez de Ejecución de Penas una solicitud de otorgamiento de un sustituto penal (como lo hace la ponencia aprobada por mayoría, pues incluso se afirma la existencia de una irregularidad que no ha sido alegada siquiera por la parte interesada). Aspectos de índole valorativo o subjetivo descartan de entrada la presunción de error, pues hasta que los elementos de conocimiento no se presenten en la oportunidad legal ante el Juez y éste decida, no puede determinarse la viabilidad o no del goce de un sustituto.

En criterio del suscrito, no es cierto que el Juez de control de garantías o el Juez de conocimiento, según el caso, tenga que informarle detalladamente al procesado de todas y cada unas de las circunstancias, normas y jurisprudencias que puedan incidir en el cumplimiento de la sanción. Lo que debe verificar es que su consentimiento se emita en forma libre y voluntaria y que haya tenido la asesoría de su defensor. Solo en aquellos casos en que por razón de la situación presentada pueda preverse que el imputado o acusado está en un error frente a la forma como va a pagar la pena, el Juez debe intervenir para aclarar el tema, como por ejemplo cuando el Fiscal tipifica la conducta de una determinada manera con miras a la rebaja de pena exclusivamente o existe una expresa prohibición legal que impida otorgar beneficios en casos que podría pensarse que el sentenciado incurriría en error si no se le advierte. No tendría ningún sentido advertirle a un sentenciado a la pena de 30 años que no podría pedir la

suspensión condicional de la ejecución de la pena o la prisión domiciliaria. La falta de esa advertencia no puede dar lugar sin más a la nulidad de la actuación.

4. La declaratoria de nulidad también se rige por unos principios muy claros y entre ellos está el de la trascendencia, de tal suerte que en casos como el presente, debía demostrarse por la parte interesada en la acción de tutela que la falta de determinada información incidió sustancialmente en la emisión del consentimiento expresado por el procesado, de tal suerte que de haber conocido lo quedó oculto, el imputado no habría aceptado los cargos. Y eso no se demostró en este asunto, pues ni siquiera se alegó alguna irregularidad frente a la prisión domiciliaria.

5. En el presente caso, no existe razón alguna para afirmar que al imputado se le hayan vulnerado garantías fundamentales o que su consentimiento no se dio en forma libre y espontánea. En consecuencia, no procedía la declaración de nulidad y la acción de tutela es abiertamente improcedente.

Cordialmente,

EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA

Magistrado

**Firmado Por:**

**EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA  
MAGISTRADO  
TRIBUNAL 001 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:

**c19ea29991a339c758f3fdc1005f3e44fa202e9da3bf2a43299b580df5  
65c2db**

Documento generado en 28/07/2021 01:48:18 PM

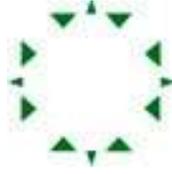
**Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:  
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**

**Tutela primera instancia**

Accionante: John Fraider Barrientos Galvis

Accionado: Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia y otros

Radicado interno: 2021-1110-5



**TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA  
SALA PENAL**

Medellín, veintiocho (28) de julio de dos mil veintiuno

**Magistrado Ponente  
RENÉ MOLINA CÁRDENAS**

Aprobado en Acta N° 96

<b>Proceso</b>	Tutela
<b>Instancia</b>	Primera
<b>Accionante</b>	John Fraider Barrientos Galvis
<b>Accionado</b>	Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia y otros
<b>Tema</b>	Derecho de petición
<b>Radicado</b>	(2021-1110-5)
<b>Decisión</b>	Concede

**ASUNTO**

Procede la Sala a decidir en primera instancia la acción de tutela presentada por JOHN FRAIDER BARRIENTOS GALVIS en contra del JUZGADO SEGUNDO DE EJECUCIÓN DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD DE ANTIOQUIA, el JUZGADO TERCERO DE EJECUCIÓN DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD DE MEDELLÍN y el CENTRO DE SERVICIOS DE LOS JUZGADOS DE

## **Tutela primera instancia**

Accionante: John Fraider Barrientos Galvis

Accionado: Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia y otros

Radicado interno: 2021-1110-5

EJECUCIÓN DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD DE MEDELLÍN y ANTIOQUIA, al considerar vulnerados sus derechos fundamentales de petición e igualdad.

Se vinculó al JUZGADO PROMISCOUO DEL CIRCUITO DE SANTA ROSA DE OSOS para que ejerciera sus derechos de defensa y contradicción en este trámite de tutela.

### **HECHOS**

Afirmó el accionante que el 10 de julio de 2021 solicitó la supresión de datos personales, referente a los procesos con radicados 05686600034720118004101 y/o 05686600034720118004102, de la base de datos pública del Consejo Superior de la Judicatura – Siglo XXI. A la fecha no ha obtenido respuesta.

### **PRETENSIÓN CONSTITUCIONAL**

Se proteja su derecho de petición respondiendo la solicitud de supresión de datos personales.

### **RESPUESTA DE LAS AUTORIDADES ACCIONADAS**

**La Juez Segunda de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia** informó que el 20 de mayo de 2016 se produjo el envío del expediente al Juzgado Promiscuo del Circuito de Santa Rosa de Osos, en cumplimiento a lo dispuesto en el auto N° 705. Después de esa fecha el centro de servicios no ha enviado solicitud alguna del condenado.

**El Juez Tercero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Medellín** manifestó que estuvo a cargo de la vigilancia de la pena impuesta al accionante dentro del proceso identificado con CUI - 05686600034720118004101 hasta el 20 de enero de 2014, fecha en la que le fue otorgada la libertad condicional con un periodo de prueba de 12 meses

y 20 días. En relación con la solicitud, es competencia del área de Sistemas y la orden la debe emitir el juzgado fallador quien es el que actualmente tiene a su cargo el expediente en archivo definitivo.

**El Juez Promiscuo del Circuito de Santa Rosa de Osos** advirtió que el 27 de mayo de 2016 recibió el expediente y se archivó de manera definitiva. En el folio 100 de la carpeta aparece constancia de fecha 24 de mayo de 2016 emitida por el Centro de Servicios de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia, donde se dijo: *“A través de este Centro de Servicios, se remiten informes de Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de seguridad de Antioquia, a la Procuraduría General de la Nación, Registraduría del Estado Civil, Sijin, y Fiscalía General de la Nación, informando la extinción de la pena del sentenciado, de conformidad con lo establecido en el artículo 476 C de Penal”*.

Indicó que no ha recibido ninguna solicitud por parte del John Fraider Barrientos Galvis, sin embargo, procedió a emitir la constancia requerida, donde se le informó que se librarán oficios a la Procuraduría General de la Nación, la Registraduría del Estado Civil, la Sijin, y la Fiscalía general de la Nación para que actualicen la información respecto de la extinción de la pena.

**El secretario del Centro de Servicios de los Juzgados de Ejecución de Penas de Medellín y Antioquia** reiteró lo informado por los juzgados de ejecución de penas.

### **CONSIDERACIONES DE LA SALA**

De conformidad con el numeral 5° del artículo 2.2.3.1.2.1 del decreto 1983 de 2017, es competente esta Sala para conocer la acción de tutela objeto de estudio.

De los hechos relatados por la parte actora y las respuestas dadas por las accionadas se desprende que la presente tiene como objeto se resuelva de

fondo la petición de supresión de datos del afectado.

Sin embargo, encuentra la Sala que según lo manifestado por el Centro de Servicios de los Juzgados de Ejecución de Penas de Medellín y Antioquia y los Juzgados de Ejecución de Penas accionados, no les ha sido remitida ninguna solicitud por parte del accionante.

Se constató que la petición fue remitida el pasado 11 de junio de 2021 al Centro de Servicios de los Juzgados de Ejecución de Penas de Medellín y Antioquia mediante el correo electrónico [memorialesepmsant@cendoj.ramajudicial.gov](mailto:memorialesepmsant@cendoj.ramajudicial.gov) recibida por la servidora Paola Corredor Citadora grado III de esa dependencia.

Lo cierto es que no se aportó constancia de que la solicitud haya sido remitida a la entidad encargada de resolver por competencia. Incluso, la Corte Constitucional ha precisado que la falta de competencia de una autoridad para desatar un asunto no sirve de sustento para desatender un derecho de petición. En ese evento, la dependencia debe fundamentar la carencia de competencia, remitir a la entidad que tiene la potestad para tramitar el asunto e informar de esa decisión al peticionario. Con el cumplimiento de esas condiciones, la autoridad satisface el derecho de petición<sup>1</sup>.

*“Para la Corte, la simple respuesta de incompetencia constituye una evasiva a la solicitud, con lo cual la administración elude el cumplimiento de su deber y desconoce el principio de eficacia que inspira la función administrativa”<sup>2</sup>*

Es claro que el Centro de Servicios de los Juzgados de Ejecución de Penas de Medellín y Antioquia vulneró el derecho fundamental de petición que le asiste a John Fraider Barrientos Galvis, debido a que no fundamentó la carencia de competencia; no remitió a la entidad que tiene la potestad

---

<sup>1</sup> Sentencias T-628 de 2002 y T-760 de 2009.

<sup>2</sup> Sentencias T-476 de 2001.

para tramitar el asunto y, no informó de esa decisión al peticionario.

Una vez se cumplan con esas condiciones y se remita la petición a la entidad encargada, ésta deberá pronunciarse dentro del término legal, con el respeto de la características establecidas por La Corte Constitucional.<sup>3</sup>

En consecuencia, se ordenará al Centro de Servicios de los Juzgados de Ejecución de Penas de Medellín y Antioquia que, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia, satisfaga el derecho de petición de John Fraider Barrientos Galvis y le informe cual es la autoridad que debe responder sobre la solicitud de supresión de datos del sistema Siglo XXI, de acuerdo con la solicitud presentada el 11 de junio de 2021.

Finalmente, cabe advertir que en virtud del artículo segundo del acuerdo PCSJA20-11518 del 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](mailto:des05sptsant@cendoj.ramajudicial.gov.co); y su aprobación se efectúa de acuerdo con la aceptación del contenido de la sentencia por cada uno de los revisores por medio de sus correos oficiales.

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

### **RESUELVE**

**PRIMERO: CONCEDER** el derecho fundamental de petición invocado por el JOHN FRAIDER BARRIENTOS GALVIS.

---

<sup>3</sup> Sentencia T-412 de 2006, entre otras. **1)** El derecho de petición es fundamental y determinante para la efectividad de los mecanismos de la democracia participativa. Además, porque mediante él se garantizan otros derechos constitucionales, como los derechos a la información, a la participación política y a la libertad de expresión. **2)** El núcleo esencial del derecho de petición reside en la resolución pronta y oportuna de la cuestión, pues de nada serviría la posibilidad de dirigirse a la autoridad si ésta no resuelve o se reserva para sí el sentido de lo decidido. **3)** La respuesta debe cumplir con estos requisitos: 1. Oportunidad 2. Debe resolverse de fondo, clara, precisa y de manera congruente con lo solicitado 3. Ser puesta en conocimiento del peticionario. Si no se cumple con estos requisitos se incurre en una vulneración del derecho constitucional fundamental de petición. **4)** La respuesta no implica aceptación de lo solicitado ni tampoco se concreta siempre en una respuesta escrita.

**Tutela primera instancia**

Accionante: John Fraider Barrientos Galvis

Accionado: Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia y otros

Radicado interno: 2021-1110-5

**SEGUNDO: ORDENAR**, al Centro de Servicios de los Juzgados de Ejecución de Penas de Medellín y Antioquia que, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia, satisfaga el derecho de petición de John Fraider Barrientos Galvis y le informe cual es la autoridad que debe responder sobre la solicitud de supresión de datos del sistema Siglo XXI, de acuerdo con la solicitud presentada el 11 de junio de 2021.

**TERCERO:** La presente decisión admite el recurso de impugnación que deberá ser interpuesto dentro del término de ley. Para el efecto, dese cumplimiento a los artículos 16 y 30 del Decreto 2591 de 1991 y 5° del reglamentario 306 de 1992. De no ser impugnada esta providencia, se remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**RENÉ MOLINA CÁRDENAS**

Magistrado

**GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME**

Magistrado

**EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA**

Magistrado

**Firmado Por:**

**RENE MOLINA CARDENAS**

**MAGISTRADO**

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

**Tutela primera instancia**

Accionante: John Fraider Barrientos Galvis  
Accionado: Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de  
Antioquia y otros  
Radicado interno: 2021-1110-5

**EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA**

**MAGISTRADO**

**TRIBUNAL 001 SUPERIOR SALA PENAL DE LA CIUDAD DE MEDELLIN-ANTIOQUIA**

**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:

**3a5381d2dd0261a763a92a7986a4b39592b08653f91f818b0a943c1dffa05f54**

Documento generado en 28/07/2021 01:02:03 PM

Proceso No: 052506100210201880014  
Acusado: DAGOBERTO CHAVEZ FERNÁNDEZ  
Origen: Juzgado Promiscuo del Circuito de El Bagre  
Delito: Acceso Carnal Abusivo  
Decisión: confirma sentencia condenatoria.

NI: 2021-0580

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

Proceso No: 05250610021020188001400  
Acusado: DAGOBERTO CHAVEZ FERNÁNDEZ  
Origen: Juzgado Promiscuo del Circuito de El Bagre  
Delito: Acceso Carnal Abusivo  
Decisión: confirma  
Aprobado por medios virtuales mediante acta 121 del 27 de julio del 2021  
Sala No: 6

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

Medellín, veintisiete de julio de dos mil veintiuno.

**OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO**

Resolver el recurso de apelación interpuesto por la defensa contra la sentencia emitida el pasado 29 de enero del año 2021, en la que se condenó a DAGOBERTO CHAVEZ FERNÁNDEZ como autor del delito de Acceso Carnal Abusivo.

**HECHOS**

Pese a lo anti-técnico de la acusación en la que se consignaron apartes de una entrevista de la madre de la menor ofendida, los mismos pueden reconstruirse así: El pasado 11 de marzo del 2018 la señora ARLEN LEUDO MOSQUERA, encontró que su menor hija

EPLM<sup>1</sup> de 11 años de edad llegaba al hogar con varios comestibles, lo que le causaba extrañeza visto que por su corta edad no tenía posibilidad de conseguir dinero, finalmente al indagar con ella sobre lo sucedido se supo que un vecino al que se identificó como DAGO – y resultó ser DAGOBERTO CHAVEZ-, el de la tienda del sector de Cuatro Esquinas del barrio las Delicias del municipio de El Bagre, a cambio de que EPLM se dejara tocar los senos, la vagina y permitiera introducirle el pene recibía dinero y víveres.

### **ACTUACION PROCESAL RELEVANTE**

El pasado 23 de agosto del 2019, se celebró la audiencia de acusación en la que se formularon cargos por el delito de Acceso Carnal Abusivo, el 23 de enero del 2020 se efectuó la audiencia de acusación y el juicio se inició el día 15 de abril del 2020, culminando un anuncio del sentido del fallo el pasado 12 de enero del 2021. El 29 de enero del 2021 se da lectura a la sentencia y una vez corridos los traslados de ley, se remite la misma a esta Corporación a la que arriba por medios virtuales el pasado 12 de mayo del año en curso, superados algunos inconvenientes de la remisión virtual de la misma y su posterior radicación en la secretaría del Tribunal.

### **DECISION DE PRIMERA INTANCIA.**

Contiene un recuento de la actuación y las vicisitudes del proceso, para luego hacer varias citas jurisprudenciales sobre la valoración de los testimonios de menores de edad víctimas de delitos sexuales, y entrar a analizar la prueba aportada en desarrollo del juicio y concluir que el dicho de la menor ofendida EPLM, resulta corroborada con lo afirmado por su

---

<sup>1</sup> Conforme a los lineamientos de la ley de la infancia y la adolescencia se identifica a la menor ofendida por sus iniciales.

progenitora ARLEN LEUDO MOSQUERA, y lo aportado tanto por los policiales YERSON ARIZMENDI SERRANO y JESÚS BASTIDAS ESTUPIÑAN como de lo afirmado por la abuela de la menor NUBIA MOSQUERA, y en especial del dicho de JORGE ENRIQUE UCROS médico del hospital de El Bagre y de LAUREN RODELO MARTINEZ psicóloga adscrita al mismo hospital, resulta evidente que la versión que suministra la menor en desarrollo del juicio corresponde a la verdad de lo ocurrido, con lo que la duda que pregona la defensa se disipa sobre la autoría y participación del acusado, y sin que las pruebas de dicha parte permitan suponer la misma.

Hizo entonces destinatario de una sentencia condenatoria a DAGOBERTO CHAVEZ FERNÁNDEZ, y le impuso una condena de 144 meses de prisión, negándole cualquier subrogado o beneficio de libertad.

### **APELACION.**

Inconforme con la determinación de emitirse una sentencia condenatoria, el defensor del procesado reclama la nulidad de la actuación por una grave vulneración al derecho de defensa.

Fundamenta su petición señalando que si bien es cierto quien ostentó la previa defensa, es una abogada adscrita al sistema de Defensoría Pública y por lo tanto es concedora del sistema procesal vigente, no efectuó una defensa adecuada, sino que obró de manera pasiva sin que esto se pueda interpretar como una simple estrategia de defensa.

Relaciona varios precedentes jurisprudenciales de cuando se configura la falta de defensa técnica, y procede a relacionar las falencias de quien ostentó previamente dicha labor, indicando que ninguno de los testigos ofrecidos por la Fiscalía fueron contrainterrogados, posteriormente procede a ocuparse de lo ocurrido con varias pruebas y resalta como en el caso del testimonio de la menor, se omitió objetar algunas preguntas de la Fiscalía, y pese a la renuencia para que informara cómo había sido el supuesto acceso carnal, prácticamente fue inducida con el interrogatorio que se hacía a través del defensor de familia a dar respuesta al respecto.

Igualmente resalta que el testimonio del inexperto médico JORGE ENRIQUE UCROS no fue debidamente atacado en su práctica, y se permitió el ingreso de documentos que son prueba de referencia con su dicho. Resalta que más grave fue la omisión total del ejercicio cabal del derecho de defensa técnica al practicarse el interrogatorio a la testigo psicóloga LAUREN RODELO MARTINEZ, quien señaló que había entrevistado a la menor bajo los parámetros del protocolo SATAC, no puso en evidencia cuales fueron las etapas del mismo.

Indica igualmente que el alegato de conclusión de la anterior defensora, se limitó a dar lectura a varias normas y a pregonar que debía aplicarse la duda en favor de su representado, sin exponer un análisis de la prueba recaudada por lo que no puede tomarse como el cabal ejercicio de una estrategia de defensa.

Consideró entonces que el yerro de quien ejerció la defensa previa, solo puede solucionarse decretando la nulidad de toda la actuación, pues es una irregularidad no subsanable que afecta garantías fundamentales.

En el traslado a lo no recurrentes el representante del Ente instructor reclama la confirmación de la sentencia condenatoria, señalando que si se cumplió a cabalidad con el ejercicio de derecho de defensa y el acervo probatorio permite demostrar la responsabilidad del acusado más allá de toda duda.

### **PARA RESOLVER SE CONSIDERA.**

Procede la Sala a verificar si la petición de nulidad por vulneración al derecho de defensa, está llamada a prosperar. Previo a esto se debe indicar que, aunque anti-técnica fue la relación fáctica contenida en la acusación, visto que como ya se anunció se terminó transcribiendo apartes de la denuncia de la madre de la menor, práctica ampliamente reprochada por la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia<sup>2</sup>, esto no implica la invalidez de la actuación pues de lo enunciado en el pliego acusatorio aparece claro la materialidad de la conducta enrostrada al acusado.

Adentrándonos ya en el tema de apelación, lo primero que se debe advertir es que la nulidad es un remedio extremo frente a irregularidades que afecten gravemente el derecho de defensa, el debido proceso y las garantías fundamentales de los sujetos procesales e intervinientes, y que tal instituto se rige por unos principios, tal y como reiteradamente lo ha señalado la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia<sup>3</sup>:

*“Estos principios han sido definidos por la jurisprudencia de esta Sala, de la siguiente manera: Amatividad: significa que solo es posible solicitar la nulidad por los motivos expresamente previstos en la ley. Acreditación: que quien la alega debe especificar la*

---

<sup>2</sup> Sentencia SP3168 del 2017 y SP 2042 DEL 2019 entre otras muchas.

<sup>3</sup> AP2399 del 2017.

*causal que invoca y señalar los fundamentos de hecho y de derecho en los que se apoya. Protección: la nulidad no puede ser invocada por quien ha coadyuvado con su conducta a la ejecución del acto irregular. Convalidación: la nulidad puede enmendarse por el consentimiento expreso o tácito del sujeto perjudicado. Instrumentalizada: la nulidad no procede cuando el acto irregular ha cumplido la finalidad para la cual estaba destinado. Trascendencia: quien la alegue debe demostrar que afectó una garantía fundamental o desconoció las bases fundamentales de la instrucción o el juzgamiento. Residualita: solo procede cuando no existe otro medio procesal para subsanar el acto irregular»*

En el presente asunto la nulidad que se deprecia se fundamenta en falta de una defensa técnica, pues quien ahora ostenta la misma considera que su predecesora no planteó una teoría del caso acertada, no conainterrogó a los testigos, no objetó preguntas como era debido, y permitió el ingreso de documentos que son prueba de referencia y mucho menos presentó un adecuado alegato de conclusión.

De lo expuesto por el defensor actual en lo que tiene que ver del por qué no se objetaron ciertas preguntas o se permitió que ingresaran algunos informes, tanto del médico como de la psicóloga que valoraron a la menor, o por qué no se planteó una teoría de defensa positiva, encuentra la Sala que quien ahora ostenta la defensa indudablemente está planteando una estrategia defensiva diferente a la que tuvo quien la ejerció primigeniamente, sin que esto de manera alguna sirva de fundamento para el decreto de una nulidad por falta de defensa técnica, ya sobre este tema ampliamente la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia<sup>4</sup> señala:

*«La violación al derecho a la defensa real o material, se configura por el absoluto estado de abandono del defensor, esto es, una situación de indefensión generada por la inactividad categórica del abogado, por lo que no basta, de cara a la prosperidad del cargo, con la simple convicción de que la asistencia del profesional del derecho pudo*

---

<sup>4</sup> SP 154 del 2017.

*haber sido mejor, toda vez que se tiene decantado que la estrategia defensiva varía según el estilo de cada profesional, en el entendido de que no existen fórmulas uniformes o estereotipos de acción. Es decir, la simple disparidad de criterios sobre un punto no tiene la fuerza de configurar una violación al estudiado derecho”*

Que quien ahora reclama la nulidad considere que pudo existir una estrategia de defensa diversa, no implica de manera alguna que esto genere nulidad. La Corte Constitucional<sup>5</sup> sobre lo que en efecto constituye falta de defensa técnica precisa:

*La jurisprudencia constitucional ha considerado como elementos para considerar una ausencia de defensa técnica, los siguientes<sup>6</sup>: i) que sea evidente que el defensor cumplió un papel meramente formal, carente de cualquier vinculación a una estrategia procesal o jurídica; ii) que las deficiencias en la defensa no le hubiesen sido imputables al procesado o hubiesen tenido como causa evadir la acción de la justicia; iii) que la falta de defensa revista tal trascendencia y magnitud que sea determinante de la decisión judicial, de manera tal que pueda configurarse uno de los defectos sustantivo, fáctico, orgánico o procedimental; y iv) que aparezca una vulneración palmaria de las garantías del procesado.*

Revisando el actuar de la abogada que inicialmente defendió los intereses de DAGOBERTO CHAVEZ FERNÁNDEZ, se tiene que en desarrollo de la audiencia preparatoria el pasado 15 de abril del 2020, solicitó como pruebas testimoniales las de los señores SAMIR RAMIREZ BENAVIDEZ, JULIO TOMÁS TEJADA OJEDA Y MARTHA EDILIA OSPINA, personas que efectivamente comparecieron al juicio y declararon sobre el comportamiento del procesado, a quien conocían como vecinos y compradores del establecimiento de abarrotes donde se presentaron los hechos conforme a la acusación. Igualmente, la defensa al culminar el juicio presentó un alegato en el que consideró que las pruebas de la Fiscalía no permitían derruir la presunción de inocencia y que en consecuencia debía absolverse a su representado.

---

<sup>5</sup> Sentencia T 385 del 2018.

<sup>6</sup> Cr. Sentencias T-106 de 2005, T-395 de 2010, T-561 de 2014 y T-576 de 2015.

Por lo tanto, evidente es que si se hicieron peticiones probatorias, que decretadas las mismas fueron ofrecidas en el juicio y que finalmente la defensa optó por una posición de reclamar el amparo de la presunción de inocencia, como fundamento de los alegatos de conclusión.

Ahora bien, es cierto los testigos de cargo no fueron contrainterrogados, ni se aprecia que las preguntas de la Fiscalía o las que se formularon a través de este y propuestas por la representación de víctimas fueron objetadas, sin embargo, porque esto ocurra no significa que exista una falta de defensa, pues en primer lugar no hay una obligación para la defensa, sino un derecho a objetar y contrainterrogar según la sistemática propia de la Ley 906 del 2004, de otra parte indudable es que pese a que se formule mal una pregunta no por esto se debe objetar, pues puede resultar también una estrategia válida dejar que la otra parte cometa eventuales yerros a fin de poder luego capitalizar los mismos, conforme la estrategia de defensa, que aquí visto lo alegado por la defensa era ampararse en la presunción de inocencia.

Igualmente se debe resaltar que contrario a lo que considera la nueva defensa, no es que este sea un juicio en el que solo llegó prueba de referencia, y que la falta de oposición a esto pueda generar nulidad, pues los testigos que comparecen como ocurre con el médico y la psicóloga narran lo que oyeron decir a la menor, y que dejaron plasmado en los informes que ingresaron, que no son pruebas autónomas sino que hacen parte de la valoración que ellos hicieron como perito, y de lo que apreciaron directamente al examinar y entrevistar a la menor, tal y como de tiempo atrás lo aclarado la jurisprudencia al indicar<sup>7</sup>:

*Es decir, en este tipo de valoraciones, el perito suministra su conocimiento personal, no sobre los hechos que tipifican el delito, sino sobre la confiabilidad que le merece la*

---

<sup>7</sup> CSJ SP 21sept. 2011, rad. 36023

*narración que sobre los mismos le hace el menor, a partir de su formación técnica y científica y su experiencia en el tratamiento de estos casos, de donde no se trata de una prueba testimonial que merezca el calificativo de referencia, sino de un medio de convicción de índole pericial.*

*El testimonio del perito, tiene por objeto dar a conocer el análisis técnico desplegado por el experto sobre las manifestaciones de la víctima con base en factores como su comportamiento, actitud, forma de narrar los hechos y varios criterios fijados en los protocolos científicos, en orden a determinar si un menor ha sido o no abusado sexualmente. “Es así que el peritaje está encaminado a ofrecer un elemento de juicio de corte científico que, en todo caso, está sometido al tamiz de la sana crítica por parte del funcionario judicial”*

De otra parte, no fue con el dicho de la madre o abuela de la menor que la juez fundamenta su condena, sino en la valoración que se hizo del dicho de la menor y su corroboración con los otros medios de prueba, por ende mal se puede decir que se trate de una sentencia fundada exclusivamente en prueba de referencia, y esto pueda entonces entenderse como un motivo para decretar la nulidad, como lo reclama la nueva defensa del procesado.

No se puede entonces concluir que hubo una inactividad total de la defensora previa, pues se itera ella solicitó pruebas que se decretaron y practicaron en desarrollo del juicio, y agotado el debate probatorio presentó un alegato de conclusión, posible como es la de ampararse en la presunción de inocencia, así la defensa actual considere que se debió utilizar una estrategia totalmente diversa, de otra parte como ya se resaltó, el no conainterrogar u objetar preguntas, no se aprecia que provenga de la torpeza o falta de conocimiento de la abogada inicial, sino que aparece como un ejercicio plenamente válido de una posible estrategia de defensa, por lo mismo no se puede concluir que faltó una defensa efectiva y que la nulidad deprecada deba prosperar.

Que para quien ahora ostenta la defensa se debía objetar, conainterrogar y presentar oposiciones al ingreso de ciertos informes de los peritos que se presentaban al juicio, y que

se debió ejercer una estrategia de defensa diversa es una visión posible de cómo enfrentar el proceso, pero no un motivo suficiente para generar la nulidad de la actuación, pues como se viene señalando conforme a los derroteros trazados por la Corte Suprema de Justicia, una diferencia de cuál es la gestión óptima en la defensa no genera la invalidez de lo actuado, en efecto el Alto Tribunal precisa<sup>8</sup>.

*“... el censor construye una hipotética transgresión al derecho de defensa desde la percepción de lo que para él sería una gestión óptima, postura que, por sí misma, resulta inidónea para acreditar el cargo, porque la normatividad legal, ni la práctica judicial, establecen parámetros de estrategia que vinculen la actividad de los defensores en el proceso penal.”*

En este orden de ideas, los pedimientos de nulidad del recurrente no están llamados a prosperar y la sentencia materia de impugnación deberá ser confirmada.

Providencia discutida y aprobada por medios virtuales.

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

### **RESUELVE**

**PRIMERO: Confirmar** la sentencia materia de impugnación emitida el pasado 29 de enero del año en curso, por el Juzgado Promiscuo del Circuito de El Bagre en la que condenó a DAGOBERTO CHAVEZ FERNÁNDEZ como autor del delito de Acceso Carnal Abusivo.

---

<sup>8</sup> AP1809 del 2020.

Proceso No: 052506100210201880014

NI: 2021-0580

Acusado: DAGOBERTO CHAVEZ FERNÁNDEZ

Origen: Juzgado Promiscuo del Circuito de El Bagre

Delito: Acceso Carnal Abusivo

Decisión: confirma sentencia condenatoria.

**SEGUNDO.** Contra lo aquí resuelto procede el recurso extraordinario de casación, que debe interponerse dentro de los 05 días siguientes a la notificación de esta sentencia.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**Gustavo Adolfo Pinzón Jácome**

Magistrado Ponente

**Edilberto Antonio Arenas Correa**

Magistrado

**Nancy Ávila de Miranda**

Magistrada

**Alexis Tobón Naranjo**

Secretario

**Firmado Por:**

**Gustavo Adolfo Pinzon Jacome**

**Magistrado Tribunal O Consejo Seccional**

**Sala 007 Penal**

**Tribunal Superior De Antioquia**

**Nancy Avila De Miranda**

**Magistrado Tribunal O Consejo Seccional**

**Sala 003 Penal**

**Tribunal Superior De Antioquia**

Proceso No: 052506100210201880014

NI: 2021-0580

Acusado: DAGOBERTO CHAVEZ FERNÁNDEZ

Origen: Juzgado Promiscuo del Circuito de El Bagre

Delito: Acceso Carnal Abusivo

Decisión: confirma sentencia condenatoria.

**Edilberto Antonio Arenas Correa**

**Magistrado**

**Sala 001 Penal**

**Tribunal Superior De Antioquia**

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

Código de verificación:

**c9677d86b8b726eaff64e6c8dc7b9250d34bca330aa68e1b0624e909cac808eb**

Documento generado en 27/07/2021 04:03:06 p. m.

Proceso No: 05101600033020188008600      NI: 2021-0975  
Acusado: Yebraíl Yurgaky Victoria  
Origen: Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Ciudad Bolívar  
Delito: Lesiones personales culposas  
Decisión: Modifica

## TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE ANTIOQUIA

### SALA DE DECISIÓN PENAL

Proceso No: 05101600033020188008600      NI: 2021-0975  
Acusado: Yebraíl Yurgaky Victoria  
Origen: Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Ciudad Bolívar  
Delito: Lesiones personales culposas  
Decisión: Modifica  
Aprobado por medios virtuales mediante acta 122 del 27 de julio del 2021      Sala  
No: 6

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

Medellín, veintisiete de julio de dos mil veintiuno.

### OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

Resolver el recurso de apelación interpuesto por la defensa, contra la sentencia emitida el pasado 08 de junio del 2021, en la que se condenó a Yebraíl Yurgaky Victoria como autor del delito de Lesiones Personales Culposas.

### HECHOS

Fueron consignados así en la sentencia de primera instancia:

*“Se tiene que el día 16 de mayo de 2018, a eso de las 10:00 horas, en la vía La Mansa-Primavera, kilómetro 21+780, sector de Los Farallones del Municipio de Ciudad Bolívar –Antioquia-; el señor YEBRAÍL YURGAKY VICTORIA al conducir el vehículo automotor de Placas EGX521, realizó una maniobra imprudente y negligente cuando invadió el carril izquierdo contrario y lo estrelló contra lamotocicleta de Placa ATM44D conducida por MAURICIO DE JESÚS MONTOYA OLAYA, generando en éste deformidad física y perturbación funcional de carácter permanente.”*

Proceso No: 05101600033020188008600      NI: 2021-0975  
Acusado: Yebraíl Yurgaky Victoria  
Origen: Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Ciudad Bolívar  
Delito: Lesiones personales culposas  
Decisión: Modifica

### **ACTUACION PROCESAL RELEVANTE**

El pasado 05 de abril del 2021 se efectuó audiencia concentrada bajo los lineamientos de la Ley 1826 del 2017, en contra de YEBRAIL YURGAKY VICTORIA por el delito de Lesiones Personales Culposas, el 26 de mayo siguiente cuando debía iniciarse la audiencia de juicio oral, al ser interrogado el procesado sobre su aceptación de responsabilidad, éste manifestó que se allanaba a los cargos, razón por la cual no se continuó con el desarrollo del juicio y verificada la legalidad de dicha aceptación se dio curso a la audiencia de individualización de pena.

### **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.**

Contiene un recuento de la actuación procesal, un resumen de los elementos materiales probatorios aportados por la fiscalía y una mención a la aceptación de responsabilidad que hizo el acusado, para concluir que resulta posible entrar a emitir una sentencia condenatoria por el delito de Lesiones Personales Culposas, visto que YEBRAÍL YURGAKY VICTORIA al conducir el vehículo automotor de Placas EGX521, realizó una maniobra imprudente y negligente cuando invadió el carril izquierdo contrario y lo estrelló contra lamotocicleta de Placas ATM44D, conducida por MAURICIO DE JESÚS MONTOYA OLAYA, generando en éste deformidad física y perturbación funcional de carácter permanente.

Hizo entonces destinatario de una sentencia condenatoria al procesado, procediendo a tasar la pena de prisión para lo cual señaló inicialmente que vista que la incapacidad más grave es la de las lesiones personales descritas en el artículo 114, inciso segundo del Código Penal, debía partir de una pena de 48 a 144 meses de prisión, por lo que fijados los cuartos de movilidad y dentro del cuarto mínimo encontró procedente fijar una pena de 60 meses, a la que le hizo una rebaja de pena de 10 meses por la aceptación a cargos al momento de iniciar el juicio oral, quedando la misma en consecuencia en 50 meses de prisión, impuso igualmente la pena de prohibición de conducir vehículos automotores por un lapso de 16 meses, guardando las proporciones fijadas para la pena de prisión, y una de multa de 30 S.M.L.M.V, concediendo la suspensión condicionada de la ejecución de la pena de prisión, en atención a que se cumplía con los requisitos previstos en el artículo 63 del Código Penal.

Proceso No: 05101600033020188008600      NI: 2021-0975  
Acusado: Yebraíl Yurgaky Victoria  
Origen: Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Ciudad Bolívar  
Delito: Lesiones personales culposas  
Decisión: Modifica

### **APELACION.**

Inconforme con la sentencia de primera instancia, únicamente en lo que tiene que ver con la no suspensión de la ejecución de la pena de prohibición de conducir vehículos automotores, el abogado defensor interpone recurso de apelación, señalando que conforme a la jurisprudencia se hace extensiva a este tipo de penas la suspensión condicionada de la ejecución de la mismas, por ende debe aplicarse el mismo racero a dicha pena, visto que el Juez de Primera instancia encontró posible suspender la pena más grave que era la de prisión.

### **PARA RESOLVER SE CONSIDERA.**

Procede la Sala a ocuparse de si para el presente caso, resulta posible aplicar la suspensión condicionada de la ejecución de la pena de prohibición de conducir vehículos automotores que en un monto de 16 meses se impuso al condenado Yebraíl Yurgaky Victoria.

Previo a esto y aunque no es motivo de apelación, la Sala debe advertir un grave yerro en el proceso de tasación de la pena, toda vez que al fijar la misma sobre la cual establecería los cuartos de movilidad el fallador de primera instancia omitió dar aplicación al artículo 120 del Código Penal, visto que la conducta se imputaba en la modalidad culposa.

En efecto se aprecia en la sentencia que se partió de la pena prevista en el artículo 114 inciso 2º del Código Penal, que oscila entre 48 y 144 meses de prisión y multa de 34.66 a 54 salarios mínimos legales mensuales vigentes, conforme el incremento punitivo previsto en la Ley 890 del 2004, sin embargo, como ya se advirtió se omitió dar aplicación a lo previsto en el artículo 120 del Código Penal, que dada la modalidad culposa en la que se imputaron los cargos da lugar a una rebaja de pena de las 4/5 a las ¾ partes de la pena, con lo que los cuartos de movilidad conforme a la regla prevista en el artículo 60 numeral 5º del referido Estatuto Punitivo, la mayor rebaja que es de las 4/5 partes se aplica al mínimo, con lo que queda en 9.6 meses y la menor rebaja que es de las ¾ partes se aplica al máximo, con lo que la pena queda en 36 meses de prisión.

En consecuencia, la pena de prisión de la que debía partirse oscila entonces entre 09 meses y 18

días y 36 meses, y la pena de multa a la que debe aplicarse igual disminución conforme a lo previsto en el artículo 120 del Código Penal, quedará entre 6,93 y 13.5 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

En ese orden de ideas, el rango de movilidad de la pena privativa de la libertad es de 26 meses y 12 días, por lo que cada cuarto de pena es de 6 meses y 18 días, así las cosas, el cuarto mínimo en el que se ubicó el fallador de primera instancia va de 9 meses y 18 días y 16 meses y 6 días.

En cuanto a la pena de multa tenemos que el rango de movilidad es de 6.57 salarios mínimos legales mensuales vigentes, por lo tanto, cada cuarto de movilidad es de 1.64 salarios mínimos legales mensuales, quedando entonces el primer cuarto entre 6,93 y 8.57 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Guardando la proporción en la que el fallador de primera instancia se apartó del límite inferior en la errónea tasación de la pena, y sobre esta realizó un incremento de 12 meses sobre dicho límite, encontramos que lo correcto sería entonces realizar un incremento de 01 mes, con lo que la pena de prisión quedaría entonces en 10 meses y 18 días y la pena de multa manteniendo la misma proporción queda en 7.2 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Ahora, como quiera que se dio aceptación de cargos al momento del inicio del juicio, hay lugar a una rebaja de pena de 1/6 parte, conforme a lo dispuesto en el artículo 367 de la Ley 906 del 2004, por lo que la pena de prisión que se impone queda entonces en 08 meses y 25 días y la de multa queda en 6 S.ML.M.V.

En cuanto a la pena de prohibición de conducir vehículos automotores, esta conforme a lo previsto en el artículo 120 del Código Penal va de 16 a 54 meses, el fallador de primera instancia sin mayor explicación la fijó en 16 meses, que es el mínimo previsto por el legislador, pero omitió realizar la rebaja por aceptación a cargos al inicio del juicio, que como ya se anunció es de 1/6 parte, por lo que lo procedente es entrar a realizar la correspondiente corrección, no pudiéndose apartar del mínimo previsto en la ley, pues esto implicaría desconocer los límites trazados en la sentencia de

Proceso No: 05101600033020188008600      NI: 2021-0975  
Acusado: Yebraíl Yurgaky Victoria  
Origen: Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Ciudad Bolívar  
Delito: Lesiones personales culposas  
Decisión: Modifica

primera instancia, y aunque de oficio se está corrigiendo la pena de manera alguna so pena de la legalidad, se puede hacer más gravosa la situación del procesado, en consecuencia, la pena de prohibición de conducir vehículos automotores debe quedar en 13 meses y 10 días.

Aclarado entonces cuales son los montos de pena legales, lo siguiente es establecer si la concesión del subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena de prisión era posible como consta en la sentencia de primera instancia, lo que a primera vista resultaba ilegal pues la pena que se imponía allí era de 50 meses, que es superior al mínimo que por ley se exige conforme el artículo 63 del Código Penal, sin embargo, como ya se corrigió la pena el requisito objetivo resulta más que satisfecho y el análisis sobre los otros requisitos previstos en la ley para conceder tal beneficio resultan acertados, por lo que procedente es conceder la suspensión condicionada de la ejecución de la pena de prisión.

Ahora, en lo que tiene que ver con la otra pena principal de prohibición de conducir vehículos automotores, el señor Juez de Primera instancia ningún pronunciamiento hizo al respecto, con lo evidente es que hay una aparente situación de indefinición sobre si en efecto la misma debe ejecutarse o está igualmente cobijada por la suspensión de la pena privativa de la libertad.

La Ley 599 del 2000 en su artículo 63, establece que la ejecución de la pena privativa de la libertad impuesta se suspenderá cuando concurren determinadas exigencias, de donde podría concluirse que el instituto de la condena de ejecución condicional alude únicamente a la pena de prisión, no así a las demás. Esta normativa también señala que el juez podrá exigir el cumplimiento de las penas no privativas de la libertad concurrentes con esta, y de allí resultaría válido predicar que salvo determinación en contrario por parte del juez, la suspensión condicional de la ejecución de la pena de prisión suspende también las sanciones no privativas de la libertad, y si el juez considera que tal suspensión no debe cobijar las penas diversas a la de prisión, así deberá señalarlo de forma expresa y motivada, caso en el cual pese a operar el subrogado con relación a la pena privativa de la libertad, se ejecutará de manera incondicional el cumplimiento de las sanciones de naturaleza diversa a la mencionada.

Tal planteamiento es el que acoge la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia <sup>1</sup>al indicar:

*«El artículo 63 de la Ley 599 de 2000 expresamente señala que “la ejecución de la pena privativa de la libertad impuesta” (subrayas fuera de texto) se suspenderá cuando concurren determinadas exigencias, de donde podría colegirse sin una interpretación integral, que el instituto de la condena de ejecución condicional alude únicamente a la pena de prisión, no así a las demás.*

*«A su vez, el inciso 4º del mismo precepto señala que dicha suspensión en la ejecución de la pena “no será extensiva a la responsabilidad civil derivada de la conducta punible”, disposición razonable en la medida en que la indemnización de los perjuicios no corresponde a una pena, sino a una consecuencia derivada de la comisión del delito en cuanto fuente de obligaciones.*

*«No obstante, el inciso 5º de la norma en comento señala con claridad que “El juez podrá exigir el cumplimiento de las penas no privativas de la libertad concurrentes con ésta” (subrayas fuera de texto), de donde se desprende que:*

*«(i) Salvo determinación en contrario por parte del juez, la suspensión condicional de la ejecución de la pena de prisión suspende también las sanciones no privativas de la libertad.*

*«(ii) Si el juez considera que tal suspensión no debe cobijar las penas diversas ala de prisión, así deberá señalarlo de forma expresa y motivada, caso en el cual, pese a operar el subrogado con relación a la pena privativa de la libertad, se ejecutará de manera incondicional el cumplimiento de las sanciones de naturaleza diversa a la mencionada.*

*«De lo expuesto se concluye que si en este asunto el a quo, luego de verificar el cumplimiento de los requisitos objetivos y subjetivos para acceder al mencionado subrogado, dispuso la suspensión condicional de la ejecución de la pena impuesta a EVER ENRIQUE DOMÍNGUEZ BERMÚDEZ sin detenerse a exigir el cumplimiento de las otras sanciones no privativas de la libertad – decisión confirmada en segunda instancia –, es evidente que la ejecución de la pena accesoria de privación del derecho a conducir vehículos automotores también le fue suspendida condicionalmente, es decir, le puede ser revocada en caso de incumplimiento de las obligaciones establecidas para acceder al subrogado penal ”*

---

<sup>1</sup> Sentencia del 9 de mayo de 2011, radicado 36350

Esta posición fue reiterada por la Alta Corporación<sup>2</sup> al indicar:

*“i. Salvo determinación en contrario por parte del juez, la suspensión condicional de la ejecución de la pena de prisión suspende también las sanciones no privativas de la libertad y*

*ii. Si el juez considera que tal suspensión no debe cobijar las penas diversas a la de prisión, así deberá señalarlo de forma expresa y motivada, caso en el cual, pese a operar el subrogado con relación a la pena privativa de la libertad, se ejecutará de manera incondicional el cumplimiento de las sanciones de naturaleza diversa a la mencionada.”*

En este orden de ideas, si el fallador de primera instancia no dijo que en efecto debía ejecutarse la pena no privativa de la libertad de prohibición de conducir vehículos automotores, esta resulta también cobijada por la suspensión condicionada que se concedió respecto de la pena de prisión, así las cosas, deberá modificarse en este punto igualmente la sentencia materia de apelación, señalando que dicha pena se encuentra también cobijada por la suspensión condicionada de la ejecución de la misma.

En cuanto al período de suspensión que el fallador de primera instancia fijó en 24 meses, y para el cual además estableció un pago de una caución, la Sala no encuentra motivo alguno para realizar modificación alguna, pues aunque la pena que en esta instancia se corrige resulta ser inferior a 24 meses, el período de prueba conforme se desprende del contenido del artículo 63 del Código Penal, no podrá ser inferior a 02 años.

Proyecto discutido y aprobado por medios virtuales.

---

<sup>2</sup> Sentencia SP-33662018 (50961), ago. 15/18.

Proceso No: 05101600033020188008600      NI: 2021-0975  
Acusado: Yebrail Yurgaky Victoria  
Origen: Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Ciudad Bolívar  
Delito: Lesiones personales culposas  
Decisión: Modifica

En mérito y razón de lo expuesto la Sala Penal del Tribunal Superior de Antioquia, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley.

**RESUELVE:**

**PRIMERO.** Modificar la sentencia materia de impugnación, señalando que la pena que debe soportar YEBRAIL YURGAKY VICTORIA, como autor y responsable del delito de Lesiones Personales Culposas, lo es de 08 meses y 25 días de prisión, multa por un valor de 06 S.M.L.M.V., la prohibición para conducir vehículos automotores por el término de 13 meses y 10 días, y la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término de la pena de prisión.

**SEGUNDO.** La suspensión condicionada de la ejecución de la pena con un período de prueba de 24 meses, previo el pago de la caución establecida en la sentencia de primera instancia, comprende tanto la pena de prisión como la prohibición de conducir vehículos automotores, conforme a lo precisado en la presente sentencia.

En todo lo demás rige la sentencia de primera instancia.

**TERCERO.** Contra la presente sentencia procede el recurso extraordinario de casación, que deberá interponerse dentro de los 05 días siguientes a la notificación de la presente sentencia.

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

**Gustavo Adolfo Pinzón Jácome**

Proceso No: 05101600033020188008600      NI: 2021-0975  
Acusado: Yebraíl Yurgaky Victoria  
Origen: Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Ciudad Bolívar  
Delito: Lesiones personales culposas  
Decisión: Modifica

**Magistrado**

**Edilberto Antonio Arenas Correa**  
Magistrado

**Nancy Ávila de Miranda**  
Magistrada

Proceso No: 051060003302188008600

NI: 2021-

Acusado: Yerbal Yurgaky Victoria

Origen: Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Ciudad  
Bolívar

Delito: Lesiones personales culposas

Decisión: Modifica

**Firmado Por:**

**Gustavo Adolfo Pinzon Jacome**

**Magistrado Tribunal O Consejo Seccional**

**Sala 007 Penal**

**Tribunal Superior De Antioquia**

**Nancy Avila De Miranda**

**Magistrado Tribunal O Consejo Seccional**

**Sala 003 Penal**

**Tribunal Superior De Antioquia**

**Edilberto Antonio Arenas Correa**

**Magistrado**

**Sala 001 Penal**

**Tribunal Superior De Antioquia**

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

Proceso No: 051060003302188008600

NI: 2021-

Acusado: Yerbal Yurgaky Victoria

Origen: Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Ciudad  
Bolívar

Delito: Lesiones personales culposas

Decisión: Modifica

Código de verificación:

**f821e35520d2fcea930cfe1ac009fe8e4030dcb9167d4a6757dc5035bac99490**

Documento generado en 27/07/2021 04:02:45 p. m.

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE ANTIOQUIA**

**SALA DE DECISIÓN PENAL**

**Proceso No:** 050453104002202122900      **NI:** 2021-0984-6  
**Accionante:** JAIR DAVID ESCOBAR VARGAS  
**Accionada:** ARL POSITIVA Y OTRO  
**Decisión:** Anula  
**Aprobado Acta No.:** 133 del 28 de julio del 2021  
**Sala No:** 6

Magistrado Ponente

**Dr. GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME**

Medellín, julio veintiocho del año dos mil veintiuno

**VISTOS**

Procede la Sala a resolver la impugnación presentada por el señor Jair David Escobar Vargas, en contra de la providencia proferida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Apartadó (Antioquia) el pasado 17 de junio de la presente anualidad, que negó los derechos fundamentales al mínimo vital y al trabajo, presuntamente vulnerados por parte de la ARL Positiva Compañía de Seguros.

**LA DEMANDA**

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

*“JAIR DAVID ESCOBAR VARGAS, instauró acción de tutela en contra de la ARL POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS y NUEVA EPS, para que por el procedimiento preferente y sumario se le proteja el derecho constitucional fundamental a la Vida, al mínimo vital y a la Seguridad Social.*

*Desde hace varios años ha venido sufriendo de varios accidentes de trabajo por los cuales la NUEVA EPS le ha transcripto incapacidades por accidente de trabajo ya que según el, la ARL POSITIVA no le ha notificado ni a él ni a NUEVA EPS calificación para realizar el recurso de apelación, pues considera todavía no se ha recuperado al 100%.*

*Dice que Inicialmente comenzó siendo atendido por la ARL POSITIVA y en un dejaron de atenderlo porque “según ellos, lo mío era simple” y que se encontraba en condiciones de seguir laborando y lo mandaron a laborar sin hacerle la calificación de pérdida de capacidad laboral y los exámenes requeridos a todos los accidentes.*

*Menciona que a raíz del accidente se le partieron varios dientes y le afectaron se le afectaron otras partes de su cabeza y no puede dormir en las noches, no puede masticar bien siento dolores de cabeza, dolores de espalda y en las manos que me impiden trabajar,*

*Dice que el día 31 de mayo del 2021, radique 3 incapacidades fecha inicio 02-03-2021 al 31-03- 2021., del 01-04-2021 al 30-04-2021 y del 01-05-2021 al 30-05-2021 y el día 29 de marzo había radicado 2 incapacidades fecha inicio 03-09-2020 al 02-10-2020., del 03-10-2020 al 01-11- 2020 Para pago y todas fueron objetadas porque bajo el fundamento de estar calificado, cuenta que ARL POSITIVA dice que ya estoy calificado con el 0.00% pero indica no tener conocimiento, que nunca me fue notificado de dicha calificación que ya que la ha pedido en varias ocasiones y nunca se la mandan para hacer la apelación.*

### **PRETENSIONES**

*Tutelar su Derecho Constitucional Fundamental y que se ordene a la entidad accionada ARL POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS, proceda a pagar las incapacidades generadas desde 03 de septiembre del 2021 hasta 30 de mayo del 2021 y todas las que se sigan generando integralmente.”*

## **TRÁMITE Y MATERIAL PROBATORIO RECAUDADO**

Admitida la acción de tutela el día 9 de junio del año 2021, se corrió traslado a la ARL Positiva Compañía de Seguros y a la Nueva EPS.

La apoderada del representante legal de la ARL Positiva Compañía de Seguros, manifestó que el accionante presentó un evento el día 2 de julio de 2019 calificado como de origen laboral, con el diagnostico S015 HERIDA EN CAVIDAD BUCAL LABIO SUPERIOR, así mismo, que fue calificado por esa ARL con una pérdida de capacidad laboral del 0,0% mediante dictamen 2213596 del 28 de abril de 2020, notificado al accionante el 18 de diciembre de 2020 y confirmado por el usuario el mismo día, al no haber sido recurrido el dictamen quedó en firme el 6 de agosto de 2020.

Indicó que han sido canceladas todas las incapacidades temporales generadas en favor del señor Escobar Vargas y expedidas por los médicos adscritos a la red de servicios de esa ARL, las cuales eran de su competencia.

Señaló que frente a las incapacidades que son motivo del presente trámite constitucional, es decir las comprendidas entre el 3 de septiembre de 2020 al 30 de mayo de 2021, a esa ARL no le corresponde su reconocimiento y pago pues las mismas fueron generadas por un médico particular.

Que el 29 de marzo de 2021 el demandante remitió las incapacidades en los periodos antes descritos en certificados transcritos por la Nueva EPS, pero el equipo de auditoria de esa entidad objetó su reconocimiento entendiendo que no existe justificación en la emisión de esos periodos de incapacidad, una vez se produjo la calificación de la pérdida de la capacidad laboral del 0,0% la cual se encuentra en firme.

Reiteró su posición en cuanto a los periodos de incapacidad comprendidos entre el 2 de marzo de 2021 al 31 de marzo de 2021; 1 de abril de 2021 al 30 de abril y 1 de mayo de 2021 al 30 de mayo de 2021, en el entendido de que

esa pérdida de capacidad laboral se efectuó el 28 de abril de 2020 la cual demuestra la inexistencia de secuelas o deficiencias funcionales derivadas del evento laboral, dejando como resultado que no requiere prestaciones asistenciales o económicas, considerando resuelto el diagnostico S015 HERIDA EN CAVIDAD BUCAL LABIO SUPERIOR.

Por último, solicita se nieguen las pretensiones presentadas por el señor Jair David Escobar Vargas ya que la ARL Positiva ha realizado lo necesario de acuerdo al marco de sus competencias.

### **LA SENTENCIA IMPUGNADA**

Contiene un recuento de los antecedentes que motivaron la acción constitucional y el trámite impartido, luego el Juez *a-quo*, analizó el caso en concreto.

Comienza su relato manifestando que las incapacidades son un auxilio económico que se le otorga a un trabajador por sufrir una discapacidad laboral procedente de un accidente laboral o común, con el fin de salvaguardar su derecho al mínimo vital.

Que se puede extractar del material probatorio que el origen de la patología en primera instancia se consideró laboral, por lo cual en su momento la ARL garantizó las prestaciones asistenciales y económicas, quedó acreditado que el señor Escobar Vargas fue calificado, determinando una pérdida de capacidad laboral del 0,0% razón por la cual no fueron prescritas más incapacidades y fue reintegrado a la vida laboral.

Que si bien los certificados médicos hacen alusión a herida en la cavidad bucal mencionada en el accidente laboral, las misma fueron expedidas por un médico particular, además existe una pérdida de capacidad laboral donde se determinó que no existe disminución de la misma, y que el accidente no dejó secuelas en la salud del afiliado, por lo que si al accionante se le han generado

incapacidades estas no son derivadas del accidente laboral, pues son producto de una patológica de origen común las cuales deberán ser tramitadas ante la EPS en un nuevo proceso médico.

Por lo anterior consideró improcedente el amparo incoado por el demandante ante la falta de vulneración de derechos fundamentales.

### **LA APELACIÓN**

Inconforme con la determinación de primer grado, el señor Jair David Escobar Vargas impugnó el fallo de primer grado.

Manifiesta su inconformidad en las resultas del fallo de primera instancia pues el mismo carece de congruencia, que las consideraciones del juez de instancia fueron erradas.

Asegura que no le han notificado el certificado de pérdida de capacidad laboral. Así mismo, solicita que se le continúe cancelando las incapacidades generadas y no canceladas, ordenando su reconocimiento a la entidad encargada del pago de dichas acreencias económicas.

Que esas incapacidades significan el sostén de su familia, relata que aún continúa padeciendo de una enfermedad laboral derivada del accidente de trabajo, por lo que solicita se revoque el fallo de primera instancia y en consecuencias se le tutelen sus derechos a la vida digna y al mínimo vital.

### **CONSIDERACIONES DE LA SALA**

Esta Corporación observa que si bien en la acción tutela rige el principio de informalidad, éste no es absoluto y es necesario satisfacer ciertos presupuestos básicos para evitar una decisión que no proteja los derechos fundamentales, entre ellos la integración de la causa pasiva.

Al respecto la Corte Constitucional en auto 287 del 06 de junio del 2019, señaló:

***“Debida integración del contradictorio en sede de tutela. Reiteración de jurisprudencia”***

*“5. Llegado a este punto, es importante resaltar que la jurisprudencia constitucional, de forma unívoca y consistente, señala que la falta de integración del contradictorio en tutela, no implica de entrada retrotraer la actuación judicial hasta su inicio. En algunos casos, un proceder semejante puede comprometer “desproporcionadamente los derechos fundamentales del respectivo accionante” [55].*

*“Si bien se ha estimado que, sin lugar a dudas, la falta de notificación de las decisiones en tutela, y específicamente del auto admisorio de la demanda, compromete el debido proceso de quien no fue enterado de las determinaciones del juez y de la existencia del proceso, y que ello impone la declaratoria de nulidad de lo actuado en el proceso; en sede de tutela ello no opera en forma automática, dados los bienes jurídicos que están en juego[56] y en atención a “los principios de economía y celeridad procesal que guían el proceso tutelar”[57].”*

*“6. En suma, ante la falta de notificación de las partes o de terceros con interés legítimo en el proceso de tutela, en sede de revisión existen dos opciones[58]. La Sala de Revisión puede optar, bien por (i) devolver el proceso a la primera instancia para efecto de que se rehaga el proceso o bien, (ii) en virtud de la urgencia de la protección constitucional y ante una situación que a primera vista pueda considerarse apremiante, por vincular directamente a quien no fue llamado al proceso.”*

*“La segunda opción, que se orienta por la vinculación en sede de revisión, implica que las personas vinculadas renunciarían a su derecho a controvertir la decisión que se adopte, sea o no desfavorable a ellas. Bajo esa perspectiva, la Corte ha sostenido que, de asumir esta postura, las distintas salas de revisión deben obrar conforme lo normado en el artículo 137 del C.G.P. y advertir la nulidad, junto con la posibilidad de que las personas vinculadas decidan si es de su interés proseguir con el trámite, o*

*reclamar la reiniciación del mismo con el objetivo de lograr participar en él y fortalecer el debate ante los jueces de instancia.”*

*“Esta postura ha sido reiterada en múltiples pronunciamientos que destacan, como lo recordó el Auto 281A de 2010[59], que el uso excepcional de la vinculación directa en sede de revisión implica que las circunstancias de hecho lo ameriten.”*

*“7. Cuando la persona vinculada solicita la nulidad, en resguardo de su derecho al debido proceso, resulta imperioso remitir el expediente a la sede judicial de primera instancia para que se surta, nuevamente, el trámite de instancia y se asegure la comparecencia de quien no había sido convocado al proceso y no pudo materializar su derecho a la defensa[60]. Lo anterior en el entendido de que, aun en los eventos en los cuales es urgente la protección constitucional, el debido proceso es una garantía que no puede ser restringida a los sujetos involucrados en el proceso constitucional de tutela[61].”*

Es así, como cuando durante el proceso de tutela la causa pasiva ha sido integrada incorrectamente o una parte con un interés legítimo no ha sido notificada, la Corte Constitucional ha encontrado que se configura una causal de nulidad del proceso de tutela y ha considerado que el procedimiento adecuado consiste en devolver el expediente al juez de instancia, con la finalidad que subsane el vicio y se integre correctamente el contradictorio.

En el presente caso una vez revisada la actuación, se observa que si bien la acción de tutela se dirigió en contra de la ARL Positiva, lo cierto es que el despacho de instancia omitió vincular al contradictorio a la Administradora de Pensiones y Cesantías donde se encuentra afiliado el accionante, dado que en la respuesta de tutela la ARL Positiva manifestó que las incapacidades objeto del presente trámite eran mayores a los 180 días, además porque la administradora puede resultar afectada en el trámite de la presente solicitud de amparo.

En consecuencia, se hace necesario vincular a la Administradora de Pensiones y Cesantías en la cual se encuentra afiliado el accionante, debido a que puede

verse inmersa en las resultas de la presente acción constitucional, además establecer con claridad la responsabilidad en el pago de las incapacidades que se reclaman.

Por las razones expuestas anteriormente, se decretará la nulidad de la actuación viciada, que en este preciso caso es la que se surtió a partir del auto proferido por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Apartadó el pasado 9 de junio de 2021, dejando a salvo las pruebas que obran en el expediente, con la finalidad de que se integre correctamente la causa pasiva en el proceso de la referencia.

Así las cosas, se dispondrá la remisión del asunto al Juzgado Segundo Penal del Circuito de Apartadó (Antioquia), para que en su lugar imprima el trámite correspondiente.

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

#### **RESUELVE**

**PRIMERO: DECLARAR LA NULIDAD** de todo lo actuado, a partir del auto proferido por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Apartadó (Antioquia), el pasado 9 de junio de 2021, con excepción de las pruebas practicadas conforme lo expuesto en precedencia.

**SEGUNDO:** En consecuencia, se ordena remitir de inmediato las presentes diligencias al Juzgado Segundo Penal del Circuito de Apartadó (Antioquia), para que imprima el trámite correspondiente.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE**

**Gustavo Adolfo Pinzón Jácome**  
Magistrado Ponente

**Edilberto Antonio Arenas Correa**  
Magistrado

**Nancy Ávila de Miranda**  
Magistrada

**Alexis Tobón Naranjo**  
Secretario

**Firmado Por:**

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

**NANCY AVILA DE MIRANDA**  
**MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL**  
**TRIBUNAL SUPERIOR SALA 003 PENAL DE ANTIOQUIA**

**EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA**  
**MAGISTRADO**  
**TRIBUNAL 001 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:  
**266ae3c3eb484fde5dad5a143d5c242348dace5f19684ad37dbfc928b9f136d1**

Documento generado en 28/07/2021 02:19:29 p. m.

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

**Proceso N°:** 050002204000202100299 **NI:** 2021-0789-6  
**Accionante:** DUBAN ARLEY AMAYA ELORZA  
**Accionado:** JUZGADO PRIMERO DE EJECUCIÓN DE PENAS Y MEDIDAS DE  
SEGURIDAD DE ANTIOQUIA Y OTROS  
**Asunto:** Incidente de desacato  
**Decisión:** Se abstiene de sancionar  
**Aprobado Acta No.:** 133 de julio 28 del 2021 Sala 6

Magistrado Ponente:

**Dr. GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME**

Medellín, julio veintiocho del año dos mil veintiuno

**VISTOS**

Mediante la presente providencia procede esta Sala a desatar el trámite de incidente de desacato a fallo de tutela, promovido por el señor Duban Arley Amaya Elorza, en contra del del Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia, Juzgado Quinto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Medellín y del Centro de Servicios de los Juzgados de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Medellín y Antioquia.

**DEL INCIDENTE DE DESACATO**

Presenta el accionante escrito ante esta Corporación, donde demanda se inicie trámite incidental en contra de los accionados, por cuanto a la fecha de presentación de la solicitud no se había dado cumplimiento a lo ordenado por esta Sala en el fallo de tutela aprobado mediante acta N° 96 del día 3 de junio de 2021, providencia que amparó sus derechos fundamentales de habeas

data, debido proceso, al buen nombre, a la igualdad, a la privacidad y al trabajo.

### **ACTUACIÓN PROCESAL**

A través de auto del pasado 30 de junio del año que avanza, se procedió a requerir previamente al Dr. Nicolas Yepes Puerta Juez Quinto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia, Dr. Jairo Guarín Arenas Juez Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia y al Dr. Alexis Quiroga Molina secretario del Centro de Servicio de los Juzgados de Ejecución de Medellín y Antioquia, con el objeto de que procedieran a pronunciarse en torno a la solicitud presentada por el señor Duban Arley Amaya Elorza, además, para que aportaran las pruebas del cumplimiento a lo ordenado por esta Sala.

Así las cosas, durante el interregno se recibieron pronunciamientos de las entidades incidentadas, así es como el Juez Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia, manifestó que ha cumplido con su deber dentro de lo ordenado en el fallo de tutela aludido, lo cual consta en auto N° 1441 del 29 de junio de 2021, por medio del cual requirió al secretario del centro de servicios para que procediera anonimizar en el sistema de gestión abierto de la Rama Judicial el proceso identificado con el número CUI 056866000347201280065.

El titular del Juzgado Quinto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Medellín (Antioquia), informó que por medio de auto del día 8 de junio de 2021 había solicitado al centro de servicios celeridad en ocultar la información concerniente al señor Amaya Elorza.

Posteriormente, se recibió escrito efectuado por el señor Duban Arley Amaya Elorza donde informaba sobre el incumplimiento al fallo de tutela, pues los despachos judiciales accionados no acataban lo ordenado en el fallo de tutela proferido en su favor.

Es así como esta Magistratura procedió a dar apertura formal al trámite incidental, requiriendo nuevamente a los obligados a cumplir con la orden señalada en el fallo de tutela, otorgándoles nuevamente 3 días para informar las razones de su proceder.

Así las cosas, el titular del Juzgado Primero de Ejecución Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia, insistió en el cumplimiento al fallo de tutela en cuanto a su competencia, así mismo, que le brindó respuesta al incidentante por medio del auto 1638 donde se le comunicó sobre el cumplimiento a la orden judicial.

Por su parte el Juzgado Quinto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Medellín (Antioquia), itera lo manifestado en respuesta al requerimiento efectuado, pregonando su cumplimiento.

En consecuencia y con el fin de indagar acerca del cumplimiento a la orden tutelar, se auscultó en la consulta pública de la Rama Judicial, donde se evidencia que efectivamente por parte del Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia, el Juzgado Quinto de Ejecución de Penas de Medellín y el centro de servicios, acataron lo ordenado en el fallo de tutela objeto del presente trámite, esto es, anonimizando las anotaciones dentro del proceso penal identificado con el número CUI 056866000347201280065, aun así, permanece una anotación del Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Antioquia, donde el último registro se efectuó en el año 2018 en el cual hace constar que recibieron el proceso proveniente del juzgado de ejecución quien extinguió de la condena.

### **CONSIDERACIONES DE LA SALA**

Teniendo en cuenta que la finalidad de la acción de tutela es la protección eficaz e inmediata de los derechos fundamentales, frente a las agresiones o amenazas de las que sean objeto por la acción u omisión de las autoridades públicas y eventualmente por particulares, claro deviene el deber del Juez

Constitucional para garantizar tal propósito, aún con posterioridad a la decisión de amparo.

Esto por cuanto su labor no se limita a impartir una orden que formalmente proteja los derechos de quienes acuden a este mecanismo, sino que se extiende a la obligación de velar por la efectividad de las medidas adoptadas; y en ese sentido, a agotar todas las posibilidades a su alcance, hasta lograr que la decisión materialmente produzca el resultado esperado.

Ahora bien, encontramos que el artículo 52 del Decreto 2591 de 1991, estableció que *“La persona que incumpliere una orden de un juez proferida con base en el presente Decreto incurrirá en desacato sancionable con arresto hasta de seis meses y multa hasta de veinte salarios mínimos mensuales, salvo que en este Decreto ya se hubiere señalado una consecuencia jurídica distinta y sin perjuicio de las sanciones penales a que hubiere lugar”*.

Adicionalmente señala la norma en cita que *“La sanción será impuesta por el mismo juez mediante trámite incidental y será consultada al superior jerárquico quien decidirá dentro de los tres días siguientes si debe revocarse la sanción.”*

De tal norma emanan dos facultades del Juez de tutela, la primera de ellas es velar por su efectivo cumplimiento para lo cual puede disponer de mecanismos ágiles, eficaces y oportunos para obligar a la autoridad o persona que violó o desconoció un derecho fundamental, y destinatario de una orden, para que cumpla con lo dispuesto por el funcionario judicial y restablezca, en los términos fijados por él, el derecho violado o amenazado y, como segundo, la potestad sancionatoria como reflejo de su poder disciplinario, que aun siendo una de las maneras extremas para lograr el cumplimiento de la decisión, no agota la obligación del Juez para alcanzar ese propósito.

Así las cosas, le corresponde a esta Sala determinar la responsabilidad de los despachos accionados, en el incumplimiento de la orden impartida en el fallo

de tutela del pasado 3 de junio de 2021, donde se tutelaron los derechos fundamentales invocados por el señor Duban Arley Amaya Elorza.

En el presente asunto, no observa la Sala la intención del Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia, del Juzgado Quinto de Ejecución de Penas de Medellín y del centro de servicios, de sustraerse deliberadamente al cumplimiento del fallo de tutela proferido el pasado 3 de junio de 2021, pues realizaron todas las gestiones tendientes a la ejecución del mismo, y en la actualidad las actuaciones correspondientes a esos despachos fueron anonimizadas, lo que deriva de una consulta privada, tal como fue ordenado en el fallo de tutela referido.

Al respecto la Corte Constitucional en sentencia T-271 del 12 de mayo del 2015, señaló:

*“En el trámite del desacato siempre será necesario demostrar la responsabilidad subjetiva en el incumplimiento del fallo de tutela. Sobre el particular esta Corporación ha señalado:”*

*“30.- Así mismo, el juez de tutela al tramitar el respectivo incidente tiene el deber constitucional de indagar por la presencia de elementos que van dirigidos a demostrar la responsabilidad subjetiva de quien incurre en desacato, por tanto dentro del proceso debe aparecer probada la negligencia de la persona que desconoció el referido fallo, lo cual conlleva a que no pueda presumirse la responsabilidad por el sólo hecho del incumplimiento. De acuerdo con ello, el juzgador tiene la obligación de determinar a partir de la verificación de la existencia de responsabilidad subjetiva del accionado cuál debe ser la sanción adecuada – proporcionada y razonable – a los hechos[50].”*

*“31.- De acuerdo con las anteriores consideraciones se tiene que, al ser el desacato un mecanismo de coerción que surge en virtud de las facultades disciplinaria de los jueces a partir de las cuales pueden imponer sanciones consistentes en multas o arresto, éstas tienen que seguir los principios del derecho sancionador. En este orden de ideas, siempre será necesario demostrar que el incumplimiento de la orden fue producto de la existencia de responsabilidad subjetiva por parte del accionado, es decir, debe haber negligencia comprobada de la persona para el incumplimiento del fallo, quedando eliminada la presunción de la responsabilidad por el sólo hecho del incumplimiento.”*

*“32.- En este punto cabe recordar que, la mera adecuación de la conducta del accionado con base en la simple y elemental relación de causalidad material conlleva a la utilización del concepto de responsabilidad objetiva, la cual está prohibida por la Constitución y la Ley en materia sancionatoria. Esto quiere decir que entre el comportamiento del demandado y el resultado siempre debe mediar un nexo causal sustentado en la culpa o el dolo.” [51] (Subrayas fuera de texto).”*

*“Así las cosas, el solo incumplimiento del fallo no da lugar a la imposición de la sanción, ya que es necesario que se pruebe la negligencia o el dolo de la persona que debe cumplir la sentencia de tutela.”*

De acuerdo a lo anterior, se tiene entonces que al no encontrarse demostrada la negligencia o el dolo por parte del Dr. Nicolas Yepes Puerta Juez Quinto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Medellín, Dr. Jairo Guarín Arenas Juez Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia, y el Dr. Alexis Quiroga Molina secretario del Centro de Servicio de los Juzgados de Ejecución de Medellín y Antioquia, en el cumplimiento de la sentencia de tutela del pasado 3 de junio de 2021, esta Sala de Decisión, se abstendrá de imponer sanción con ocasión del presente trámite incidental propuesto por el señor Duban Arley Amaya Elorza.

Así las cosas, se avizora que el accionante dirigió solicitud de amparo ante el Juzgado Primero de Ejecución de Penas de Antioquia, el Juzgado Quinto de Ejecución de penas y medidas de seguridad de Medellín y del Centro de Servicios Administrativos de los Juzgados de Ejecución de Medellín y Antioquia, despachos a quienes se les dio la orden judicial, los mismos que según el material probatorio recopilado acataron el aludido fallo constitucional.

Por otra parte, relativo a la anotación del Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Antioquia, deberá el actor elevar solicitud ante ese despacho con el fin de anonimizar los datos personales que permitan identificar al señor Duban Arley Amaya Elorza en la búsqueda judicial de la página web abierta, consistiendo en la única anotación pendiente por ocultar, ya que este despacho judicial no fue parte en el presente trámite constitucional.

Las razones anteriores, son suficientes para que el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE ANTIOQUIA, EN SALA DE DECISIÓN PENAL,**

**R E S U E L V A**

**PRIMERO: ABSTENERSE** de imponer sanción en el presente incidente de desacato propuesto por el señor Duban Arley Amaya Elorza, por el presunto incumplimiento al fallo de tutela del pasado 3 de junio del año que avanza.

**SEGUNDO: ARCHIVAR** las presentes diligencias.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE**

**Gustavo Adolfo Pinzón Jácome**  
Magistrado

**Edilberto Antonio Arenas Correa**  
Magistrado

**Nancy Ávila de Miranda**  
Magistrada

**Alexis Tobón Naranjo**  
Secretario

Firmado Por:

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

**NANCY AVILA DE MIRANDA**

**MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL**  
**TRIBUNAL SUPERIOR SALA 003 PENAL DE ANTIOQUIA**

**EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA**

**MAGISTRADO**

**TRIBUNAL 001 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:

**7355e4b3fc773bccbd15de90a6b14f9e26835b7f309c5a8420abf95106ed1d80**

Documento generado en 28/07/2021 02:19:48 p. m.