

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA SALA PENAL

ESTADO ELECTRÓNICO 143

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
2021-1101	Tutela 2º instancia	SAMUEL SANTA ARIAS	MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL Y OTROS	revoca fallo de 1º instancia	Agosto 20 de 2021
2021-1115-1	Tutela 2º instancia	DAIRO DE JESÚS CASTAÑO FRANCO	UARIV	revoca fallo de 1º instancia	Agosto 20 de 2021
2021-1072-6	Auto ley 906	abuso de función publica	LUIS ALBERTO MARÍN SÁNCHEZ	no acepta impedimento. Ordena remitir a la C.S.J	Agosto 20 de 2021
2021-1107-2	Tutela 2º instancia	Dayron Esteban Sánchez Aguilar	Ministerio de Transporte y otro	Decreta NULIDAD	Agosto 19 de 2021
2019-0871-2	Sentencia 2º instancia	ACTOS SEXUALES CON MENOR DE 14 AÑOS	FABER ALONSO VELÁSQUEZ RESTREPO	Confirma sentencia de 1º instancia	Agosto 20 de 2021
2021-1158-2	auto ley 906	concierto para delinquir agravado	JOSÉ GREGORIO ÁLVAREZ VILLADIEGO	Revoca auto de 1º instancia	Agosto 20 de 2021
2021-1197-3	auto ley 906	concierto para delinquir agravado	Jhon Jairo Marulanda Ledesma	Fija fecha de publicidad de providencia	Agosto 19 de 2021
2021-0496-4	auto ley 906	trafico, fabricación o porte de estupefacientes	Laura Cristina Loaiza Molina y otro	confirma auto de 1º instancia	Agosto 20 de 2021
2021-0673-6	Sentencia 2º instancia	HOMICIDIO Y OTRO	ELADIO GONZALEZ CAÑAS y otros	Confirma sentencia de 1º instancia	Agosto 20 de 2021
2021-1140-6	Tutela 2º instancia	LILIANA DEL SOCORO GONZÁLEZ TRUJILLO	OFICINA DE REGISTROS DE INSTRUMENTOS PÚBLICOS DE RIONEGRO ANTIOQUIA	confirma fallo de 1º instancia	Agosto 20 de 2021
2021-1135-6	auto ley 906	trafico, fabricación o porte de estupefacientes	MARIA CECILIA DUQUE GARCIA	confirma auto de 1º instancia	Agosto 20 de 2021
2021-1193-1	Sentencia 2º instancia	FRAUDE A RESOLUCIÓN JUDICIAL	JUAN ANGEL VERGARA MARTÍNEZ	Confirma sentencia de 1º instancia	Agosto 19 de 2021
2021-0529-5	auto ley 906	violencia intrafamiliar	FRANLEI YEPES VALENCIA	declara improcedente recurso de apelación	Agosto 20 de 2021
2021-0835-1	Sentencia 2º instancia	hurto calificado y agravado	YENDER DE JESÚS MONAGA GONZÁLEZ	Confirma sentencia de 1º instancia	Agosto 20 de 2021

2021-0987-1	Sentencia 2ª instancia	trafico, fabricación o porte de estupefacientes	JOHAN SEBASTIAN RÍOS VÉLEZ	Confirma sentencia de 1º instancia	Agosto 20 de 2021
2021-1047-1	Sentencia 2ª instancia	hurto agravado	JARIO ANDRÉS ARBOLEDA HURTADO	Modifica fallo de 1º instancia	Agosto 20 de 2021

FIJADO, HOY 23 DE AGOSTO DE 2021, A LAS 08:00 HORAS


ALEXIS TOBÓN NARANJO
Secretario

DESFIJADO EN LA MISMA FECHA A LAS 17:00 HORAS


ALEXIS TOBÓN NARANJO
Secretario

TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA DE DECISIÓN PENAL

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

Proyecto discutido y aprobado en sesión de la fecha, Acta 105

|

PROCESO : 2021-1101-1(05376-31-04-001-2021-00108)
ASUNTO : ACCIÓN DE TUTELA
ACCIONANTE : SAMUEL SANTA ARIAS
ACCIONADO : MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL Y OTROS
PROVIDENCIA : SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA

La Sala resuelve el recurso de apelación interpuesto por la apoderada judicial del Instituto Colombiano de Crédito Educativo y Estudios Técnicos en el Exterior Mariano Ospina Pérez-ICETEX- en contra de la sentencia del 06 de julio de 2021, emitida por el Juzgado Penal del Circuito de La Ceja-Antioquia, mediante la cual concedió el amparo solicitado.

El actor instauró la acción de tutela en contra del MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL, EL ICETEX Y EL DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACION (DNP).

Se vinculó al trámite constitucional a la Universidad de los Andes.

LA DEMANDA

Indicó el accionante que se encuentra en condición de extrema pobreza, que sus padres no tienen recursos económicos, ni para su manutención, ni para su educación superior, motivo por el cual a mediados del 2018 se fue a vivir a la casa de una prima, que le brindó estadía pero que tampoco cuenta con recursos para ayudarlo a costear su educación superior, que culminó y se graduó como bachiller académico con todos los honores en diciembre del año 2020.

Señaló que como estudiante del último año de secundaria, presentó las pruebas de Saber, correspondiente a unas evaluaciones externas estandarizadas aplicadas por el Instituto Colombiano para la Evaluación de la Educación -ICFES, obteniendo un puntaje global de 359 puntos, lo que llevó a que varias universidades le ofrecieran ingresar a la carrera que eligiera.

Debido a su condición de vulnerabilidad, certificada por el SISBEN y con el puntaje obtenido en las pruebas Saber, considera le serviría para ser beneficiario de la BECA DE GENERACIÓN E COMPONENTE que brinda el ICETEX a los mejores bachilleres del país.

No obstante, el ICETEX mediante oficio radicado CAS 11564754-S0J754 de fecha 31 de mayo del presente año, le informa que no ha sido reportado por el Ministerio de Educación Nacional como potencial beneficiario para la convocatoria generación E componente Excelencia 2021, por lo que no podía ser incluido

como beneficiario por parte del ICETEX.

Solicita se ordene a las entidades MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL, EL ICETEX Y EL DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN (DNP), le permitan el acceso al programa de Beca de Generación E componente que brindan estas entidades, a los mejores bachilleres del país y que cumplen con los requisitos del reglamento operativo de Generación E.

LAS RESPUESTAS

1.- EL MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL por medio del jefe de la oficina asesora jurídica, indicó que la jurisprudencia constitucional ha expresado de manera reiterada y uniforme que los concursos, en tanto constituyen actuaciones adelantadas por las autoridades públicas, deberán realizarse con estricta sujeción a los derechos del debido proceso y a la igualdad y al principio de la buena fe, por lo que la administración debe ceñirse de manera precisa a las reglas del concurso ya que ello constituye “ley para las partes”.

Adujo que el beneficio del componente de excelencia se asigna por medio de una convocatoria nacional la cual se encuentra reglamentada a través del documento denominado Reglamento Operativo el cual a está a disposición de cualquier ciudadano en los portales web de acceso público:
<https://especiales.colombiaaprende.edu.co/generación/e#>,
<https://portal.icetex.gov.co/Portl/Homme/HomeEstudiante/fondos-en-administracion-Listado/generacion-e-excelencia>.

Que se realizó el proceso de identificación de potenciales beneficiarios, el cual se efectúa por medio de un cruce de información incluida en la base nacional del Sistema de Selección de Beneficiarios para Programas Sociales(SISBEN), la base de datos pruebas de Estado Saber 11 y la base Censal de Población Indígena del Ministerio del Interior, aclarando que el Ministerio de Educación Nacional no participa en los procesos de recolección, tratamiento y administración de la información, sólo consulta sobre la información existente.

Por lo que al verificar la información remitida por el Departamento Nacional de Planeación (DPN) el documento de identificación número 1001652802 no se encuentra registrado con corte al 30/10/2020 en la base nacional del Sistema de Selección de Beneficiarios para Programas Sociales (SISBEN III)

Debido a lo anterior el joven Samuel Santana Arias no cumple con los requisitos establecidos y por eso no fue identificado como potencial beneficiario candidato del componente excelencia del programa Generación E para la convocatoria del año 2021, pues uno de los requisitos es estar registrado en la base Nacional del SISBEN suministrada por el Departamento Nacional de Planeación con corte a 30/10/2020 con puntaje igual o inferior a 57.21 de las 14 ciudades principales, sin sus áreas metropolitanas o 56.32 en zona urbana diferente a las ciudades principales y 40.75 si es rural.

Concluyó que si el señor Samuel presenta entre los anexos de tutela un puntaje SISBEN, dicho documento corresponde a

SISBEN IV el cual empezó a regir el 04/03/2021 una fecha muy posterior al 30/10/2020 que es la fecha de corte y donde sólo se tiene en cuenta el registro en SISBEN III para la convocatoria del año 2021 del componente de excelencia, es decir para la fecha del corte establecido en el requisito, el joven no cumplía materialmente con el requisito ya que no hacía parte del SISBEN. Sumado a que las metodologías y puntajes de las versiones de SISBEN III y SISBEN IV, no son equiparables, ni similares y por ello no es posible realizar ningún tipo de conversión.

Por lo anterior solicita se nieguen las pretensiones del accionante debido a que el Ministerio de Educación Nacional no vulnerado los derechos invocados.

2.- El Instituto Colombiano de Crédito Educativo y Estudios Técnicos en el Exterior Mariano Ospina Pérez -ICETEX-, informa que el Ministerio de Educación Nacional es quien remite la base de datos de los jóvenes potenciales beneficiarios para el acceso a la convocatoria Generación E Componente Excelencia y son los encargados de valorar cada uno de los casos de los jóvenes que indican cumplir con los requisitos por medio de los reportes del ICFES y el DNP.

Señaló que el joven Samuel Santa Arias no fue remitido dentro de los potenciales beneficiarios para el acceso a la convocatoria, agregando que es de obligatorio cumplimiento para los aspirantes el cumplimiento de la totalidad de los requisitos establecidos en la convocatoria generación el componente excelencia por lo que el accionante no puede ser incluido como beneficiario.

Manifiesta que el ICETEX en calidad de administrador del programa despliega sus actuaciones conforme los lineamientos establecidos por el Ministerio de Educación Nacional, entidad que dice acerca de la apertura de la convocatoria, los jóvenes que serán beneficiarios, la destinación de los recursos y demás requisitos, términos y condiciones que se encuentran en el Reglamento Operativo.

Concluye indicando que el ICETEX en su calidad de administrador del mencionado programa, no puede incluir jóvenes que no hayan sido reportados por el Ministerio y en consecuencia, no puede iniciar acciones dirigidas a la verificación de requisitos y legalización del crédito educativo por lo que solicitó denegar el amparo solicitado respecto de la entidad y ordenar la desvinculación del presente trámite constitucional.

3.- El Departamento Nacional de Planeación procedió a relacionar las principales diferenciaciones entre las metodologías del SISBEN (I, II, III, IV), las diferencias y semejanzas entre una y otra, lo cual de ninguna forma pueden ser comparables.

Expuso que consultada la base nacional certificada y avalada por el DPN disponible en la página del SISBEN se desprende que Samuel Santa Arias, se encuentra en estado validado y se clasificación corresponde al grupo B 3-pobreza moderada.

Solicitó la desvinculación de la acción constitucional porque no violado ningún derecho fundamental al actor.

LA PROVIDENCIA IMPUGNADA

El Juez de primera instancia concedió el amparo constitucional ordenando que las accionadas permitiera al señor Samuel Santa Arias el acceso al programa de beca de Generación E Componente que brindan esas entidades a los mejores bachilleres del país y que cumplan con los requisitos del Reglamento Operativo, señalando que el estudiante se graduó de bachiller con todos los honores y se encuentra en condiciones extremas de pobreza y no cuenta con los recursos suficientes para ayudarse a costear su educación superior, por lo que las entidades debían buscar una solución que al tiempo que respete la normativa que la rige, atienda las peculiaridades del comportamiento del estudiante, valoradas a la luz de la confianza que le generan sus propias actuaciones, sin afectar sus derechos fundamentales.

LA IMPUGNACIÓN

El ICETEX indicó que el Ministerio de Educación Nacional como constituyente, es quien remite la base de datos al ICETEX de los jóvenes potenciales beneficiarios para el acceso a la convocatoria Generación E Componente Excelencia y son los encargados de evaluar el caso de los jóvenes que indican cumplir con los requisitos por medio de los reportes del ICFES y el DNP, en el caso concreto, el joven Samuel Santa Arias no fue remitido dentro de los potenciales beneficiarios para el acceso a la convocatoria

Generación E Componente Excelencia por el Ministerio de Educación Nacional.

Argumentó que el Ministerio de Educación Nacional verifica el cumplimiento de los requisitos establecidos para ser considerado como beneficiario de la convocatoria generación e componente excelencia 2020 los cuales son de obligatorio cumplimiento para todos los aspirantes que se presenten por lo que procedió a concluir que el estudiante Samuel Santa Arias al momento de postularse no cumplía con los requisitos establecidos por esa razón no fue reportado como beneficiario por parte de la cartera Ministerial.

Señaló las actividades realizadas tendientes a dar cumplimiento al fallo impartido.

En consecuencia, solicitó revocar en su totalidad el fallo de tutela y declarar improcedente la acción, amén de que el ICETEX no vulneró derecho constitucional alguno al accionante, pues los beneficiarios del programa Generación E Componente Excelencia, deben cumplir con todos los requisitos al ser una actividad reglada, por cuanto el presupuesto del fondo es limitado y se encuentra sujeto a normas propias y el amparo solicitado excede la competencia del juez de tutela, pues conlleva el desconocimiento de la normatividad que rige el crédito educativo otorgado dentro del marco del fondo en administración, por ende, no es posible que por vía de tutela se ordene el desconocimiento de esta situación.

CONSIDERACIONES

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

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

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

utilice como mecanismo transitorio para evitar la materialización de un perjuicio irremediable.

El accionante pretende por esta vía constitucional, se ordene al MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL, EL ICETEX Y EL DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN (DNP), le permitan el acceso al programa de Beca de Generación E componente que brindan estas entidades, a los mejores bachilleres del país, debido a que cumple con los requisitos del Reglamento Operativo de Generación E, pues figura en los listados del SISBEN y obtuvo un buen puntaje en las pruebas Saber.

Por ende, se entrará a determinar si se presenta la vulneración de los derechos fundamentales del señor SAMUEL SANTA ARIAS por parte de las entidades accionadas o si contrario a lo analizado por el *A quo*, para lograr este tipo de pretensiones la acción de tutela se torna improcedente.

En efecto, ha dicho nuestro máximo organismo Constitucional:

“... la acción de tutela no ha sido concebida como un instrumento para sustituir los demás medios de defensa judicial, sino como un mecanismo que complementa los otros recursos y acciones, en la medida en que cubre aquellos espacios que éstos no abarcan o lo hacen deficientemente. Aceptar lo contrario sería admitir que el juez constitucional tomara el lugar de las otras jurisdicciones, resultado que iría en contra del fin de la jurisdicción constitucional, cual es el de velar por la guarda e integridad de la Constitución, tarea que comprende también la de asegurar las competencias de las otras jurisdicciones. Es por eso que esta Corte estableció, en su sentencia T-119 de 1997, que dentro de las labores que le impone la Constitución está la de

señalarle a la acción de tutela límites precisos, de manera que se pueda armonizar el interés por la defensa de los derechos fundamentales con la obligación de respetar el marco de acción de las jurisdicciones establecidas.”¹

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

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

(...)

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

En el caso a estudio, tenemos que acción de tutela está instituida para la protección de derechos fundamentales vulnerados o amenazados por una acción u omisión de una autoridad pública o de particulares, siempre y cuando no se disponga con otro medio judicial o cuando siendo instaurada como un mecanismo

¹ Sentencia T-625 de 2000

transitorio se busque evitar un perjuicio irremediable, características de las cuales se desprende claramente que no está establecida para ordenar la inclusión en un programa de Beca, sin el análisis de los requisitos de la correspondiente convocatoria, pasándose por alto los lineamientos legales de la misma y establecidos para dicho fin.

De otro lado, la ICETEX expone en la impugnación su inconformidad aduciendo que el cumplimiento de los requisitos establecidos para ser considerado como un beneficiario de la convocatoria Generación E Componente Excelencia 2020, son de obligatorio cumplimiento para todos los aspirantes que se presenten, por lo que el accionante Samuel Santa Arias al momento de postularse NO cumplía con los requisitos establecidos, motivo por el cual no fue reportado como beneficiario por parte del Ministerio de Educación Nacional y la entidad no puede incluir jóvenes que no hayan sido reportados por el Ministerio; no obstante, el contexto referido, evidencia que en este asunto existe otro medio de defensa judicial al cual no ha acudido el señor Samuel Santa Arias que por ende, tornaría improcedente la acción de tutela.

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

“... la suspensión provisional resulta ser un trámite pronto y por lo mismo no menos eficaz que la vía de la tutela, sin que sea dable compartir los criterios expuestos a lo largo del líbello, en el sentido de admitir la viabilidad de la tutela y su mayor eficacia, por

razones de tiempo, frente a la demora de los procesos ordinarios, pues ello daría lugar a la extinción de estos, si se pudiere escoger alternativamente y por esa circunstancia, entre el juez de tutela y el juez ordinario para la definición apremiante de los derechos reclamados, lo que desde luego desnaturaliza la verdadera finalidad constitucional encaminada a la protección de los mismos, previo el cumplimiento de los presupuestos requeridos”.².

E insistió el Alto Tribunal:

“... Sin desconocer que en la práctica los procesos contencioso administrativos pueden resultar prolongados en el tiempo, la Corte estima que, en todo caso, la acción de nulidad y restablecimiento del derecho sí constituye un mecanismo apto, jurídica y materialmente, para asegurar la protección de los derechos de las personas frente a eventuales excesos de la administración. Y ello ocurre, precisamente, porque la misma Constitución (artículo 238) contempla la posibilidad de decretar la suspensión provisional de los actos administrativos, que es resuelta desde el momento mismo de admitirse la demanda (Artículos 152 y siguientes del C.C.A.). El propio legislador fue consciente de la posibilidad de encontrar procesos enredados en el tiempo, y para ello diseñó esta importante medida. La jurisprudencia de esta Corporación, en anteriores pronunciamientos, ha reconocido expresamente la eficacia de la suspensión provisional...”³

En el presente evento, nos encontramos frente a una decisión administrativa que se encuentra revestida por la presunción de legalidad y al existir desacuerdo con la misma, el ordenamiento jurídico tiene previstos los mecanismos y los jueces competentes

² Sentencia T-533 de 1998. M. P. Hernando Herrera Vergara.

³ Sentencia T-127 de 2001.

para que tales actos, si es que así se considera, sean retirados del sistema. Es por ello que, si la legalidad de las decisiones acusadas no ha sido cuestionada ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, no es la tutela el medio establecido para atacar la legalidad de dicha disposición.

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

Se insiste que únicamente la inminencia de sufrir un perjuicio irremediable y la vulneración de un derecho fundamental, haría posible tramitar la petición de tutela para proteger transitoriamente al afectado SAMUEL SANTA ARIAS, pero el mismo no se observa en este caso, pues del análisis de las pruebas allegadas no se infiere la existencia de la consecuencia dañina, que pudiera evitarse con el ejercicio transitorio de ésta acción.

Teniendo en cuenta lo anterior, se reitera la acción de tutela posee la calidad de ser un mecanismo subsidiario y no principal para la protección de los derechos constitucionales, es decir, sólo podrá hacerse uso de ella a falta de otro medio de defensa o en presencia de un perjuicio irremediable, significando que éste: *“(i) debe ser inminente; (ii) debe requerir de medidas urgentes para ser conjurado; (iii) debe tratarse de un perjuicio grave; y (iv) solo puede ser evitado a partir de la implementación de acciones*

impostergables. La caracterización de estas condiciones fue planteada por la Corte desde la sentencia T-225/93 y se ha mantenido de forma invariable en la jurisprudencia posterior⁴ y en el presente caso no se acreditó dicho daño irreparable.

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

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

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

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

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

⁴ Sentencia T-956 del 19 de diciembre de 2013, M.P. LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

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

- A). *El perjuicio ha de ser inminente: "que amenaza o está por suceder prontamente". Con lo anterior se diferencia de la expectativa ante un posible daño o menoscabo, porque hay evidencias fácticas de su presencia real en un corto lapso, que justifica las medidas prudentes y oportunas para evitar algo probable y no una mera conjetura hipotética. Se puede afirmar que, bajo cierto aspecto, lo inminente puede catalogarse dentro de la estructura fáctica, aunque no necesariamente consumada. Lo inminente, pues, desarrolla la operación natural de las cosas, que tienden hacia un resultado cierto, a no ser que oportunamente se contenga el proceso iniciado. Hay inminencias que son incontenibles: cuando es imposible detener el proceso iniciado. Pero hay otras que, con el adecuado empleo de medios en el momento oportuno, pueden evitar el desenlace efectivo. En los casos en que, por ejemplo, se puede hacer cesar la causa inmediata del efecto continuado, es cuando vemos que desapareciendo una causa perturbadora se desvanece el efecto. Luego siempre hay que mirar la causa que está produciendo la inminencia.*
- B). *Las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable han de ser urgentes, es decir, como calidad de urgir, en el sentido de que hay que instar o precisar una cosa a su pronta ejecución o remedio tal como lo define el Diccionario de la Real Academia. Es apenas una adecuación entre la inminencia y la respectiva actuación: si la primera hace relación a la prontitud del evento que está por realizarse, la segunda alude a su respuesta proporcionada en la prontitud. Pero además la urgencia se refiere a la precisión con que se ejecuta la medida, de ahí la necesidad de ajustarse a las circunstancias particulares. Con lo expuesto se verifica cómo la precisión y la prontitud dan (sic) señalan la oportunidad de la urgencia.*
- C). *No basta cualquier perjuicio, se requiere que éste sea grave, lo que equivale a la gran intensidad del daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona. La gravedad obliga a basarse en la importancia que el orden jurídico concede a determinados bienes bajo su protección, de manera que la amenaza a uno de ellos es motivo de actuación oportuna y diligente por parte de las autoridades públicas. Luego no se trata de cualquier tipo de*

irreparabilidad, sino sólo de aquella que recae sobre un bien de gran significación para la persona, objetivamente. Y se anota la objetividad, por cuanto la gravedad debe ser determinada o determinable, so pena de caer en la indefinición jurídica, a todas luces inconveniente.

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

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

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

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

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

(...)

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

Y aunque las precisiones anteriores serían suficientes para despachar desfavorablemente la presente petición, lo cierto es que la Sala tampoco encuentra que los entes accionados no hubieren procedido de conformidad con la ley, es claro que si el señor SAMUEL SANTA ARIAS considera que las accionadas no emitieron una decisión ajustada a derecho, así debe reclamarlo ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Por tanto, el problema jurídico presentado en esta ocasión a la judicatura no es de índole constitucional.

No es la acción de tutela el instrumento adecuado por el cual se pueda entrar a discutir la legalidad de una decisión administrativa

que indica que el estudiante al momento de postularse no cumplía con los requisitos para ser considerado beneficiario de la Convocatoria Generación E Componente Excelencia 2020, además la autoridad administrativa es quien de manera directa o indirecta debe decidir sobre este punto y analizar el caso concreto y es la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, la que debe pronunciarse sobre la legalidad de dichas decisiones.

Se insiste la acción de tutela no puede utilizarse para reemplazar a las acciones ordinarias y ni como un mecanismo alternativo o que le reabra términos para el ejercicio de otras acciones legales.

Teniendo en cuenta lo anterior, se reitera la acción de tutela posee la calidad de ser un mecanismo subsidiario y no principal para la protección de los derechos constitucionales, es decir, sólo podrá hacerse uso de ella a falta de otro medio de defensa o en presencia de un perjuicio irremediable y en el presente caso el actor tiene a su alcance otros mecanismos de defensa judicial, como lo es, acudir ante la jurisdicción contenciosa administrativa, pues el objeto de la Litis versa sobre un tema de carácter administrativo. De igual forma, en tanto no se prueba la vulneración de los derechos fundamentales de quien acciona, no se observa la configuración de un perjuicio irremediable.

Adicionalmente no se vislumbra vulneración de los derechos fundamentales a la igualdad, el acceso a la educación y a la no discriminación, debido a que justamente la observancia de la normativa legal, para el trámite de las Convocatorias y la verificación de las condiciones para la aplicación, buscan preservar el derecho a la igualdad al garantizar que no habrá trato

preferencial ni discriminatorio para ningún participante o interesado en la convocatorias, garantizándose el derecho de los interesados.

Con fundamento en lo expuesto, el Tribunal Superior de Antioquia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, REVOCA la sentencia de naturaleza, fecha y origen indicados en la parte motiva de esta providencia y en consecuencia, SE NIEGAN las pretensiones invocadas por el señor SAMUEL SANTA ARIAS en contra del MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL, EL ICETEX y EL DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACION (DNP), acorde con lo explicado en la parte motiva de esta providencia.

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

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA
Magistrado

NANCY ÁVILA DE MIRANDA
Magistrada

GUERTHY ACEVEDO ROMERO
Magistrada

Firmado Por:

Edilberto Antonio Arenas Correa

**Magistrado
Sala 001 Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia**

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

**Guerthy Acevedo Romero
Magistrada
Sala 004 Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia**

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

Código de verificación:
**fb8d26361fe0f4c96d12278ff4c94cead31c4a71851137ad716822
6a8a48c083**

Documento generado en 20/08/2021 11:04:14 AM

TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA DE DECISIÓN PENAL

Medellín, veinte (20) de agosto de dos mil veintiuno (2021)

Proyecto discutido y aprobado en sesión de la fecha, Acta 106

PROCESO : 2021-1115-1 (05615-31-04-003-2021-00049)
ASUNTO : ACCIÓN DE TUTELA
ACCIONANTE : DAIRO DE JESÚS CASTAÑO FRANCO
ACCIONADO : UNIDAD ADMINISTRATIVA PARA LA ATENCIÓN Y REPARACIÓN
INTEGRAL A LAS VÍCTIMAS
PROVIDENCIA: TUTELA DE SEGUNDA INSTANCIA.

=====

La Sala resuelve el recurso de apelación interpuesto por la accionada en contra de la sentencia del 12 de julio de 2021, a través de la cual el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Rionegro (Antioquia) concedió la solicitud de amparo presentada por DAIRO DE JESÚS CASTAÑO FRANCO.

LA DEMANDA

El señor DAIRO DE JESÚS CASTAÑO FRANCO aduce que en la actualidad cuenta con 68 años de edad, se encuentra incluido en el Registro Único de Víctimas por los hechos victimizantes de amenazas y desplazamiento forzado, aduce que se encuentra en situación de vulnerabilidad por lo que requiere una atención prioritaria en cuanto a la entrega efectiva de priorización en la entrega de reparación integral.

Señala que presentó derecho de petición solicitando el pago de la indemnización administrativa, pero a la fecha no ha recibido respuesta alguna.

Por lo anterior, solicita se amparen los derechos invocados y se ordene a la UARIV dar respuesta de fondo a su solicitud frente a la indemnización administrativa y se le haga entrega de su carta cheque para realizar el respectivo cobro de su indemnización.

LAS RESPUESTAS

1.- La UNIDAD ADMINISTRATIVA PARA LA ATENCIÓN Y REPARACIÓN INTEGRAL A LAS VÍCTIMAS informó que el actor se encuentra incluido en el registro único de víctimas por el hecho victimizante de desplazamiento forzado, que interpuso la acción de tutela en contra de la entidad por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales a efecto de que se le dé respuesta al derecho de petición con radicado número No. 202171111821182 y en el que solicita el pago de la indemnización administrativa por el hecho victimizante de desplazamiento forzado.

No obstante, afirma que la unidad le dio respuesta al derecho de petición a través de la comunicación con radicado No.202172014315331 y se remitió alcance mediante la comunicación con radicado No. 202172017836131. Afirmando que la entidad no ha incurrido en vulneración de los derechos fundamentales reclamados por el accionante debido a que el giro

por concepto de la indemnización administrativa reconocida al accionante a través de la resolución N° 04102019-347861 - del 6 de marzo de 2020 le fue priorizada y se encuentra en banco disponible para cobro.

Igualmente informó que para la notificación y entrega en la carta de reconocimiento de la indemnización por vía administrativa, el accionante será contactado por un enlace para proceder con la entrega de los recursos por la Dirección Territorial, ello en atención a la emergencia sanitaria causada por el virus COVID-19, por tanto, en los próximos días esa entidad, le informará y le notificará al accionante la carta de reconocimiento de indemnización administrativa, lo cual le fue informado al accionante mediante comunicación del 30/06/2021. En consecuencia, por existir una carencia actual de objeto, solicita sean negadas las peticiones incoadas en la acción de tutela.

EL FALLO IMPUGNADO

El Juez de Primera Instancia concedió el amparo y ordenó a UNIDAD PARA LA ATENCIÓN Y REPARACIÓN INTEGRAL A LAS VÍCTIMAS -UARIV- que procediera a responder de forma clara, de fondo y precisa, indicándole al accionante DAIRO DE JESÚS CASTAÑO FRANCO una fecha cierta en la que pueda obtener la carta cheque que le permita hacer efectiva la indemnización que le fuera reconocida y que se encuentra depositada en el banco.

LA IMPUGNACIÓN

La UNIDAD PARA LA ATENCIÓN Y REPARACIÓN INTEGRAL A LAS VÍCTIMAS -UARIV- impugnó la decisión solicitando que la sentencia de primera instancia sea revocada, teniendo en cuenta que la entidad no ha incurrido en vulneración de los derechos fundamentales reclamados por el accionante, en virtud a que la unidad ha realizado todas las gestiones necesarias y el giro se encuentra en el banco a partir del 01/06/2021 y en los próximos días le será notificada la carta cheque con el fin de que proceda a cobrar los recursos, dinero que estará disponible por 90 días y que le fue priorizado encontrándose en banco disponible, dicho término se genera en virtud de la emergencia sanitaria ocasionada por el COVID-19.

Lo descrito se informó al accionante mediante la comunicación con radicado No. 202172017836131 del 30 de junio de 2021.

Consideró que la entidad no vulnera derecho fundamental alguno al accionante y en el evento de haberse incurrido en tal situación, la unidad adelanta satisfactoriamente acciones tendientes al cumplimiento del deber legal.

CONSIDERACIONES

La Sala advierte que el problema jurídico propuesto se contrae en determinar si la entidad accionada ha vulnerado o no los derechos

invocados por el accionante DAIRO DE JESÚS CASTAÑO FRANCO, teniendo en cuenta que el actor aduce que elevó derecho de petición solicitando la indemnización administrativa y no ha obtenido respuesta, ni se ha procedido a la entrega de la indemnización administrativa por concepto de desplazamiento forzado a la cual tiene derecho.

La Constitución Política, en su artículo 23 consagra que *“toda persona tiene derecho a presentar peticiones respetuosas a las autoridades por motivos de interés general o particular y a obtener pronta resolución. El legislador podrá reglamentar su ejercicio ante organizaciones privadas para garantizar los derechos fundamentales”*.

Frente a las características esenciales del derecho de petición, ha sido abundante y reiterativa la jurisprudencia de la Corte Constitucional, al considerar que el núcleo esencial de este derecho reside en la resolución pronta y oportuna de la solicitud.

En este sentido, esa Corporación ha manifestado:

“(i) El derecho de petición es fundamental y determinante para la efectividad de los mecanismos de la democracia participativa, garantizando a su vez otros derechos constitucionales, como los derechos a la información, a la participación política y a la libertad de expresión; (ii) el núcleo esencial del derecho de petición reside en la resolución pronta y oportuna de la cuestión; (iii) **la petición debe ser resuelta de fondo, de manera clara, oportuna, precisa y congruente con lo solicitado;** (iv) la

respuesta debe producirse dentro de un plazo razonable, el cual debe ser lo más corto posible; (v) la respuesta no implica aceptación de lo solicitado ni tampoco se concreta siempre en una respuesta escrita; (vi) este derecho, por regla general, se aplica a entidades estatales, y en algunos casos a los particulares; (vii) el silencio administrativo negativo, entendido como un mecanismo para agotar la vía gubernativa y acceder a la vía judicial, no satisface el derecho fundamental de petición pues su objeto es distinto. Por el contrario, el silencio administrativo es la prueba incontrovertible de que se ha violado el derecho de petición; (viii) el derecho de petición también es aplicable en la vía gubernativa; (ix) la falta de competencia de la entidad ante quien se plantea, no la exonera del deber de responder; y (x) ante la presentación de una petición, la entidad pública debe notificar su respuesta al interesado”.¹

De lo anterior, se destaca que el derecho de petición exige, por parte de las autoridades competentes, una decisión de fondo a lo requerido por el ciudadano, lo cual implica la prohibición de respuestas evasivas o abstractas, sin querer decir con ello que la respuesta deba ser favorable. La respuesta de fondo implica un estudio sustentado del requerimiento del peticionario, acorde con las competencias de la autoridad frente a la que ha sido presentada la petición.

De suerte que la administración tiene que responder las solicitudes respetuosas elevadas por los asociados, sin que para el efecto interese la persona, como tampoco la dependencia que recibió la

¹ Sentencia T- 249 de 2001.

petición, porque las autoridades deben coordinar lo relacionado con la recepción de peticiones y la oportuna y congruente respuesta de las mismas, facilitando así la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política administrativa y cultural de la nación, como lo disponen los artículos 2º, 23 y 209 constitucionales.

Es por ello que, sin perjuicio de lo anterior, se ha señalado en diferentes oportunidades que sobre las autoridades públicas recae un deber de orientación, cuyos fundamentos constitucionales residen en el principio de solidaridad (artículo 1º Superior) y en la razón misma de la existencia del Estado, consagrada en el artículo primero de la Constitución Política, que no es otra que servir a las personas que residen en territorio colombiano.

En el caso en estudio, se advierte que el señor DAIRO DE JESÚS CASTAÑO FRANCO aduce que solicitó el pago de la indemnización administrativa y que la entidad accionada no le había brindado respuesta alguna a su solicitud.

El Juez de primera instancia tuteló el derecho de petición y ordenó a la Unidad Para La Atención y Reparación Integral a Las Víctimas - UARIV- procediera a responder de forma clara, de fondo y precisa, indicándole al accionante una fecha cierta en la que pueda obtener la carta cheque que le permita hacer efectiva la indemnización que le fuera reconocida y que se encuentra depositada en el banco.

La UARIV indicó que mediante Comunicación N° 202172017836131 del 30 de junio de 2021, le informó a el señor DAIRO DE JESÚS CASTAÑO FRANCO, que el giro se encuentra en banco a partir del

01 de junio de 2021 y que en los próximos días le será notificada la carta cheque con el fin que proceda a cobrar los recursos, dinero que estará disponible por 90 días y le fue priorizado encontrándose en banco disponible, dicho término se genera en virtud a la emergencia sanitaria ocasionada por el COVID-19.

El despacho procedió a comunicarse con el señor DAIRO DE JESÚS CASTAÑO FRANCO con el fin de verificar si la Entidad accionada había brindado una respuesta de fondo al accionante, informando el citado que efectivamente recibió contestación de la UARIV en la cual le indicaban que la indemnización administrativa estaría disponible para cobro desde el 01/06/2021 y que el giro se encontraría en el banco por 90 días para su cobro. Afirmando que efectivamente realizó dicho trámite y que ya le fue cancelada la indemnización administrativa, que ya le cumplieron con lo solicitado en la acción de tutela.

Por ende, una vez verificado que la entidad brindó una respuesta clara, de fondo y acorde con lo solicitado, situación que se pudo constatar toda vez que el señor DAIRO DE JESÚS CASTAÑO FRANCO tuvo conocimiento de la respuesta de la Entidad al punto que ya se le realizó el pago por concepto de la indemnización administrativa requerida, respuesta por tanto que se advierte es congruente con lo solicitado; en consecuencia, se puede concluir que nos encontramos frente a un hecho superado.

Así las cosas, la Sala no observa vulneración de ningún derecho constitucional fundamental, porque la entidad dio respuesta de fondo a su petición de indemnización administrativa.

Por lo anterior, se revocará el fallo de primera instancia, por lo anteriormente expuesto.

Con fundamento en lo expuesto, el Tribunal Superior de Antioquia en Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, REVOCA la sentencia de naturaleza, fecha y origen indicados en la parte motiva de esta providencia. En su lugar se niega el amparo constitucional por encontrarnos frente a un hecho superado.

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

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA
Magistrado

NANCY ÁVILA DE MIRANDA
Magistrada

GUERTHY ACEVEDO ROMERO
Magistrada

Firmado Por:

**Edilberto Antonio Arenas Correa
Magistrado
Sala 001 Penal**

Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

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

**Guerthy Acevedo Romero
Magistrada
Sala 004 Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia**

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

Código de verificación:
**7b9e9ea0770d8c585420a1f32e7534f6e6943871d7465f9c1819631
dab4668fa**

Documento generado en 20/08/2021 11:04:28 AM

TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA

SALA DE DECISIÓN PENAL

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

Proyecto discutido y aprobado en sesión de la fecha, Acta 104

RADICADO : 050160000201800853 (2021 1072-6)
PROCESADO : LUIS ALBERTO MARÍN SÁNCHEZ
DELITO : ABUSO DE FUNCIÓN PÚBLICA
ASUNTO : APELACIÓN CONTRA AUTO
(NO ACEPTA IMPEDIMENTO CONJUNTO DE
OTROS MAGISTRADOS)

VISTOS

Mediante esta providencia la Sala decide sobre el impedimento expresado de manera conjunta por los Magistrados, doctora NANCY ÁVILA DE MIRANDA y doctor GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME, quienes invocan la causal prevista en el numeral 4º del artículo 56 de la Ley 906 de 2004, para apartarse del conocimiento de este caso.

Dado que la causal de impedimento se invoca de manera conjunta por dos de los Magistrados que conforman la respectiva Sala, se hace necesario para dictar la providencia que corresponda, llamar a los magistrados que siguen en turno para efectos de recomponer la Sala de decisión.

ANTECEDENTES Y CONSIDERACIONES

Mediante oficio recibido el pasado 18 de agosto de 2021, la doctora Nancy Ávila de Miranda y el doctor Gustavo Adolfo Pinzón Jácome, Magistrados de la Sala Penal de esta Corporación, manifestaron encontrarse impedidos para conocer del recurso de apelación interpuesto por la defensa del procesado LUIS ALBERTO MARÍN SÁNCHEZ, contra el auto que negó la preclusión por prescripción de la acción penal, toda vez que frente a los hechos de la acusación fueron dichos funcionarios quienes al momento de ejercer la primera como Presidente de esta Corporación y el segundo como presidente de la Sala Penal, en Sala de Gobierno, ordenaron la compulsión de copias para que se investigara penal y disciplinariamente la posible conducta irregular del aquí procesado, entre otros.

Señalaron los distinguidos Magistrados que al abordar el asunto se percataron de que en Sala de Gobierno, fue manifestada ya su opinión respecto de la actuación surtida por el señor Luis Alberto Marín Sánchez, *“esto es, que en su calidad de Secretario del Juzgado Promiscuo Municipal de Tarso se posesionó como Juez Promiscuo Municipal de Tarso sin nombramiento o comunicación del mismo, considerándose así, que tal actuación generaba la invalidez de las actuaciones surtidas en desarrollo de la labor jurisdiccional”*.

Luego de traer a colación lo que fue objeto de la decisión en *“Sala Plena”*, adujeron que *“La causal que se invoca de nuestra parte es la contenida en el numeral 4º del artículo 56 de la Ley 906 de 2004, según la cual, el funcionario judicial debe abstenerse de conocer un asunto cuando «...haya dado consejo o manifestado su opinión sobre el asunto materia del proceso»*. En ese sentido, ante la participación de los mencionados

integrantes en la Sala de Gobierno de la época, se observa que estamos incurso en la causal de impedimento contenida en el numeral 4º del artículo 56 de la Ley 906 de 2004, según la cual, el funcionario judicial debe abstenerse de conocer un asunto cuando «...*haya dado consejo o manifestado su opinión sobre el asunto materia del proceso*», por lo que se avizora compromiso en la opinión sobre el asunto materia del proceso.”

En cuanto a la opinión que se dio en la referida Sala de Gobierno, se esbozó lo siguiente:

1 En concreto en la referida sesión de la Sala Plena se expuso lo siguiente tal y como consta en la respectiva Acta:”

ENCARGOS POR COMPENSATORIOS. CASO JUZGADO PROMISCUO MUNICIPALDE TARSO (sic)

Se pone en conocimiento de la Sala que el día viernes 20-11-2015 se recibió en la Relatoría una llamada del Centro de Servicios de Ejecución de Penas de Antioquia, efectuada con el fin de verificar respecto del Juzgado Promiscuo Municipal de Tarso - Antioquia, el encargo del Secretario en funciones de juez, motivada por una boleta de libertad expedida por éste.

Se verificó la situación administrativa del Juez titular a la fecha, y se estableció que en virtud de la Resolución CSJAR14-832 de 12-11-2014 mediante la cual se programa la función de control de garantías para los fines de semana durante el año 2015, el Juzgado Promiscuo Municipal de Tarso - Antioquia, tuvo disponibilidad los días 14, 15 y 16 de noviembre, y los correspondientes compensatorios los días 18, 19 y 20 de noviembre. Asimismo, que en la Resolución 437 expedida por la Sala del Gobierno el día 28-10-2015 se efectuaron los encargos por compensatorios para el mes de noviembre y no está incluido este Juzgado.

Se habló con el Secretario, señor LUIS ALBERTO MARÍN SÁNCHEZ, quien aportó copia de acta de posesión fechada el 17 de noviembre de 2015, por los días 18, 19 y 20 de noviembre de 2015, de conformidad con la Resolución CSJAR14-832 de diciembre (sic) 12 de 2014 emanada de la Sala Administrativa el Consejo Seccional de la Judicatura de Antioquia.

Como se recordará, mediante la Circular 002 expedida por la Presidencia de la Corporación el día 08 de marzo de 2011, se indica a los jueces con funciones de control de garantías del Distrito Judicial de Antioquia, respecto de los encargos por compensatorios, que deben solicitarlos mes por mes y presentar al Secretario o empleado idóneo para el encargo.

Analizado el cumplimiento de esta directiva por el Dr. HERNÁN DARÍO RESTREPO BETANCUR, Juez Promiscuo Municipal de Tarso, se observa que sólo dio aplicación a la misma respecto del mes de abril de 2011; es así como el Secretario del Juzgado, señor LUIS ALBERTO MARÍN SÁNCHEZ, fue encargado en funciones de juez por los días 14 y 15 de abril de 2011 según Resolución 047 de 05-04-2011, designación que le fue comunicada por oficio SG-0174 de 06-04-2011.

Desde entonces, ninguna Resolución de encargo por compensatorios registra como destinatario a ese Juzgado.

Al Centro de Servicios solicitante se le hizo claridad en cuanto a no haberse proferido acto administrativo de encargo del Secretario para esta data (20-11-2015) y se le envió copia de la Circular 002 de 08-03-2011, que contiene el instructivo sobre el tema, y copia del acta de posesión suministrada por el Secretario.

Se hizo un análisis de la situación de encargos por compensatorios para el año 2015, con el siguiente resultado:

Número de juzgados del SAP 130

No prestan disponibilidad 14

Solicitan encargo regularmente 70

Solicitan encargo eventualmente 11

Tienen Secretario rehusado para encargos 06

No solicitan encargos 29

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Las consideraciones de la Sala se concretan en los siguientes puntos:

- La invalidez de los actos del Secretario por no tener nombramiento.
- La responsabilidad de la Alcaldía en cuanto a exigencias para dar posesión, a la ausencia de acto administrativo de nombramiento, a la falta de claridad respecto de la autoridad nominadora etc.
- La responsabilidad del Juez por inaplicación de la Circular, por el disfrute de compensatorios sin solicitar el correspondiente encargo.
- La responsabilidad del Secretario por posesionarse sin nombramiento o comunicación del mismo.
- La eventual ocurrencia de casos similares, dado el número de jueces que no solicitan encargo, 29 de un universo de 130, que representan el 22.3%.

DECISIÓN

- Compulsar copias de los documentos a que se ha hecho referencia para investigación penal y disciplinaria al Juez, al Secretario y al

Alcalde, con envío a la Fiscalía y a la Procuraduría Regional, respectivamente.

La causal de impedimento indicada se encuentra prevista en el numeral 4º del artículo 56 del Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004).

La manifestación de pérdida de ecuanimidad aducida por los Honorables Magistrados versa sobre el hecho de haber compulsado copias para que se investigara la presunta irregularidad en que incurrieron los funcionarios del Juzgado Promiscuo Municipal de Tarso, Antioquia y de la Alcaldía, así como también del Secretario del referido despacho judicial.

Con respecto a dicha causal, la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, ha reiterado que¹:

En lo que respecta a esta causal, la jurisprudencia emitida por esta Corporación ha reiterado que no cualquier opinión es suficiente para configurar el impedimento, pues es necesario que la misma sea vinculante, sustancial y debe haberse emitido fuera de proceso donde se profirió el impedimento; en ese sentido insistió la Sala en la providencia AP4833-2018 del 8 de noviembre de 2018 (rad. 53269):

Al respecto, la Sala de Casación Penal ha manifestado que la opinión debe ser sustancial, vinculante y haberse emitido por fuera del proceso. Así:

Lo sustancial, es lo esencial y más importante de una cosa; en asuntos jurídicos, se identifica con el fondo de la pretensión o de la relación jurídico material que se debate. Se entiende que la opinión es vinculante cuando el funcionario judicial que la emitió queda unido, atado o sujeto a ella, de modo que en adelante no puede ignorarla

¹ Decisión AP1846-2021 (59237) del 12 de mayo de 2021. M.P. José Francisco Acuña Vizcaya.

o modificarla sin incurrir en contradicción. Y por fuera del proceso, significa que la opinión sea expresada en circunstancias y oportunidades diferentes a aquellas que prevé la legislación procesal para el asunto del cual se debe conocer funcionalmente. (CSJ AP, 21 abr. 2004, rad. 22121).

De manera pues que no cualquier opinión tiene la virtualidad de separar al juez del conocimiento del asunto, sólo alcanzará esa fuerza aquella que por su entidad y naturaleza pueda comprometer su imparcialidad y ponderación, por constituir un acto de prejuzgamiento sobre el hecho que le corresponde decidir (CSJ AP 20 oct. 1992, rad. 7899).

(Subrayas fuera de texto original).

En otras de sus decisiones, señaló la Alta Corporación en materia jurisprudencial, que²:

Acerca de la declaración de impedimento establecida en el artículo 99-4 de la Ley 600 de 2000, tiene dilucidado la Sala² que la “opinión sobre el asunto materia del proceso” corresponde a aquellos juicios de valor y de ponderación jurídica y probatoria que tienen lugar en escenarios ajenos a la actuación, siempre que se ocupen de aspectos trascendentales acerca del tema medular objeto de controversia, esto es, que tengan entidad y vinculación suficiente y sustancial, de modo que dentro de la coherencia propia de la actividad judicial, priven al funcionario que de tal manera expresó su criterio, de actuar con libertad e imparcialidad.

Desde luego, no configura impedimento la opinión expuesta por el funcionario en ejercicio de sus facultades regladas, pues “ello entrañaría el absurdo de que la facultad que la ley otorga al juez para cumplir su actividad judicial a la vez lo inhabilita para intervenir en otros asuntos de su competencia”³, de manera que la única excepción a tal regla es que aquél haya dictado la providencia de cuya revisión se trata.

² Sala de Casación Penal, Decisión AP812-2021 (46726) del 09 de marzo de 2021, M.P. Luis Antonio Hernández Barbosa.

Así, por ejemplo, si tratándose de un aforado, en el marco de la Ley 600 de 2000 una sala le ha impuesto medida de aseguramiento, es razonable asumir que no se encuentra impedida para calificar el mérito del sumario aunque ya se haya ocupado de la apreciación de pruebas sobre el particular, en el entendido que tales decisiones son producto de la función reglada y de la progresividad del proceso.

Tampoco, en principio, habría una opinión sobre el asunto cuando tratándose de delitos cometidos por un número plural de individuos, ya el funcionario se hubiera pronunciado respecto de uno o algunos, pues ello llevaría a necesitar tantos jueces como procesados hubiera para excluir una supuesta contaminación, cuando en verdad el vínculo entre cada inculcado y las pruebas obrantes en la actuación es esencialmente diferente, como que diversa es también la responsabilidad subjetiva y la consecuente responsabilidad penal individual, en oposición a la grupal.

En el mismo sentido, tratándose de delitos conexos investigados de manera independiente con ruptura de la unidad procesal, el funcionario que ya conoció de los fundamentos probatorios de uno de ellos ya no podría pronunciarse sobre los soportes demostrativos del otro, posición igualmente insostenible, en el entendido de que la conformación y acreditación de cada conducta delictiva tiene autonomía demostrativa y que las pruebas comunes no se erigen en un obstáculo para que un mismo juez pueda pronunciarse sobre aquellas, máxime si respecto de un delito no tendrán siempre el mismo alcance y valía que para el otro.

Es decir, con el argumento de evitar la contaminación del funcionario –tan sentida y válida cuando el mismo que acusa también falla, o cuando quien revisa es el que dictó la providencia— no siempre que cuando aquél ya ha tenido

conocimiento y se ha pronunciado sobre algunos elementos de convicción, deviene la imposibilidad de que en otro estanco procesal y seguramente junto con otras pruebas, pueda conocer del caso o de algunos de tales elementos probatorios, en orden a adoptar la decisión requerida, pues como ya se ha dicho, si la actividad natural y razón de ser de los funcionarios judiciales es dictar decisiones en las que, por supuesto, plasman su criterio sobre determinado asunto, el cumplimiento de tal deber no puede constituir por sí mismo una causal de impedimento para conocer otros procesos en el futuro (CSJ AP4074 – 2016).

En tal sentido también se ha precisado⁴:

“No toda opinión, así esta tenga algunos nexos con cuestiones que posteriormente atraen el examen judicial, puede implicar una anticipada visión del caso o una apreciación que resta libertad de análisis”.

(...)

Ahora, en cuanto se refiere al segundo motivo invocado por los Magistrados, referido a que esta Sala decidió dentro del radicado 27267 que culminó con fallo condenatorio el 24 de julio de 2013, cuya revisión se pretende, compulsar copias para investigar el delito de enriquecimiento ilícito, **se tiene, de una parte, que de tiempo atrás la Corte⁶ ha puntualizado cómo tal orden de compulsación no corresponde necesariamente a expresar una opinión sobre el asunto,** pues se requiere establecer, en cada caso concreto, **si devino de un análisis sustancial sobre la responsabilidad de quien se dispuso investigar, al extremo de dejar comprometida la imparcialidad del funcionario judicial en el acto procesal donde aquella determinación fue adoptada,** sin que así se haya procedido en el referido fallo

dictado por el delito de concierto para delinquir.

Y de otra, que los Magistrados Patricia Salazar y Eugenio Fernández no suscribieron la sentencia de condena proferida contra SUÁREZ MIRA por el delito de concierto para delinquir agravado el 24 de julio de 2013.

Así las cosas, la Sala declarará infundado el impedimento manifestado de manera conjunta por los Magistrados Patricia Salazar Cuéllar y Eugenio Fernández Carlier. En consecuencia, la actuación debe retornar al despacho del último a quien correspondió conocerla por reparto (fol. 125).

(Negrillas y subrayas fuera de texto).

Y es claro que la Honorable Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Penal ha sido insistente en señalar que la simple compulsas de copias no puede ser motivo de impedimento:

3.2.- Sobre el tema, resulta oportuno destacar que la compulsas de copias, en sí misma, no es suficiente para tener por acreditada la aludida causal, por cuanto se requiere establecer, en cada caso concreto, si la orden devino de un análisis sustancial sobre la responsabilidad de quien se dispuso investigar, al extremo de dejar comprometida la imparcialidad del funcionario judicial en el acto procesal donde tal determinación fue adoptada³.

³ CSJ Sala de Casación Penal, decisión del 29 de abril de 2020, radicado 56679. M.P. Dr. José Francisco Acuña Vizcaya.

Con respecto a la compulsión de copias efectuada en la Sala de Gobierno de esta Corporación que fuera aludida por los Magistrados que se declaran impedidos por haber hecho parte de la misma, para que se les aparte de conocer del recurso de apelación interpuesto contra la decisión de negar la preclusión por prescripción de la acción penal, no se advierte de manera alguna cualquier juicio de reproche, más allá de la puesta en escena de una situación con una aparente irregularidad y que en razón de las funciones que le compete a dicho órgano, se ordenó la compulsión de las respectivas copias para que se investigara, sin que se hayan pronunciado frente a la presunta comisión de un delito o de la responsabilidad penal de los implicados.

Máxime cuando se advierte también que la presunta irregularidad al parecer venía ocurriendo en varios despachos judiciales del distrito judicial de Antioquia. Es decir, si bien se ordenó compulsar copias entre otros, frente a la persona que viene siendo procesada dentro del trámite que fue allegado a la Corporación para resolver en segunda instancia un recurso de apelación, no hubo ningún pronunciamiento de cual se permita dilucidar algún compromiso en la opinión expresada como para determinar que existe alguna pérdida de ecuanimidad en torno al proceso que se adelanta en contra del señor Luis Alberto Marín Sánchez o de los otros funcionarios comprometidos en la actuación.

La H. Corte Suprema de Justicia, ha sido clara en señalar que la opinión expresada por fuera del proceso debe ser de tal entidad que sea suficientemente relevante como para comprometer su imparcialidad:

También se ha sostenido por esta Corporación que la opinión a la que se refiere la norma, expuesta dentro del ejercicio de la labor jurisdiccional dentro de un proceso distinto a aquel en el que se manifiesta el impedimento, debe tener estrecha relación con el asunto en concreto sometido al conocimiento del juzgador y ser suficientemente relevante como para comprometer la imparcialidad. (Cfr. CSJ AP, 13 Jul 2005, Rad. 23878 y CSJ AP, 10 Sep. 2014, Rad. 44356, entre otros).”

De otra parte, también ha sostenido esta Sala que, para la configuración de dicha causal de impedimento, el funcionario que la alega debe indicar cómo su opinión se encuentra directamente relacionada con los aspectos fundamentales que se debaten en el proceso, en ese sentido, la Jurisprudencia ha indicado:

“... no basta para su configuración que el funcionario la enuncie vaga, genérica y abstractamente, no es suficiente que se limite a manifestar que expresó su opinión o que dio su parecer respecto de la cuestión debatida o haga cualquier otra análoga aseveración. Es necesario, por lo menos, que precise en qué consistió dicha opinión, sobre qué materia versó, y tenga relación directa con aspectos fundamentales que se debaten en el proceso, pues no toda opinión, así esta tenga algunos nexos con cuestiones que posteriormente atraen el examen judicial, puede implicar una anticipada visión del caso o una apreciación que resta libertad de análisis.” (CSJ AP, 9 de septiembre de 2009, Rad. 32439).

Ahora bien, como se reseñó en acápite anterior, estiman los Magistrados Patricia Salazar Cuéllar, José Francisco Acuña Vizcaya, Eugenio Fernández Carlier, Luis Antonio Hernández Barbosa y Eyder Patiño Cabrera que, al haber suscrito la sentencia del 11 de octubre de 2017, dictada al interior del radicado 44630, por medio de la cual se puso fin al proceso penal del cual se derivó la presente actuación en contra del Juez Cuadrado Marín, comprometieron su imparcialidad, pues allí consignaron una serie

de opiniones y valoraciones relacionadas con el referido funcionario.

Como primera medida, debe indicarse que, siguiendo el derrotero trazado por la jurisprudencia antes citada, los Magistrados que manifestaron su impedimento en el presente asunto, no precisaron en qué consistieron sus opiniones al interior de la sentencia del 11 de octubre de 2017 (SP16536-2017), ni cómo estas guardan una relación directa con el asunto que acá se propone, de modo que plantearon su inhabilidad de forma genérica, aspecto que obliga a revisar la totalidad del contenido de dicha providencia, para de esa manera establecer si les asiste razón en sus planteamientos⁴.

Como se dijo en precedencia, una vez revisada la situación que ponen de presente los magistrados que ahora se declaran impedidos para conocer del presente asunto, al momento de decidir en Sala de Gobierno compulsar copias, no realizaron ninguna valoración en torno a la responsabilidad jurídico penal que pueda existir en la conducta por ellos avizorada, su opinión en torno a la situación que se les puso de presente fue efectuada de forma genérica, así como también fue sustentado en el Auto mediante el cual se declaran impedidos y es por ello que considera esta Sala que no han incurrido en la causal de impedimento deprecada.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior de Antioquia, Sala de Decisión Penal, a través de los Magistrados revisores que conforman su Sala,

⁴ Sala de Casación Penal, Providencia AP326-2021 (57804) del 11 de febrero de 2021. M.P. Gerson Chaverra Castro.

RESUELVE

No aceptar el impedimento manifestado por los doctores NANCY ÁVILA DE MIRANDA y GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME, de conformidad con las consideraciones que anteceden y en consecuencia, dando aplicación a lo dispuesto por el artículo 58 A de la Ley 906 de 2004, se remiten las diligencias a la Sala de Casación Penal de la H. Corte Suprema de Justicia para lo de su cargo.

CÓPIESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA
Magistrado

GUERTHY ACEVEDO ROMERO
Magistrada

PLINIO MENDIETA PACHECO
Magistrado

Firmado Por:

Edilberto Antonio Arenas Correa
Magistrado
Sala 001 Penal

Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Plinio Mendieta Pacheco
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 002 Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Guerthy Acevedo Romero
Magistrada
Sala 004 Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

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

Código de verificación:

eb150aee00a25741a1628f426f9d8899a8ffc6e7ec418b0ff3f8b
62675a4323b

Documento generado en 20/08/2021 11:04:02 AM

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE ANTIOQUIA SALA PENAL

M. P. NANCY ÁVILA DE MIRANDA



1

Ref.: Acción de tutela de segunda instancia No.18

Radicado: 05 579 31 04 001 2021-00067

Rdo. Tribunal: 2021-1107-2

Accionante: Dayron Esteban Sánchez Aguilar

Entidades Accionadas: Ministerio de Transporte y
secretaría de Transporte de Sabaneta Antioquia

Decisión: SE DECRETA NULIDAD

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

Aprobado en sesión de la fecha, acta No.69

1. ASUNTO A DECIDIR

Sería del caso resolver la impugnación interpuesta por la Coordinadora del Grupo de Atención Técnica en Transporte y Tránsito del Ministerio de Transporte, María del Rosario Hernández Villadiego, en contra del fallo de tutela proferido por el Juzgado Penal del Circuito de Puerto Berrio, Antioquia, el 06 de julio de 2021, pero tal cometido no será posible, teniendo en cuenta que del estudio de la actuación procesal, la Sala advierte una irregularidad sustancial que afecta el debido

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

proceso, por una indebida integración del contradictorio, como quiera que no se llamó como demandada a la **CONCESIÓN RUNT S.A.**

DE LA DEMANDA Y SUS FUNDAMENTOS

Los hechos de la demanda, fueron señalados por el Juez de Instancia de la siguiente forma:

“Informa el accionante que es propietario del vehículo de placas SNO306, tipo carga y se encuentra matriculado en la secretaría de tránsito de Sabaneta Antioquia y ha intentado realizar un trámite de traspaso del mismo, pero dicha secretaría le ha manifestado que dicho automotor no cuenta con certificación de MT válido emitida por el Ministerio de Transporte.

En vista de ello, bajo radicado 20213030526732 dirigió solicitud al Ministerio de transporte a fin de que le certificaran con destino al organismo de tránsito de Sabaneta Antioquia, que el vehículo de su propiedad de placas SNO306 cuenta con MT válido, lo que en su oportunidad fue remitido por dicho ministerio a la secretaría de Movilidad de Sabaneta, pero dicha secretaría sigue insistiendo en que debe dirigirse de nuevo al Ministerio de transporte a que solicite un certificado en el cual diga que el MT que se registra en la carpeta física del automotor es válido.

Continúa manifestando que ha cumplido con todos los requisitos y la carga de verificar la validez del certificado de MT del vehículo de placas SNO306 que reposa en la carpeta física le corresponde es a la Secretaría de Movilidad de Sabaneta y no es él quien deber decir si la certificación que reposa allí es válida o no, pues se sobreentiende que todas las actuaciones de las entidades públicas son legales.

Por todo ello, y con el fin de procurar una efectiva protección y garantía a su derecho de petición, solicita respetuosamente

que se ordene al Ministerio de Transporte resolver en su totalidad las pretensiones de su solicitud bajo radicado 20213030526732 y en ese orden de ideas le certifique al organismo de Tránsito de Sabaneta que el vehículo de placas SNO306 cuenta con un MT válido y que no hay omisiones en el registro inicial del vehículo ya referido.”

Es de anotar que, de acuerdo a los anexos allegados por el accionante, este también impetró derecho de petición el día 31 de marzo de 2021 ante la Secretaria de Movilidad y Transporte de Sabaneta, Antioquia, al correo atencionalusuario@utsetsa.com, a través del cual solicitó al jefe del parque automotor la autorización de la diligencia de traspaso del vehículo de placa SNO306.

3. DEL FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Penal del Circuito de Puerto Berrio, Antioquia, concedió al derecho fundamental invocado, al considerar que el Ministerio de Transporte no ha dado una respuesta completa, clara, concreta y puntual a la petición elevada el 31 de marzo de 2021, enviada al correo electrónico atencionalusuario@utsetsa.com donde el accionante solicitó certificado de cumplimiento de requisitos para registro inicial MT válido y a su vez que se le certificara que el vehículo tracto camión de placas SNO306 cumple con los requisitos para registro inicial MT 44665, y hecho lo anterior fuese remitida a la Secretaría Secretaria de Movilidad y Tránsito del Municipio de Sabaneta, pero es claro que está pendiente que el Ministerio de Transporte culmine el proceso de identificación del vehículo y verificar si presenta o no omisión en su registro inicial, y hecha tal identificación proceda al registro de los certificados de cumplimiento de requisitos del automotor de placas SNO306 en el sistema RUNT.

Por tal motivo, la Judicatura ordenó: “...a la Coordinación del Grupo de Atención Técnica en Transporte y Tránsito Dirección de Transporte y Tránsito – Ministerio de Transporte -si aún no lo ha

hecho— que dentro de las CUARENTA Y OCHO (48) HORAS siguientes, contadas a partir de la notificación de esta providencia, dé respuesta completa, clara, concreta, de fondo y congruente con lo solicitado el 31 de marzo de 2021, y se le notifique en debida forma al mismo” y “... a la SECRETARIA DE MOVILIDAD Y TRÁNSITO DEL MUNICIPIO DE SABANETA, que dentro de las 48 horas siguientes al reporte que deba hacerle la Coordinación del Grupo de Atención Técnica en Transporte y Tránsito Dirección de Transporte y Tránsito – Ministerio de Transporte, inicien los trámites relativos que requiere el accionante para el traspaso del vehículo en mención”.

4. DE LA APELACIÓN Y SU SUSTENTO

La entidad accionada al estar en desacuerdo con la decisión de primera instancia, interpone el recurso de impugnación, señalando que, dio respuesta de manera clara, congruente y de fondo, mediante radicado No. 20214020281281 del 24 de marzo de 2021, de acuerdo al objeto de lo solicitado por el accionante en las peticiones con radicados No. 20213030526732 del 15 de marzo del 2021 y No. 20213030544512 del 17 de marzo del 2021; el cual consistía con la certificación de que el vehículo de placas SNO306, no presenta omisión en su registro inicial, con fundamento en la fotocopia del MT 44665 del 2 de agosto de 2007, adjunto a sus peticiones y que se registre en el sistema RUNT el mencionado Certificado de Cumplimiento de Requisitos.

En ese sentido, advierte que en la respuesta a las citadas peticiones se indicó que la Secretaría Municipal de Tránsito y Transporte Municipal de Sabaneta, certificó por medio de correo electrónico, que el vehículo de placas SNO306, efectivamente tenía asociada a la matrícula el MT 44665 del 2 agosto del 2007 consecutivo 14275, **estableciendo así, que el precitado automotor cuenta con el Certificado de Cumplimiento de Requisitos que exigía la normatividad en el momento del registro inicial y en consecuencia que no presenta omisión en su matrícula.**

Adicionalmente, el Ministerio de Transporte en el mismo oficio, le indicó al ciudadano que una vez culmine el proceso de identificación de los vehículos que presentan omisión en su registro inicial, procederá al registro de los certificados de cumplimiento de requisitos de los automotores en el sistema RUNT, proceso dentro del cual se incluirá el vehículo de placas SNO306. Dejando claro que, la respuesta fue debidamente notificada al correo electrónico dayron1405@gmail.com

Así mismo destaca que el vehículo de placas SNO306, actualmente no tiene anotación y alerta en el Registro Único nacional de Tránsito RUNT y en el Registro Nacional de despacho de Carga RNDC respectivamente, lo cual quiere decir, que sobre el automotor de placas SNO306, no recae ningún tipo de restricción que le impida la normal prestación del servicio público de transporte de carga y mucho menos, que le impida realizar el trámite de traspaso que desea realizar ante el organismo de tránsito donde se encuentra matriculado, esto es, la Secretaria Municipal de Tránsito y Transporte de Sabaneta, ello conforme los lineamientos dispuestos en el artículo 12 de la Resolución 12379 de 2012 modificado por el artículo 3 de la Resolución 2501 de 2015.

En vista de lo anterior, solicita se revoque el fallo de primera instancia, y en su defecto se declare la carencia del objeto por hecho superado.

5. CONSIDERACIONES DE LA CORPORACIÓN

5.1 Competencia

De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 32 del decreto 2591 de 1991 y el decreto 1382 de 2000, esta Corporación es

competente para conocer en segunda instancia de la presente impugnación.

Ahora bien, de cara a lo requerido por el accionante en el presente amparo, el mismo no sólo se encuentra orientado a la protección del derecho fundamental de petición, de acuerdo a los anexos de la demanda y de la respuesta de las entidades accionadas, éste busca **finiquitar el trámite de traspaso de su vehículo de placas SNO306**, el cual no ha logrado culminar ante la no verificación del MT por medio del cual se autoriza el registro inicial de su vehículo carga por parte de las entidades accionadas, por manera que, se encuentra inmerso también la protección al derecho fundamental del debido proceso administrativo relacionado con trámite de traspaso de **vehículos de carga**.

Bajo este panorama, de cara a la respuesta brindada por la Secretaría de Movilidad y Tránsito del municipio Sabaneta, Antioquia al presente amparo, en la que informa: “... esta entidad se encuentra sujeto a las directrices y reglamentaciones que emita el Ministerio de Transporte Público, **así como las validaciones del Registro Único Nacional de Tránsito-RUNT**, el cual si bien, no constituye una autoridad de tránsito de las descritas en el artículo 3º de la ley 769 de 2002 modificada por la ley 1383 de 2010, debe estar “ en coordinación total, permanente y obligatoria con todos los organismos de tránsito del país”, así mismo, conforme lo advertido al accionante por parte de esa misma entidad en respuesta a su petición radicada el 31 de marzo de 2021², en la que se le indica que a partir del **año 2019 la plataforma RUNT bloqueó el trámite del traspaso con el fin de subsanar el registro inicial de los vehículos**; pese a que el Ministerio de Transporte señaló que: “...sobre el automotor de placas SNO306, no recae ningún tipo de restricción que le impida la normal prestación del servicio público de transporte de carga y **mucho menos, que le impida realizar el trámite de traspaso que desea realizar ante el organismo de tránsito donde**

² Ver Expediente Digital Archivo denominado “04Anexo02.pdf”

se encuentra matriculado³"; advierte la Sala la imperiosa necesidad de vincular a la **CONCESIÓN RUNT. S.A.** en tanto pueden verse afectado con las resultas del presente proceso constitucional.

Sobre este tópico, la Corte Constitucional en auto 036 de 2017, señaló:

“El rito procesal de la acción de tutela se encuentra establecido en los Decretos 2591 de 1991, 1382 de 2000, 306 de 1992 y 1834 de 2015. Ello significa que a pesar de la informalidad de la acción de tutela, no puede desconocerse el principio del debido proceso que debe irradiar todas las actuaciones judiciales y administrativas, en los términos descritos por el artículo 29 superior. De ahí la necesidad de integrar, como primera medida, el contradictorio con quienes pueden resultar involucrados. De hecho la Sala Segunda de Revisión consideró:

“La integración del contradictorio supone establecer los extremos de la relación procesal para asegurar que la acción se entabla frente a quienes puede deducirse la pretensión formulada y por quienes pueden válidamente reclamar la pretensión en sentencia de mérito, es decir, cuando la participación de quienes intervienen en el proceso se legitima en virtud de la causa jurídica que las vincula. Estar legitimado en la causa es tanto como tener derecho, por una de las partes, a que se resuelvan las pretensiones formuladas en la demanda y a que, por la otra parte, se le admita como legítimo contradictor de tales pretensiones. Al no integrarse debidamente tales extremos de la relación procesal, no puede resolverse sobre el fondo del litigio y el juez debe declararse inhibido para fallar de mérito”.

En ese orden de ideas, el juez constitucional tiene la carga de notificar a las partes y terceros interesados en la demanda, con el fin de garantizarles su intervención activa en el desarrollo de la misma, mediante la presentación de pruebas o refutando las aportadas y, en fin, utilizar los medios legales para su defensa. En efecto, en la decisión que se cita, se expuso:

³ Ver Expediente Digital Archivo denominado “22ImpugnacionMintransporte.pdf”

“el juez del conocimiento debe integrar el contradictorio cuando descubra que no se encuentran reunidos los sujetos que deban constituir cualquiera de las partes, y especialmente los organismos y autoridades contra los cuales se adelanta la acción, pero no admite la solución del proceso civil, según el cual una falta de legitimación para obrar conduce fatalmente a un fallo inhibitorio. En efecto, el parágrafo único del artículo 29 del decreto 2591/91, establece de manera terminante que "el contenido del fallo no podrá ser inhibitorio"

3.2. La omisión de la notificación de la acción de tutela a una de las partes o un tercero con interés, genera nulidad por violación al debido proceso, toda vez que no se le permite conocer su trámite y lo que allí se decida. En ese sentido, se ha pronunciado esta Corporación:

“5.- De lo expuesto, fuerza es concluir entonces que la falta u omisión de la notificación de las decisiones proferidas en un proceso de tutela a una parte o a un tercero con interés legítimo, es una irregularidad que vulnera el debido proceso. De allí que por ejemplo la falta de notificación de la providencia de admisión de una acción de tutela, no permite que quien tenga interés en el asunto, pueda enterarse de la existencia de esa actuación y de la consecuente vinculación de una decisión judicial sin haber sido oído previamente.

6.- Cuando la situación anotada se presenta, se dan los fundamentos suficientes para declarar la nulidad de lo actuado y retrotraer de tal manera la actuación que permita la configuración en debida forma del contradictorio, o se vincule al proceso al tercero con interés legítimo, pues sólo de esta manera se permite, de una parte el conocimiento de la demanda y la posibilidad del ejercicio del derecho al debido proceso y defensa, así como la emisión de un pronunciamiento de fondo sobre la protección o no de los derechos fundamentales invocados”.

De ahí que, para esta Corporación es claro que **para asegurar una respuesta al problema jurídico en el sub júdice**, que resulte coherente, adecuada y respetuosa del debido proceso,

reclama una correcta integración del contradictorio con la **CONCESIÓN RUNT. S.A.** en tanto que, se reitera, pueden verse afectado con las resultas del presente proceso constitucional.

En este orden de ideas, sin entrar en más consideraciones, la Sala decretará la nulidad de lo actuado a partir **inclusive del auto por medio del cual se avocó conocimiento (auto admisorio de la demanda)**, y como consecuencia de ello, se ordena al Juez de primera instancia, que vincule al trámite de tutela a la **CONCESIÓN RUNT. S.A.** No obstante, se tendrán como válidas las pruebas allegadas al proceso.

Sin que se precise de más consideraciones, **EL TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA EN SALA DE DECISIÓN PENAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

6. RESUELVE:

PRIMERO: DECRETAR LA NULIDAD de lo actuado por el Juzgado Penal del Circuito de Puerto Berrío, Antioquia, a partir **inclusive del auto por medio del cual avocó conocimiento (auto admisorio de la demanda)**, y como consecuencia de ello, se le ordena al Juez de primera instancia, que integre el contradictorio al **CONCESIÓN RUNT. S.A.** de conformidad con lo expuesto en la parte motiva. No obstante, se tendrán como válidas las pruebas allegadas al proceso.

SEGUNDO: Una vez adquiera ejecutoria el proveído, remítase el expediente a su lugar de origen para lo de su cargo.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

**NANCY ÁVILA DE MIRANDA
MAGISTRADA**

**GUERTHY ACEVEDO ROMERO
MAGISTRADA**

**PLINIO MENDIETA PACHECO
MAGISTRADO**

**ALEXIS TOBÓN NARANJO
SECRETARIO**

Firmado Por:

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

**Plinio Mendieta Pacheco
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 002 Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia**

Guerthy Acevedo Romero

Magistrada
Sala 004 Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

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

Código de verificación:
a52b343ee1a7cf83d8211b4523873af38753bd0177b2403703aa90e1b8f54786
Documento generado en 19/08/2021 05:36:48 PM

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO DE ANTIOQUIA SALA DE DECISIÓN PENAL

M.P. NANCY ÁVILA DE MIRANDA



1

Medellín, veinte (20) de agosto de dos mil veintiuno (2021)

Aprobado según acta Nro. 69

RADICADO	05 736 61 00208 2015 80036
INTERNO:	2019-0871-2
DELITO	ACTOS SEXUALES CON MENOR DE 14 AÑOS EN CONCURSO HOMOGÉNEO
ACUSADO:	FABER ALONSO VELÁSQUEZ RESTREPO
DECISIÓN	CONFIRMA

1. ASUNTO

Procede la Sala a desatar el recurso de alzada interpuesto por la Defensa, contra el fallo proferido el 14 de junio de 2019, por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Segovia, Antioquia, en virtud del cual se **CONDENÓ** al señor FABER ALONSO

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

VELÁSQUEZ RESTREPO como autor responsable del delito de ACTOS SEXUALES CON MENOR DE 14 AÑOS EN CONCURSO HOMOGÉNEO (ART. 31 y 209 del C.P.), siendo víctima la menor M.Y.O.M., haciéndose merecedor a la pena de CIENTO DIECISÉIS (116) MESES DE PRISIÓN, y a la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, por un periodo igual al de la pena principal.

2. DE LOS ANTECEDENTES FÁCTICOS Y PROCESALES

Fueron descritos por la Fiscalía en su pretensión punitiva en los siguientes términos:

“Faber Alonso Velásquez Restrepo lamió y acarició en repetidas veces la vagina de M. Y. O. M. desde que esta contaba con apenas seis años; también le mostraba videos pornográficos y mandaba fotos y videos pornográficos al WhatsApp de ella; hechos ocurridos en el inmueble donde vive él con su esposa la señora Diana Osorio, tía de la menor, ubicado en la Cra. 45 barrio La Paz del municipio de Segovia, y hechos conocidos por los padres de la niña el 6 de noviembre de 2015.

Mediante labores de investigación realizadas por la Policía Judicial se estableció no sólo la ocurrencia de los hechos atentatorios contra la libertad, integridad y formación sexuales de MYOM sino también la responsabilidad de los mismos en cabeza del señor Velásquez Restrepo, motivo por el cual se solicitó y ordenó por un Juez de Control de Garantías la captura de éste.

Faber Alonso Velásquez Restrepo conocía que lamía y acariciaba las partes genitales de MYOM, y que le mostraba y le mandaba material pornográfico por WhatsApp; y también conocía que ella era menor de catorce años, y quiso hacerlo...”

Las Audiencias Preliminares se llevaron a cabo el 2 de marzo de 2017 por el Juzgado Promiscuo Municipal con Funciones de Control de Garantías de Segovia – Antioquia, donde la Fiscalía formuló imputación contra el señor FABER ALONSO VELÁSQUEZ RESTREPO, por la comisión del delito de ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE 14 AÑOS con relación a la menor M.Y.O.M. tipificado en el artículo 208 del Código Penal, que apareja una pena de prisión de 12 a 20 años.

La Audiencia de Formulación de Acusación se lleva a cabo el día 4 de julio de 2017. Llamándose a responder por parte de la Fiscalía al señor FABER ALONSO VELÁSQUEZ RESTREPO, por la conducta punible de ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE 14 AÑOS EN CONCURSO HOMOGÉNEO (ART. 31 y 208 del C.P.), realizándose así una adición al escrito de acusación respecto de la conducta que en principio de le fue imputada, esto, en cuanto a las precisiones previstas en el artículo 212 del Código Penal.

Consecuencialmente, se realiza la Audiencia Preparatoria el 10 de octubre de 2017, en la cual se realizan las postulaciones probatorias, previo descubrimiento por parte de la

defensa, y se celebraron por los sujetos procesales estipulaciones probatorias.

La Audiencia de Juicio Oral se realiza los días 18/05/2018, 23/08/2018, 23/10/2018, 22/01/2019 y 28/03/2019; siendo la última fecha en que se emite el anuncio de sentido de fallo de carácter condenatorio.

La Fiscalía en sus alegatos de conclusión solicitó una sentencia de carácter condenatorio en disfavor de FABER ALONSO VELÁSQUEZ RESTREPO por el punible de ACTOS SEXUALES CON MENOR DE 14 AÑOS EN CONCURSO HOMOGÉNEO, pues del debate probatorio no se logró demostrar la responsabilidad penal del enjuiciado en el injusto penal de ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE 14 AÑOS que previamente se le había imputado y, posteriormente acusado, con la indicada adición en cuanto a las precisiones contempladas en el artículo 212 del C.P.

Así las cosas, la actuación procesal culmina en primera instancia con la emisión de la sentencia condenatoria el día 14 de junio de 2019. Decisión en la cual se CONDENA a FABER ALONSO VELÁSQUEZ RESTREPO a la pena principal de CIENTO DIECISÉIS (116) MESES DE PRISIÓN, como responsable de la conducta punible de ACTOS SEXUALES CON MENOR DE 14 AÑOS EN CONCURSO HOMOGÉNEO (31 y 209 del C.P.), en donde fue víctima la menor M.Y.O.M.

Y se le impone como pena accesoria la INHABILITACIÓN PARA EL EJERCICIO DE DERECHOS Y FUNCIONES PÚBLICAS, por un periodo igual al de la pena principal. Sin derecho a ningún subrogado penal al no cumplir los requisitos exigidos en la ley.

Debido a la inconformidad de la defensa con la decisión de instancia, interpuso el recurso de apelación contra el fallo proferido el 14 de junio de 2019 por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Segovia- Antioquia ante este Tribunal.

3. DE LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(...)

Expone la Judicatura como argumentos para sustentar la condena proferida en contra de FABER ALONSO VELÁSQUEZ RESTREPO lo siguiente:

*“Según las pruebas, los hechos fueron conocidos el 06 de noviembre de 2015 por la madre del menor, la señora LISETH TATIANA MAZO COTERIO, día en que al revisar el equipo celular que su hija había dejado en casa cargando, y al prenderlo encontró unos mensajes de texto vía WhatsApp que decía: **“borra todas las fotos que le había enviado, además de un video pornográfico”** y el contacto que lo remitía era “tío FABER”, que no es otra persona que FABER ALONSO VELÁSQUEZ RESTREPO por cuanto así la menor M.Y.O.M. solía*

decirle a su tío FABER ALONSO, y, este hecho de identificación que la menor hace del acusado no fue controvertido por las partes en juicio, procediendo la señora LISETH TATIANA después de observar el video y mostrárselo su esposo JHON FREDY OSORIO GALLO, al recoger a su hija que encontraba en la casa de FABER ALONSO quien es el padrino de bautismo de la menor M.Y.O.M., y compañero permanente de DIANA LUCÍA OSORIO GALLO, hermana de JHON FREDY OSORIO GALLO, confrontando ya en su hogar a su hija, quien le relata todo lo acontecido, hechos que venían sucediendo de tiempo atrás, según lo manifestara la menor a su señora madre, desde que estaba en preescolar y tenía un vestido de color verde que tanto usaba, época en que su tío FABER empezó abusar de ella, y que estos hechos ocurrían cuando ella iba a la casa de su tía DIANA y FABER y él la llamaba, le cogía la mano, le abría las piernas y le tocaba sus partes íntimas y por tal motivo se dirigió a las autoridades a interponer la denuncia por el abuso a su hija.

La madre de la menor M.Y.O.M., fue la persona en conocer inicialmente los hechos por boca de su hija, relatando en juicio que la época en que la menor le señala que iniciaron los abusos por parte de FABER ALONSO fue cuando ella estaba en preescolar, teniendo su hija para esa época la edad de 6 años, que de estos hechos le contó a su esposo quien también observó los mensajes de texto y el video pornográfico enfrentando posteriormente a FABER por lo ocurrido quien negó todo, expresó la señora LISETH TATIANA que la niña le manifestó que no había contado antes porque FABER la amedrentaba y le decía que la familia se iba a disolver.

La versión entregada por la señora LISETH TATIANA MAZO COTERIO en la vista pública es coherente a la relatada por su esposo,

el señor JHON FREDY OSORIO GALLO, padre de la menor M.Y.O.M. quien se mostró en el juicio bastante afectado por lo ocurrido a su hija, al señalar como su esposa LISETH TATIANA lo llama y le muestra que al celular de su hija le habían enviado un mensaje de texto y cuando observó en el celular de su hija un mensaje de texto y cuando observó el celular éste contenía una video pornográfico donde un hombre le realizaba sexo oral a la mujer, y también había un mensaje de texto que decía: "si borró lo que le mandé ayer" y era de parte de FABER ALONSO VELASQUEZ su cuñado. Relató en detalle el padre de la niña, como ésta rompió en llanto y les relató que su tío FABER la manoseaba, le lamía y le tocaba la vagina y le advertía que si decía algo, la familia se iba a dañar, que estos hechos venían sucediendo cuando ella estaba en preescolar que fue más o menos en el año 2012, y sucedieron en la casa de su señora madre EUCARIS DE JESÚS, donde la menor amanecía frecuentemente.

Los padres de la menor fueron coherentes con sus dichos, no se denota que sus declaraciones sean producto de un acuerdo de ambos para señalar a FABER ALONSO VEASQUEZ RESTREPO como responsable directo de los actos inmorales realizados a la niña desde temprana edad, los mencionados testigos afirmaron que nunca se percataron de lo que venía pasando con su hija, pues tenían total confianza en FABER, quien además, es el padrino de la menor M.Y.O.M. y esposo de DIANA LUCIA OSORIO hermana del señor JHON FREDY OSORIO, existiendo una excelente relación entre estas dos familias, quienes constantemente compartían, siendo normal que la niña pernoctara con frecuencia en las casa de DIANA LUICA y FABER ALONSO, oportunidad que aprovechaba FABER para realizarle tocamientos a la menor en sus partes íntimas.

Si bien no se escuchó en juicio el testimonio de la menor M.Y.M.O., con el fin de no revictimizarse, si se le recibió entrevista forense por parte de la profesional en sicología JOHANA ANDREA RAMÍREZ MORENO, quien declaró en juicio aduciendo lo que la menor le narró en esta entrevista la cual realizó bajo el protocolo SATAC (...), protocolo que permite que el menor describa experiencias concretas que ha vivido, basado en una entrevista semiestructurada que plasmó en un documento (entrevista investigador criminalístico i, el día 3 de diciembre de 2015 centro de atención integral a las víctimas de la violencia (caivas Medellín), así como en un cd fueron introducidos como prueba de la Fiscalía), a través de esta declarante.

El protocolo o medio de entrevista SATAC es aceptado por la comunidad científica internacional y en especial en Colombia para recibir testimonios a menores víctimas de violencia psíquica y sexual, máxime cuando lo que se busca es no revictimizar nuevamente a la menor víctima de abuso sexual, como lo ha reiterado la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia (SP3332-2016 Rad. 43866 M.P. Patricia Salazar Cuellar y Auto AP 10012016 (47.303), Feb 24/2016), las entrevistas que se realizan al menor de edad de delitos sexuales constituyen un elemento material probatorio, lo que significa que pueden ser incorporadas en el proceso penal acusatorio por medio del profesional que examinó dicho medio, siendo apreciadas en conjunto y de manera estructurada con los demás medios materiales del juicio.

Si bien se trata de una prueba de referencia, como lo indica la sentencia antes citada, puesto que dichas entrevistas forenses no se llevan al juicio por su autor sino por un tercero, su admisibilidad está avalada por el legislador de 2013 a la jurisprudencia de la Corte

Suprema de Justicia, Sala de casación Penal, además la defensa no se opuso a su incorporación en el juicio oral de esta prueba, siendo su mayor inconformidad en que la declaración del menor no dice la verdad o que su relato era confiable.

La psicóloga JOHANNA ANDREA RAMÍREZ relata como la menor le comenta lo acontecido, señalando el tiempo, modo y lugar de cómo se dieron los abusos sexuales en su integridad física y moral, señalando como responsable de dichos actos sexuales en su integridad física y moral a su padrino FABER ALONSO; que estos hechos iniciaron desde que la niña tenía cinco años de edad y ocurrían cuando amanecía o cuando visitaba la casa de la tía DIANA, esposa de FABER; relató la menor que FABER la tocaba y manoseaba y le decía que no le dijera nada, que además le mostraba videos groseros, que además le lamía las partes íntimas indicando la vagina y que eso lo hacía con la boca o la lengua y todo ello paró hasta que el día que la madre de la niña se dio cuenta de que FABER le mandaba videos pornográficos al celular, que antes ella borraba pero ese día no los borró y su mamá se dio cuenta.

Como antes se dijo, la entrevista realizada a la menor el día 11 de diciembre de 2015, un mes después de darse a conocer los hechos por parte de la madre de la menor señora LISETH TATIANA MAZO, fue grabado en video y constatado en un CD el cual fue debidamente rotulado y aportado con el informe de campo (entrevista psicológica), la cual fue reproducida en la audiencia, resaltándose algunos apartes narrados por la menor en esa entrevista (...).

La Judicatura luego de analizar en detalle algunos apartes de la entrevista de la menor víctima, concluye que la narrativa realizada por

la menor M.Y.O.M., determina que hay claridad en el tiempo en que inició la ocurrencia de los hechos o los tocamientos por su victimario, señalando enfáticamente la menor que esto fue cuando ella estaba en preescolar y ella tenía cinco años, aunque la madre indica que cuando su hija estaba en preescolar contaba con la edad de seis años, y contando desde la fecha de nacimiento de la menor que fue el 9 de julio de 2006, cuando la menor tenía 6 años en el año 2012, fecha desde la cual iniciaron las conductas abusivas y continuaron hasta el 6 de noviembre de 2015, cuando la madre de la menor se da cuenta de un video pornográfico que FABER le había enviado al celular de la menor, hecho que según la menor dice que cuando su madre se enteró de lo que pasaba se sintió feliz “porque ya se había liberado, de todo lo que estaba pasándole.

De los testimonios rendidos por LISETH TATIANA MAZO COTERIO y JHON FREDY OSORIO GALLO, la psicóloga JHONANA ANDREA RAMÍREZ MORENO y la misma versión rendida por la menor M.Y.O.M., se tiene como probado que los hechos ocurrieron en el Barrio La paz del municipio de Segovia, en la casa donde FABER ALONSO VELASQUEZ RESTREPO convivía con la señora DIANA LUCIA OSORIO y la hija de nombre NICOLE, prima de MYOM, hechos que iniciaron cuando la niña estaba en preescolar y tenía entre 5 y 6 años de edad -año 2011 o 2012- cuando la ofendida, se quedaba amaneciendo en dicha vivienda, donde también habitaba la madre de JHON FREDY OSORIO GALLO hasta su fallecimiento y DANIELA OSORIO GALLO, abusos que como lo señala la menor continuaron después de que su abuela fallece y FABER y DIANA se fueron a vivir a otro lugar que queda cerca de su casa, hasta el 6 de noviembre de 2015, cuando su madre se entera de estos abusos corroborándose así la existencia del delito.

(...)

De igual manera, la Judicatura manifiesta respecto a las pruebas de la defensa que, las mismas no logran refutar o contradecir la tesis planteada por la Fiscalía, comoquiera que no se allegaron elementos de juicio que pusieran siquiera en duda el lugar de la comisión de la conducta, los dichos de la víctima y los demás testigos, o el señalamiento que en todo momento se hizo al acusado, como responsable del ilícito, solo la defensa presentó una tesis en supuestos que no demostró en el debate probatorio.

Culminando la argumentación del Juez de Instancia con la declaratoria de responsabilidad del señor FABER ALONSO VELÁSQUEZ RESTREPO por el punible de ACTOS SEXUALES CON MENOR DE 14 AÑOS EN CONCURSO HOMOGÉNEO...”

4. IMPUGNACIÓN DEL FALLO

Solicita la defensa de FABER ALONSO VELÁSQUEZ RESTREPO se REVOQUE la decisión de primer grado para que, en su lugar se profiera sentencia ABSOLUTORIA en su totalidad a favor de su prohijado, con fundamento en los siguientes términos:

Expone la abogada LUZ MIRYAM ROBLEDO SÁNCHEZ, que sustenta recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Segovia, Antioquia, el pasado 14 de junio de 2019 en contra

de su representado FABER ALONSO VELÁSQUEZ RESTREPO, toda vez que la aludida decisión no se ajusta al acervo probatorio que se practicó en el trasegar del proceso.

Aduce que su inconformidad en principio, va dirigida al testimonio rendido por el padre de la presunta víctima, el señor Jhon Fredy Osorio Gallo, quien se contradice al señalar que su hija para el periodo comprendido entre los años 2011 y 2015 era siempre solitaria y permanecía encerrada en su cuarto, pero luego menciona que la menor vivía en la casa de su tía Diana todos los días en las tardes cuando salía de estudiar; además de indicar que la menor cambió después del 6 de noviembre, sin que fuese tratada por profesional en psicología. Por lo tanto, señala la togada, que la víctima entre el 2012 y 2015 no mostró señales de abuso sexual.

En segundo lugar, sustenta su inconformidad respecto al testimonio rendido por el señor Javier Villa Machado, psicólogo forense, puntualmente con lo expuesto en cuanto al estado anímico de una persona víctima de abuso sexual, esto es, que por un buen tiempo puede presentar alteraciones en su estado anímico; lo que para la defensa no es de recibo, pues no se observó por parte de los padres ni mucho menos de los docentes de la menor, cambios en su comportamiento y ánimo, máxime que se indicó que siempre había sido buena estudiante. Aunado a ello, argumenta su disenso en cuanto al testimonio de la madre de la víctima, quien se contradijo en varias oportunidades al decir

que cuando iniciaron los abusos su hija estaba en preescolar, recordando que tenía un vestido verde y que ésta tenía 6 años, permaneciendo a raíz de lo ocurrido callada, pero después de contar lo que estaba sucediendo era más activa.

Así las cosas, advierte que con las declaraciones de los testigos aludidos, se observa que los padres de la menor víctima no son coherentes en sus relatos, pues por una parte precisan que la menor siempre se notó solitaria y callada, pero luego refieren que permanecía donde su tía Diana casi todos los días cuando salía del Colegio, además de indicar la progenitora de M.Y.O.M. que recuerda ésta lo sucedido porque estaba en preescolar y vestía un vestido verde; situación que la menor nunca indicó, pues solo adujo que su tío le enviaba videos pornográficos y fotos, y que la tocaba cuando ella estaba en la casa de la abuela, sin que se demostrara en sede de juicio oral la existencia de más videos que su prohijado le hubiese enviado a la víctima vía celular.

Por otra parte, resulta inconforme la defensa de FABER ALONSO VELÁSQUEZ RESTREPO con la decisión de primera instancia, pues refiere que el Juez condenó a su representado con prueba de referencia, comoquiera que la versión de la víctima se introdujo como prueba de referencia a través del psicólogo Javier Villa Machado y la doctora Johana Andrea Ramírez Moreno; máxime que al observar el video que contiene la entrevista realizada a la menor, su relato no es coherente con

lo que manifiestan sus progenitores, y puntualiza que en cuanto al hecho de que fue tocada por el acusado cuando iba para el baño en la noche, resulta contradictorio según como lo expone M.Y.O.M.

En consecuencia, considera se está cometiendo un grave error al condenar a su prohijado por el delito de ACTOS SEXUALES CON MENOR DE 14 AÑOS EN CONCURSO HOMOGÉNEO, toda vez que las pruebas practicadas en el juicio no demuestran que FABER ALONSO hubiese atentando contra la integridad sexual de la menor víctima, pues se tiene que los padres de ésta en principio hablan de videos y mensajes dirigidos a la afectada, pero después indican hechos que desconocían porque la víctima en momento alguno demostró un estado anímico diferente, por el contrario todos los días visitaba a su tía, abuela y prima, además de presentarse duda puntual frente a si su representado le tocaba las partes íntimas de forma libidinosa o no, y el lugar de ocurrencia de los hechos.

Considera que lo narrado por la menor y el hecho de no llevarla a declarar al juicio oral resulta contradictorio, lo que genera dudas sobre la ocurrencia de los hechos. Aunado a ello el profesional en psicología concluyó que en la menor no se aprecian secuelas médico legales de perturbación psíquica por los hechos que narra tuvo que atravesar.

Refiere que tampoco quedó demostrado en sede de juicio oral que la menor M.Y.O.M. se quedara sola, momento en el que su representado abusaba sexualmente de ella, pues ni ésta refiere que se hubiese quedado sola con su tío Faber, máxime que la defensa si logró demostrar que la víctima siempre estaba acompañada de sus tías y la abuela, e indicó ésta misma que no existieron más videos ni mucho menos fotos. Por lo tanto, sostiene que sólo se tuvieron en cuenta declaraciones de referencia para condenar a su cliente, y no se valoró en conjunto todos los testimonios rendidos, como es el caso del relato expuesto por una de las tías de la menor y pareja sentimental de su prohijado, que aclara que ésta nunca estuvo sola, que siempre estuvo con sus tías y abuela.

5. CONSIDERACIONES DE LA SALA

De conformidad con el numeral 1° del artículo 34 de la Ley 906 de 2004, es competente esta Corporación para conocer el recurso de apelación interpuesto por la Defensa, contra la sentencia proferida por la Juez Promiscuo del Circuito de Segovia- Antioquia, el 14 de junio de 2019.

5.1. CASO CONCRETO

El problema Jurídico central que concita la atención de la Sala no es otro que, determinar si con las pruebas practicadas al interior del Juicio Oral, la Fiscalía logró demostrar más allá de toda duda, tanto la materialidad de la conducta endilgada, como la responsabilidad penal del acusado en la misma, solicitando a favor del sentenciado una sentencia absolutoria.

5.1.2. De la prueba practicada en el juicio oral y la valoración probatoria

Los sujetos procesales acordaron las siguientes estipulaciones probatorias:

- *Plena identidad del acusado, el señor FABER ALONSO VELÁSQUEZ RESTREPO, identificado con C.C. 71.086.273 de Segovia, Antioquia, nacido el 9 de junio de 1980 en Segovia, Antioquia, hijo de Betty y Rodrigo, individualización y arraigo, y carencia de antecedentes penales. Se aporta consulta página web de la Registraduría Nacional del Estado Civil, Informe de Investigador de Laboratorio del 01 de marzo de 2017 sobre correspondencia de la tarjeta decadaactilar del acusado con la que aparece en la cédula de ciudadanía, individualización y arraigo, y oficio del 01 de marzo de 2017 del Grupo de Información Criminal sobre la carencia de antecedentes penales.*

- *Plena identidad y minoría de edad de la víctima, M.Y.O.M., hija de Liseth Tatiana y John Fredy, nacida el 9 de julio de 2006 EN Medellín, de 11 años de edad, estudiante e identificada con Tarjeta de Identidad 1.017.164.154 de Segovia, Antioquia. Se aporta Registro Civil de Nacimiento con NUIP 1.017.164.154 y fotocopia de la Tarjeta de Identidad con número 1.017.164.154 de Segovia, Antioquia.*

- *Valoración médica realizada a la menor M.Y.O.M. el 9 de noviembre de 2015 a las 23:50 horas en el Hospital San Juan de Dios de Segovia, Antioquia, y en el que se concluyó que la paciente “presenta himen íntegro- No se encontraron signos de lesión tisular- No presenta infecciones ni enfermedades de transmisión sexual”. Se aporta dictamen médico 011 del 9 de noviembre de 2015 suscrito por el médico Freddy Vicente Paricagua, con Registro Médico 5-3496-15, 71.086.273 de Segovia, Hospital “San Juan de Dios” de Segovia.*

5.1.3. De las pruebas practicadas en el juicio oral:

El señor JHON FREDY OSORIO GALLO (padre de la menor M.Y.O.M.), quien manifiesta ser casado con Liseth Tatiana Mazo, labora en la empresa ECOALIANZA y sus funciones son como supervisor de labores mineras. Vive en el barrio la Paz de Segovia, allí lleva viviendo hace 17 años.

Señala haber sido convocado al estrado judicial porque su hija M.Y.O.M. es víctima de abuso sexual por parte del señor FABER ALONSO VELÁZQUEZ RETREPO, pues de ello se enteró el 6 de noviembre del 2015 a las 3:30 de la tarde, cuando se encontraba viendo televisor con su esposa; de repente ella se paró y fue al cuarto de la niña a revisar el celular cuando al momento impresionada lo llamó para que observara el contenido que había en el celular, pues encontró un video porno y un mensaje que decía “*si borró lo que le mandé ayer*”; situación que no podía creer, por lo que decidieron ir por la niña que en

esos momentos se encontraba en la casa su tía y abuela. De regreso a casa, la niña y su madre se quedan en el camino con el fin de obtener información sobre lo ocurrido; llegan tipo 5 de la tarde a la casa, y al consultarle por lo que le había contado la víctima, le indicó que no le había dicho nada.

Refiere que para el día señalado a las 7 de la noche la madre de la menor ya preocupada e indignada, coge el celular y la confronta *“ya sabemos todo y le muestra el celular y su contenido”*, ante lo cual la menor M.Y.O.M. en medio de llanto les cuenta a sus padres que su padrino, su tío Faber le bajaba la ropa, la manoseaba y le lamia la vagina, le decía que si ella decía algo que la familia se iba dañar, amedrentándola. Así las cosas, al día siguiente procede a interponer denuncia ante la policía de infancia y adolescencia narrando los hechos y todo lo que la niña había contado con anterioridad, indicando que se deja el celular como material probatorio para su respectiva investigación; celular que entregan a sus propietarios nuevamente a los dos meses aproximadamente.

Aduce el testigo que el celular entregado a la policía de infancia y adolescencia en el que se encontró el video pornográfico con su respectivo mensaje era de la menor, que él se lo había dado, no recuerda que celular era, ni la marca y que su color era blanco.

Expresa que según lo expuesto por la niña esto venía ocurriendo desde que se encontraba en preescolar, más o menos desde el 2012 hasta comienzos de noviembre del 2015 que fueron las últimas veces que ella amaneció en la casa de su progenitora. Expresa que cuando ella amanecía allí, el procesado se pasaba para la cama de ella a manosearla; que hasta en el día cuando su hermana se quedaba dormida iba y la manoseaba.

Precisa el testigo que la menor iba todos los días a la casa de la abuela, quien vivía con sus dos hijas Daniela y Diana, el señor Faber compañero de la señora Diana y su hija Nicole de 9 años, y que incluso a veces dormía allí con su prima Nicole quien dormía en el mismo cuarto con sus padres Diana y el señor Faber.

Niega la existencia de problemas con la familia de FABER o con el mismo antes de que se conocieran los hechos, agregando que la menor M.Y.O.M era muy apegada a su abuela, a su tía Diana y su prima Nicole, pues las discrepancias, señala el padre de la menor surgieron después de que se enteraron de lo que ocurría, razón por la cual ambas niñas se distanciaron, permaneciendo la víctima encerrada en el cuarto, jugando sola con muñecas, viendo televisión y que solo sale cuando va a entrenar danzas día por medio.

En cuanto al comportamiento académico de la menor, indica el testigo que esta no se presentó ninguna actitud

anómala que diera cuenta de alguna pesadumbre debido a que la menor siempre ha sobresalido por ser la mejor en la Escuela. Después de los presuntos hechos a la niña le realizaron exámenes en el hospital de Segovia y luego en Medellín, exámenes psicológicos; sin embargo, pese a esos eventos, la psicóloga le dijo que la niña era muy inteligente que todo lo estaba asimilando muy bien.

En el contrainterrogatorio expresa el deponente que la niña antes de los hechos vivía diario en la casa de su tía Diana y su abuela, iba casi todos los días por las tardes cuando salía de estudiar. Expresa que el celular que le dio a su hija M.Y.O.M., se lo regaló, cree que cuando estaba en preescolar, aunque no recuerda con exactitud cuando ocurrió ello, pero que más o menos desde que ella tenía por ahí 8 años.

Cuenta que ese 6 de noviembre, cuando se entera de lo ocurrido, se encontraba viendo televisión con su esposa y que de repente ella se para y va a revisar el celular de su hija quien lo había dejado y aunque el celular solamente lo manipulaba la menor, la madre solía revisarlo en las noches. Cuando la madre revisa el celular se encuentra un mensaje que decía "*si borró lo que le mande ayer*" y el video, y su remitente era Faber Alonso.

Sostiene que, desde la edad de preescolar al momento de los hechos, cuando vio el video ya habían transcurrido 3 años y

durante ese tiempo nunca se le observó alguna actitud diferente a la niña, ella era muy feliz cuando estaba donde su abuela, ahora es una niña que mantiene más bien sola, no le gusta salir a jugar. Y refiere que a la fecha no ha sido necesario someterla a tratamiento psicológico, y que en alguna ocasión fueron citados tanto él como su esposa a la casa de justicia para validar si quería someterla a un proceso psicológico, pero no lo consideraron necesario.

Del relato del señor John Fredy Osorio Gallo, se desprenden aspectos fundamentales frente a los actos libidinosos de los que fue víctima su menor hija desde que estaba en preescolar, esto es, para el año 2012, y hasta principios de noviembre de 2015, toda vez que afirma con claridad haber hallado en principio su esposa, y éste observó un video de contenido pornográfico que fue enviado al celular de su hija M.Y.O.M. desde el teléfono móvil de su tío y padrino, el señor FABER ALONSO, además de obrar conversación en la que éste consulta a la menor si borró lo que le había enviado.

Es de anotar que no sólo refiere el testigo la existencia de un video pornográfico, sino la narración que su propia hija hace de los hechos de los que fue víctima, esto es, que el procesado le bajaba la ropa, la manoseaba y le lamía la vagina, aclarando que el lugar donde se presentaban los hechos descritos era en la casa de su tía Diana, esposa del acusado, donde usualmente permanecía en las tardes, e incluso en algunas oportunidades

dormía, aprovechando el enjuiciado para pasarse a la cama de la menor y realizarle tocamientos.

Contrario a lo expuesto por la defensa, del testimonio rendido por el progenitor de la afectada, se tiene que existe claridad en el tiempo en que ocurrieron los hechos, en el lugar donde se presentaban los actos libidinosos, de los que además no obra duda, pues no es de recibo para esta Sala pretender cuestionar si lamer la vagina de un menor de edad debe considerarse un acto libidinoso. Y es que independientemente, si nunca estuvo sola o no la menor con el enjuiciado en la casa de su tía, pues precisamente dichos actos sexuales por los que se le endilga responsabilidad FABER ALONSO, del debate probatorio se observa, no se hacían en presencia de otras personas, lo que usualmente ocurre en eventos como los descritos en las presentes diligencias.

En ese orden de ideas, encuentra esta Corporación que distinto a lo advertido por la defensa, el relato expuesto por el padre de M.Y.O.M. resulta coherente, cronológico y conteste con lo expuesto por la menor no sólo a sus padres, sino también al profesional en psicología que la valoró.

Ahora bien, es claro que el testimonio del señor JHON FREDY OSORIO GALLO es de corroboración en atención que pudo percibir directamente el contenido del archivo de video pornográfico que le fue enviado por parte del acusado al celular

de su hija M.Y.O.M., sin olvidar que fue el mismo testigo quien recibe la información directamente de la niña sobre cómo ocurrieron los hechos abusivos por parte del señor FABER ALONSO VELÁSQUEZ RESTREPO y que fue éste quien le había enviado dicho video a su celular.

De igual forma, si bien el señor JHON FREDY OSORIO GALLO no hizo uso de la inmunidad penal para declarar en contra de sus familiares, tampoco se advierte en su deposición que no quisiera dar su testimonio, por el contrario, siempre fue claro y directo en su relato sobre las situaciones delictivas de las cuales fue víctima su hija M.Y.O.M. por parte del señor VELÁSQUEZ RESTREPO.

Se hace presente en el estrado judicial el Psicólogo JAVIER VILLA MACHADO como testigo de cargo, quien manifiesta ser egresado de la Universidad San Buenaventura y tener una Maestría en ciencias sociales de la Universidad de Antioquia. En la actualidad, labora como psicólogo en calidad de perito cuyo cargo es profesional especializado forense en la Regional Noroccidente del Instituto Nacional de Medicina Legal, vinculado a dicha institución desde el 3 de septiembre de 1990 en esa misma área. Su experiencia en entrevista es bastante amplia, siendo complejo precisar el número de veces que ha realizado entrevistas, siendo muchas las realizadas respecto de menores de edad por vulneración de derechos.

Señala el testigo conoce los motivos por los cuales se encuentra rindiendo declaración, esto es, por el informe de psiquiatría y psicología forense número -03181-2016 realizado el febrero 23 del 2016, solicitado por la Fiscalía, esto es, por el presunto delito de abuso sexual del que fue víctima M.Y.O.M., sin embargo, refiere que como es un informe de 5 páginas no podría recordar exactamente todo lo que contiene por lo que tendría que refrescar memoria.

Al refrescar memoria el testigo, indica que se trata de la menor M.Y.O.M., hija única, nació el nace el 9 de julio del 2006, a quien se le valoró psicológicamente.

Refiere que para valorar a la menor M.Y.O.M., se utilizó el Protocolo de valoración básica en psicología y psiquiatría forense del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses que se establece fundamentalmente para el diagnóstico de salud mental. El procedimiento consistió en practicarle una entrevista semiestructurada, primero haciendo una invitación abierta, se hacen narrativas libres sobre la persona y su entorno y después se introducen preguntas directas para completar la información que se considera pertinente y para tener una imagen de la persona en cuanto a la composición de la historia familiar, historia personal, los antecedentes que tienen que ver con el tema de salud y aspectos psicosociales. Durante la entrevista se aplica la observación clínica, esto es, la apariencia de la persona, su

expresión gestual y verbal, se valora como es su pensamiento, su memoria, su atención, todas las funciones psíquicas superiores como la atención, el afecto, la capacidad de introspección, como proyecta la persona su vida y su juicio; de igual manera, esto debe ser cotejado también con la información colateral proveniente de la investigación judicial que ha aportado la entidad solicitante, en este caso la Fiscalía. La entrevista y la observación clínica son los instrumentos principales para la valoración de salud mental.

Indica que, a la niña se le promete que se le va a grabar o filmar o registrar por escrito, con el propósito de que otras personas no tengan que volver a preguntar sobre lo mismo, salvo que se necesite esclarecer elementos que ella no haya dicho; pero como desde el inicio la menor se mostró avergonzada frente al examen, se le garantizó que no se le iba a obligar a ir a ratificar la declaración que ya había dado, logrando tranquilizarla y que facilitara la entrevista pericial que es distinta de la entrevista forense; esto bajo el principio constitucional del bien superior del menor y con la entrevista forense que trata de evitar la revictimización. **Y resalta que la valoración psicológica a la menor víctima buscaba establecer posibles secuelas y la validez de la declaración, su coherencia y si había contenido fantasioso, algo inventado o sugerido.**

Con respecto a las conclusiones, manifiesta el testigo que no se apreciaron secuelas medicolegales de perturbación psíquica de los hechos denunciados, su funcionamiento psíquico se observó normal en el momento de la evaluación; **no se avizoró alguna circunstancia que lleve a pensar que la niña tenga tendencia a la mentira patológica.** Explica, todo ser humano normalmente miente, pero la mentira normal es una mentira funcional que está dirigida a obtener ganancias o a evitar perjuicios lo que se denomina las mentiras blancas.

En el contrainterrogatorio señala que el 3 de septiembre cumple 28 años como perito ya que antes trabajó como perito psicólogo para el Tribunal Eclesiástico de Antioquia.

En cuanto a la diferencia de una entrevista pericial y una entrevista forense, refiere que la primera también es forense porque ha de debatirse en un foro, su objetivo es establecer aspectos psicológicos y de salud mental de la persona evaluada y aspectos psicológicos de los relatos que ofrece la persona valorada durante la investigación judicial, mientras que la segunda es una actividad investigativa de tipo judicial, investigación judicial o de la policía judicial para recoger el relato que una víctima o un testigo tiene acerca de los hechos, se realiza mediante protocolos o lineamientos de policía judicial para evitar que la persona sea sugestionada o conducida más

allá de lo necesario y debe ser validado cuando se someta a juicio oral, estableciendo si se hizo de manera adecuada o no.

En cuanto a la frecuencia con la que puede mentir un menor se puede decir que en la mayoría de los casos no se aprecian elementos que permitan concluir que la persona está mintiendo, en esto puede haber algún grado de margen de error, pero, no hay estadísticas locales establezcan ello. Lo cierto es que en pruebas de situaciones experimentales la confiabilidad puede llegar a porcentajes de acierto de un 90% en el mejor de los casos, ello depende de la habilidad del investigador que hace la entrevista como del perito.

Aclara que sin lugar a dudas, los padres pueden manipular con alta frecuencia a los hijos, pero hay que discriminar el tipo de manipulación y el tipo de contexto, por ejemplo, por la custodia o por la cuota alimentaria.

Manifiesta el testigo que la técnica de valoración del relato se hace sobre una entrevista que hace otra persona y la entrevista que se hace a la menor es con fines periciales, la cual busca obtener datos acerca del funcionamiento mental, estado anímico en general de la persona; como es, como ha sido y como proyecta ser, según lo que puede revelar acerca de sus propósitos hacia el futuro y con base en la información colateral de la investigación judicial.

Refiere que conforme a la literatura que obra sobre valoraciones psicológicas, se tiene que el comportamiento de un menor que ha sido abusado sexualmente tiene relación con el síndrome de acomodación al abuso sexual infantil, mediante el cual explica que el niño vive abusos sexuales sometido a secreto, después se da una acomodación, luego puede darse una revelación que puede ser tardía y poco creíble, y posiblemente después darse una retractación y después de la retractación puede haber también reafirmación en los hechos.

Así las cosas, sostiene el testigo que muchos niños víctimas de abusos sexuales presentan problemas de comportamiento, cambios de actitud en el estado anímico habitual y durante el periodo de acomodación puede que no sea perceptible ello, y muchas veces la revelación si genera una reactivación de los síntomas, de los estados de comportamiento o del estado anímico porque no solamente rememoran los acontecimientos traumáticos, sino que también someten al niño a un proceso de estigmatización tanto subjetiva como social. Por lo que aclara que, las víctimas pueden aparentar estar en una situación cómoda dentro del abuso sexual, mientras se denuncia; es decir la persona puede seguir frecuentando el abusador porque se acomoda a esa situación.

Señala que cuando se refiere que no se aprecian secuelas médico legales de perturbación psíquica, hace alusión a que no presenta las alteraciones significativas como para ser valoradas médico legalmente. Aunado a ello, menciona que los relatos indirectos de los padres y de otros testigos, sirven para establecer una consistencia mínima textual a cerca de lo que la niña a dicho a distintas personas que es otro elemento que permite establecer la validez de lo expuesto. Sin embargo, afirma que los conceptos en psicología no son de certeza sino de orientación o probabilidad, es decir que tienen que ser corroborados con otras pruebas más allá de la propia psicología.

En el redirecto aduce el testigo que la madre reporta sentimiento de culpa en la niña víctima, suscitados por la misma situación y un sentimiento de culpa por haber alejado de su familia a su tía paterna que era la que ella más quería. Ella manifiesta sentirse mala por lo acontecido y cuando se le pidió la aprobación para hacerle la entrevista ella se muestra triste, dice que tiene miedo, lo cual se puede superar cuando se le garantiza a la niña que no se le va a forzar a repetir el relato porque ya lo ha dado en otras oportunidades. Y resalta que es el primer relato el que permite valorar la credibilidad ya que es el que permanece en la memoria episódica, es decir, que describe episodios, sensaciones, cosas tal como fueron percibidas por los órganos de lo sensible; mientras que, con el paso del tiempo, la memoria se va sintetizándose, Y es por ello que se busca dejar esa

entrevista registrada de la mejor manera, al alcance del investigador judicial.

En el recontradirecto señala el profesional en psicología que el sentimiento de culpa que presentó la menor es muy común, ya que la gran mayoría de los niños así no sean objetivamente culpables, se sienten culpables; de todas maneras, la excitación suscitada por un abuso sexual genera en el niño sentimientos de culpabilidad en la gran mayoría.

Sobre el testimonio del profesional en psicología JAVIER VILLA MACHADO, debe advertirse en principio la idoneidad del testigo, especialista, y empleado al servicio del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias forenses desde 1990, lo que da cuenta de su amplia experiencia en cuanto a valoración psicológica se refiere a menores de edad víctimas de delitos sexuales. Y, en segundo lugar, habrá de resaltarse el procedimiento empleado por el testigo con el fin de no revictimizar a la menor M.Y.O.M. que refiere al momento de la entrevista pericial se mostró avergonzada, para lo cual tomó mano de las herramientas necesarias en aras de garantizar los derechos de la víctima y proceder con la valoración solicitada por el ente acusador.

Ahora bien, de las conclusiones a las que llegó el psicólogo en cuanto a la valoración realizada a la víctima, misma

que ingresó como prueba al proceso, se observa que la menor relató lo ocurrido, indicando los actos libidinosos que le realizaba el acusado a través de una narrativa libre, y si bien, refiere el profesional como resultado de su valoración que no se avizoraron secuelas de los hechos objeto de investigación, lo cierto es que se verificó conforme a su experiencia y conocimientos que la menor no cuenta con tendencia a la mentira patológica, máxime que al momento de la entrevista se mostró avergonzada, lo que da cuenta de la afectación que para dicha menor significa rememorar las experiencias traumáticas que vivenció. Además, debe significarse que la valoración psicológica no constituye prueba de referencia, pues se trata de una prueba directa en atención a la percepción del profesional cuando ha entrevistado a la menor víctima logra avistar el grado de afectación emocional de la menor y la coherencia de su relato.

En relación con el relato del psicólogo JAVIER VILLA MACHADO, debe destacarse que su testimonio no es prueba de referencia pues su relato es directo sobre la percepción que obtiene de la entrevista realizada a la menor víctima M.Y.O.M.², sin pasar alto que lo relatado por la menor en el criterio de este profesional en sicología conlleva a darle credibilidad al relato de

² Ver decisión de la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (sentencia radicado 28257 29/02/2008) (...) *todos los profesionales que valoraron a la menor xxx rindieron su testimonio en calidad de peritos. Tanto la psicóloga del colegio, como la médica legista, dieron cuenta de las entrevistas realizadas a la menor xxx y a su progenitora, suministraron detalles de la inicial información que estas proporcionaron sobre los hechos y así como la percepción acerca de sus expresiones, actitudes y sentimientos de la menor en esos momentos. Se trata entonces de testimonios de peritos que debieron valorarse de acuerdo a las reglas establecidas...en tanto que comparecieron a la audiencia de juicio oral, donde las partes tuvieron la oportunidad de ejercer el derecho contradicción, respecto de sus informes (...).*

la menor al considerarlo coherente y al no observar en su discurso mentira alguna.

Igualmente fue convocada al estrado judicial la madre de la menor M.Y.O.M., la señora LISETH TANIANA MAZO COTERIO, quien manifiesta en el interrogatorio practicado en sede de juicio oral que vive en el barrio la Paz de Segovia, Antioquia, nacida el 4 de julio de 1987, casada y dedicada a la Piscicultura.

Refiere en su declaración que conoce los motivos por los que fue citada a la audiencia de Juicio Oral, esto es, presunto abuso sexual en disfavor de su hija, de lo cual se enteró el 6 de noviembre del 2015, al revisar el celular de su hija, allí encuentra un mensaje enviado por el señor Faber Alonso donde le preguntaba *“que si ya había borrado las fotografías que le había mandado ayer”* y un video pornográfico. En ese momento le muestra el mensaje a su esposo y se dirigen a donde estaba la menor y la recogen.

Dado lo ocurrido, narra la testigo que ella y su esposo procedieron a interrogar a la niña, quien en primera instancia no dice nada; sin embargo, como a las 7 de la noche, la niña le cuenta a su madre, que el señor Faber Alonso cuando ella amanecía en casa de éste o cuando la tía o la abuela se iban, la cogía de la mano, le abría sus piernas, le bajaba su ropa interior y le tocaba sus partes íntimas, de igual forma también utilizaba la

lengua para desplegar esos tocamientos. Y dice que la menor le indicó que estas prácticas iniciaron cuando ella tenía un vestido verde, más o menos desde que la niña estaba en preescolar, a la edad de 6 años.

Agrega la testigo que la menor visitaba con frecuencia la casa de su abuela porque le gustaba pasar tiempo con ella, además de jugar con su prima y en vista de que entre las familias había una excelente relación no veía inconveniente de que la niña visitara la casa de la abuela. Respecto al último episodio antes de ese 6 de noviembre del 2015, la víctima le manifestó que hacía pocas semanas era la última vez que había sucedido eso; añade la madre de la menor que la niña casi ya no frecuentaba dicha casa.

Señala que el 7 de noviembre de 2015 ella y su esposo se acercan a la oficina de infancia y adolescencia que quedaba en el Palacio Municipal del municipio de Segovia, con el fin de hacer la respectiva denuncia, siendo llevada la menor al Hospital San Juan de Dios de Segovia, en donde se le realizó un examen para acreditar si en efecto la infante había o no presentado algún desgarramiento; sin embargo, expone la testigo que ella imaginaba ya el resultado del examen porque en varias ocasiones le preguntó a su hija si hubo algún tipo de penetración y ella siempre le dijo que no, que él le preguntaba que cuando lo iba a dejar hacerle el amor y ella le respondía que cuando

tuviera 11 años y en efecto corroboró que lo manifestado por la menor era verdad porque en el hospital le confirmaron que la menor no presentaba desgarramiento, no había signos de penetración.

Debido a que Segovia no cuenta con algunos equipos interdisciplinario que se requiere para este tipo de casos, algunas intervenciones judiciales se hicieron en la ciudad de Medellín como: una entrevista que realizó a la menor una psicóloga ante la cámara Gesell donde la niña rinde su versión, luego fue llevada a otro psicólogo para mirar la veracidad de los hechos (el estado mental de la niña). Por lo tanto, refiere la madre de la menor, que ésta a raíz de los hechos descritos casi no salía de su cuarto, era más bien callada, después de que ella confiesa lo que sucedió, es una niña más despierta, más activa. Y resalta que el señor Faber amedrentaba a su hija diciendo que, si decía lo que pasaba, la familia se iba disolver, que iban a pelear y que esto iba a traer muchos problemas.

En el contrainterrogatorio niega la existencia de problemas con la familia de Faber o con el mismo tanto es así que él es el padrino de bautizo de su hija, pues las discrepancias, señala la señora Liseth surgieron después de ocurridos los hechos, toda vez que la menor siempre tuvo afinidad con su tía Diana, compartían casi a diario, tanto es así que las veces que amanecía en su casa la niña, la menor dormía en el cuarto con ella y cuando nació su

prima Nicole hija del procesado y de su tía Diana, ella frecuentaba con mayor razón la casa y dormía con su prima.

Reitera que el celular se lo dieron a la menor M.Y.O.M., cuando tenía aproximadamente 8 años y solamente ella era quien lo manipulaba, aunque la testigo en algunas ocasiones revisaba dicho celular como es el deber de toda mamá. Cuenta que el día en que se enteran de todo lo ocurrido, se debe a que la menor dejó el celular, por lo que procedió a revisarlo, encontrando en el WhatsApp de la niña un video de contenido sexual. Y aclara que M.Y.O.M. siempre se ha destacado por ser una buena estudiante aun durante y después de los hechos anteriormente expuestos y que el motivo de que a institución educativa donde estudiaba no se diera cuenta, se debía a que para esos días se encontraban en paro minero, además del temor que sentía la menor al escarnio público, misma que para la época tenía 9 años.

Señala la deponente que en la época en que sucedieron los hechos en la Comisaria de Familia les informan que pueden acceder a la psicóloga del municipio; sin embargo, en ese momento no se encontraba en el municipio este grupo interdisciplinario que efectúa el respectivo seguimiento para el caso en concreto; considerando así que no era necesario estar buscando dicha ayuda.

Observa la Sala de lo expuesto por la madre de la menor M.Y.O.M. que se precisa con exactitud los años que tenía esta cuando empezó a ser víctima de actos libidinosos por parte de FABER ALONSO, a quien identifica como el victimario y esposo de la señora Diana, hermana de su compañero, esto es, 6 años aproximadamente cuando la menor se encontraba en preescolar, dato concreto que expone los demás testigos de cargo aportados por la Fiscalía al debate probatorio. Adicionalmente, describe la testigo puntualmente donde se presentaban los actos libidinosos en la humanidad de su hija, es decir, en la casa de la señora Diana y FABER ALONSO, donde usualmente permanecía la menor, pues tenía buena relación con la familia y se entretenía con su prima; además de indicar las la forma en que se presentaban los actos sexuales, esto es, que el acusado FABER ALONSO le quitaba la ropa interior a su hija, le abría las piernas, le tocaba sus partes íntimas y le pasaba la lengua por la vagina, lo que confirma lo expuesto por su progenitor y por los profesionales en psicología que valoraron a la afectada.

Por otra parte, del testimonio rendido por la señora LISETH, se logra avizorar las vivencias traumáticas que generó el señor FABER ALONSO en M.Y.O.M., pues si bien aclara siempre ha sido una niña con buen comportamiento y sobresaliente académicamente, después de enterarse la familia de lo ocurrido **se le notó retraída, ya no frecuentaba la casa de su tía Diana, y permanecía encerrada en su cuarto.** Debiendo aclarar la Sala

que, si bien la defensa cuestiona las razones por las cuales la menor nunca mostró un comportamiento anímico bajo debido a los presuntos abusos sexuales, la progenitora de MY.O.M. refiere que dicha situación se debió puntualmente al temor que le expresó le ocasionaba todo ello, pues incluso el acusado la amedrantaba diciéndole que no debía contar lo ocurrido a la familia, como quiera que ello acarrearía problemas como la división de ésta.

Nótese como, además, tanto la testigo Liseth como su esposo refieren no existir problemas con la señora Diana y su esposo FABER ALONSO, y que los inconvenientes sólo se presentaron después de enterarse de los hechos respecto de los cuales su menor hija estaba siendo víctima.

Rinde declaración la ingeniera de sistemas YENI CONSTANZA RAMÍREZ manifiesta ser técnica investigadora 2, en el grupo de delitos informáticos de la Fiscalía General de la Nación, Seccional de Antioquia, donde actualmente labora. Su experiencia en ese cargo es de 10 años y entre sus funciones le corresponde Investigar delitos informáticos, recolectar evidencia de contenido digital, hacer extracción de información de teléfonos móviles, y evidencia digital con las técnicas forenses adquiridas a través de la Fiscalía General de la Nación, llámense discos duros, USB, CD, DVD, teléfonos móviles, entre otros. Cuenta que la Fiscalía General de la Nación la ha capacitado en la herramienta forense UFED que es la que le permite extraer la

información de la telefonía móvil, simcard y SD, con técnicas forenses que es la que garantiza que esas evidencias no van a sufrir ningún tipo de modificación, alteración o eliminación de información contenida en estas.

Refiere que el procedimiento para la extracción de información consiste en realizar fijación fotográfica del elemento tal y como lo recibe en la Unidad de Delitos Informáticos, se procede a identificar físicamente el teléfono y sus componentes, y posteriormente se hace conexión. Y aclara que es el equipo forense UFED el encargado de establecer conexión con el teléfono móvil; la información contenida en estos dispositivos móviles y dispositivos de almacenamiento digital es extraída con técnicas forenses utilizadas a nivel mundial por toda la policía judicial y que le permite extraer la información tal y como se haya en el dispositivo móvil o evidencia digital.

Señala que el motivo por el que fue convocada al estrado judicial se debe a la extracción de información en un teléfono móvil que traía su simcard y su MICROSD que estaba inmerso dentro de una investigación de la cual no recuerda el número único de investigación; solo que recibió una evidencia digital, estaba embalada, rotulada con su respectiva cadena de custodia y dentro del embalaje se halló un dispositivo móvil teléfono celular el cual tenía una simcard y una MICROSD.

Agrega que de la respectiva inspección informática se deja constancia en un informe investigador de laboratorio y en un DVD el cual contiene digitalmente la información extraída, mediante reportes que genera el equipo forense. Ese CD es anexo al informe investigador de laboratorio que se realizó.

Con el fin de refrescar memoria del número único de investigación, se le puso de presente a la testigo de este, previo traslado a las partes en la audiencia, informando posterior a ello que dicho acto lo realizó el 16 de diciembre de 2015, cuyo número del Informe investigador de laboratorio es 057366100208201580036, de 9 folios; dicho informe va dirigido al Fiscal Luis Fernando Rojas Rojas. El objetivo de esta diligencia era enviar el celular de la menor a la sala de informática a fin de extraer de allí mensajes de voz y de texto, conversaciones entre el indiciado y la víctima.

Sostiene que en ese documento y en un DVD que va anexo se dejó consignado que se realizó satisfactoriamente la extracción de la información contenida en el celular, especificando que se pudo obtener de dicho dispositivo móvil los contactos y charlas contenidas dentro del mismo. En el DVD se almacenó la información sustraída del dispositivo móvil. En la carpeta “reportes” es donde está la información extraída del teléfono móvil.

Manifiesta la testigo experta que, de las labores investigativas realizadas al celular, se precisa que se trata de un celular negro, marca ZTE Blade L2 con email No. 865846022428817, memoria de 4GB, simcard Claro, numero 314 722 0510. Sin embargo, precisa que, no se pudo determinar a qué nombre pertenecía la línea de celular. Y aclara que el informe señala que se extrajeron 2 carpetas, la primera se llama reportes y la segunda hash. En la carpeta reportes se encontrarán 3 carpetas: (i) reporte celular ZTE, (ii) reporte microSD y (iii) reporte simcard. Dentro de la carpeta reporte celular ZTE, se van a encontrar 9 carpetas y un documento en PDF llamado reporte celular ZTE donde se pueden observar los contactos; en el menú del lado izquierdo vamos a encontrar en charlas: charlas de Facebook, Messenger y WhatsApp.

Expresa que al ingresar a las conversaciones de WhatsApp se pueden observar las conversaciones con otros participantes y si se quiere saber de una conversación específica se busca la otra línea de interés. Y dentro de la simcard se hallaron 12 contactos almacenados, esto es, atención al cliente, buzón de voz, Keiner, línea S, mamá, mamita Yuli, papá, tía Diana, tía Marcela, tía Omaira, tío Faber y Wendy.

Aduce que, entre los hallazgos encontrados, **están conversaciones directas entre los móviles 310 718 6058 (tío Faber) y el 314 722 0510 (M. O.), y de igual forma se han enviado**

información multimedia es decir imágenes y videos. Y en cuanto a las charlas encontradas en el equipo celular de fecha del 6 de noviembre de 2015, advierte que hubo conversaciones entre esas dos líneas telefónicas y compartieron imágenes de contenido multimedia, esto es, ***“Si, borró todo lo que le mandé”.*** ***Y la menor responde “¿Cuándo?, yo ya lo borré”; él le indica “busque en galería las fotos” y la niña le dice “hay se me va a apagar, chao”; asimismo se encontró un adjunto que es un archivo multimedia con extensión MP4 (video), el cual al reproducirse se evidencia que el mismo es de contenido sexual.***

En el contrainterrogatorio la testigo manifiesta que entre los hallazgos encontrados en la inspección al teléfono móvil se encontró con fecha del 06 de noviembre de 2015 a las 12:05 una conversación entre el celular 310 718 6058 y el numero celular 314 722 0540, al igual que un video; refiere que no revisó otros enlaces que apareciera en las conversaciones entre estas dos líneas por que habría que abrir enlace por enlace para ver cuál es el contenido que va a mostrar. No recuerda otras fotos, ni otros videos con contenido para adultos, ni conversaciones que comprometan a la menor con el presunto victimario y reitera que no podría indicar a quien pertenece esa línea telefónica.

En el redirecto señala la testigo que cuando recibe un equipo celular, una simcard y/o, una memoria SD, su labor es específicamente extraer la información que se le pide, no

analizar la información que encuentra en base a que no tiene nada que ver con el análisis de esa información.

De acuerdo con lo advertido por la perito experta en informática, encuentra la Sala que se trata de una profesional y testigo idónea, pues cuenta con amplia experiencia en investigación de delitos informáticos, esto es, 10 años al servicio de la Fiscalía General de la Nación.

Ahora bien, en cuanto a los hallazgos encontrados por la testigo, se tiene que evidentemente en el celular de la menor se encontraba el contacto de FABER ALONSO, como "tío Faber", que de dicho contacto puntualmente para el 6 de noviembre de 2015 se recibió en el celular de la menor un video de contenido pornográfico, además de encontrarse conversaciones en las que el acusado le indicaba a la menor que borrara lo que le había mandado, despidiéndose la víctima, expresándole que se le iba a apagar el celular; hallazgos que dan cuenta de lo expuesto por los padres de la víctima y la víctima. Y si bien, refiere la testigo no haber encontrado otros elementos de multimedia que comprometieran al enjuiciado con la menor afectada; se aclaró que ello se debió a que, como perito, debe realizar la revisión de lo que exclusivamente le señala la Fiscalía en la respectiva orden.

No obstante, con la existencia del video de contenido erótico enviado desde el celular del acusado, los mensajes indicándole a la menor borrar lo que le había enviado por parte

del acusado, y con los testimonios de los padres de la menor y el psicólogo permite avizorar la existencia del delito de actos sexuales con menor de 14 años del que víctima la niña M.Y.O.M. y obsérvese como la frase que le expresa el acusado a la menor vía celular -resaltando que el mismo procesado reconoce haberle enviado dicho video a la niña como se advertirá por la Sala al momento de abordar su testimonio-.

Declara la psicóloga JOHANA ANDREA RAMÍREZ MORENO quien manifiesta haberse graduado hace 12 años aproximadamente en la Universidad Manuela Beltrán, labora en la Fiscalía General de la Nación como técnico investigador de la fiscalía, entidad en la que lleva al alrededor de 7 años. Aunado a ello, indica que dentro de la Fiscalía es la que los capacita en entrevistas forenses para menores de edad víctimas de delitos sexuales, principalmente en el protocolo SATAC, avalado tanto por la Fiscalía como por entidades americanas; pese a que hay diferentes tipos de entrevistas, la que utilizan con menores de edad es la entrevista forense debido a que es la única que permite que los niños con una persona en el área de la salud y de las humanidades pueda hablar acerca de un suceso específico o traumático como lo es la violación.

Declara que en su experiencia en la Fiscalía General de la Nación ha realizado alrededor de 300 o 400 entrevistas forenses.

Señala la testigo que se encuentra en la audiencia de juicio oral por una entrevista que realizó a la menor M.Y.O.M., en atención a la solicitud allegada el 3 de diciembre de 2015 por parte del fiscal 110; entrevista que se lleva a cabo en el CAIVAS de Medellín, previo consentimiento informado a la representante legal de la menor y a la propia niña, a quien se le hizo un interrogatorio.

De la entrevista realizada a la menor, refiere en la misma quedó consignado el consentimiento informado con la recepción de la entrevista a la víctima, ello plasmado en un informe FPJ 11 con sus respectivos anexos del 11 de diciembre de 2015 que contiene los datos de donde se realiza la entrevista, los datos de la menor y de lo que se va a realizar, las preguntas que permiten establecer las circunstancias de tiempo, modo y lugar: informe que está compuesto por 4 folios. Aunado ello, se realiza un formato FPJ14 que es el de entrevista con fecha del 3 de diciembre de 2015, que comprende 2 folios, y un CD que da cuenta de la totalidad de la entrevista que se le hizo a la infante.

Se incorporan a través de esta testigo como prueba documental al proceso los informes de los formatos FPJ 11, FPJ 14, además el consentimiento informado por parte de la representante legal de la menor M.Y.O.M, para efectos de la entrevista forense y se autoriza la proyección del CD de la mencionada entrevista.

En el contrainterrogatorio señala la psicóloga que para el caso en concreto actuó como investigadora, reiterando que la entrevista que llevó a cabo es una *entrevista forense* que se caracteriza por realizarse una sola vez y no requiere de varias intervenciones, ni de un tiempo largo con el entrevistado, en ella se busca esclarecer la ocurrencia de los hechos. De igual forma indica que los niños tienen diferentes maneras de afrontar las situaciones que los afecta e incluso hay quienes no presentan ningún tipo de emotividad, siendo importante desde su punto de vista que este acceda a un profesional que pueda valorar que tan afectados se encuentran, lo que no quiere decir con ello que en todos los casos se necesite del profesional; sin embargo, considera importante hacer esa contención que les permita afrontar la situación de manera adecuada.

Ahora bien, en cuanto a la frecuencia en que un niño se vale de falacias en este tipo de delitos sexuales, expone la deponente que desconoce dicho dato, pues referente al tema no ha realizado alguna estadística que le permita corroborar esta información. Sin embargo, aclara, que las falacias o mentiras en asuntos de delitos sexuales es muy bajo su nivel porque no solo se apoya en la entrevista del menor y lo que este refiere, sino que se tienen en cuenta otros elementos como investigaciones, cosas alternas como conversaciones por algún medio electrónico y testigos, posibilitando corroborar el testimonio del menor. Por lo

tanto, se realizan preguntas para que el niño pueda dar respuesta con relación a ciertas situaciones que permitan esclarecer los supuestos fácticos, alguna otra posición en vista de que es el niño quien sabe realmente que fue lo que sucedió, confirmando o no ciertas situaciones que se pudieron presentar.

De la entrevista semiestructurada que se utilizó para valorar a la menor M.Y.O.M. conforme al protocolo SATAC, **expone la testigo que la menor fue explícita en identificar e individualizar al acusado, esto es, que se trata de su padrino de nombre FABER ALONSO, a quien describe, e indica que es el esposo de su tía Diana. Aunado a ello, puntualmente la menor sostiene que el acusado la tocaba en la casa de su tía Diana, la manoseaba, le mostraba videos “groseros”, le lamía las partes íntimas señalando la vagina, intentando incluso meterle el dedo, pero que ella no se dejaba y después de ello le decía que no fuera a contar nada, produciendo en la menor tristeza cuando debe narrar lo ocurrido e incluso llanto como lo describe en el respectivo informe la profesional en psicología, pues evidentemente se trata de eventos traumáticos que se le dificulta recordar.**

De la entrevista realizada por la psicóloga, encuentra la Sala que la testigo recibió la información de la niña MYOM la fecha aproximada en que empezó a ser víctima de actos libidinosos por parte de FABER ALONSO, esto es, cuanto tenía como 5 años de edad, además de aclarar que los hechos ocurrieron en la casa de su tía Diana, y cuando se metía al cuarto

a ver televisión el acusado aprovechaba su estadía para abusarla. **Aunado a ello, de lo expuesto por la menor a la profesional en psicología, se extracta el temor que infundía el procesado en la afectada para que no contara lo ocurrido, razón por la cual no lo hizo, sino sólo hasta cuando su madre la confronta.**

Ahora bien, en cuanto al comportamiento de la menor en el momento de emitir su relato, sostiene la testigo que en cuanto a las víctimas de delitos sexuales menores de edad, los niños tienen distintas formas de afrontar lo sucedido, pues pese a observarse un comportamiento normal en la niña, **no significa que en el menor no se hubiesen tejido vivencias traumáticas al ser víctima de un abuso sexual;** concepto que le permite a esta Corporación concluir que si bien la menor siempre tuvo un comportamiento normal, e incluso fue sobresaliente en el colegio -conforme lo advierte la madre de la menor-, ello se debe a la forma como la menor venía afrontando lo ocurrido, puntualmente por el temor que le infundía el procesado, ante las amenazas que le hacía.

De otro lado, si bien la entrevista se introduce al juicio a través de esta testigo y la misma fue reproducida en la audiencia, debe destacarse por la Sala que en relación a esta entrevista pese a que la defensa no se opone a su incorporación y reproducción en juicio la misma constituye **prueba de referencia inadmisibile** al no haber sido decretada dicha entrevista como

prueba de referencia en la respectiva audiencia preparatoria celebrada el 11 de octubre de 2017, motivo por el cual no se hará ninguna elucubración sobre dicha entrevista excluyéndose la misma de la valoración al no respetar el procedimiento de formación de la prueba previsto en la ley 906 de 2004.

En ese sentido, este Tribunal advierte que dicha entrevista no debió ser incorporada al juicio oral ni valorada por el Juez de Instancia puesto que la misma no fue decretada como prueba de referencia en su oportunidad legal, y que si bien el legislador le dio a la entrevista de los menores víctimas de delitos sexuales el carácter de elemento material probatorio³, el mismo tiene un uso restringido para impugnar credibilidad o refrescar memoria y ante la no disponibilidad del testimonio del menor víctima puede ser decretada como prueba de referencia lo que no ocurrió en este caso.

No obstante, si bien la psicóloga JOHANA ANDREA RAMÍREZ MORENO **solo realiza la entrevista forense de la menor y frente a lo que esboza en el contenido de la entrevista rendida por la menor víctima, siendo testigo en este aspecto de referencia**; esta testigo pudo advertir directamente dada su formación profesional como psicóloga los siguientes aspectos: *la afectación emocional de la niña M.Y.O.M, temor que infundía el procesado en la niña para que no contara lo ocurrido y que pese a tener un comportamiento normal dicha situación no descartaba que fuera víctima de abuso sexual por parte de FABER ALONSO VELÁSQUEZ RESTREPO.*

³ Ley 1652 de 2013

El señor ALDEMAR BUITRAGO CASTAÑEDA, manifiesta ser abogado, pensionado de la Policía y en algunos procesos actúa como investigador de la defensa técnica; entre otros estudios realizó un curso técnico en policía judicial investigador, diplomado en la Universidad de Medellín de Técnicas de Juicio Oral y algunos seminarios con delegados del Departamento de Justicia de Estados Unidos, además de un diplomado de argumentación jurídica con la Personería de Medellín, entre otros.

Expresa que trabajó 15 años en grupos de policía judicial tales como SIJIN y DIJIN, y pese a que nunca le asignaron casos similares al convocado en esta audiencia, trabajó en la unidad de homicidios la cual dependía de un grupo que en ese entonces se llamaba "*Humanitas*" y allí había unos investigadores que exclusivamente investigaban casos contra "*la integridad sexual*". Aclarando que muchas de estas investigaciones precluyen por diferentes motivos como inexistencia del hecho, o atipicidad del delito.

Conoce que ha sido citado a la audiencia para que diera cuenta de las actuaciones realizadas como investigador de la defensa técnica del señor FABER ALONSO. Expresa que una vez analizados los elementos que traslada la fiscalía en el escrito de acusación, se dirigió hacia el municipio de Segovia,

exactamente al lugar de los hechos para hacer una inspección, vivienda ubicada en la Cra. 45 No. 52 – 112 barrio la Paz.

Con el fin de autenticar con el testigo el documento No. 057366100208201580036 en el que reposa la inspección al lugar y álbum fotográfico elaborado por éste, se le pone de presente el mismo previo traslado a la Fiscalía en la audiencia.

Refiere el testigo que entre las labores que realizó con respecto a la investigación en contra del señor FABER ALONSO, fue una inspección en la que ocularmente revisaba la vivienda donde presuntamente se desarrollaron los hechos, un álbum fotográfico que elaboró incidental a la inspección de los hechos y el acta de inspección a lugares que se levantó allí; recuerda fue atendido en el señalado inmueble por la señora Daniela Osorio. Entre los hallazgos se encontró que la casa contaba con 3 habitaciones dos de ellas sin puertas solo con cortinas y una de ella con una puerta que era donde pernotaban la señora Diana Osorio, el señor FABER ALONSO, su hija menor y de vez en cuando pernotaba la presunta víctima de estos hechos.

Sostiene el testigo que en la inspección se pudo constatar que la puerta de la habitación del procesado y su familia se encontraba descolgada y que al abrirla o cerrarla de manera forzada esta hacia un ruido bastante considerable, de igual forma se observó que el pasillo tiene dos ventanas, una ventana

grande y otra pequeña, no tienen cortinas, podría decirse que es una casa con muy poca privacidad, tiene buena visión desde el exterior hacia el interior de la casa y viceversa; y a menos de 10 metros de distancia esta la casa de los vecinos, igualmente tienen unos ventanales grandes que permiten observar el pasillo al interior de la vivienda objeto de inspección. Allí se tomaron unas fotografías, se hace un video y se levanta la respectiva acta de inspección al lugar de los hechos.

Indica que, según el relato de la víctima, los supuesto abusos ocurrían cuando la menor se paraba al baño, lo que vuelve relevante el ruido que hacía la puerta de la habitación cada que se abría o cerraba, ya que el mismo podría despertar a la señora Diana alertándola de cualquier situación sospechosa, cosa que nunca sucedió según lo manifestado por ella. No obstante; señala el testigo que para ir al pasillo había que prender la luz, la cual iluminaba todo el corredor y debido a que las otras dos habitaciones no tenían puerta sino cortinas, era posible ver desde su interior a las personas que pasaran por este o todo lo que sucediera en el mismo. Según lo manifestado por el investigador, él mismo lo pudo constatar.

Describe el testigo que realizó unas entrevistas, pero no se pronuncia sobre estas porque serían una prueba de referencia y los demás testigos ya declararon al respecto; además de indicar que se realizó un análisis de información de los elementos

trasladados por la Fiscalía que hace referencia al periodo comprendido entre del 16 de abril del 2015 y el 18 de diciembre del mismo año, habiendo plasmado dicho análisis en un informe de investigador de campo que fue entregado a la defensora.

Con el fin de refrescar memoria, se le pone de presente al testigo el informe de fecha 10 de octubre de 2017 para que detalle la clase de archivo que analizó y las características; expone que entre los elementos que trasladó la Fiscalía se encontraron 766 archivos que están discriminados de la siguiente forma: 531 corresponden a fotografías e imágenes, 24 corresponden a videos, 112 corresponde a archivos de audio, 77 conversaciones por chat, WhatsApp, Messenger y Facebook; y 32 corresponden a contactos de la menor que están entre familiares y amigos.

Puntualiza el testigo que dentro del material probatorio que describe analizó, encontró un video con contenido pornográfico con el logotipo Nubay find del 6 de noviembre de 2015 a las 12:22 p.m. y conversaciones entre el señor FABER y la menor. Y de las conversaciones que se analizaron entre los mencionados, las mismas se observan normales, como saludos "*hola, hola, tío*", la niña inclusive a veces se refiere a FABER como el ojón y son conversaciones muy triviales. De esas conversaciones indica, le llama la atención el chat 46, el último que sostuvo FABER y la víctima el 6 de noviembre de 2015, cuando supuestamente la

niña recibió un video pornográfico de parte del procesado, pues la conversación inicia a las 12:02, donde FABER saluda a la niña "hola", la niña le contesta "hola", también, FABER le dice "asómese a fuera", la niña dice "voy" y después pregunta ¿para dónde? Y FABER le contesta "Bety", Bety es la mamá del procesado.

Aduce que la conversación señalada se sostuvo hasta las 12:05 y la importancia de esta conversación es porque coincide con el testimonio del señor FABER y de la señora Diana donde narran que ese mismo día recogieron a la niña a esa hora quien no lleva el celular, y 17 minutos después, es decir a las 12:22 ingresa el video pornográfico al celular de la víctima, con lo que se deduce que ese video no iba para la niña, porque en ese momento el señor FABER se encontraba junto con la niña, con su esposa y con su hija. Lo cual no tiene sentido que le fuera a enviar un video sabiendo que la niña estaba ahí con él y que no llevaba su celular.

Por otro lado, indica el testigo que se encontró conversaciones entre la menor y Diana Osorio su tía, las cuales observó son normales, como que, si podía ir a la casa, e incluso le indica Diana a la menor que le diga a su madre que la deje amanecer en su casa. Lo que le permite concluir al testigo que la menor no tenía ningún trauma para ir a la casa de su tía.

Resalta que en ningún momento la niña les reportó a los 32 contactos que reposaban en su celular, el tema de algún abuso o alguna novedad especial y que salvo el video pornográfico ya mencionado que fue recibido a las 12:22, no se encontró algún otro archivo como fotografías, conversaciones con un lenguaje indebido hacia la menor M.Y.O.M de parte de FABER que pudiese despertar cierta malicia.

En el contrainterrogatorio el testigo manifiesta que entre las actividades que realizó para el caso concreto, fue la Inspección a la residencia donde presuntamente sucedieron los hechos y un análisis de la información que trasladó la fiscalía obtenida de un teléfono móvil.

Aclara que en la propiedad donde presuntamente sucedieron los hechos, estaba habitada en esa época por la señora Diana, FABER y su hija quienes dormían en una habitación y las otras dos habitaciones correspondían a Daniela y la señora Eucaris; igualmente enuncia que la puerta del cuarto de Diana y el señor FABER estaba desvencijada, no se cerraba desde los supuestos hechos y cuando se realizó la inspección aún seguía así. Además, agrega que debido a que la iluminación del alumbrado público era deficiente se hacía muy oscuro el corredor, lo que conllevaba a encender la luz cuando se tenía que ir al baño momento en el que se presentaban los presuntos abusos.

Indica el deponente que no tiene conocimiento de hasta cuando vivió Daniela con ellos, ni recuerda con exactitud la fecha en que murió la señora Eucaris; sin embargo, según lo manifestado por los testigos estaba viva para cuando supuestamente se presentaron los abusos.

Aclara la fiscal con el fin de impugnar la credibilidad, que la señora Eucaris murió el 24 de diciembre del 2014, es decir que durante los hechos las personas señaladas por el testigo, aparte de Diana, FABER y su hija no habitaban el inmueble inspeccionado, apuntando a que en el tiempo en que convivió este grupo familiar fue muy breve más o menos desde el 2012 hasta el 2015.

Refiere el testigo que durante su experiencia laboral en la SIJIN y DIJIN, nunca llevó casos sexuales, ni tuvo capacitación para la extracción de información de aparatos tecnológicos. Y aclara que sólo analizó la información que le suministraron en el escrito de acusación, un DVD y que la información de los chats la trasladó la fiscalía de manera escrita, literal y discriminada en hojas. Que salvo al video con contenido pornográfico, no recuerda haber localizado dentro de los 32 contactos el correspondiente al acusado.

No obstante, frente a los chats que sostuvieron el procesado y la presunta víctima, puntualmente el del 6 de noviembre de 2015 en el que FABER le indica a la menor si había borrado lo que le envió; no le pareció relevante, ni conducente, ni útil, como quiera que no se sabe que fue lo que borró y que lo único pertinente es lo del video a su juicio.

De lo expuesto por el investigador de la defensa, no desconoce esta Sala su amplia experticia en tal campo, dado el tiempo que laboró como policía judicial, y las labores que desempeñó. No obstante, advierte esta Corporación que su teoría del caso con el señalado testigo carece de fundamento, al buscar desestimar lo expuesto por la menor a sus progenitores y profesionales en psicología, pues si bien precisa el deponente la vivienda donde ocurrieron los hechos carecía de privacidad, no contando dos habitaciones con puertas, y que sólo la de la señora Diana y FABER ALONSO sí tenía puerta, y que dada la necesidad que había de encender la luz para acceder al baño; aunado a la cercanía de la vivienda de los vecinos desde donde se lograba avizorar todo lo que sucedía al interior del inmueble; lo cierto es que como lo precisó M.Y.O.M. a sus padres y al sicólogo JAVIER VILLA, su tío y padrino la tocaba aprovechando momentos en que estaban solos, sin que ello signifique estar solos completamente dentro de la vivienda, siendo evidente que no siempre los demás miembros de la familia que estaban en la casa estaban vigilantes, mucho menos los vecinos.

Ahora bien, respecto a la valoración que hizo del material probatorio descubierto por la Fiscalía, puntualmente el contenido del celular de la menor, se desprende que efectivamente entre la menor y el acusado se sostenían conversaciones vía chat, además se prueba que se encontró un video de contenido pornográfico proveniente del celular de FABER ALONSO. Y si bien, el testigo pretende sintonizarse con lo expuesto por la señora Diana y FABER ALONSO en sede de juicio oral, en tanto afirman que el video de contenido erótico llegó a las 12:22 horas del día 6 de noviembre de 2015, cuando la afectada no tenía el celular y estaba con ellos; lo cierto es que de los elementos de prueba allegados por el ente acusador se demuestra lo contrario, pues se tiene que además del video para la fecha señalada, existe una conversación en la que el acusado le dice a la menor que borre lo que le ha enviado, y ella le contesta que se le va a descargar el celular, y se despide.

Finalmente encuentra la Sala contradictorio lo expuesto por el testigo, en cuanto afirma haber encontrado en el celular de la menor un video pornográfico, pero aclara que la intención no era enviarlo a la menor, intentando salvaguardar los intereses del acusado. No obstante, posteriormente informa que de los contactos encontrados en el celular de M.Y.O.M. no se avizó el contacto del señor FABER ALONSO, pese incluso a reconocer inicialmente que entre ambos reposaban conversaciones vía mensajes por WhatsApp. Aunado a ello, si bien reposaban

conversaciones en el celular de la menor, que ésta sostenía con su tía Diana, puntualmente sobre ir a dormir a su casa, sin que entonces se avizorara traumas en la víctima; no es el testigo idóneo ni así se le ha reconocido para emitir opiniones sobre las condiciones psicológicas de la menor víctima.

La señora DANIELA OSORIO, quien manifiesta ser técnica en secretariado gerencial y de encontrarse realizando una tecnología en gestión administrativa.

Refiere la testigo que conoce los motivos por los cuales está en el estrado judicial, esto es, porque en el 2015 se fue a pasar navidad con su familia momento en el que su hermano y su cuñada le contaron sobre una situación que pasaba entre el esposo de su hermana el señor FABER y su sobrina M.Y.O.M., con relación a un video porno que llegó a un celular en el que “decía que borrara eso”. De igual forma le contaron, que el señor FABER en la vivienda donde residía y vivían otros miembros del grupo familiar manseaba a M.Y.O.M. y le hacía sexo oral. Pero aclara la deponente, que los mencionados dichos no le constan y que nunca vio hacer algo de lo que se le acusa a Faber Alonso.

Cuenta la señora Daniela que vivió con FABER y la señora Diana cuando tenía los 6 años de edad y hasta que cumplió los 17 años, debido a que su madre y su padre trabajaban en la finca y no podía vivir con ellos dos, ya que estudiaba. Por lo que resalta

que para el tiempo que vivió con el señor FABER, él siempre fue muy respetuoso y que le ayudaba mucho al igual que sus hermanos, incluso en actividades académicas. Y agrega que nunca notó alguna malicia por parte del acusado para con ella o con personas a su alrededor, dejando claro que su cuñado siempre tuvo un comportamiento perfecto.

Asevera que las relaciones familiares entre las dos familias eran muy buenas, eran muy unidas hasta que se presentaron los mencionados supuestos fácticos. Y precisa que, para la fecha de la denuncia, en la casa de su madre la señora Eucarias solo vivían la señora Diana y FABER ALONSO, pues ella se encontraba viviendo en el municipio de Santa Fe de Antioquia.

Sostiene que la menor M.Y.O.M. iba a la casa de la señora Diana y el señor FABER ALONSO cuando la madre de la menor la señora Liseth tenía que salir; exponiendo que allí permanecía su madre Eucarias, su hermana Diana y ella; o cuando la niña quería ir y cuando Diana no estaba porque pasaba la mayor parte del tiempo trabajando, la niña se quedaba con su abuela o con ella, advirtiendo que la niña nunca se quedaba con el señor FABER sola porque siempre estaba su madre, la señora Eucarias.

En el contrainterrogatorio expresó que el señor Jhon Fredy Osorio Gallo, es su hermano, es un hombre bastante serio, responsable y que le gusta la verdad. Y refiere, que cuando todos

vivían en la casa materna, la menor M.Y.O.M. mantenía mucho en la casa y siempre estaba su madre Eucarias o ella después de las 2 de la tarde que regresaba de clases o a veces su hermana Diana cuando no trabajaba. Dando constancia de ese hecho hasta el año 2013 cuando se va del municipio de Segovia.

En cuanto al testimonio rendido por la señora Daniela, cuñada del procesado, de su relato se desprende que en efecto los hechos no le constan porque no vio nada, máxime que la totalidad del tiempo para la época de los hechos no vivió en la casa del procesado y su hermana Diana, pues para el año 2013 se va del municipio de Segovia. Y si bien de su experiencia de convivencia con el acusado por un periodo de 17 años, siempre observó en el mismo un comportamiento honorable, no significa que ello le reste credibilidad a lo narrado por la víctima, quien precisó siempre lugar de los hechos, tiempo, lugares del cuerpo donde era violentada sexualmente, y el victimario, máxime que, se reitera, no le constan los hechos, y no pernotó en la casa donde se presentaban los abusos desde el año 2013.

Obsérvese también, como es reiterativa en indicar que la menor M.Y.O.M. nunca se quedaba sola con el acusado. No obstante, ello no significa que el victimario aprovechara los momentos en que se encontraba en un espacio de la vivienda solo con la menor para atentarse contra su integridad sexual, o incluso como lo refiere la menor, en las noches, cuando se quedaba a dormir donde su tía Diana.

La señora DIANA LUCIA OSORIO GALLO, quien manifiesta su interés de declarar pese al grado de parentesco con el acusado. Manifiesta que el señor FABER ALONSO es su compañero permanente desde hace 17 años, relación de la cual surgió una menor de 10 años llamada N.D.V.O.

Expresa la testigo que se encuentra presente en la sala de audiencia para rendir una declaración con respecto al proceso de FABER ALONSO en atención a una denuncia que realizó su hermano Jhon Fredy a su compañero, por un supuesto video pornográfico que le envió el señor Faber a su sobrina la menor M.Y.O.M. en el año 2015 a eso del medio día. Y precisa la testigo que el día en que fue enviado el supuesto video, la menor se encontraba con ellos, esto es, FABER ALONSO, su hija y ella en la casa de su suegra; añadiendo que la menor en ese momento no tenía acceso al celular porque lo había dejado en su casa y que mientras se encontraban de visita en la casa de la suegra, la señora Diana recibe una llamada de su hermano en donde le informaba que iban a ir por la niña, notándolo tanto a él como a su esposa un poco molestos pero no le comentaron nada en ese momento.

Indica que después de pasar los padres de la menor por ésta a su casa, ya en horas de la noche su hermano la llama y le cuenta que FABER ALONSO abusaba de la menor y le contó del

video enviado; lo cual la deja extrañada porque la niña al medio día ya se encontraba con ellos. Y posteriormente, cuando se dirige a la casa de su hermano, observa a la menor llorando sin pronunciar palabra alguna.

Agrega que el celular de la niña también era manipulado por la señora Liseth en el momento en que el celular de ella fallaba o se le descargaba usándolo como repuesto. Y asegura que la relación entre la menor M.Y.O.M. y su familia antes de la denuncia era muy buenas, vivían muy bien y la niña los quería mucho y cuando ellos llegaban a la casa la niña se mostraba contenta. No obstante, después de la denuncia todo cambio drásticamente, si coinciden en algún lugar la señora Diana y la menor, esta última le hablaba, la saludaba, siempre que estuviera sola, diferente a cuando estaba en presencia de sus padres.

Describe la testigo que su sobrina M.Y.O.M. iba a amanecer a su casa era más que todo los fines de semana que no tenía clase y dormía en su habitación con su hija en una cama contigua a la de ella, después separaron las camas y ella dormía con las niñas y el señor FABER en la cama pequeña.

Expresa que antes de los hechos laboraba en una empresa de seguridad, allí inició a laborar el 21 de febrero de 2012 y se retiró el primero de febrero de 2015 debido a la muerte de su

madre, ya que la señora Eucarias era quien le cuidaba a su hija mientras ella laboraba; de igual forma cuenta que cuando la menor M.Y.O.M. iba a su casa se quedaba con su madre que siempre estaba, o en su defecto cuando ella estaba, pues nunca la menor iba sino estaba una de las dos.

Por otro lado, cuenta que antes de los hechos, el señor FABER laboraba en una mina llamada la Picuda, luego se desplazó a una vereda a trabajar y más adelante estuvo en una mina cerca de la casa siempre desempeñando su labor como mecánico soldador, llegaba en horas de la tarde a la casa, pero su madre siempre estaba en la casa, apuntando a que su sobrina nunca se quedaba sola en la vivienda y que el señor Faber tan poco se quedaba solo. Después de que su madre la señora Eucarias fallece un 24 de diciembre, cuenta la testigo que ni la menor M.Y.O.M. ni su hija permanecían en su casa ya que ella laboraba y que la señora Liseth en varias ocasiones cuidó a su hija Nicole esto fue hasta el 2 de septiembre de 2015 que renunció para estar al cuidado de su hija menor.

Manifiesta en cuanto a la relación de la señora Liseth y su hija M.Y.O.M., la menor siempre refería que su madre siempre la regañaba mucho, que era muy mala clase y que por eso le gustaba compartir con la testigo y su familia y que siempre la llamaba para preguntar si podía ir, que nunca iba de sorpresa. En cuanto a la relación de la menor con el señor FABER expresa que

nunca notó algo raro, ni la menor le comentó algo extraordinario, por el contrario, la niña lo quería mucho y de igual forma FABER ALONSO mostraba afecto por ella, un amor desinteresado, nunca vio algo morboso, ni presenció algún tocamiento o palabras mal dichas hacia la menor.

Ahora bien, indica que el señor Faber Alonso tenía la costumbre de enviarle videos e imágenes porno, sin embargo, que ella nunca recibió el video que es controversia en la audiencia, y cuando recibía algún video o imagen con este tipo de contenido lo eliminaba inmediatamente porque su hija en ocasiones utilizaba su celular, de igual forma es sabido que su esposo le compartía videos e imágenes con las demás personas, incluida a la señora Liseth; sin embargo, no le consta que sea este tipo de videos.

Reitera que para el momento de los hechos la menor se encontraba con ellos desde el mediodía y que no portaba el celular por lo que se le hace extraño lo del video. Además, expresa que ha visto muchos casos en menores que han vivido este tipo de abusos en donde se retraen, son indiferentes ante una situación como la señalada, e incluso temerosos; pero en este caso la niña nunca manifestó o expresó algo referente a un abuso, al contrario, la niña los quería mucho y siempre quería ir a su casa. Es por ello por lo que la testigo considera una falacia todo lo que se le endilga a su compañero.

En el contrainterrogatorio la testigo señala que su hermano le mostró el presunto video en noviembre de 2015 pero no recuerda el día con exactitud, solo recuerda que estaban en temporada de paro y que fue después del fallecimiento de la señora Eucarias. Manifiesta que antes del 11 de septiembre de 2015 cuando la testigo renuncia a la empresa donde laboraba, era su madre la que permanecía en la casa, salvo un 11 de diciembre cuando la señora Eucarias viajó a Santa Fe de Antioquia a visitar a su hermana Daniela. Después del 24 de diciembre de 2014 fecha en que fallece la señora Eucarias a septiembre de 2015, cuenta la testigo que la casa permanecía sola y cerrada hasta que llegaba el señor FABER y señala que su hija Nicole no permanecía en la casa.

Del testimonio rendido por la compañera permanente de FABER ALONSO, el mismo no resulta confiable para esta Corporación, como quiera que se encuentra orientado a favorecer al acusado. Aspecto que resulta evidente dado no solo por el vínculo entre ambos, sino porque no es una testigo presencial de las conductas que ejecutaba el procesado en contra de la víctima, pues nótese que los tocamientos como se viene precisando se dieron en varias oportunidades en la vivienda del acusado pero no en presencia de otras personas, pues aprovechaba los momentos en que estaba sólo con la menor en un espacio de la vivienda o en las noches, como ya se

ha indicado, debiéndose aclarar que si bien se indicó por el investigador de la defensa que se trataba de una casa con poca privacidad, ello no significa que las personas que allí vivían 24 horas al día, cada segundo estuvieran vigilantes de lo que realizaba FABER ALONSO con la menor M.Y.O.M.

Ahora bien, en cuanto a su afirmación respecto a que cuando se envió el video de contenido pornográfico al celular de la menor, ella estaba con ellos; dicho hecho que se refuta con lo expuesto por la perito en informática, quien precisa que, del material valorado en el celular de la menor, se encontró que una vez el procesado le indica que borre lo que le envió, ella le contesta que se le va a descargar el celular y se despide. Y pretender además resaltar que era usual que su compañero compartiera videos eróticos y cualquier tipo de contenido multimedia con ella, e incluso con otros miembros de la familia como la señora Liseth, en nada permite ello aminorar la responsabilidad que se le endilga al prohijado, pues puntualmente se le procesa por tocamientos en las partes íntimas de la menor, además el video de contenido pornográfico que éste le envió a M.Y.O.M. el 6 de noviembre de 2015, siendo ello muestra de esa vulneración a la integridad sexual de la menor a la que estaba siendo expuesta la niña por parte del hoy acusado.

Encuentra la Sala desbordada la intención de la testigo de resaltar que la menor siempre indicaba que su madre la regañaba y era una persona mala clase, pues de allí se

desprende su intención de deslegitimar la relación madre e hija, y con ello pretender destacar que la afectada siempre se sentía más a gusto con ella y los miembros de su familia, incluido el señor FABER ALONSO. No obstante, reitera nuevamente esta Corporación, los dichos de la testigo no desacreditan el relato rendido por los padres de la menor víctima y psicólogos que concurrieron al juicio oral, máxime que éstos últimos utilizaron los protocolos previstos para valorar a la víctima, encontrando que su relato no es falaz, y que, si bien no se observó durante el tiempo que fue víctima de delitos sexuales un estado anímico bajo, ello se debe a las distintas formas en que las víctimas de delitos sexuales afrontan las experiencias traumáticas.

El acusado FABER ALONSO VELÁZQUEZ RETREPO, quien señala su intención de declarar pese al derecho que le asiste de guardar silencio frente al caso en el que es investigado con el fin de informar sobre la verdad de lo ocurrido.

Manifiesta el investigado que nunca ha abusado de la menor M.Y.O.M.; declara que él siempre ha compartido este tipo de videos con su compañera y amigos; aseverando que el video era para la señora Diana y no entiende como se equivocó y es por ello por lo que al darse cuenta de esa confusión escribió “*que lo borrara*”. Y aclara que para la hora del envío del video la niña se encontraba con él y su familia, y que la menor no llevaba el celular; indicando que le consta al testificar que la menor llevaba puesto un vestido y llevaba una bolsa en la mano que él mismo

le recibió cuando iban subiendo por la loma del Guamo y en esta bolsa no estaba el celular. Apuntando con ello que la niña M.Y.O.M.; nunca vio el video. Y que sin embargo debido a esta confusión lo amenazaron.

El señor FABER ALONSO indica que ante el imprevisto del video le advierte a su compañera que le envió el video por equivocación al celular de la menor M.Y.O.M. y que había escrito que *“borrara eso, que la niña no fuera de pronto a ver eso”*. Ahora bien, no saben las razones por las cuales manifiestan que él abusaba de su ahijada.

Advierte el acusado que regularmente la menor visitaba su casa desde que estuviese su suegra o su compañera Diana, e incluso amanecía allí 1 o 2 veces por semana, por lo general cuando no tenía clase; narra que cuando la menor amanecía con ellos, dormían en dos camas contiguas los cuatro: su hija, su sobrina M.Y.O.M.; la señora Diana y él; sin embargo, con el transcurrir del tiempo separaron ambas camas, en una cama dormían las tres mujeres y en la otra él.

Al ser interrogado en su vida laboral indica que siempre ha trabajado en minas y que salía de su casa a las 6:30 de la mañana y regresaba a casa entres las 4 y 5 de la tarde. Cuenta que últimamente al regresar a la casa por lo general estaba su suegra o su compañera o si veía que la puerta de la casa estaba

cerrada se iba para donde su madre. Una vez fallece la señora Eucarias en la casa solo quedaron viviendo la señora Diana, su hija Nicole y él: después de que fallece la señora eucarias la menor M.Y.O.M. prácticamente no volvió a visitarlos.

Declara que en ningún momento tocó a la menor como lo manifiesta en la denuncia el señor Jhon Fredy, ya que siempre se encontraba laborando y al regresar a casa de disponía a descansar. En cuanto a su relación con la menor M.Y.O.M., expresa que la niña lo quería mucho y pese a que él solo era su padrino, la niña siempre lo vio como el tío; sin embargo, desde que se supone que ocurrieron los supuestos hechos la niña cambió con el investigado.

Refiere que la menor siempre manifestaba que en su casa la regañaban y gritaban con frecuencia, además de que no le gustaba cuando venía su abuela materna de visita. Indicando que la relación entre la menor, la señora Diana y él era tan buena que en caso de que ocurriera alguna situación extraña, la niña no hubiese tenido problema en comunicárselos; sin embargo, nunca les manifestó nada raro.

Al indagar por la hora en que fue enviado el video de contenido sexual, señala el señor FABER que para ese momento la niña se encontraba con ellos en casa de su mamá, que él se encontraba enviando el video y al percatarse que se lo envió a

dos personas y que el contenido del video no era pertinente les escribió diciéndoles “borre eso”. Y aclara que, así como le enviaba este tipo de videos y fotos a la señora Diana, de igual forma lo hacía con la señora Liseth aclarando que no eran con ese mismo tipo de contenido sino con imágenes graciosas, videos; manifestando que era normal que compartiera videos e imágenes con familiares y amigos.

Explica que ante la investigación se considera inocente, puesto que no es posible que lo acusen por algo que no sucedió. Y agrega que siempre ha sido muy respetuoso con todas las personas a su alrededor.

En el contrainterrogatorio el investigado señala que el número telefónico de la menor no lo tenía guardado ya que ellos cambiaban mucho de número telefónico. Por otro lado, describe que le envió el mismo video objeto de discusión a su compañera, la señora Diana quien se reía por este e inmediatamente se dispuso a revisar nuevamente el celular y se percató de que entre las personas a las que les envió el video estaba el número de su ahijada. Enuncia que no hubo respuesta ni antes ni después de parte de ella, no recuerda el número telefónico de la menor ya que no se comunicaba con frecuencia con ella.

La declaración que rinde el acusado no resulta creíble para esta Corporación, máxime cuando su intención a lo largo de su declaración es resaltar su equivocación en cuanto al envío del video pornográfico el pasado 6 de noviembre de 2015, pues aclara esta Sala que, conforme al relato de los padres de la menor y los profesionales en psicología que abordaron a la menor M.Y.O.M., y, en especial en los testimonios de estos últimos, dan cuenta de los abusos sexuales que tuvo que vivir la niña y su grado de afectación emocional.

Por el contrario, de lo expuesto por el acusado, se afianza la contradicción en que entran los testigos de descargo, en tanto pretenden resaltar que al momento del envío del video la menor estaba con ellos y no lo logró ver. Sin embargo, como ya lo viene precisando esta Corporación, el sustento probatorio sobre la responsabilidad penal del acusado no se puntualiza en la existencia del video de contenido erótico, sino en los tocamientos libidinosos en los genitales de la niña que conforme a los testimonios de los psicólogos permiten afirmar que los hechos existieron y observaron en la menor que su relato era creíble y ajeno a la mentira.

De las pruebas aportadas y el respectivo debate probatorio, se logra establecer que los actos libidinosos de los que fue víctima la menor M.Y.O.M. ocurrieron en diversas oportunidades, en el periodo comprendido entre 2012 y 2015, en la vivienda de la tía

Diana ubicada en el barrio La Paz del municipio de Segovia, Antioquia, donde residía el acusado FABER ALONSO, y que los aludidos abusos sexuales consistían en tocamientos en las partes íntimas incluso con la lengua del procesado, además del video pornográfico que fue encontrado en el celular de la afectada proveniente de la línea telefónica del acusado.

Por lo tanto, contrario a lo expuesto por la defensa, quien discrepa que para el caso en concreto no existe coherencia en el relato tanto de la menor como de sus progenitores; se tiene que conforme lo afirman los psicólogos que procedieron a valorar a la menor, ésta expuso un relato claro, coherente y espontáneo, lo cual igualmente observa la Corporación de lo expuesto por los padres de la víctima, aclarando que no se puede pretender que todos los testigos narren exactamente lo mismo como si se tratara de un libreto con el fin de predicar como lo pretende la defensa, que exista coherencia.

Ahora bien, en cuanto al comportamiento de la menor durante los hechos objeto de investigación, mismo que cuestiona la defensa siempre fue normal, incluso siempre fue sobresaliente académicamente, sin avizorarse signos de vivencias traumáticas; encuentra desproporcionada la apreciación de la defensa, en tanto resulta evidente que para el caso en concreto se trata de una víctima menor de edad que como lo indicaran los profesionales en psicología, su comportamiento depende es de la forma como afronta las dificultades, como es el caso de un

abuso sexual, comportamiento que en momento alguno le puede restar credibilidad a su narración. Y si bien, después de enterarse la familia ahí si varió el estado anímico de la menor, ello no es otra cosa que por el temor y vergüenza que todo ello le produce, pues nótese como incluso por el temor infundido por el acusado no se atrevió nunca a contar, precisamente porque éste le advertía que habría problemas familiares, los cuales indudablemente ante una situación como la expuesta pueden sobrevenir y con ello afectar a la menor víctima.

En cuanto a que dentro del acervo probatorio no se hubiese indicado la existencia de otros elementos multimedia que el acusado hubiese intercambiado con la menor, como videos pornográficos, lo que para la defensa resta importancia a la teoría del caso de la Fiscalía, logrando salir avante, en su criterio, la inocencia de su prohijado; lo cierto es que conforme lo indicara la perito experta en informática, lo único que se revisó fue lo ordenado por la Fiscalía, esto es, esencialmente el video de contenido erótico enviado por FABER ALONSO a M.Y.O.M. el 6 de noviembre de 2015, por lo que del material probatorio analizado se desconoce si hay lugar a más imágenes o videos de dicha índole. Sin embargo; es menester aclarar por esta Sala que al procesado no se le está endilgando responsabilidad penal por el punible de actos sexuales con menor de 14 años, en atención al video aludido, sin que se niegue que ello es una prueba que sustenta su condena como una señal del hostigamiento libidinoso que venía soportando la menor; pero más allá de ello, es por lo

señalado por la víctima a sus progenitores y psicólogos, quien indica con claridad el tiempo, modo y lugar en que ocurrieron los actos libidinosos en su contra y de donde se advierte por los testigos psicólogos que presentaba un relato coherente frente a los hechos de abuso sexual vivenciados y de los cuales fue víctima por parte del acusado FABER ALONSO VELÁSQUEZ RESTREPO.

Bajo las anteriores consideraciones, itera la Sala que la prueba de la Fiscalía permitió derruir el principio de presunción de inocencia y que las pruebas de descargo ofrecidas por la defensa carecen de la idoneidad suficiente para demostrar la no existencia de las conductas punibles y participación en los hechos por parte del señor VELÁSQUEZ RESTREPO, en ese sentido se configura un concurso homogéneo y sucesivo de ACTOS SEXUALES ABUSIVOS CON MENOR DE 14 AÑOS cometidos en contra de la humanidad de la menor M.Y.O.M. como lo avizó el Juez de Primera Instancia, siendo el autor responsable de dicho concurso de conductas punibles el acusado FABER ALONSO VELÁSQUEZ RESTREPO.

En ese orden no se advierte ninguna duda, por el contrario, se cumplen a cabalidad los presupuestos contenidos en el artículo 7° del Código de Procedimiento Penal para confirmar la sentencia condenatoria proferida en primera instancia, pues, las dudas que advirtió el defensor de FABER ALONSO VELÁSQUEZ RESTREPO en su recurso de apelación se encuentran

debidamente desvirtuadas con las probanzas practicadas en el juicio oral y público tal y como se mostró por la Sala, en acápites precedentes.

En este sentido, **CONFIRMARÁ** esta Corporación la sentencia proferida por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Segovia, Antioquia del 14 de junio de 2019 en desfavor de FABER ALONSO VELÁSQUEZ RESTREPO, conforme lo expuesto.

Sin que se precise de más consideraciones, **EL TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA EN SALA DE DECISIÓN PENAL**, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

6. RESUELVE

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

SEGUNDO. Ejecutoriada la presente sentencia, envíese, por intermedio del Juez *A-quo*, la actuación a los Jueces de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad ®, para lo de su cargo y competencia.

TERCERO: La presente decisión se notifica en estrados y contra la sentencia procede el recurso de casación para los intervinientes.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

**NANCY ÁVILA DE MIRANDA
MAGISTRADA**

**GUERTHY ACEVEDO ROMERO
MAGISTRADA**

**PLINIO MENDIETA PACHECO
MAGISTRADO**

**ALEXIS TOBON NARANJO
SECRETARIO**

Firmado Por:

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

Plinio Mendieta Pacheco
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 002 Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Guerthy Acevedo Romero
Magistrada
Sala 004 Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

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

Código de verificación:

72b825761b01ab1ebe58be8d55b9bc8c9689561c1d4ac766aa1bcc5987d70711

Documento generado en 20/08/2021 11:06:07 AM

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: 23001310700120140006000 (2019 A1-3675)
NÚMERO INTERNO: 2021-1158-2
DELITO: CONCIERTO PARA DELINQUIR AGRAVADO.
SENTENCIADO: JOSÉ GREGORIO ÁLVAREZ VILLADIEGO
ASUNTO: REVOCA DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA.

Medellín, veinte (20) de agosto de dos mil veintiuno (2021)
Aprobado en reunión de la fecha, según acta No. 069

1. ASUNTO

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el sentenciado, contra la decisión proferida el 23 de abril de 2021, por el Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia, en la cual se deniega la libertad condicional.

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

2. ANTECEDENTES

El 15 de marzo de 2016 el Juzgado Penal del Circuito Especializado de Montería, impuso al señor JOSÉ GREGORIO ÁLVAREZ VILLADIEGO, pena de prisión de TRES (3) AÑOS UN (01) MES Y CATORCE (14) DIAS DE PRISIÓN como responsable de la comisión del delito de CONCIERTO PARA DELINQUIR AGRAVADO, sin derecho a la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria.

El Juzgado primero de Ejecución de Penas y Medidas Seguridad de Antioquia, previa solicitud de libertad condicional del señor JOSÉ GREGORIO ÁLVAREZ VILLADIEGO, profiere el auto interlocutorio No. 1236 del 23 de abril de 2021 mediante el cual resuelve en forma negativa su solicitud, argumentando para ese momento no cumplir con el requisito objetivo dispuesto en el numeral 1° del artículo 64 del C.P., esto es, haber cumplido las 3/5 partes de la pena. Decisión confirmada en sede de recurso de reposición mediante auto No. 2103 del 30 de junio de 2021, en el cual advirtió el a quo, que pese cumplir con el factor objetivo, no puede ser acreedor del sustituto por la gravedad de la conducta punible por cual se encuentra descontando pena en forma intramural.

3. DEL RECURSO DE APELACIÓN

El interno interpuso el recurso de reposición y en subsidio apelación, en el cual solicitó se verificara el cumplimiento del requisito de las 3/5 partes de la condena a través del área jurídica de la cárcel, en tanto considera que este se cumple en su caso.

Mediante auto de fecha 26 de abril de 2021 el Juzgado de primera instancia una vez allegada la información

pertinente reconoce redención de pena, luego de lo cual advirtió que, si bien el penado cumplía con el requisito objetivo para conceder la libertad condicional, esta fue negada por la gravedad de la conducta, argumento éste reiterado en la decisión del 30 de junio de 2021, por medio de la cual se resolvió el recurso de reposición.

El día 05 de agosto de 2021 vía correo electrónico se allega escrito del penado JOSÉ GREGORIO ÁLVAREZ VILLADIEGO, en el que refuta la decisión del 30 de junio de 2021, al señalar que ésta es contradictoria, pues si bien considera superado el requisito objetivo, niega la libertad condicional por la gravedad de la conducta, cuando por lo regular cualquier delito es grave al lesionar un bien jurídico.

En vista de lo anterior solicita se resuelva su situación jurídica, pues ha purgado 29 meses de prisión de los 37 meses y 14 días de su condena.

4. CONSIDERACIONES DE SALA

4.1 Competencia

Es competente la Corporación para desatar el recurso de apelación en virtud del artículo 76 numeral 1 de la Ley 600 de 2000.

4.2 Problema Jurídico

El objeto del recurso de alzada se encuentra orientado a promover la revocatoria del auto interlocutorio de primera instancia para, en su lugar, procurar la concesión de la libertad condicional, al considerar que cumple a cabalidad con todos los

presupuestos exigidos por la ley para su concesión. Para ello, argumenta *que el Juez de Ejecución de Penas está desbordando el ámbito de valoración en el tópico de la gravedad realizada, en tanto considera que todas las conductas son graves porque afectan un bien jurídico tutelado.*

Previo a desatar el recurso de alzada se hace necesario realizar una breve precisión frente a la disposición legal aplicable atinente al instituto de la libertad condicional. Como punto de partida se tiene que los hechos por los cuales fue juzgado el recurrente tienen ocurrencia en el espacio temporal comprendido entre el **año 2001 al 18 de enero de 2005**, quien para esa época era integrante de las Autodefensas en las zonas de influencia la Gabarra (Norte de Santander), Villavicencio y en Tierradentro (Córdoba), partiendo del supuesto fáctico de la sentencia emitida por el Juez fallador², bajo dicha situación debe tenerse en cuenta que el delito de CONCIERTO PARA DELINQUIR AGRAVADO es un delito de ejecución permanente³, lo que nos ubica en la aplicación de la Ley vigente al momento en que cesa la ejecución de la conducta punible.

De acuerdo con lo anterior, debe tenerse en cuenta que el Instituto de la Libertad Condicional ha tenido diversas modificaciones en sus requisitos por parte del legislativo, esto es, los requisitos establecidos en el artículo 64 original del Código Penal (Ley 599 de 2000), que dispone:

“El Juez concederá la libertad condicional al condenado a pena privativa de la libertad mayor de tres (3) años, cuando haya cumplido las tres quintas partes de la condena, siempre que su buena conducta en el establecimiento

² Ver página 2 de la sentencia condenatoria

³ Señala la Sala de Casación Penal de la H. Corte Suprema de Justicia, que, tratándose de delitos permanentes, cuya comisión comenzó en vigencia de una ley, pero que se postergó hasta el advenimiento de una ley posterior, se impone aplicar la última normatividad. (Radicado 31407 del 25 de agosto de 2010.).

carcelario pueda el Juez deducir, motivadamente, que no existe necesidad para continuar con la ejecución de la pena.

No podrá negarse el beneficio de la libertad condicional atendiendo a las circunstancias y antecedentes tenidos en cuenta para la dosificación de la pena.

El periodo de prueba será el que falte para el cumplimiento total de la condena”.

Posteriormente, bajo la entrada en vigencia de la ley 890 de 2004, el artículo 5 modificó el contenido de lo dispuesto en el artículo 64 de la Ley 599 de 2000, para dejarla así:

*“El juez podrá conceder la libertad condicional al condenado a pena privativa de la libertad **previa valoración de la conducta punible**, cuando haya cumplido las terceras partes de la pena y su buena conducta durante el tratamiento penitenciario en el centro de reclusión permita suponer fundadamente que no existe necesidad de continuar la ejecución de la pena. En todo caso su concesión estará supeditada al pago total de la multa y de la reparación a la víctima”. NEGRILLAS FUERA DEL TEXTO*

No obstante, la Ley 890 de 2004 en su artículo 15 dispuso su *vacancia legal*⁴ al establecer *-La presente ley rige a partir del 1º de enero de 2005, con excepción de los artículos 7 al 13, los que entrarán en vigencia en forma inmediata-*, indicando ello, que el artículo 5º que modificaba el artículo 64 del Código Penal tenía vigencia a partir del 1 de enero de 2005, tesis que en su momento esta Corporación acogió conforme lo dispuesto por la Sala de Casación Penal del H. Corte Suprema, en la cual indicó:

“la aplicabilidad de la Ley 890 de 2004 se encuentra ligada al mismo proceso de gradualidad en que entró en vigencia la Ley 906 del mismo año,

⁴ Es el periodo de tiempo que media entre la publicación de una ley y su entrada en vigencia.

*únicamente con respecto a las disposiciones relativas a la dosificación de la pena y a la creación de nuevos tipos penales o a la modificación de los existentes, **pues las referentes a la modificación parcial sobre la libertad condicional y la suspensión condicional de la ejecución de la pena, por no tener relación directa con el propósito de implementar el sistema acusatorio, entraron en vigencia a partir del 1º de enero de 2005.***

...es preciso indicar que para examinar la viabilidad del otorgamiento de la libertad condicional en el presente caso se debe aplicar el artículo 5 de la ley 890 de 2004, que modificó el canon 64 de la ley 599 de 2000, sin que haya lugar a invocar el principio de favorabilidad habida cuenta que el mismo opera ante la sucesión de leyes en el tiempo y el caso que nos ocupa, es claro que para el momento de comisión de los hechos, marzo de 2005, ya la modificación se encontraba en pleno vigor”.⁵

Posteriormente, esta Corporación varió su postura⁶ de cara a los nuevos pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia, en la que zanja la discusión en punto de la aplicación de la ley 890 de 2004, señalando que ésta entró a regir en su integridad con la entrada en vigencia del Sistema Penal Acusatorio de la Ley 906 de 2004, cuyos efectos fueron diferidos en diferentes fechas para todos los Distritos Judiciales en el país, que para el caso en concreto, estas corresponden al Distrito Judicial de Villavicencio, en el cual el sistema se implementó a partir del 01 de enero de 2007 y en los distritos judiciales de Montería y Cúcuta a partir del 01 de enero de 2008⁷.

Es así, como la Alta Corporación en decisión de tutela, radicado 84108 del 11 de febrero de 2016⁸, sostuvo lo siguiente:

“Bajo ese contexto, se tiene que la ley 890 de 2004 modificó sustancialmente los requisitos del artículo 64 del Código Penal para acceder al

⁵ Sentencia de Tutela Radicado 67046 del 28 de mayo de 2013, M.P. Dr. Javier Zapata Ortiz.

⁶ En decisión con Radicado Interno 2017-0976-2

⁷ Artículo 530 Ley 906 de 2004.

⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal.

subrogado de la libertad condicional, imponiendo mayores exigencias, precepto que acorde con el artículo 15 de aquella normatividad dispuso su vigencia a partir del 1 de enero de 2005, fecha en la cual empezó a regir el sistema acusatorio en los Distritos Judiciales de Armenia, Bogotá y Pereira.

Significa lo anterior que si la vigencia de la norma se postergó a la fecha indicada, es claro que su aplicación quedaba atada a la entrada en vigor del sistema acusatorio que de manera gradual lo dispuso el artículo 530 de la ley 906 de 2004.

En ese orden de ideas, como quiera que los hechos por los cuales fue condenado C. V. acaecieron el 6 de febrero de 2005 en el municipio de Soacha, Cundinamarca, es absolutamente claro que la normatividad aplicable en materia sustantiva era el Código Penal del 2000, toda vez que el sistema procesal penal con tendencia acusatoria para el departamento de Cundinamarca empezó a regir el 1 de enero de 2007.

4.3. Entonces, de acuerdo con las previsiones del artículo 29 de la Constitución Política, la norma aplicable es aquella que se hallaba vigente al acto que se imputa, salvo que por tránsito de legislación surgiese una disposición más benéfica; por consiguiente, la solicitud de libertad condicional deprecada por H. C. V. debe analizarse bajo los parámetros establecidos en el artículo 64 de la ley 599 de 2000, sin tener en cuenta las exigencias del artículo 30 de la Ley 1709 de 2014, toda vez que, sin duda, su aplicabilidad al presente caso debe descartarse, en la medida que introdujo como requisito adicional la demostración del arraigo familiar, que fue precisamente el que consideró el ad quem incumplido por el sentenciado y por eso denegó el subrogado.

De acuerdo con lo anterior, se desprende que el análisis sobre la aplicabilidad de la Ley 890 de 2004 por vía jurisprudencial, se ha dirigido a privilegiar la postura relacionada a que dicha normativa entró a regir en su integridad en forma progresiva en cada distrito judicial con la implementación de la Ley 906 de 2004.

Bajo este panorama la norma aplicable al señor JOSÉ GREGORIO ÁLVAREZ VILLADIEGO, es el *artículo 64 originario del Código Penal (Ley 599 de 2000)*, toda vez que en virtud del principio de favorabilidad dicha disposición normativa le resulta aplicable en forma ultractiva al disponer de unos requisitos más laxos para el reconocimiento de la libertad condicional, teniendo en cuenta que al momento de la ejecución de la conducta punible por parte del señor ÁLVAREZ VILLADIEGO, el sistema acusatorio no se había implementado en los Distrito Judiciales en los cuales tuvo influencia el actuar delictual objeto de reproche.

Artículo 64. Libertad condicional. *El Juez concederá la libertad condicional al condenado a pena privativa de la libertad mayor de tres (3) años, cuando haya cumplido las tres quintas partes de la condena, siempre que su buena conducta en el establecimiento carcelario pueda el Juez deducir, motivadamente, que no existe necesidad para continuar con la ejecución de la pena.*

No podrá negarse el beneficio de la libertad condicional atendiendo a las circunstancias y antecedentes tenidos en cuenta para la dosificación de la pena.

El periodo de prueba será el que falte para el cumplimiento total de la condena.

De acuerdo con los anteriores requisitos, advierte la Sala la viabilidad de la concesión de la libertad condicional a favor del señor JOSÉ GREGORIO ÁLVAREZ VILLADIEGO, por cuanto a la fecha ha purgado 863.5 días de los 1139 días de la pena impuesta en la sentencia condenatoria; observándose dentro del plenario que cumple con el factor objetivo de las 3/5 partes que equivalen a 684 días. Asimismo, a folio 48 de la carpeta digital denominada "*Carpeta 1 EjecucionDePenas2019A13675*" obra resolución favorable por parte del

Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Caucaasia –Antioquia
fecha del 22 de abril de 2021, en el que se indicó lo siguiente:

“Que después de examinar la hoja de vida del PPL ALVAREZ VILLADIEGO JOSE GREGORIO, identificado con cédula de ciudadanía Nro. CC. 78.076.801 de Campo Alegre- Lorica-Córdoba quien se encuentra recluso en este Establecimiento Carcelario, condenado por el delito de Concierto para delinquir Agravado a la pena de 37 meses de prisión, impuesta por el Juzgado penal del circuito especializado de Montería; que revisados los libros radicales de investigaciones, al igual que su hoja de vida, se pudo constatar que el referido interno, durante el tiempo que ha permanecido recluso, no ha incurrido en circunstancias que impliquen un desmejoramiento de su conducta, la cual se encuentra calificada en un grado EJEMPLAR. En tales circunstancias, se considera que el citado es merecedor al otorgamiento de la Resolución Favorable de que tratan los artículos 480 de la ley 600 y 471 de la ley 906 de 2004, a efectos de darle a su petición de Libertad Condicional.

En virtud de lo anterior, el Consejo de Disciplina del EPMSC de Caucaasia, Antioquia.

RESUELVE

PRIMERO: Emitir Resolución Favorable a beneficio del PPL ALVAREZ VILLADIEGO JOSE GREGORIO, identificado con cedula de ciudadanía Nro. 78.076.801 DE Campo Alegre-Lorica-Córdoba con el fin de presentarla ante el Juzgado 1 ejecución de penas de Antioquia, a efectos de que tome en cuenta para resolver su petición de Libertad Condicional...”

Aunado al concepto favorable del establecimiento penitenciario en relación con la libertad condicional peticionada por el señor ÁLVARO VILLADIEGO, debe precisarse que no presenta ninguna sanción de tipo disciplinario, por lo que no resulta necesario continuar con su tratamiento penitenciario en forma intramural. Pues se avizora en el discurrir de la vigilancia de la pena que el condenado se

encuentra preparado para reintegrarse a la sociedad bajo el cumplimiento estricto de las obligaciones dispuestas en el artículo 65 del Código Penal, pues ha dado muestras de que no representa un peligro para la sociedad y desde esta perspectiva se puede sostener que los fines resocializadores y de prevención general y especial de la pena se encuentran satisfechos al día de hoy, no siendo necesaria ninguna otra consideración.

En consecuencia, la Corporación **REVOCARÁ** la decisión del 23 de abril de 2021 proferida por el Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia, para en su lugar, **CONCEDER** la libertad condicional a favor del señor JOSÉ GREGORIO ÁLVAREZ VILLADIEGO, de conformidad con los argumentos expuestos en precedencia.

Para tales efectos, se tiene que el señor JOSÉ GREGORIO ÁLVAREZ VILLADIEGO identificado con la cédula No. 78.076.801 de Lórica (Córdoba), tiene su arraigo social y familiar en ***la transversal 16 No.31-17 EL PALMAR zona urbana de Caucasia-Antioquia***, quien actualmente se encuentra privado de la libertad en el EPMSC de Caucasia.

Asimismo, el señor JOSÉ GREGORIO ÁLVAREZ VILLADIEGO gozará del sustituto de la libertad condicional **previa suscripción de la diligencia de compromiso** en los términos del artículo 65 del Código Penal, y mediante el pago de **caución prendaria de dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes**.

De otro lado, teniendo de presente que el condenado a la fecha ha purgado **863.5** días de los **1.139** días de la pena de

prisión impuesta en la sentencia condenatoria, **se concederá la libertad condicional bajo un periodo de prueba de 275.5 días al ser el término que le resta para cumplir la totalidad de la pena**, según lo previsto en el artículo 64 originario del C. Penal.

Finalmente, se **COMISIONARÁ** al Juez Promiscuo Municipal de Caucaasia– Antioquia (Reparto), para (i) **NOTIFICAR** al condenado JOSÉ GREGORIO ÁLVAREZ VILLADIEGO la anterior decisión, (ii) PONER a su disposición para su firma, el acta de obligaciones del art. 65 del C. Penal, y (iii) cumplida la anterior condición, **EXPEDIR LA ORDEN DE LIBERTAD**, que procede, de no ser requerido por otra autoridad y será dirigida al EPMSC de Caucaasia– Antioquia, donde actualmente se encuentra recluso el condenado.

Sin que se precise de más consideraciones, **EL TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA EN SALA DE DECISIÓN PENAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

5. RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la decisión del 23 de abril de 2021 proferida por el Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia, para en su lugar, **CONCEDER** la libertad condicional a favor del señor JOSÉ GREGORIO ÁLVAREZ VILLADIEGO, **bajo un periodo de prueba de 275.5 días al ser el término que le resta para cumplir la totalidad de la pena**, de conformidad con los argumentos expuestos en precedencia.

Asimismo, el señor JOSÉ GREGORIO ÁLVAREZ VILLADIEGO gozará del sustituto de la libertad condicional **previa suscripción de la diligencia de compromiso en los términos del artículo 65 del Código Penal, y mediante el pago de caución prendaria de dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes.**

SEGUNDO: SE COMISIONA al Juez Promiscuo Municipal de Caucaasia– Antioquia (Reparto), para (i) **NOTIFICAR** al condenado JOSE GREGORIO ÁLVAREZ VILLADIEGO la anterior decisión, (ii) PONER a su disposición para su firma, el acta de obligaciones del art. 65 del C. Penal, y (iii) cumplida la anterior condición, **EXPEDIR LA ORDEN DE LIBERTAD**, que procede, de no ser requerido por otra autoridad y será dirigida al EPMSC de Caucaasia– Antioquia, donde actualmente se encuentra recluso el condenado.

TERCERO: Contra la presente providencia no procede ningún recurso.

CUARTO: Notificada la presente decisión devuélvase el expediente de la referencia al Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia, para lo de su competencia.

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
Sala 003 Penal
Tribunal Superior De Antioquia - Antioquia**

**Plinio Mendieta Pacheco
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 002 Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia**

**Guerthy Acevedo Romero
Magistrada
Sala 004 Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia**

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

Código de verificación:
**a9c8845e644a5d219df7abc0bd3475f25621cddd80314eb699282cb57
99d72a4**

Documento generado en 20/08/2021 11:06:23 AM

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA DE DECISIÓN PENAL

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

Radicado CUI	05147 61 00000 2021 00004
Radicado Interno	2021-1197-3
Delito	Concierto para delinquir agravado
Procesado	Jhon Jairo Marulanda Ledesma
Asunto	Niega domiciliaria por padre cabeza de familia
Decisión	Confirma

De conformidad con las facultades otorgadas por el Consejo Superior de la Judicatura, a través de los acuerdos PCSJA20-11517 del 15 de marzo y PCSJA20-11518 de 16 de marzo de 2020, y prórrogas establecidas en el PCSJA20-11521 de 19 de marzo, PCSJA20-11526 de 22 de marzo, PCSJA20-11532 de 11 de abril, PCSJA20-11546 de 25 de abril, PCSJA20-11549 de 7 de mayo, PCSJA20-11556 de 22 de mayo y PCSJA20-11567 de 5 de junio de 2020; se fija fecha y hora para la celebración de audiencia de lectura, dentro de la actuación de la referencia para el día **VIERNES VEINTISIETE (27) DE AGOSTO DEL AÑO DOS MIL VEINTIUNO (2021). A LAS OCHO Y TREINTA DE LA MAÑANA (08:30 A.M.).**

Se ordena a la Secretaría común, por el medio más expedito, se cite a las partes e intervinientes procesales a través de sus correos oficiales, confirmando su asistencia a la diligencia, quienes podrán manifestar, si en lugar de la audiencia de lectura virtual, prefieren el envío de la decisión, dándose por notificados por ese medio y corriendo los términos pertinentes desde esa fecha.

CÚMPLASE

(firma electrónica)
GUERTHY ACEVEDO ROMERO
Magistrada

Firmado Por:

Guerthy Acevedo Romero
Magistrada
Sala 004 Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

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

Código de verificación:
42182121fef5077ee90f30fad77bb517e764c5604904118eaf2ab
f0f7f558aa6

Documento generado en 19/08/2021 06:05:11 p. m.

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

Radicado N° : 2021-0496-4
Auto (Ley 906) - 2ª Instancia.
CUI : 05 101 6000 330 2020 00176
Acusados : Laura Cristina Loaiza Molina y otro
Delitos : Tráfico, fabricación o porte de
estupefacientes

TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA DE DECISIÓN PENAL

Medellín, agosto veinte (20) de dos mil veintiuno (2021)

Radicado: 2021-0496-4
Auto (Ley 906) - 2ª Instancia.
CUI : 051016000330202000200
Acusados: Laura Cristina Loaiza Molina y
Santiago Ortega Seguro.
Delitos : Tráfico, fabricación o porte de
estupefacientes
Decisión : CONFIRMAR.

Proyecto discutido y aprobado en sesión de la fecha.
Acta N° 089

M.P. PLINIO MENDIETA PACHECO

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación que promueve el señor defensor, frente a la decisión emitida por el *Juzgado Penal del Circuito de Ciudad Bolívar- Antioquia*, de fecha *24 de marzo*

Radicado N° : 2021-0496-4
Auto (Ley 906) - 2ª Instancia.
CUI : 05 101 6000 330 2020 00176
Acusados : Laura Cristina Loaiza Molina y otro
Delitos : Tráfico, fabricación o porte de
estupefacientes

de 2021, en desarrollo de la audiencia preparatoria, a través de la cual se permitió la aducción en juicio del acta de incautación de elementos y álbum fotográfico con los testimonios de los patrulleros Hilario de Jesús Moreno Caro y Sebastián Arboleda, respectivamente, al interior de la actuación que se sigue en contra de los ciudadanos LAURA CRISTINA LOAIZA MOLINA y SANTIAGO ORTEGA SEGURO, por los supuestos delictivos de Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes.

ANTECEDENTES

La presente controversia se origina durante el desarrollo de la audiencia preparatoria, precisamente cuando la Fiscalía solicita la práctica del testimonio de la señora Lina Alejandra Ruíz Galeano, propietaria del inmueble donde fueron capturados los señores LAURA CRISTINA LOAIZA MOLINA y SANTIAGO ORTEGA SEGURO y a través de quien se ingresaría el acta de registro voluntario a un inmueble; así mismo, la aducción del álbum fotográfico realizado a los elementos incautados a cargo del servidor de policía Sebastián Arboleda y el acta de incautación de elementos elaborada por el servidor de policía Hilario Moreno Caro, solicitud frente a la cual se opuso el señor defensor puesto que, en punto a la aludida declaración, se trata de la propietaria del inmueble a quien al momento del procedimiento de registro le fue solicitada autorización para ingresar al inmueble por parte de los

Radicado N° : 2021-0496-4
Auto (Ley 906) - 2ª Instancia.
CUI : 05 101 6000 330 2020 00176
Acusados : Laura Cristina Loaiza Molina y otro
Delitos : Tráfico, fabricación o porte de
estupefacientes

agentes de policía, quien si bien es su propietaria, no reside allí, por lo que, en su criterio, la expectativa razonable de intimidad solo cobijaba a los habitantes de dicho lugar, de ahí que se hiciera necesaria una autorización previa emitida por la fiscalía para efectuar diligencia de registro y allanamiento.

Aludió el señor defensor en ese orden de ideas, al artículo 29 de la Constitución Nacional del cual extracta que es nula de pleno derecho la prueba obtenida con violación al debido proceso y, así mismo, al canon 231 de la Ley 906 de 2004, claro al significar que la expectativa razonable de intimidad es propia de quienes habitan el inmueble, esto es, los señores Loaiza Molina y Ortega Seguro, de ahí que solicitara la exclusión del testimonio de la señora Lina Alejandra Ruíz Galeano, y lo derivado del procedimiento de registro, es decir, el acta de incautación de elementos y el álbum fotográfico mediante el cual se fijaron los elementos delictivos hallados en el lugar de los hechos suscritos por los respectivos servidores de policía.

DECISIÓN CONFUTADA

Sobre esa solicitud en particular, la señora Juez señaló en cuanto al testimonio de la señora Lina Alejandra Ruíz Galeano que de lo que se trata es de una causal de inadmisibilidad probatoria puesto que no se hace pertinente la participación de dicha persona en el debate oral, en la medida que siendo la propietaria del

Radicado N° : 2021-0496-4
Auto (Ley 906) - 2ª Instancia.
CUI : 05 101 6000 330 2020 00176
Acusados : Laura Cristina Loaiza Molina y otro
Delitos : Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes

inmueble y limitándose su actuar a haber emitido una autorización para ingresar al inmueble no comporta una relación trascendental con los hechos motivo de acusación. Por lo tanto, no decretó como testigo a la señora Ruíz Galeano.

Sin embargo, llamó la atención en el sentido que dicha persona no fue quien elaboró el acta de incautación de elementos o el álbum fotográfico, lo cual estuvo a cargo de los servidores de policía; recordando así mismo haber sido objeto de estipulación probatoria la incautación de una sustancia estupefaciente, hecho ligado de manera sustancial al acta de incautación.

De ahí que accediera a la aducción del acta de incautación de elementos así como del álbum fotográfico sobre estos mismos.

ARGUMENTOS DE APELACIÓN

Manifiesta el señor defensor que la incautación de ciertos elementos materiales probatorios se dieron a partir del actuar de la policía respecto de la señora Lina Alejandra Ruiz Galeano, y ello nada tiene que ver con la estipulación probatoria sobre una sustancia estupefaciente incautada pues existen otros elementos que se incautaron y no fueron objeto de estipulación. Es sobre estos a los cuales de igual

Radicado N° : 2021-0496-4
Auto (Ley 906) - 2ª Instancia.
CUI : 05 101 6000 330 2020 00176
Acusados : Laura Cristina Loaiza Molina y otro
Delitos : Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes

manera se refieren el acta de incautación y album fotográfico, siendo la señora Lina Alejandra quien dio esa autorización para ingresar al inmueble registrado sin tener una expectativa razonable de intimidad, pues solo se trató de la propietaria del inmueble pero allí no residía.

Solicita en efecto, se impida el ingreso del álbum fotográfico elaborado por el servidor de policía Sebastián Arboleda y el acta de incautación realizada por Hilario de Jesús Moreno Caro sobre los elementos hallados en el inmueble registrado.

NO RECURRENTES

FISCALÍA:

Pone de presente que el procedimiento de incautación fue legalizado ante un juez de control de garantías quien lo avaló de acuerdo al artículo 230 de la ley procesal penal, claro al señalar que *“Excepcionalmente podrá omitirse la obtención de la orden escrita de la Fiscalía General de la Nación para que la Policía Judicial pueda adelantar un registro de allanamiento cuando: 1. Medie consentimiento expreso del propietario o simple tenedor del bien objeto del registro o de quien tenga interés por ser afectado ante el procedimiento”* .

En ese orden de ideas, recuerda que en el particular, para adelantar el registro al inmueble fue obtenido el consentimiento

Radicado N° : 2021-0496-4
Auto (Ley 906) - 2ª Instancia.
CUI : 05 101 6000 330 2020 00176
Acusados : Laura Cristina Loaiza Molina y otro
Delitos : Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes

escrito de la propietaria, insistiendo en que la norma permite que así ocurra. Por lo tanto, refiere, la incautación de esos elementos fue legal, como también fue declarado por un juez de control de garantías.

Solicita se confirme la decisión.

AGENTE DEL MINISTERIO PÚBLICO

No intervino como no recurrente.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

En torno al tema central de discusión, habrá de establecerse en esta oportunidad, si asistió razón a la señora juez A quo, cuando permitió la utilización y aducción del acta de incautación de unos elementos, así como su fijación fotográfica, a través de los testimonios de los agentes de policía Sebastián Arboleda Restrepo e Hilario de Jesús Moreno, no obstante tratarse de información derivada del procedimiento de registro efectuado al inmueble donde al parecer ocurrieron los hechos delictivos, al cual, según la defensa, los servidores de policía no podían ingresar con el solo consentimiento de su propietaria, pues no le asistía una expectativa razonable de

Radicado N° : 2021-0496-4
Auto (Ley 906) - 2ª Instancia.
CUI : 05 101 6000 330 2020 00176
Acusados : Laura Cristina Loaiza Molina y otro
Delitos : Tráfico, fabricación o porte de
estupefacientes

intimidad, y por ende, se encuentran viciados de ilicitud, de ahí que deban excluirse.

En ese orden de ideas, es necesario advertir que la oportunidad para solicitar la exclusión de determinada prueba, es la audiencia preparatoria de acuerdo al artículo 359 de la ley 906 de 2004 y como ha sido dilucidado igualmente por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia; desde luego, la petición respectiva debe contener los argumentos necesarios para su prosperidad, con ello de paso se neutralizan intervenciones que solo llevarían a dilatar el proceso.

En orden a resolver lo pertinente en el asunto bajo examen, resulta útil citar algunas de las consideraciones en punto al trámite para resolver las solicitudes de exclusión de evidencia, efectuadas por la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia del 7 de marzo de 2018, bajo radicado 51.882:

“En lo concerniente a las solicitudes de exclusión de evidencia durante la fase de juzgamiento, el legislador dispuso que esos temas deben resolverse en la audiencia preparatoria, lo que está claramente orientado a que el juicio se reduzca a los debates atinentes a la responsabilidad penal, sin perjuicio de que en este escenario, excepcionalmente, deba resolverse sobre ese aspecto en particular, sobre todo cuando se trate de graves afectaciones de derechos fundamentales, tal y como lo resaltó la Corte Constitucional en la sentencia C-591 de 2005.

En efecto, el artículo 359 de la Ley 906 de 2004, que hace parte del acápite destinado a la audiencia preparatoria, establece que “las

Radicado N° : 2021-0496-4
Auto (Ley 906) - 2ª Instancia.
CUI : 05 101 6000 330 2020 00176
Acusados : Laura Cristina Loaiza Molina y otro
Delitos : Tráfico, fabricación o porte de
estupefacientes

partes y el Ministerio Público podrán solicitar al juez la exclusión, rechazo o inadmisibilidad de los medios de prueba (...); y el artículo 360 ídem dispone que “el juez excluirá la práctica o aducción de medios de prueba ilegales, incluyendo los que se han practicado, aducido o conseguido con violación de los requisitos formales previstos en este código”.

(...)

A la luz de este marco jurídico, para resolver sobre la exclusión de evidencias, las partes y el Juez deben tener suficiente claridad sobre lo siguiente: (i) las pruebas sobre las que recae el debate, tanto las que tienen relación directa con la violación de los derechos o garantías, como las derivadas de las mismas; (ii) cuál es el derecho o la garantía que se reputa violada; (iii) cuando el derecho o la garantía tenga varias facetas, debe especificarse a cuál de ellas se contrae el debate, como es el caso, por ejemplo, con el derecho a la intimidad, que abarca la domiciliaria, la personal, frente a las comunicaciones, etcétera; (iv) en qué consistió la violación, verbigracia, si se trasgredió la reserva judicial, la reserva legal o el principio de proporcionalidad; (v) debe establecerse el nexo de causalidad entre la violación del derecho o garantía y la evidencia, lo que se deriva sin duda alguna de lo dispuesto en los artículos 29 de la Constitución Política y el 23 de la Ley 906 de 2004 en el sentido de que la exclusión opera si la prueba fue obtenida con violación de las garantías fundamentales.

Tal y como sucede con la solicitud de rechazo por no descubrimiento, a que se aludió en el numeral anterior, los debates sobre exclusión, en los términos previstos en las normas atrás referidas, tienen una específica base fáctica, que, igual, es sustancialmente diferente de los hechos que conforman el tema de prueba en lo que atañe a la responsabilidad penal. En esencia, en los casos de exclusión se trata de dilucidar los aspectos referidos en precedencia, entre los que se destacan la trasgresión de las garantías fundamentales y el nexo causal entre esta y las evidencias cuya exclusión se pretende.

Así, por ejemplo, si se solicita la exclusión de una evidencia porque durante el procedimiento que dio lugar a su obtención el indiciado fue sometido a tratos crueles e inhumanos, tendrá que demostrarse la existencia de los mismos y, además, el nexo causal entre la violación de los derechos y la prueba. De igual forma, si se alega que se realizó un acto de investigación sin que mediara la respectiva orden judicial, tendrá que demostrarse que

Radicado N° : 2021-0496-4
Auto (Ley 906) - 2ª Instancia.
CUI : 05 101 6000 330 2020 00176
Acusados : Laura Cristina Loaiza Molina y otro
Delitos : Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes

ésta era obligatoria, que la misma no se emitió, y que la evidencia es producto de esa violación de los derechos.

Para establecer si se requería orden judicial o si el acto de investigación estaba sometido a determinados requisitos legales, necesariamente debe precisarse el contenido de la evidencia, pues, a manera de ejemplo, de ello depende el análisis de si una determinada persona tenía expectativa razonable de intimidad frente a la información obtenida, de lo que depende la activación de las salvaguardas constitucionales para la protección del derecho previsto en el artículo 15 de la Constitución Política.”

Lo expuesto, permite concluir que, en esta ocasión, no obstante ser oportuna la solicitud de exclusión de la defensa puesto que la ha presentado en desarrollo de la audiencia preparatoria, y tuvo la posibilidad de acreditar las circunstancias fácticas y jurídicas por las cuales considera debe sustraerse del proceso el acta de incautación de elementos y el respectivo álbum fotográfico, no exhibió los argumentos suficientes que permitieran a la señora juez concluir su ilicitud debido a la afectación a garantías fundamentales como la intimidad.

La defensa, para sacar adelante su tesis referente a la ilicitud de elementos como los antes referidos, señaló que no era suficiente que la señora Lina Alejandra Ruíz Galeano permitiera en calidad de propietaria, el ingreso al inmueble donde al parecer sucedieron los hechos delictivos, pero sin traer a colación cuáles normas limitan la emisión de esa clase de autorización a circunstancias diversas a las aquí expuestas, como tampoco expuso otras razones por las

Radicado N° : 2021-0496-4
Auto (Ley 906) - 2ª Instancia.
CUI : 05 101 6000 330 2020 00176
Acusados : Laura Cristina Loaiza Molina y otro
Delitos : Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes

cuales la evidencia censurada se obtuvo en contravía de los derechos fundamentales de los procesados, tal como lo exigen los criterios jurisprudenciales antes citados. Y en todo caso, no sometió a discusión alguna el hecho que la persona a quien le fue solicitado el ingreso al lugar registrado era su propietaria, escenario que se enmarca, de acuerdo al artículo 230 de la ley 906 de 2004, numeral 1º, en uno los supuestos por los cuales excepcionalmente puede ser omitida la obtención de la orden escrita de la Fiscalía General de la Nación para que la Policía Judicial pueda adelantar un registro de allanamiento:

“Excepciones al requisito de la orden escrita de la Fiscalía General de la Nación para proceder al registro y allanamiento, el cual reza: “Excepcionalmente podrá omitirse la obtención de la orden escrita de la fiscalía general de la Nación para que la Policía Judicial pueda adelantar un registro y allanamiento, cuando:

1. Medie consentimiento expreso del propietario o simple tenedor del bien objeto del registro, o de quien tenga interés por ser afectado durante el procedimiento. En esta eventualidad, no se considerará como suficiente la mera ausencia de objeciones por parte del interesado, sino que deberá acreditarse la libertad del afectado al manifestar la autorización para el registro...”

Radicado N° : 2021-0496-4
Auto (Ley 906) - 2ª Instancia.
CUI : 05 101 6000 330 2020 00176
Acusados : Laura Cristina Loaiza Molina y otro
Delitos : Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes

Disposición declarada exequible por la Honorable Corte Constitucional en sentencia C – 806 de 2009:

“Según lo que establece el numeral 1 del artículo 230 cuestionado, no se requiere la orden escrita de la Fiscalía para proceder al allanamiento cuando el propietario, tenedor del bien objeto del registro o quien pueda verse afectado por la diligencia, autoriza expresamente su realización. (...)

En el asunto bajo estudio, el motivo previamente definido en la ley que justifica esta modalidad de allanamiento es la realización de una investigación penal. La formalidad específica exigida por la norma es que el consentimiento del propietario o morador del domicilio o de la persona afectada con el allanamiento sea dado libremente, razón por la cual no se considera suficiente la mera ausencia de objeciones por parte del interesado.

*En esta medida, **no resulta irrazonable ni desproporcionado que cuando la autorización para la realización del allanamiento provenga directamente del propietario** o morador del domicilio objeto de registro que pueda verse afectado con su realización, no se exija la orden escrita de la Fiscalía. Si quien se ve afectado con la diligencia autoriza su realización, se supera la sospecha de arbitrariedad que tendría un allanamiento realizado sin orden escrita y contra la voluntad del morador. (...)*

En ese orden de ideas, la decisión que se impone en el particular es la de CONFIRMAR lo resuelto en primer instancia, en atención a la ausencia de argumentos de orden fáctico y jurídico que sacaran adelante la postulación de la defensa en orden a la exclusión probatoria del acta de incautación elaborada por el policía Moreno Caro y el álbum fotográfico a cargo del agente Arboleda Restrepo; elementos obtenidos en desarrollo de un procedimiento de registro y allanamiento

Radicado N° : 2021-0496-4
Auto (Ley 906) - 2ª Instancia.
CUI : 05 101 6000 330 2020 00176
Acusados : Laura Cristina Loaiza Molina y otro
Delitos : Tráfico, fabricación o porte de
estupefacientes

a un inmueble al cual ingresaron dichos servidores de policía, previa autorización expresa de su propietaria, relevándose de tal forma el requisito de una orden escrita de la Fiscalía General de la Nación, para realizar dicha actividad.

En mérito de lo expuesto, **EL TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA**, en **SALA DE DECISIÓN PENAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, **CONFIRMA** la decisión adoptada en sede de primera instancia por el *Juzgado Penal del Circuito de Ciudad Bolívar, Antioquia*, el día 24 de marzo de 2021, en cuanto no excluyó el acta de incautación de elementos y álbum fotográfico, al interior de la actuación que se sigue en contra de los señores LAURA CRISTINA LOAIZA MOLINA y SANTIAGO ORTEGA SEGURO, por los supuestos delictivos de Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, conforme a los fundamentos consignados en la parte motiva.

En consecuencia, **SE NOTIFICA** en estrados la presente decisión de segundo grado, a cuyo efecto **SE SIGNIFICA** que frente a la misma no procede recurso alguno.

Radicado N° : 2021-0496-4
Auto (Ley 906) - 2ª Instancia.
CUI : 05 101 6000 330 2020 00176
Acusados : Laura Cristina Loaiza Molina y otro
Delitos : Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes

Por último, **SE DISPONE** que por Secretaría de la Sala sean retornadas las diligencias ante el Juzgado de origen, en punto a que se proceda con la audiencia pertinente.

CÚMPLASE.

LOS MAGISTRADOS,

**Firma electrónica
PLINIO MENDIETA PACHECO**

**En permiso
RENÉ MOLINA CÁRDENAS**

**Firma electrónica
GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME**

Firmado Por:

**Plinio Mendieta Pacheco
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 002 Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia**

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

Radicado N° : 2021-0496-4
Auto (Ley 906) - 2ª Instancia.
CUI : 05 101 6000 330 2020 00176
Acusados : Laura Cristina Loaiza Molina y otro
Delitos : Tráfico, fabricación o porte de
estupefacientes

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:

**0365f89b897166e7cef59d715bb40103f44771087409167af57332ba2
ea83345**

Documento generado en 20/08/2021 09:29:37 AM

Proceso No. 051726000269201680140 NI: 2021-0673-6
Acusados: ELADIO GONZALEZ CAÑAS, LEIDY MARCELA PARDO
GRACIANO Y KEILA MARTINEZ VIVERO
Delito: Homicidio y porte ilegal de armas
Decisión: Confirma

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

Proceso No. 051726000269201680140 **NI:** 2021-0673-6
Acusados: ELADIO GONZALEZ CAÑAS, LEIDY MARCELA PARDO GRACIANO Y KEILA
MARTINEZ VIVERO
Delito: Homicidio y porte ilegal de armas
Decisión: Confirma
Aprobado Acta No. 138 de agosto 20 del 2021

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

Medellín, Agosto veinte de dos mil veintiuno.-

OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

Resolver el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia emitida el pasado 19 de marzo del 2021 por el JUZGADO SEGUNDO PENAL DEL CIRCUITO DE APARTADO en la que se condenó a ELADIO GONZALEZ CAÑAS, por los delitos de homicidio agravado y porte ilegal de armas, se absolvió a las señoras LEIDY MARCELA PARDO GRACIANO Y KEILA MARTINEZ VIVERO que solo habían sido acusadas por el delito de homicidio agravado.

LOS HECHOS

De acuerdo a lo narrado en la providencia impugnada, se tiene que El día 30 de octubre de 2016 a las 19 horas 20 minutos, en la carrera 69 frente al inmueble de nomenclatura 81-11, barrio Doce de Octubre del municipio de Carepa, se le ocasionó la muerte con arma de fuego a Jonathan Córdoba Maturana, quien se encontraba en su residencia y de allí fue sacado por Leidy Marcela Pardo Graciano y Keila Martínez Vivero, una vez en la puerta de su casa llegan dos personas quienes se desplazaban en una motocicleta, uno de los cuales era Eladio González Cañas, quien proceden a atentar contra la vida de Jonathan Córdoba Maturana mediante disparos con arma de fuego.

ACTUACIÓN PROCESAL

El día 30 de enero de 2018 ante el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Chigorodó – Antioquia, se legalizó la captura, se imputaron los delitos de homicidio agravado y tráfico, fabricación o porte de armas de fuego, accesorios o municiones, en contra de ELADIO GONZALEZ CAÑAS.

Posteriormente fueron capturadas las señoras LEIDY MARCELA PARDO GRACIANO Y KEILA MARTINEZ VIVERO, las audiencias preliminares fueron realizadas el día 12 de febrero de 2018, a quienes, se les imputó el delito de homicidio agravado.

El día 23 de marzo de 2018 se radicó y repartió el escrito de acusación en el caso de ELADIO GONZÁLEZ, presentado por la Fiscalía 066 Seccional de Chigorodó Antioquia, bajo radicado 05172 60 00000 2018 00002. El día 25 de mayo de 2018 se realiza la audiencia de formulación de acusación, en el caso de Eladio González Cañas.

A través de auto del 27 de junio de 2018, el Juez Primero Penal de Circuito de Apartadó, manifiesta su impedimento para conocer del juicio en la actuación con radicado 005172 60

00269 2016 80140, y mediante determinación del 29 de junio de 2018, se acepta el impedimento manifestado por el Juez Primero Penal del Circuito de Apartadó.

El 05 de julio de 2018 se aplazó la primera diligencia preparatoria por solicitud de aplazamiento impetrada por la defensa, la Fiscal 066 Seccional solicitó la “acumulación de los procesos”, para la audiencia preparatoria y el juicio, petición a la cual el 24 de julio de 2018 accedió la Judicatura y en consecuencia la carpeta identificada con el CUI N.º 05172 60 00000 2018 00002 se acumuló, por conexidad procesal con el expediente distinguido con el 05172 60 00269 2016 80140, dado que fue en este último proceso donde se realizó de último la formulación de la acusación el día 24 de julio de 2018.

El 25 de octubre de 2018 se realiza la audiencia preparatoria, decretándose las pruebas solicitadas por las partes a practicar en el juicio oral, la Fiscalía y la defensa presentan unas estipulaciones probatorias.

En fecha 06 de marzo de 2019, se instala el juicio oral, el cual después de muchos inconvenientes y aplazamiento culmina el 13 de noviembre del 2020 en el que se indicó que se condenaba a ELADIO GONZALEZ CAÑAS, por los delitos de homicidio agravado y porte ilegal de armas y se absolvía a LEIDY MARCELA PARDO GRACIANO Y KEILA MARTINEZ VIVERO de la acusación por el delito de homicidio agravado. Una vez realizada la audiencia de individualización de pena se dio lectura de fallo el día 19 de marzo de 2021.

SENTENCIA APELADA

Contiene un recuento de los hechos, así como también de toda la actuación surtida desde la presentación del escrito de acusación hasta la culminación del juicio oral, luego la

anunciación del sentido del fallo de carácter condenatorio en relación a ELADIO GONZALEZ y absolutorio de LEIDY MARCELA PARDO GRACIANO y KEILA MARTINEZ VIVERO.

Se ocupó de señalar que estaba probado por vía de estipulación y que se circunscribe al fallecimiento con arma de fuego de JONATHAN CORDOBA MATURANA, sobre la autoría y participación en el mismo de ELADIO GONZALEZ CAÑAS, precisó que esta persona era conocida de la familia del fallecido y MARLENY BEJARANO QUIÑONES, MELISA ANDREA CORDOBA MATURANA, pudieron apreciar como el joven GONZALEZ CAÑAS, bajo de una motocicleta y disparo repetidas veces contra JONATHAN en la puerta de su casa, y que pudieron reconocerlo pue aunque usaba un casco tenia abierta el visor del mismo.

Igualmente indico que tanto las damas antes señaladas como el señor SIMON BEJARANO ORTIZ, abuelo del fallecido y GLEIDIS GUTIERREZ MATURANA, hermana, informaron sobre los inconvenientes previos que había tenido JONATHAN con ELADIO, lo que permite entonces arribar al grado de convencimiento necesario para condenar, desechando los argumentos del defensor de una falta de reconocimiento visto que todos los testigos arrimados conocían previamente a ELADIO, y como ocurrió con el señor BEJARANO pudo reconocerlo fácilmente en la sala de juicio.

Desechó lo testimonios aportados por la defensa, de JAIDY HIGUITA compañera permanente de ELADIO GONZALEZ CAÑAS, y ELINCEN GONZALEZ quien dice ser el padre biológico del procesado que, aunque pretende ubicar a ELADIO en un lugar distinto par el momento del homicidio, incurren en contradicciones que les resta toda credibilidad.

Indicó igualmente que visto que el homicidio se perpetró con un arma de fuego y como quedó probado que ELADIO GONZALEZ CAÑAS, no tenía permiso para porte o tenencia de

armas de fuego igualmente se configura el punible contra la seguridad pública incluido en la acusación.

En cuanto a las sindicaciones que se hacen a las damas LEIDY MARCELA PARDO GRACIANO y KEILA MARTINEZ VIVERO, señaló que si bien es cierto se demostró que ellas estaban con el fallecido en la puerta de la casa al momento de los hechos no se determinó que en efecto ellas hubieren buscado sacarlo de la casa, o que en efecto tuvieran conocimiento de que se perpetraría un atentado contra JONATHAN, para decir que ellas con división de trabajo participaron en la ejecución del homicidio, pues ninguna prueba aportada permite deducir esto lo que lleva necesariamente a la absolución de estas dos damas.

Encontró entonces el A-quo satisfechos los requisitos legales para proferir una sentencia condenatoria en contra de ELADIO GONZALEZ CAÑAS, al encontrarlo penalmente responsables del concurso de conductas punibles de homicidio agravado y porte ilegal de armas y le impuso en consecuencia una pena de 416 meses de prisión e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el término de 20 años.

DE LA SUSTENTACIÓN DE LA APELACIÓN

Inconformes con la decisión adoptada por el *a-quo*, el abogado defensor interpone recurso de apelación reclamando la absolución de su prohijado por las siguientes razones:

El fallo de primera instancia se funda en el testimonio de los familiares del fallecido MARLEN JHOANA BEJARANO QUIÑONES, MELISSA ANDREA CORDOBA MATURANA, CARLOS DANIEL CORDOBA HURTADO y GLEIDYS TATIANA GUTIERREZ MATURANA, todos estos hermanos del occiso, así como el abuelo, señor SIMON BEJARO ORTIZ,

quienes resentidos por el hecho buscaron acomodar apresuradamente la responsabilidad a su enemigo Eladio sosteniendo, quizás por algún parecido con el homicida o porque antes ya había estado cerca de la residencia. Indica que si se analiza el acervo probatorio vertido en el juicio se encuentra que solo los testimonios de estas dos personas, CARLOS DANIEL CÓRDOBA HURTADO Y MARLEN JHOANA BEJARANO QUIÑONES, dicen haber visto al homicida de manera directa y lo identificaron como Eladio, pero se limitaron a repetir que fue Eladio porque le vieron los ojos a través del casco sin hacer una descripción física detallada de la persona que estuvo en el sitio y disparó contra su hermano, se cuestiona si en medio de los disparos y la impresión del hecho estos testigos pudieron fijarse adecuadamente en quien era el agresor.

Considera que si se enunció por los familiares del occiso que este tenía varios enemigos y problemas con bandas criminales bien pudo ser otro el autor del homicidio, y no se puede deducir esto del simple hecho que afirmen que vieron pasar a ELADIO por la casa y hacerle señales como bendiciendo a JHONATAN, pues esto no se probó efectivamente.

Critica el que no se valore adecuadamente el testimonio de ELINSE GONZALEZ y a la señora JAIDY TATIANA HIGUITA URREGO, padre y excompañera de ELADIO GONZÁLEZ, quienes señalaron que para esa época y ese día el condenado trabaja en el Autoservicio Papagayo de Carepa, que estuvo todo el día trabajando allí y en la noche salió con su compañera y su hija hacia el parque para celebrar el día de los niños, información pertinente y valiosa para controvertir la teoría de la fiscalía, pero que no se tuvo en cuenta al momento de fallar.

Como no recurrente la representación de la Fiscalía General de la Nación solicitó la confirmación de la sentencia condenatoria toda vez que las pruebas que aportó en efecto

demuestran la autoría y participación del acusado en el concurso de conductas punibles endilgadas, y no hay motivo para dudar de la credibilidad del dicho de los testigos de cargo.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Conforme lo reglado por el artículo 34 numeral primero de la Ley 906 de 2004, es competente la Sala para conocer el recurso de alzada. El asunto que concia nuestro interés es el verificar si la valoración probatoria hecha en la sentencia de primera instancia resulta acertada vistas las glosas que plantea el recurrente.

Al respecto se debe indicar que sin lugar a dudas los señores MARLEN JHOANA BEJARANO QUIÑONES, MELISSA ANDREA CORDOBA MATURANA, CARLOS DANIEL CORDOBA HURTADO y GLEIDYSTATIANA GUTIERREZ MATURANA, son familiares y allegados al fallecido JONATHAN CORDOBA MATURANA, como lo reconocieron al declarar en el proceso, pero no por este solo hecho su testimonio puede ser tachado de parcializado y por ende no digno de crédito, pue se requiere que en efecto se avizore que los mueve un interés para faltar a la verdad, esto implica entonces que la valoración del testimonio debe someterse es al tamiz de la sana critica para establecer si en efecto el mismo resulta digno o no de crédito Al respecto sobre la valoración de los testimonios la Corte Suprema de Justicia señala:

“Una adecuada valoración del testimonio exige al funcionario tener en cuenta los principios de la sana crítica y para ello habrá de apreciar lo percibido por el declarante, su estado de sanidad y los sentidos por los cuales tuvo la percepción, así como las circunstancias de tiempo y modo de la captación y su personalidad.

Cuando dentro de un proceso una misma persona rinde varias versiones, la regla de experiencia enseña que bien pueden no coincidir en estricto sentido unas y otras. Es más, una perfecta coincidencia podría conducir a tener el testimonio como preparado o aleccionado. Las posibles contradicciones en que haya incurrido no son suficientes para restarle todo mérito, pues “en tales eventos el sentenciador goza de la facultad para determinar, con sujeción a los parámetros de la sana crítica, si son verosímiles en parte, o que todas son increíbles o que alguna o algunas de ellas tienen aptitud para revelar la verdad de lo acontecido”¹. Por manera que si el declarante converge en los aspectos esenciales, el juzgador no podrá descartar sus dichos”²

Al repasar las intervenciones de los familiares del occiso se aprecia, que todos ellos estuvieron en el lugar de los acontecimientos por compartir vivienda con el fallecido JONATHAN, y visto la forma de ejecución de los mismos, pudieron darse cuenta de los repetidos disparos que se propinaron en la entrada de su casa, igualmente que ellos conocían previamente al procesado, por lo tanto pese a lo repentino y azaroso de los mismos, les era posible fácilmente reconocer al agresor, pues lo conocían previamente y aunque este usaba un casco, como lo precisó MARLEN JHOANA BEJARANO QUIÑONES, era posible verle el rostro al joven que acaba de disparar, y que ella conocía de antes y por lo tanto pudo indicar sin duda alguna que era ELADIO y que pudieron apreciar lo que ocurría a menos de un metro como lo indica MELISSA ANDREA CORDOBA MATURANA, y aunque no estaba al momento del primer disparo en la puerta de la casa, alcanzó a salir y pudo ver que quien tenía el arma era el mismo ELADIO que él conocía de tiempo atrás como lo relata CARLOS DANIEL CORDOBA HURTADO, o fue también amenazado con el arma como lo indicó SIMON BEJARANO ORTIZ, por lo que no puede entonces concluir como lo plantea el señor recurrente que ellos no pudieron darse cuenta de quién era la persona que disparaba visto lo repentino de los hechos, o que sus dichos no sean dignos de crédito porque no describieron físicamente a una persona que ellos conocían previamente.

¹ Sentencia de casación del 11 de octubre de 2001, radicado 16.471.

² Sentencia de Casación del 5 de noviembre del 2008 Magistrado Ponente Augusto J. Ibáñez. Radicado 30305

Ahora bien, estos testigos casi al unisonó relatan que previo a estos hechos ELADIO venia amenazando a JONATHAN, “pasaba por la casa y le echaba la bendición”, clara señal que lo estaba intimidando, y esto lo sabían, no porque precisamente convivían bajo el mismo techo con JONATHAN, conocían de tiempo atrás a ELADIO GONZALEZ CAÑAS, y podían entonces fácilmente enterarse de los problemas entre ellos, lo que implica que las elucubraciones que lanza el señor defensor, sobre una simple animadversión hacia el procesado y que otros móviles distintos podía tener el homicidio y por lo mismo no tener relación alguna con este el aquí acusado, es simplemente un ejercicio de buscar acomodar las versiones de estos testigos para hacer parecer lo que en efecto no ocurrió, pues lo cierto es que todas estas personas sin dubitación alguna y desde el punto en que se encontraban al momento de los hechos informaron lo que vieron y esto fue que la persona que disparaba contra su consanguíneo y que llevaba un casco no era otra que ELADIO a quien ellos conocían de tiempo atrás.

El fallador de primera instancia, expuso pormenorizadamente porque encontraba digno de crédito el dicho de estas personas y la Sala al revisar sus planteamientos no encuentra que los mismos resulten ilógicos o contrarios a lo que en efecto estos testigos informaron cuando declararon en el juicio, por ende, no surge motivo alguno para dudar de que en efecto ellos vieron a ELADIO GONZALEZ CANAS disparar contra su consanguíneo.

El señor togado especula que la muerte de JONATHAN pudo tener relación con sus vínculos con bandas delincuenciales, y que su familia dolida decide culpar de lo ocurrido a ELADIO GONZALEZ, sin embargo no encuentra la Sala que tal afirmación tenga asidero, pues lo que quedó en evidencia es que JONATHAN tenía problemas con ELADIO, y que este pasaba por su casa y le hacía señales amenazantes, como mandarle una bendición, lo que permite

disipar cualquier duda sobre otros motivos del homicidio, y una aparente falsa sindicación a ELADIO GONZALEZ CAÑAS.

Se duele igualmente la defensa, que se desestimaron los testimonios de ELINSE GONZALEZ y la señora JAIDY TATIANA HIGUITA URREGO, padre y excompañera de ELADIO, quienes demuestran que para el momento de los hechos el procesado se encontraba en otro lugar, al respecto como se aprecia al oír sus dichos estos testigos padre biológico y compañera sentimental del procesado lo ubican en otro lugar visto el trabajo en un supermercado de ELINSE, sin embargo como lo resaltó el *a quo*, estos testimonios vistas las horas que señalan ubican a ELADIO en otros lugares pero en momentos diversos al lapso de tiempo próximo en que se presentaron los hechos- esto es las las 19 horas 20 minutos del día 30 de octubre de 2016, por lo que el raciocinio hecho por el fallador de primera instancia resulta lógico al no tener estos testimonios como demostrativos que para el momento del homicida en efecto ELADIO GONZALEZ, se encontraba en otro lugar, y con esto a coartada que pretende fundar la estrategia de la defensa queda sin sustentó probatorio.

En este orden de ideas, no encuentra la Sala que la valoración del acervo probatorio hecha por el Juez de primera instancia resulte indebido y por lo tanto que exista motivo alguno para entrar a revocar la sentencia de primera instancia.

Sentencia discutida y aprobada por medios virtuales.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia emitida el pasado 19 de marzo del 2021 por el JUZGADO SEGUNDO PENAL DEL CIRCUITO DE APARTADO.

SEGUNDO: Ésta decisión se notifica en estrados y contra la misma procede el recurso extraordinario de casación, que deberá interponerse dentro de los 5 días siguientes (artículo 98 ley 1395 de 2010).-

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

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 - Antioquia

Nancy Avila De Miranda

Magistrado Tribunal O Consejo Seccional

Sala 003 Penal

Tribunal Superior De Antioquia - Antioquia

Edilberto Antonio Arenas Correa

Magistrado

Sala 001 Penal

Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

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

Código de verificación:

3cdc9d9dd8d23206ffc6aca1f03e4b0be9d70c1fb990a04cfc61e8b857489549

Documento generado en 20/08/2021 09:25:38 AM

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE ANTIOQUIA

SALA DE DECISIÓN PENAL

Proceso N°: 056153104003202100050 **NI:** 2021-1140-6
Accionante: LILIANA DEL SOCORO GONZÁLEZ TRUJILLO
Accionados: OFICINA DE REGISTROS DE INSTRUMENTOS PÚBLICOS DE
RIONEGRO ANTIOQUIA
Decisión: Confirma
Aprobado Acta N°:138 de agosto 20 del 2021
Sala N°: 6

Magistrado Ponente

Dr. GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME

Medellín, agosto veinte del año dos mil veintiuno

VISTOS

El Juzgado Tercero Penal del Circuito de Rionegro (Antioquia), en providencia del pasado 14 de julio del año 2021, negó el amparo Constitucional invocado por la señora Liliana del Socorro González Trujillo, en contra de la Oficina de Registros de Instrumentos Públicos de Rionegro.

Inconforme con la determinación de primera instancia, la señora Liliana del Socorro González Trujillo, interpuso recurso de apelación, que esta Corporación resolverá como en derecho corresponda.

LA DEMANDA

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

“Sostuvo la accionante que el 18 de julio de 1986 celebró matrimonio con el señor MAURICIO DUQUE RAMIREZ conformándose una sociedad conyugal de bienes y adquiriendo, dentro del matrimonio, varios bienes inmuebles. Posteriormente, mediante escritura pública 364 otorgada el 06 de mayo de 2020 disolvieron y liquidaron la sociedad conyugal, misma que fue aclarada mediante escritura 1255 del 1° de julio de 2020.

Refiere que, el 28 de julio de 2020 la Oficina de registro de instrumentos públicos de La Ceja, realizó en las matrículas inmobiliarias No. 017-13782 y 017-16481 las anotaciones correspondientes a la aclaración y complementación de los títulos de adquisición. Asimismo, la escritura 1255 por medio de la cual se complementaba el título de adquisición de los inmuebles, se ingresó a la OFICINA DE REGISTRO DE INSTRUMENTOS PÚBLICOS DE RIONEGRO, con la finalidad de que la complementación del título de adquisición fuera registrada en los folios de las matrículas inmobiliarias No. 020-199256, 020-199257 y 020-199258, solicitud que fuera radicado bajo el número 2020-7052.

Posteriormente, la OFICINA DE REGISTRO DE INSTRUMENTOS PÚBLICOS DE RIONEGRO devolvió la escritura No. 1255 sin registrar, argumentando “SEÑOR USUARIO SÍRVASE ACLARAR LA ACLARACIÓN, PUES DICE QUE SE ACLARA Y COMPLEMENTA EL TÍTULO EN CUANTO A QUE AL MOMENTO DE ADQUIRIR ERAN CASADOS, Y QUE POR ESCR 364 DE 06 DE MAYO DE 2020 SE LIQUIDÓ LA SOCIEDAD CONYUGAL, POR LO QUE DEBE ADICIONARSE DICHA LIQUIDACIÓN Y NO SOLO LOS TÍTULOS DE ADQUISICIÓN, YA QUE EN ESTE DOCUMENTO DICEN QUE A SU VEZ ADJUDICAN LAS TITULAS EXCLUSIVO DEL BIEN SIN QUE SE LLEVE PARTE AL OTRO Y MEDIANTE ACLARACIÓN NO PROCEDE ADJUDICAR DICHOS BIENES (ART 22 LEY 1579/2012 Y ART 102 DEL DCTO 960/70”.

Frente a esa nota devolutiva interpuso recurso de reposición, en subsidio apelación, donde sustentó que los artículos allí invocados no hacían referencia directa al motivo de inadmisión, incurriendo entonces en una falsa motivación de tal acto administrativo, asimismo adujo en su sustentación que se estaba

desconociendo el principio de uniformidad en las decisiones administrativas, pues no era posible que el mismo acto (escritura 1255) fuera registrado en la OFICINA DE REGISTRO DE INSTRUMENTOS PÚBLICOS DE LA CEJA pero no en la OFICINA DE REGISTRO DE RIONEGRO. Aclaró que, debido a las restricciones de movilidad por la pandemia, el recurso fue interpuesto por fuera de término, por lo cual el mismo fue resuelto desfavorablemente

Posteriormente, en una nueva oportunidad se ingresó la escritura 1255 a la OFICINA DE REGISTRO DE INSTRUMENTOS PÚBLICOS DE RIONEGRO, pero la misma fue devuelta haciéndose alusión ya a una causa distinta a la anterior: “...DEBE ADICIONAR LA ESCRITURA DE LIQUIDACIÓN DE SOCIEDAD CONYUGAL PAGANDO LOS DERECHOS DE REGISTRO Y RENTAS POR LOS ÚLTIMOS TRES INMUEBLES QUE SE OMITIERON EN DICHA LIQUIDACIÓN.”, sin que se citara el fundamento jurídico que sustentara dicha exigencia; por lo que interpuso recurso de reposición en subsidio apelación, indicando que en tal acto se incluía un argumento de inadmisión diferente al inicial, asimismo anexó copia de los derechos notariales, rentas y registro que fueron liquidados por los funcionarios competentes.

Refiere que, teniendo en cuenta que la OFICINA DE REGISTRO motivaba de manera diferente las negativas para registrar la escritura aclaratoria, procedió a presentar un derecho de petición donde se hizo referencia a los argumentos planteados en los recursos interpuestos.

En esa medida acude al Juez Constitucional a fin de que se deje sin efectos la Resolución No. 23, por medio de la cual se rechaza el recurso de reposición interpuesto frente a la nota devolutiva del 3 de febrero de 2021 y, en su lugar, se ordene que se registre al margen de las matrículas No. 020-199256, 020-199257 y 020-199258 la aclaración o complementación del título de adquisición tal y como se encuentra en la escritura pública 1255 del 01 de julio de 2020.”

TRÁMITE Y MATERIAL PROBATORIO RECAUDADO

Admitida la acción de tutela el pasado 30 de junio del año 2021, se ordenó la notificación a la Oficina de Registros de Instrumentos Públicos de Rionegro, en el mismo acto se vinculó a la Notaría 20 de Medellín, informándoles del inicio de la misma para que rindieran las explicaciones frente a los hechos relacionados en el escrito de tutela.

Es así como la Dra. Claudia Dinelly Castrillón registradora de instrumentos públicos de Rionegro (Antioquia), señaló que el 27 de julio de 2020 bajo el radicado 2020-7052 para su inscripción ingresó la escritura pública 1255 del 1 de julio de 2020 otorgada en la Notaria 20 de Medellín, posterior al estudio jurídico el 30 de julio de 2020 se emitió nota devolutiva, por cuanto requería efectuar algunas precisiones. Relató que, conforme a las labores de publicidad, el 28 de agosto de 2020 a la señora Sandra Osorio quien sería la persona autorizada por la accionante para tal gestión, se le notificó y entregó, indicándole a su vez los recursos que procedían frente a la nota devolutiva.

Que el día 14 de septiembre de 2020 se radicó en el área de correspondencia recurso de reposición frente a la nota devolutiva 2020-7052, y por medio de la resolución número 95 del 12 de noviembre de 2020 emitida por la registradora, se rechazó el recurso de reposición por interponerse por fuera del término concedido. También se le indicó que procedía el recursos de queja ante la subdirección de apoyo jurídico registral de la Superintendencia de Industria y Comercio, del cual no hizo uso.

Señaló que el día 15 de enero de 2021 ingresó de nuevo la escritura pública sin subsanar las causales de inadmisión, adjuntando una insistencia de registro, conforme a ello el 3 de febrero de 2021 emitió nota devolutiva bajo el radicado 2021-526, notificada el día 12 de febrero a la persona autorizada por la accionante para dicha labor.

Así mismo, que el 25 de febrero de 2021 se radicó en el área de correspondencia el recurso de reposición contra la nota devolutiva número 2021-526, y por medio de resolución número 23 del 23 de abril de 2021 resuelve rechazar dicho recurso.

Aseveró textualmente lo siguiente: *“no se puede pretermitir el acto de la liquidación de sociedad conyugal sobre los bienes faltantes basados en un acuerdo entre las partes, deben realizar el acto escriturario de la adición a la liquidación de la sociedad conyugal, ya que dicho acuerdo opera entre los bienes que se liquidaron, por lo que se les requiere que se adicione dicha liquidación.”*

Que al proceder a inscribir la escritura se estaría violentado el acto de la liquidación de la sociedad conyugal, pues los inmuebles identificados con los folios de matrícula 020-199256, 020-199257, 020-199258, fueron adquiridos por la demandante encontrándose vigente la sociedad conyugal. Relató que no se puede inscribir en esa oficina toda vez que la escritura de aclaración no es título adquisitivo, y en el caso de que proceder a registrar se estaría omitiendo efectuar la adición a la liquidación de la sociedad conyugal, lo cual violentaría la norma y se estaría incurriendo en un fraude al fisco, por que no se cancelan los derechos de rentas y registro.

Finalmente relata que no se han vulnerado derechos a la demandante toda vez que le indicaron cual era la forma que debía proceder para que esa oficina procediera a registrar la escritura pública 1255 del 1 de julio de 2020 otorgada en la Notaria 20 de Medellín, por lo que considera que no es procedente la petición que eleva la actora, toda vez que esa oficina ha cumplido con cada uno de los requerimientos, además que no se hizo uso del recurso de queja, por lo que no se agotó la vía gubernativa.

La Dra. Sandra Milena Bermúdez Notaría 20 de Medellín, por medio de oficio calendado el día 6 de julio de 2021, manifestó que desconoce los hechos

señalados por la demandante en el escrito de tutela, no conoce los términos en que se adelantó la disolución y liquidación de la sociedad conyugal, es decir la escritura pública 364 del 6 de mayo de 2020 otorgada por la Notaria Única del Retiro.

Que en ese despacho se extendió la escritura pública 1255 del 1 de julio de 2020 contentiva de los siguientes actos: “complementación y aclaración escrituras 1441 del 15 de octubre de 1992 de la Notaria veintiuno (21) de Medellín, 3389 del 19 de septiembre de 2014 de la Notaria veinte (20) de Medellín, y 432 de 17 de febrero de 2020 de la Notaria veinticinco (25) de Medellín.

Que en el proceso de perfeccionamiento están incluidas 4 etapas, recepción, extensión, otorgamiento y autorización, que, llevado a cabo las tres primeras, y una vez los otorgantes manifiesten su asentimiento y cancelen los derechos notariales, el notario deberá proceder autorizar dicho instrumento. Resalta que el notario ejerce una función estrictamente documental y solo es responsable por la regularidad formal de los instrumentos que autoriza, pero no de la veracidad de las declaraciones, y más si no avizora alguna causal de nulidad absoluta contemplada en el decreto 960 de 1970 que son las determinadas en el artículo 1504 del Código Civil.

Finalmente señaló que no se demostró la acción u omisión que denoten vulneración de derechos fundamentales por parte de esa Notaría a la demandante, por lo tanto, solicitó se desvincule de la presente acción de tutela.

LA SENTENCIA IMPUGNADA

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

Señaló que el tema principal de la presente solicitud de amparo es que la señora Liliana del Socorro González pretende el registro de la escritura pública 1255 del 1 de julio de 2020 otorgada por la Notaria 20 de Medellín, la cual ingresó en dos ocasiones a la Oficina de Registros de Instrumentos Públicos de Rionegro, y fueron objeto de notas devolutivas dentro de las cuales se le indicaron y motivaron las causales de inadmisión, frente a ello interpuso recurso de ley los cuales fueron rechazados en dos ocasiones por interponerlos por fuera del término establecido, que pese a tener a su disposición del recurso de queja la accionante no hizo uso de este.

Que las notas devolutivas fueron debidamente motivadas, indicándole en las mismas los requisitos solicitados para que procediera, solicitando subsanar la falencias para así ser registrada, y que no puede usar la acción de tutela para pretender subsanar dichas falencias. Por ello consideró que no encuentra vulneración a derechos fundamentales de la señora Liliana del Socorro González, más cuando las entidades demandadas han demostrado que a la señora se le ha respetado el debido proceso frente a su trámite administrativo, además no agotó la vía gubernativa frente las resoluciones emitidas por la Oficina de Instrumentos Públicos, omitiendo interponer el recurso de queja.

Que según la H. Corte Constitucional no es procedente conceder el amparo constitucional cuando no puede atribuirse actuación desplegada por el accionado que genere amenaza o vulneración a derechos fundamentales, que la parte demandada ha sido respetuosa del debido proceso y ha actuado conforme al estatuto de Registros de Instrumentos Públicos, por lo que declaró la improcedencia de la acción de tutela.

LA APELACIÓN

Inconforme con la determinación de primera instancia, la señora Liliana del Socorro González Trujillo impugnó la misma en los siguientes términos:

Denota su inconformidad en el entendido de que en su sentir se le esta vulnerando el debido proceso, por cuanto la oficina de instrumentos públicos invoca una causal de inadmisión que no contempla la ley, pues cuando se trata de renuncia de gananciales no se requiere inventariar o adjudicar los bienes que ya se encuentra en el patrimonio de los otorgantes.

Que no acudió al recurso de queja por que dicha solicitud la resuelve el Registrador Nacional, que el tiempo para resolverse es de 4 a 5 años, lapso en que sus bienes quedarían en el limbo jurídico, por ello insistió en la acción de tutela para la protección de sus derechos.

Que la Oficina de Registros e Instrumentos Públicos de Rionegro, como causal de inadmisión argumentó dos razones diferentes, la primera de ellas que era necesario inventar y adjudicar los bienes inmuebles y en otra que faltaba cancelar los derechos de renta y registros públicos. Por lo anterior insta se revoque el fallo de primera instancia y se concedan las pretensiones constitucionales invocadas.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Solicitud de amparo

En el caso analizado solicitó la señora Liliana del Socorro González Trujillo, se deje sin efecto la resolución N° 23 emitida por la Oficina de Registros e Instrumentos Públicos de Rionegro (Antioquia), la cual rechazó el recurso de reposición interpuesto frente a la nota devolutiva con radicado 2021-526 del 3 de febrero de 2021 asociado a la escritura pública 1255 de 1 de julio de 2020 de la Notaría 20 de Medellín y en su lugar se ordene el registro de las matrículas inmobiliarias N° 020-199256, 020-199257, y 020-199258 la aclaración o complementación del título de adquisición tal como consta en la escritura pública 1255.

2. Problema jurídico

En el caso *sub examine*, corresponde a la Sala determinar si es procedente por medio de la acción de tutela decretar la nulidad de un acto administrativo el cual negó la interposición de un recurso de reposición frente a una nota devolutiva emitida por la Oficina de Registros e Instrumentos Públicos de Rionegro (Antioquia).

3. Del Caso en Concreto

El artículo 86 de la Constitución de 1991, propuso la acción de tutela como un instrumento de protección de los derechos fundamentales, toda vez que, ante su eventual amenaza o vulneración por las acciones u omisiones de las autoridades o particulares en los casos señalados en la ley, la persona puede acudir a instancias judiciales a fin de propender por su salvaguarda.

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

Ahora bien, se extracta de la petición constitucional que elevó la señora Liliana del Socorro González Trujillo, y es que se deje sin efecto la resolución N° 23 emitida por la Oficina de Registros e Instrumentos Públicos de Rionegro (Antioquia), por medio de la cual se rechazó el recurso de reposición interpuesto en contra de la nota devolutiva 2021-256 del 3 de febrero de 2021, en relación a la escritura pública 1255 del 1 de julio de 2020 otorgada en la Notaria 20 de Medellín.

Por su parte, la Registradora Seccional de Instrumentos Públicos de Rionegro (Antioquia), relató que por medio de la resolución N° 23 del 23 de abril del 2021, rechazó el recurso de reposición frente a la nota devolutiva con radicado 2021-526 por la imposibilidad de revivir los términos legales. Además, que con anterioridad por medio de la resolución N° 95 del 12 de noviembre de 2020 se rechazó igualmente el recurso de reposición interpuesto en contra de la nota devolutiva con radicado 2020-7052, por la misma causal.

Ahora, conforme al tema que nos ocupa la atención y que es lo pretendido por la accionante, respecto a la nulidad de los actos administrativos, la Corte Constitucional ha señalado lo siguiente:

“ACCION DE TUTELA CONTRA ACTO ADMINISTRATIVO¹-Improcedencia general

La jurisprudencia constitucional ha reiterado que, por regla general, la acción de tutela no procede para controvertir la validez ni la legalidad de los actos administrativos, en razón a que, la naturaleza residual y subsidiaria de este mecanismo constitucional impone al ciudadano la carga razonable de acudir previamente, a través de los respectivos medios de control, ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, con el fin de solucionar los conflictos con la Administración y proteger los derechos de las personas.”

Considera la Sala entonces, que no es posible a través de este mecanismo excepcional de la acción de tutela entrar a investigar la validez del mismo, máxime si se demostró que se reservó el derecho a controvertir en caso de estar en desacuerdo, tal como lo hizo la demandante, aun así, lo realizó de manera extemporánea. Aunado a ello, existen otros medios judiciales idóneos para la protección de los derechos fundamentales, como lo es la jurisdicción contenciosa administrativa.

¹ Sentencia T-260/18

En consecuencia, esta Sala considera que razón le asiste al juez de instancia al negar las pretensiones incoadas por la tutelante, por cuanto dar una orden diferente, sería desconocer las reglas y requisitos de cada entidad, entorpecer su desarrollo normal y el autónomo funcionamiento interno.

Por tanto, sería invadir competencias que no le corresponden al Juez Constitucional, recuérdese que este es un mecanismo de protección de derechos Constitucionales fundamentales de orden subsidiario y residual, no apto para entrar a valorar nuevamente situaciones que fueron analizadas en su momento por quien tuvo el deber de hacerlo, o saltar procedimientos internos de la entidad encargada e idónea para el estudio de los mismos.

En consecuencia, no le queda más a esta Sala que CONFIRMAR el fallo de primera instancia proferido por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Rionegro (Antioquia) del día 14 de julio de 2021.

Providencia discutida y aprobada por medios vituales.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR el fallo de tutela proferido el pasado 14 de julio de 2021, por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Rionegro (Antioquia), de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: La notificación de la presente sentencia de tutela, se realizará de acuerdo con el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

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

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Gustavo Adolfo Pinzón Jácome
Magistrado 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 - Antioquia

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

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

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

Código de verificación:

7f08d6b61d93364746d59705c2354251e5e1cab4fc336f520cd0973c343140b3

Documento generado en 20/08/2021 09:25:24 AM

Proceso No: 056076000279201980007 NI: 2021-1135-6

Acusados: MARIA CECILIA DUQUE GARCIA

Delito: Tráfico, Fabricación, o Porte de estupefacientes

Decisión: Confirma

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

Proceso No. 056076000279201980007

NI: 2021-1135-6

Acusados: MARIA CECILIA DUQUE GARCIA

Delito: Tráfico, Fabricación o Porte de estupefacientes

Decisión: Confirma

Aprobado Acta No. 137 de agosto 19 del 2021

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

Medellín, 20 de agosto del año dos mil veintiuno

OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

Resolver el recurso de apelación interpuesto contra el auto emitido el pasado 27 de julio de 2021, por el Juzgado Penal del Circuito de La Ceja, mediante el cual decretó la nulidad de lo actuado a partir de la audiencia de formulación de imputación.

LOS HECHOS

Los hechos materia de esta actuación fueron narrados por el Despacho de Instancia en su providencia de la siguiente manera:

“El 17 de febrero de 2019, siendo las 10:20 horas, en el Centro penitenciario de la Ceja, pretende ingresar la señora MARIA CECILIA DUQUE GARCIA, a la cárcel pero una vez se le realiza el registro es detectada por una canina al parecer por portar estupefacientes, dicha ciudadana entrega de manera voluntaria un contenedor que tenía en sus partes íntimas y que después de realizada la Prueba Preliminar Homologada PIPH, resultó positiva para cannabis en una cantidad de 70.80gr, por lo que se le imputó el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, artículo 376 inc 2 del Código Penal, verbo rector suministrar, en calidad de autoría, en modalidad de tentativa, la responsabilidad fue pre acordada concediendo la marginalidad del art 56 del Código Penal, fijando cómo pena 12 meses de prisión y multa de 1smlmv.”

ACTUACIÓN PROCESAL

Con fundamento en lo antes referido la Fiscalía General de la Nación formula Imputación a la señora MARIA CECILIA DUQUE GARCIA, por el delito de Tráfico, Fabricación o porte de estupefacientes en modalidad de tentativa, siendo presentado el correspondiente escrito de acusación ante el Juzgado Penal del Circuito de La Ceja – Antioquia, el 18 de marzo de 2019, en el cual se hace referencia a que se efectuó con la antes mencionada un preacuerdo, en el cual aceptaba su responsabilidad en los hechos imputados, concediéndose como único beneficio la aplicación de la circunstancia de marginalidad; por ello el 12 de julio de 2019, se verifican los términos del preacuerdo, y se imparte legalidad al mismo, aplazándose la audiencia contemplada en el artículo 447 del Código de Procedimiento Penal, a solicitud de la defensa, por cuanto requiere recolectar elementos materiales probatorios, siendo postergada en varias oportunidades hasta el 27 de julio de 2021, fecha en la cual se decreta la nulidad desde la audiencia de formulación de imputación.

AUTO APELADO

Inicia la Juez de instancia indicando, que el motivo de la diligencia que preside seria para verificación de allanamiento, e individualización de pena y sentencia, pero variara el objeto de la misma, por cuanto evidenció una flagrante vulneración al debido proceso, por lo que procederá a decretar una nulidad.

Refiere que una vez escuchó la imputación y el allanamiento, y de acuerdo a lo establecido en el artículo 457 del C.P.P, considera que existe una vulneración al debido proceso y al principio de legalidad, ello ante la existencia de una calificación jurídica imposible, realizada a la señora MARIA CECILIA DUQUE GARCIA, y por la cual procedió a aceptar cargos.

La Juez Penal del Circuito de La Ceja, antes de decretar la nulidad tal y como lo anuncio al inicio de la diligencia, realiza un recuento pormenorizado de la jurisprudencia que avala al Juez a realizar no

solo un control formal a la imputación y a la acusación, sino como de manera excepcional posibilita realizar un control material a la misma.

Afirma que la nulidad en el presente asunto es previa a la presentación del preacuerdo, y atañe al principio de legalidad, y estricta tipicidad de manera relevante, que posibilitaba de acuerdo a la Jurisprudencia a que el Juez de Control de Garantías efectuara un control de la calificación jurídica en esa instancia procesal, y resalta que ello no se hizo.

Aclara que no realizara control del preacuerdo en lo que respecta a la concesión de la circunstancia de marginalidad, por cuanto para la fecha en de los hechos, y la suscripción del preacuerdo, esto es, el 18 de febrero de 2019, no se tenía una línea jurisprudencial uniforme en materia de preacuerdos, ni se había expedido, la importante sentencia de la Corte Constitucional SU 479 de octubre de 2019, en la que se precisan los requisitos para pre acordar, y conceder la circunstancia de marginalidad, por lo que refiere, que en gracia de discusión para ese momento puede decirse que es procedente realizar el preacuerdo reconociendo dicha circunstancia.

En lo que tiene que ver con la afectación al principio de legalidad, indica que la Corte Suprema de Justicia, ha determinado por regla general la existencia de un control formal del juez a la imputación y a la acusación, y si bien ha sido resistente al control material de la acusación, ha prescrito que ante un error ostensible o un detrimento a garantías fundamentales es procedente, como lo es en este caso, en donde considera hay necesidad de intervención.

Hace alusión a diferentes decisiones de la Corte Suprema de Justicia, como a la Sentencia 47271 de 2016, en la que se dice que el Juez no es un convidado de piedra en la audiencia de imputación, por el contrario que el Juez es el garante de la constitución, en la decisión 48.200 de 2016, se le impone al juez la obligación de vigilar que la Fiscalía cumpla con la carga de establecer que la persona a quien pretende imputar es presunto autor de un delito; en la decisión No. 44599 de 2017, la Corte reclama que los Jueces verifiquen que la Fiscalía establezca el comportamiento concreto desarrollado por el agente, en la 49386 de 2019, el Juez está obligado a constatar el cumplimiento de los presupuestos para la imputación, y acusación.

Con lo anterior, convalida la intervención que de la formulación de imputación realizara, por cuanto evidencia una imposibilidad de adecuación jurídica del delito elegido por la Fiscalía, siendo esta una de las hipótesis avalada por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal, para controlar la calificación jurídica, pues contraviene claramente el principio de legalidad y estricta tipicidad, pues el delito que se le imputó a la procesada y por el cual aceptó los cargos es el de Tráfico, Fabricación o Porte de Estupefacientes, artículo 376 inc 2° del Código Penal, delito de mera conducta, de peligro, de conducta instantánea, situación que no cambia con el verbo rector elegido, en este caso, el verbo de suministro, lo que imposibilita que se cometa en grado de tentativa, pues refiere que la estructura típica de la conducta imputada no permite adecuar tentativa como dispositivo amplificador del tipo, de ello se ha referido por el precedente jurisprudencial de la Corte, quien en sentencia del 9 de febrero de 1994 radicado 8082 y en el radicado 45.178 SP019 de 2015. M.P. José Leónidas Bustos Martínez.

Así las cosas, considera la Juez de primera instancia, que esa aceptación de cargos realizada por la señora MARIA CECILIA DUQUE GARCIA, desconoce los criterios que deben colmarse dentro de los cuales se encuentra el principio de legalidad, cuya sujeción es obligatoria para todos los funcionarios, incluso para la Fiscalía, cuya discrecionalidad es reglada. Por ello, deja sin validez lo actuado desde la audiencia de formulación de imputación inclusive de acuerdo al artículo 457 del Código de Procedimiento Penal.

DE LA SUSTENTACIÓN DE LA APELACIÓN

Inconforme con la decisión adoptada por la Juez *a-quo*, la señora Fiscal interpuso el recurso de apelación, sustentando la misma en los siguientes términos:

Solicita la recurrente al Tribunal Superior de Antioquia proceder a revocar la decisión adoptada por la Juez de instancia de decretar la nulidad de lo actuado desde la audiencia de formulación de imputación, por cuanto no considera que se esté vulnerando ni el principio de legalidad ni de

tipicidad estricta, por cuanto la conducta punible desplegada por la señora MARIA CECILIA DUQUE GARCIA, pasado 17 de febrero de 2019, se encuadra en la de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes en la modalidad de suministro, permitiendo dicho verbo rector la modalidad de tentativa, tal y como sucedió en el presente caso.

Señala que esta misma determinación se ha tomado en muchos otros casos que han estado bajo su dominio, así como en el de otros Fiscales del oriente antioqueño, por cuanto se ha vuelto costumbre al practicarse de manera reiterada.

La Defensa como no recurrente.

Solicita se confirme la decisión adoptada por la Juez Penal del Circuito de La Ceja, que si bien es la sanción más drástica que pueda aplicarse al proceso penal, es la procedente ante la vulneración de principios como el de legalidad y tipicidad estricta, pues es claro que la conducta punible de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes al ser un delito de mera conducta no admite el grado de tentativa.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Conforme lo reglado por el artículo 34 numeral primero de la Ley 906 de 2004, es competente la Sala para conocer el recurso de alzada en tanto es superior funcional del Juzgado Penal del Circuito de La Ceja, despacho que profirió el auto de nulidad dentro del presente proceso, que hoy se recurre por parte de la delegada de la Fiscalía General de la Nación.

Para ello entonces, deberá esta Magistratura verificar si en efecto le era procedente a la Juez Penal del Circuito de La Ceja, realizar ese control material al acto de imputación realizado por la Fiscalía, a la señora MARIA CECILIA DUQUE GARCIA, en calidad de autora del delito de Tráfico, Fabricación o Porte de Estupefacientes en modalidad de tentativa, por

el verbo rector suministrar, y así mismo, determinar si en efecto de dicha conducta punible es predicable la tentativa.

Pero antes de verificar dicha situación, considera pertinente la Sala, transcribir la imputación que realizara la Fiscalía a la señora MARIA CECILIA DUQUE GARCIA, el pasado 18 de febrero de 2021, ante el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de La Ceja – Antioquia, ello con el fin de constatar en qué términos se efectuó la imputación preacordada:

La Fiscalía procede a formular imputación a la señora MARIA CECILIA DUQUE GARCIA, en los siguientes términos:

“La señora MARIA CECILIA DUQUE GARCIA fue capturada en situación de flagrancia en el día de ayer 17 de febrero de 2019, a eso de las 10:20 minutos de la mañana cuando trataba de ingresar a la cárcel de la localidad sustancias prohibidas como es marihuana y voluntariamente después de ser detectada por el canino Fiona, al mando de la Dragoneante Lopera Uribe Yurani Marcela de forma voluntaria entrega un contenedor el cual al parecer en su interior contenía una sustancia estupefaciente que ella misma manifestó ser marihuana, efectivamente en la de investigador de campo, ósea prueba de PIPH, dio un peso neto de 70.8 gramos e indicando prueba preliminar positiva para cannabis y sus derivados.

Esta conducta realizada por la señora MARIA CECILIA DUQUE GARCIA, como se dijo está tipificada en el artículo 376 de nuestro código penal, donde nos dice tráfico fabricación o porte de estupefacientes, y manifiesta el que sin permiso de autoridad competente introduzca así sea en tránsito, en este caso el verbo rector sería suministrar sustancias psicotrópicas, incurrirá ya en el inciso segundo, si la cantidad de droga no excede de 1,000 gramos de marihuana, 200gr de hachís, etc, la pena será de un mínimo de 64 a 108 meses y multa de 2 a 150 smlmv. Pero como esta droga tipo marihuana se trató de ingresar al establecimiento penitenciario y carcelario de la municipalidad estamos hablando de una circunstancia de agravación punitiva, circunstancia contemplada en el artículo 384 de la misma normatividad penal, que nos dice el mínimo prevista en los artículos anteriores, se duplicara en los siguientes casos, primero cuando la conducta se realice: literal D: en centros educacionales, asistenciales, culturales, deportivos, recreativos, vacacionales, cuarteles o ESTABLECIMIENTOS CARCELARIOS, en este caso se trató de ingresar a un establecimiento carcelario, por lo que se habla del tráfico, fabricación o porte de estupefacientes con circunstancia de agravación.

Como nos dice la misma circunstancia de agravación que la pena prevista en los artículos anteriores se duplicara pero en estos casos no se No se podría aplicar ese contenido del artículo, toda vez que fue declarado exequible en forma condicionada en el entendido que en ningún caso podrá ser aplicada una pena que supere el máximo fijado en la ley para cada delito, acá lo estaba superando por lo que debemos iniciar del máximo de la pena del artículo 376 que es de 108 meses que traducidos en años estaríamos hablando de 9 años , entonces como estábamos también diciendo que intento ingresar a la cárcel de la localidad, una sustancia prohibida estaríamos hablando del artículo 27 que está contemplado en nuestro ordenamiento penal que es sobre la tentativa el que iniciare la ejecución de la conducta punible mediante actos idóneos e inequívocamente dirigidos a su consumación y esta no se produjere por circunstancias ajenas a su voluntad incurrirá en pena no menor de la mitad del mínimo ni mayor de las tres cuartas del máximo de la señalada para la conducta punible consumada, si para la pena consumada estaríamos hablando de 108 meses, para la tentativa estaríamos hablando de una rebaja no menor de la mitad, estaríamos hablando de 54 meses, que traducida en años seria 4.5 años con su respectiva multa, el art 376 nos trae una multa de 2 a 150 smlmv pero se duplica conforme al art 384 estaríamos hablando de una multa con un mínimo de 4 a 300 smlmv.

Pero doña MARIA CECILIA, si usted se allana a los cargos, esto es reconoce su ilicitud sobre la imputación que le está haciendo la fiscalía, usted se haría acreedora a una rebaja del 12.5 % de la pena a imponer, seria 54 meses con la rebaja del 12.5 estaríamos hablando de una pena mínimo de 47.2 meses que en traducido en años seria 3.9 años, esta imputación se hace con verbo rector suministrar en calidad de autora a título de dolo, a título de dolo doña MARIA CECILIA, porque usted sabía que ingresar sustancias estupefacientes a un centro penitenciario era un delito, pero sin embargo acepto, quiso hacerlo, y fue capturada en esa situación de flagrancia intentando ingresar esa droga al interior al centro carcelario. Esta sería la imputación que haría la fiscalía.

Pero en el receso que nos dio la juez tuvimos la oportunidad de reunirnos con la defensa, y la señora MARIA CECILIA, la abogada le explicó como era el procedimiento en caso de una imputación preacordada, se le dijo a ella que en caso de condena tendría una pena y lo haría otro juez, la señora MARIA CECILIA

Acepto hacer una imputación preacordada y la fiscalía ofrece como imputación el único beneficio de la marginalidad del artículo 56 de nuestro código penal, articulo 56 que dice el que realice la conducta punible bajo la influencia de profunda situaciones de marginalidad, ignorancia o pobreza extrema en cuanto hayan influido directamente en la ejecución de la conducta punible y no tenga la entidad suficiente para excluir la responsabilidad, incurrirá en pena no mayor de la mitad del máximo Ni menor de la sexta parte del mínimo, de la señalada en la respectiva disposición

Pero en ese receso en que la defensora le explico a la señora MARIA CECILIA, le hizo traslado a la fiscalía de una historia clínica, de la empresa social del estado Metrosalud, de la ciudad de Medellín, en esta historia clínica, que el centro de atención es 11 395 simcaf

Nombre paciente MARIA CECILIA DUQUE GARCIA, cedula 32181187, Historia clínica 32181187

Entidad ALIANZA MEDELLÍN ANTOIQUIA EPS SAS, nivel 1, y la finalidad es la detección de alteraciones del adulto.

Y lo que reposa en toda la historia clínica personal de la señora, nos dice que tiene un tratamiento en el cuello con radioterapia, quimioterapia, braquioterapia, biopsia, colposcopia.

Quiere decir que la señora tiene cáncer y que le están haciendo un tratamiento para ello. Averiguando más sobre el estado de salud de la señora y su núcleo familiar nos dice Es soltera, tiene un hijo que se llama Michel Andrés Moreno,

Tiene 9 años de edad, estudia 4 de primaria en la escuela la manuela,

Es desempleada y vive en el barrio Manrique del municipio de Medellín, por esto la fiscalía decidió

Concederle como único beneficio de la imputación precordada la marginalidad, comenzaría en 108 meses se le rebaja a la mitad por la tentativa quedando en 54 meses y a su vez por la marginalidad se le estaría rebajando la sexta parte dando como resultado 9 meses con su respectiva multa, pero la defensa y la fiscalía va a acordar pena a imponer de 12 meses.

La imputación pre acordada quedaría con el verbo rector suministrar, calidad de autora a título de dolo y como único beneficio concederle la marginalidad con pena mínima a imponer de 12 meses y la respectiva multa sería, que si estamos en 4 salarios mínimos por tentativa se rebaja a 2 salarios mínimos y por la marginalidad se le estaría rebajando 0.33 quedando una multa en 1.66 smlv.”.

Se tiene entonces, que la imputación realizada a la señora DUQUE GARCIA, consistió en el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes en grado de tentativa, y en calidad de autora, siendo entonces el reconocimiento del dispositivo amplificador del tipo – de la tentativa- parte integral de la imputación a la señora MARIA CECILIA, esto es, no fue fruto de reconocimiento a través de la figura del preacuerdo, como si lo fue, la circunstancia de marginalidad, constatándose que en efecto se respetó las reglas preestablecidas para los preacuerdos, artículo 350 del Código Penal, al haberse reconocido únicamente ante la aceptación de responsabilidad un solo beneficio, consistente en esa situación de marginalidad que apareja una rebaja ostensible en el quantum punitivo.

Ahora bien, hecho lo anterior, pasará la Sala a ocuparse del primero de los cuestionamientos arriba referidos, y es el consistente en si es o no procedente de manera excepcional que por parte de los jueces, no solo el de Control de Garantías, sino el Juez de Conocimiento, efectuar un control material a la imputación y a la acusación, cuestionamiento al cual deberá absolverse de manera positiva, puesto que la actual jurisprudencia de nuestro máximo órgano jurisprudencial así lo ha prescrito, y si bien se conoce que ambos son actos de parte, de pleno dominio del ente acusador, quien en cumplimiento de los lineamientos constitucionales prescritos en el artículo 250, ostenta esa calidad de persecución ante la comisión de una conducta punible; la situación que avala dicho control es la ostensible vulneración a garantías fundamentales y procesales, es procedente que la Judicatura realice dicho control.

La Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal, en sentencia SP3329-2020, Radicación N° 52901 del 9 de septiembre de 2020, M.P. Patricia Salazar Cuellar, respecto a este tópico refiere:

“En la sentencia de casación SP2042-2019, jun. 5, rad. 51007, reiterada en la SP5400-2019, dic. 10, rad. 50748, entre otras; se precisaron las siguientes características del acto procesal en mención:

- El «juicio de imputación» corresponde, de manera exclusiva, a la Fiscalía General de la Nación; por ende, no puede ser objeto de control material por los jueces de control de garantías, sin perjuicio de que estos como directores de la audiencia cumplan los siguientes deberes

(i) velar porque la imputación reúna los requisitos formales previstos en el artículo 288 de la Ley 906 de 2004; (ii) evitar que el fiscal realice el “juicio de imputación” en medio de la audiencia; (iii) igualmente, debe intervenir para que no se incluyan los contenidos de los medios de prueba, u otros aspectos ajenos a la diligencia; (iv) evitar debates impertinentes sobre esta actuación de la Fiscalía General de la Nación; (iv) ejercer prioritariamente la dirección temprana de la audiencia, para evitar que su objetivo se distorsione o se generen dilaciones injustificadas; y (v) de esta manera, la diligencia de imputación debe ser esencialmente corta, pues se limita a la identificación de los imputados, la relación sucinta y clara de los hechos jurídicamente relevantes y la información acerca de la posibilidad de allanarse a los cargos, en los términos previstos en la ley. (Negritas fuera del texto original).

- La imputación cumple tres funciones esenciales: (i) garantizar el ejercicio del derecho de defensa, (ii) sentar las bases para el análisis de la detención preventiva y otras medidas cautelares, y (iii) delimitar los cargos para viabilizar el allanamiento a los mismos -o preacuerdos- con respeto de las garantías fundamentales.

En suma, se precisa en esta ocasión, una imputación alternativa -o disyuntiva-, sea en la calificación jurídica o en los hechos que se atribuyen, es violatoria de las formas legales de ese acto y, lo que es más grave, puede afectar gravemente el derecho procesal fundamental de defensa.”

“Sexto. De tiempo atrás, la Sala ha establecido la posibilidad de realizar cierta forma de control material a la acusación, en el ámbito de la calificación jurídica, cuando se trasgrede flagrantemente la legalidad, ello es así, porque a diferencia de la falta de soporte probatorio de la hipótesis de la acusación, que no puede ser advertida por el juez por la elemental razón de que no conoce [ni debe conocer en ese momento- el contenido de las evidencias tenidas en cuenta para el llamamiento a juicio, los errores manifiestos en la calificación jurídica pueden ser fácilmente detectados por el juzgador con solo escuchar la formulación de cargos, bien porque la premisa fáctica claramente no corresponda a las normas elegidas (lo que debe ser ostensible, para que proceda la excepcional intervención judicial), porque las normas invocadas no estén vigentes, etcétera (CSJSP, 5 oct 2016, Rad. 45594; CSJSP, 11 dic 2018, Rad. 52311; entre otras).” PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR Magistrada ponente SP3988-2020 Radicación n° 56505, 14 de octubre de 2020.

(Negrita intencional, por fuera del texto original)

Queda claro entonces, que la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal, desde otrora ha aceptado esta posibilidad de manera excepcional, nótese cómo desde el año 2018, lo viene predicando hasta la actualidad, por lo que era perfectamente válido que por parte de la Juez Penal del Circuito de La Ceja, se realizará dicho control en este caso en concreto de la imputación, pues se evidenció al interior de dicho trámite que la señora MARIA CECILIA DUQUE GARCIA, fue llamada a responder penalmente por una calificación jurídica imposible, pues el tipo penal de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes es un delito de mera conducta, esto es, que se agota en un solo acto.

Concretamente el verbo rector que le fuera imputado a la antes mencionada, era el de suministrar, pues pretendía ingresar sustancia estupefaciente al interior del

Establecimiento Carcelario de La Ceja, y al ser descubierta momentos antes tras el registro efectuado por un canino, no pudo realizarse la acción, pero es claro que de dicha situación no puede deprecarse la circunstancia de tentativa, por la estructura típica del delito imputado, que no modifica el mundo exterior, al no ser de resultado,, además, lo cierto es, que la señora MARIA CECILIA DUQUE GARCIA, si bien no suministró por cuanto no alcanzó a ingresar la sustancia estupefaciente al interior de la Cárcel, si la adquirió de manera ilegal, la portó, la transportó, consumándose la conducta punible, al subsumirse en otro de los verbos rectores que trae el tipo penal,, por lo que no es predicable la tentativa.

Sobre el particular la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal en radicado 31362 del 13 de mayo de 2009, ha expuesto lo siguiente, donde se definieron las conductas punibles relacionadas con la fabricación, tráfico y porte de estupefacientes como delitos de conducta, así:

“(...)

“... Tradicionalmente, se ha entendido que los tipos de resultado son aquellos en los que se exige de manera expresa o tácita que la conducta del sujeto agente produzca cierto efecto en el mundo exterior. Por ejemplo, en el delito de homicidio, no sólo se exige un comportamiento que sea riesgoso para la vida, sino que también se haya ocasionado la muerte de determinada persona. En cambio, los llamados delitos de mera conducta serían los que describen como punible la acción realizada, sin importar que ésta produzca o no consecuencias. Por ejemplo, con el solo hecho de que una persona lleve consigo cinco kilos de cocaína, el legislador entiende que se han afectado los bienes jurídicos que el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes pretende proteger.”

En igual sentido la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal prescribió en concepto¹ respecto a un caso de extradición lo siguiente:

“ Es de concluir, entonces, que acorde con los hechos en que se sustenta la acusación, de conformidad con las previsiones al efecto establecidas en el artículo 493.1 de la Ley 906 de

¹Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, CP-019-2015,5 Radicación No. 45178. M.P. José Leónides Bustos Martínez

2004, se satisface el requisito en mención, pese a que en el cargo dos las autoridades judiciales del Estado requirente califican la conducta como <<Tentativa de distribución internacional de aproximadamente 1.700 kilogramos de cocaína>>, toda vez que, acorde con la jurisprudencia de la Corte Suprema no resulta concebible jurídicamente la realización del delito de <<tentativa de tráfico de estupefacientes>>, pues, según ha sido dicho, <<es evidente que para sacar una sustancia estupefaciente del país es imperativo haberla adquirido, transportado, almacenado, llevado consigo o cualquiera otra de las conductas allí representadas en otros tantos verbos rectores; y en caso de que no se logre culminar el propósito perseguido, de todas maneras habrá responsabilidad por la conducta típica perfeccionada>> (CSJ SP, 9 feb. 1994, Rad. 8082).

Esto por cuanto, aún si se llegase a suponer acertados los criterios político criminales que justifican la posibilidad de sancionar todo el proceso que involucra la producción, transporte, comercialización y distribución de estupefacientes, si se valora la conducta desde una perspectiva social y jurídica, ha de concluirse que ni la financiación, ni la fabricación, ni el transporte, ni la exportación, ni la importación, ni el almacenamiento, ni la conservación, ni el ofrecimiento, ni la distribución de sustancias estupefacientes, subsisten independientemente de la posesión de estas mismas sustancias, así la tenencia no sea de índole material, pues es claro que en tales circunstancias, aquellas actividades aluden a conceptos jurídicos que deben ser sometidos a valoración, los cuales no necesariamente coinciden con los fenómenos fácticos que los sentidos perciben.

Así las cosas, siendo entonces, en las particulares circunstancias del caso, la tentativa de exportación de sustancias estupefacientes, un delito de imposible materialización de manera independiente de las demás acciones realizadoras del tipo, y que en el contexto de la facticidad corresponde al de concierto para traficar sustancias estupefacientes, la Corte observa conveniente hacer la aclaración correspondiente, ya que el principio de doble incriminación se verifica frente a los hechos en que se funda la solicitud de extradición conforme lo dispone el artículo 493.1 del Código de Procedimiento Penal, y no frente a la calificación jurídica de la conducta efectuada por las autoridades extranjeras.”

Así las cosas, dando aplicación la Sala a la postura antes referida, encuentra acertada la decisión adoptada por la Juez Penal del Circuito de La Ceja, de decretar la nulidad de la imputación realizada a la señora MARIA CECILIA DUQUE GARCIA, en procura de salvaguardar los derechos al debido proceso, principio de legalidad, y estricta tipicidad, pues como ya se dijo, el delito imputado no permite endilgar el dispositivo amplificador del tipo de la tentativa, configurando ello una imputación imposible, haciendo procedente ante

la afectación sustancial del proceso la aplicación de la sanción más drástica posible, que a su vez, es la única adecuada como medida correctiva del defecto de fondo que contiene el proceso de marras y que le compete al Juez en su rol de director del proceso, garante de la constitución y la ley.

En consecuencia, se confirmará el auto de primera instancia proferida por el Juzgado Penal del Circuito de La Ceja, Antioquia, el pasado 27 de julio del 2021. Providencia discutida y aprobada por medios virtuales.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR el auto proferido por el Juzgado Penal del Circuito de La Ceja, Antioquia, el pasado 27 de julio del 2021, en la que se decretó la nulidad de la imputación realizada a la señora MARIA CECILIA DUQUE GARCIA, por el delito de Tráfico, fabricación o porte de estupefaciente en modalidad de tentativa, conforme a lo señalado en la parte motiva de esta decisión

SEGUNDO: Contra lo aquí resuelto no procede recurso alguno.

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

Gustavo Adolfo Pinzón Jácome

Proceso No: 056076000279201980007 NI: 2021-1135-6

Acusados: MARIA CECILIA DUQUE GARCIA

Delito: Tráfico, Fabricación, o Porte de estupefacientes

Decisión: Confirma

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 - Antioquia

Proceso No: 056076000279201980007 NI: 2021-1135-6

Acusados: MARIA CECILIA DUQUE GARCIA

Delito: Tráfico, Fabricación, o Porte de estupefacientes

Decisión: Confirma

Nancy Avila De Miranda

Magistrado Tribunal O Consejo Seccional

Sala 003 Penal

Tribunal Superior De Antioquia - Antioquia

Edilberto Antonio Arenas Correa

Magistrado

Sala 001 Penal

Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

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

Código de verificación:

93bbec3b3cf8bb40c006dff233ba56fd17f430644c808d94d5b84b6e97b92a84

Documento generado en 20/08/2021 09:25:49 AM

TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA

SALA DE DECISIÓN PENAL

Medellín, doce (12) de agosto dos mil veintiuno (2021)

Proyecto discutido y aprobado en sesión de la fecha, Acta 100

PROCESO: 05 376 60 00339 2020 00175 (2021 0987)
DELITOS: TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES
FABRICACIÓN, TRÁFICO, PORTE O TENENCIA DE ARMAS
DE FUEGO, ACCESORIOS, PARTES O MUNICIONES
ACUSADOS: JOHAN SEBASTIAN RÍOS VÉLEZ
DAVID ANDRÉS CARDONA ARCILA
KEWIN ANDRÉS OSORIO SÁNCHEZ
MILENA DÁVILA NARVÁEZ
PROVIDENCIA: DECISIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA

La Sala procede a resolver lo pertinente frente al recurso de apelación interpuesto por el defensor de KEWIN ANDRÉS OSORIO SÁNCHEZ y MILENA DÁVILA NARVÁEZ y por los procesados DAVID ANDRÉS CARDONA ARCILA y JOHAN SEBASTIAN RÍOS VÉLEZ, en contra de la sentencia proferida el 23 de abril de 2021, por el Juzgado Penal del Circuito de La Ceja (Antioquia), mediante la cual CONDENÓ a los señores JOHAN SEBASTIÁN RÍOS VÉLEZ, DAVID ANDRÉS CARDONA ARCILA, KEWIN ANDRÉS OSORIO SÁNCHEZ y MILENA DÁVILA NARVÁEZ, por hallarlos responsables de los delitos de TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES y FABRICACIÓN, TRÁFICO, PORTE O TENENCIA DE ARMAS DE FUEGO, ACCESORIOS, PARTES O MUNICIONES.

ANTECEDENTES

Se dice en las diligencias que mediante solicitud de allanamiento y registro efectuada por la Policía Judicial SIJIN, el día 03-06-2020, la Fiscalía impartió orden para el efecto al inmueble de la CARRERA 14 A No. 6 A – 67 Barrio La Aldea del Municipio de la Ceja.

En cumplimiento a la orden, el día 04 de junio de 2020, siendo las 05.25 horas, la policía judicial llegó al inmueble de la CARRERA 14 A No. 6 A – 67 Barrio La Aldea del Municipio de la Ceja y procedieron a identificar a los moradores: DAVID ANDRÉS CARDONA ARCILA, KEWIN ANDRÉS OSORIO SÁNCHEZ, JOHAN SEBASTIAN RÍOS VÉLEZ y MILENA DÁVILA NARVÁEZ.

Luego registraron el inmueble obteniéndose como resultado la incautación de:

- Tres armas de fuego tipo revolver calibre 38.
- Dos bolsas plásticas con sustancia vegetal con características similares a la marihuana.
- Tres grameras digitales
- Tres teléfonos celulares
- Un encendedor en forma de granada.
- Una bolsa plástica color negro con cigarrillos y pequeñas bolsas plásticas con sustancia vegetal con características similares a la marihuana.
- Un bolso pequeño que contiene gran cantidad de bolsas plásticas pequeñas con cierre hermético.

De la prueba preliminar de laboratorio a las sustancias incautadas se tuvieron los siguientes resultados: cada una de las bolsas con sustancia vegetal dieron POSITIVO PARA MARIHUANA Y SUS DERIVADOS en peso neto de 491.6 gramos, cada una. A la bolsa color negro con sustancia vegetal con 11 bolsas plásticas POSITIVO PARA MARIHUANA Y SUS DERIVADOS en peso neto de 89.6 gramos.

Así mismo respecto de las armas, se estableció que eran aptas para producir disparo.

Por los anteriores hechos, el día 04 de junio de 2020 ante el Juez Primero Promiscuo Municipal de La Ceja (Antioquia) fueron celebradas las audiencias de legalización de allanamiento y registro, legalización de captura, formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento. En esa misma audiencia, las partes celebraron un preacuerdo, en el cual por la aceptación de cargos la Fiscalía reconocía como único beneficio, tipificar las ilicitudes en el grado de complicidad.

Es necesario precisar para efectos de resolver el recurso que la Fiscalía inicialmente hizo la imputación a los arriba mencionados por los delitos de TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES y FABRICACIÓN, TRÁFICO, PORTE O TENENCIA DE ARMAS DE FUEGO, ACCESORIOS, PARTES O MUNICIONES. Especificó que estos comportamientos se adecuan a lo dispuesto en lo dispuesto en los artículos 365 del Código Penal, verbo rector portar o tener en un lugar las armas de defensa personal, y artículo 376 inciso 3º ídem, verbo rector conservar y en cantidad de

marihuana que superó los mil gramos. Igualmente, señaló que conforme al informe obtenido inicialmente en el inmueble registrado se encontraban cuatro personas dedicadas al tráfico de estupefacientes, lideradas por el señor Johan Sebastián Ríos Vélez. Que al lugar llevaban la droga en grandes cantidades, en bolas, y allí se dosificaba. También indicó que conforme a los elementos hallados se podía inferir que el estupefaciente incautado se tenía allí para presuntamente ser distribuido, que obviamente no era para el consumo personal, pues ninguno de los capturados manifestó ser consumidor y además hay circunstancias adicionales que lo hacen inferir, como el haber encontrado las grameras, los teléfonos y las bolsas, todo lo cual corrobora la información que se tenía.

Debe advertirse, que la Fiscalía señaló que había un preacuerdo, por el cual ante la aceptación de cargos reconocería la complicidad. Explicó la pena que se aplicaría en caso de un juicio normal y la rebaja por una aceptación de cargos sin el preacuerdo, para hacer ver que la rebaja que ofrecía si aceptaban la imputación preacordada resultaba más beneficiosa, pues se partiría de una pena de 54 meses de prisión.

El Juez de control de garantías en vista de la existencia de un preacuerdo, también les explicó que la pena partiría de un mínimo de 54 meses de prisión y además se les advirtió que la pena tendría que pagarse en un centro de reclusión. Es necesario señalar que de lo ocurrido en las audiencias preliminares puede verse claramente que los procesados tenían claro que el cumplimiento de la pena era intramural, aunque la Fiscalía pidiera como medida de aseguramiento la detención domiciliaria, pues ésta tendría vigencia hasta la decisión que tomara el Juez de conocimiento, sin perjuicio de otras solicitudes que se hicieran ante él.

El proceso pasó al Juzgado Penal del Circuito de La Ceja (Antioquia) en donde el 7 de septiembre de 2020 el Juez verificó el preacuerdo y pasó a celebrar la audiencia consagrada en el artículo 447 del Código de Procedimiento Penal. En esa diligencia, la Fiscalía señaló que se partía del mínimo de 54 meses de prisión y que pedía se incrementara por el concurso en 12 meses más conforme lo reglado en el artículo 31 del Código Penal. También explicó que existía prohibición para el otorgamiento de sustitutos penales, porque se imputó el delito de tráfico de estupefacientes, conforme con lo reglado en el artículo 68 A. Además, informó que el señor Johan Sebastián reportaba antecedentes por sentencias emitidas en su contra por el mismo delito de tráfico de estupefacientes, un a del 20 de junio de 2017 y otra del 11 de diciembre de 2015. También que tenía información sobre la continuación de la actividad delictiva, por dicho procesado.

En la misma audiencia, los defensores de los procesados, aunque conscientes de la prohibición de otorgamiento de sustitutos penales, solicitaron al juez la prisión domiciliaria. Unos alegando y presentando elementos materiales probatorios sobre la calidad de padres cabeza de familia de familia u otro pidiendo al Juez una interpretación de la prohibición en el sentido de señalar que como el verbo rector imputado en caso de estupefacientes fue el de conservar y no el de venta o distribución, tal conducta no estaba contenida en la prohibición del artículo 68 A del Código Penal.

LA DECISIÓN OBJETO DE ALZADA

Para lo que interesa a efectos de resolver la alzada, el A quo aceptó la petición de la fiscalía en el sentido de imponer la pena por el delito

base en el mínimo, esto es, de 54 meses de prisión y por el delito en concurso incrementó 12 meses de prisión, para un total de 66 meses de prisión. La multa fue tasada en 62 SMLMV. Igualmente, negó los sustitutos penales por prohibición expresa contenida en el artículo 68 A del Código Penal. También negó la prisión domiciliaria por padres cabeza de familia que pidieron los defensores de los procesados.

Aceptó la solicitud de la Fiscalía teniendo en cuenta que encontró proporcional esa cifra partiendo de la base que la pena del delito de estupefacientes es de 48 meses. Habló también de la cantidad de la sustancia, más de un kilo, y las circunstancias de modo y lugar en que ocurrieron los hechos.

Con relación a la suspensión condicional de la ejecución de la pena hizo ver que no se cumple con el requisito objetivo, porque la pena supera los cuatro años de prisión.

Con relación a la prisión domiciliaria, señaló que existe prohibición en el artículo 68 A.

No obstante, analizó las peticiones de los defensores. Una referida a la interpretación del artículo que contiene la prohibición, pues la defensa cree que por no haberse imputado venta sino conservación de estupefacientes, la norma no puede aplicarse. La otra con relación a la calidad de padres cabeza de familia de los procesados.

Frente a la primera, expresó que la sustancia se encontró a raíz de indagaciones de las autoridades, informaciones de ciudadanos y otras fuentes, con lo que se tenía que en esa residencia podrían estar expendiendo sustancias estupefacientes. Eso fue lo que motivó el

registro y allanamiento. Y efectivamente encontraron dentro de la residencia una cantidad de sustancia estupefaciente. Del contexto se puede inferir sin duda que esa sustancia se conservaba con fines y propósito de venta. Ello lo llevó a concluir que el comportamiento se puede considerar como tráfico de estupefacientes para efectos de interpretar la prohibición del artículo 68 A.

En cuanto a la prisión domiciliaria por la calidad de madre o padre cabeza de familia, explicó que no basta con que una persona alegue ser padre o madre de familia, pues de los elementos materiales probatorios debe evidenciarse que el menor o incapacitado está única y exclusivamente bajo la protección del ciudadano privado de la libertad, de tal suerte que puede ocurrir un abandono absoluto, una desprotección absoluta, porque no hay nadie más para suplir la ausencias de la persona privada de la libertad.

Analizó cada uno de los casos y encontró que no aportaron elementos que permitieran tenerlos como padre o madre cabeza de familia.

LA IMPUGNACIÓN

1. El señor defensor de KEWIN ANDRÉS OSORIO SÁNCHEZ y MILENA DÁVILA NARVÁEZ, inconforme con la decisión, interpuso y sustentó el recurso de apelación:

Afirma que a sus defendidos en ningún momento les hicieron algún señalamiento como personas peligrosas para vivir en comunidad o que pudieran recaer en la comisión de las conductas punibles que se

les señalaron; ni siquiera remotamente se adujo ello, todo lo contrario, se ventiló en las audiencias del afán que tienen estos muchachos de trabajar y estudiar.

Aduce que la aceptación de cargos o allanamiento se hizo con el fin de lograr la coadyuvancia de la fiscalía en el sentido de que estos muchachos permanecieran en sus domicilios, (los cuatro), así se hizo saber inclusive una vez finalizada la audiencia de fallo. En lo que respecta a Milena Dávila Bravo, considera una lesión también muy gravosa como quiera que el señor Juez Primero Promiscuo Municipal de La Ceja con función de garantías, le concedió permiso para continuar sus estudios en el SENA y en cuanto a Kewin Andrés Osorio, es líder y trabaja en una asociación como director de proyectos; es tecnólogo de empresas agropecuarias y debe responder por una copiosa familia en su condición de hermano mayor e hijo de madre soltera.

Señala que a todos se les dio un trato igual sin tener en cuenta que solamente sus prohijados carecen de antecedentes y de ello es conocedor el Ad quo y la Fiscalía General de La Nación.

Explica que los defensores en este asunto coincidieron en solicitarle al señor Juez, bajo la impecable premisa de la duda a favor del reo, que tuviera en cuenta considerar esa duda al momento de tasar la pena, como quiera que **NO QUEDÓ DEMOSTRADO QUE LA MARIHUANA QUE LES INCAUTARON TUVIERA COMO FINALIDAD LA DISTRIBUCIÓN, EL TRÁFICO O LA VENTA**, pues la fuente que denunció no afirmó que en la residencia donde moraban los condenados estuvieran vendiendo droga; eso no quedó demostrado en el proceso, por lo que considera que la calificación punitiva que

hace el Ad quo está fundada en una sospecha que luego, sin mayores explicaciones, da el calificativo de prejuicio con valor de verdad.

Dice que esa mera apreciación subjetiva también pone en entredicho el principio constitucional de inocencia, tan defendido por las normas de la República, sobre todo, cuando exige que los fundamentos para condenar una persona deben estar cimentados en hechos tan claros que vayan más allá de la duda y en el caso de los cuatro ciudadanos que aceptaron cargos, ninguno dijo, ni así se lo exigió la fiscalía, que la marihuana tenía como destino el tráfico o la venta. Quedó preacordado con la fiscalía LA TENENCIA o CONSERVACIÓN; sin embargo, el señor juez, desconoce en este sentido el preacuerdo y termina prejuzgando una conducta bajo el imperio de la sospecha, con el agravante que por tal apreciación prejuiciosa, se termina por tomar una decisión mucho más drástica que la esperada en virtud del preacuerdo con la Fiscalía.

Hace ver que:

- Sus prohijados carecen de antecedentes penales, comoquiera que la conducta en la que se vieron inmersos fue de un comportamiento ingenuo, falta de previsión y obviamente por eso deben de pagar una sanción. Su reproche se basa en que el Ad quo no tenía la facultad sospechar que la marihuana tenía como finalidad el tráfico y la venta, lo que no se aceptó ni se probó, ni se dijo, ni fue objeto de debate.

- La sabia discrecionalidad del juez, es en su apreciación objetiva y filosófica, una bendición de la razón, precisamente por lo que objeta como asidero conclusivo que te tenga la mera sospecha como plena

prueba, sobre todo, cuando de ello luego devenga la aplicación de una sanción mayor.

- En virtud de esa aceptación de cargos, la Fiscalía General de La Nación imputó cargos por TENENCIA, sin embargo, nada dijo de que por la tenencia de las armas les iban a sumar doce (12) meses. Cuando lo cierto es que se ha vuelto práctica en los preacuerdos con la fiscalía, que por la pena accesoria se sume uno o dos meses, en lo que también coincidieron en pedir la bancada de abogados al señor Juez,

- El Ad quo no se ocupó en analizar los documentos idóneos con los cuales los abogados procuraron soportar y justificar la prisión domiciliaria.

Insiste en que el Ad quo presumió que la marihuana que tenían los condenados era para la venta y ese juicio de valor lo llevó a sancionar muy drásticamente unas conductas dignas de otros tratamientos, entre ellos, una pena más rebajada o la prisión domiciliaria, como quiera que sus prohijados carecen de antecedentes.

En conclusión pide se morigere la tasación punitiva, porque lo que sobrepasó de los mil gramos de marihuana fue mínimo (pide aplicar el inciso segundo del artículo 376 C.P.), bajo la modalidad de tenencia y no de venta, y que en virtud de la ausencia de antecedentes de sus defendidos y la documentación aportada que justifica la situación social y familiar de Kewin Andrés Osorio Sánchez y Milena Dávila Narváez, ciudadanos que trabajan y estudian para ayudar a sus familias en la precaria situación económica que padecen, se reconsidere la posibilidad constitucional de continuar descontando la

pena en su lugar de domicilio, donde tendrán posibilidad más adelante de procurarse la autorización para trabajar y seguir estudiando, tal como lo está haciendo Milena Dávila Narváez. Que en relación con su defendida MILENA DÀVILA NARVAÉZ se reconsidere aplicarle la rebaja de una cuarta parte, en virtud del inciso final del artículo 30 del Código Penal por haberlos calificado como “partícipes”.

2. El señor David Andrés Cardona Arcila, inconforme con la decisión interpuso y sustentó el recurso de apelación.

Dice que el allanamiento en el lugar donde residía y en el cual residían 3 personas más, se hizo efectivo por una sórdida denuncia de una fuente humana la cual no dio testimonio con pruebas fehacientes sino simplemente por un rumor, y tampoco fue muy claro en decir quiénes de los que estaban viviendo en esa residencia estaban involucrados en esta situación.

En el domicilio fueron encontradas dos armas de fuego y la cantidad de 1072,2 gramos de marihuana y las personas que residían en la vivienda eran JOHAN SEBASTIAN RIOS VÉLEZ, KEWIN ANDRÉS OSORIO SÁNCHEZ, MILENA DAVILA NARVÁEZ Y DAVID ANDRÉS CARDONA ARCILA.

Afirma que él residía en la vivienda en condición de inquilino, en una habitación arrendada, por la cual pagaba 450.000 pesos mensuales. En su calidad de inquilino no tenía conocimiento de lo que había en este lugar, y no compartía mucho tiempo con el resto de los habitantes de la vivienda, ya que debía estudiar.

Solicita se tenga en cuenta que su captura fue producto de estar en el lugar y momento equivocado. O por lo menos que pueda cumplir la sentencia en prisión domiciliaria con una rebaja de pena, porque su familia depende económicamente de él.

3. Por su parte, el señor Johan Sebastián Ríos Vélez, quien también interpuso el recurso de apelación, afirma que colaboró con la justicia dando información con el fin de no tener una pena más alta de 48 meses, acuerdo al que llegó con la Fiscalía. La operación de la fiscalía fue exitosa y él anda amenazado y con dos atentados. Apela porque considera sus derechos vulnerados, pues el acuerdo no se dio.

CONSIDERACIONES

Los problemas jurídicos planteados en esta oportunidad a la Sala se reducen a verificar la dosificación de la pena y si los procesados reúnen o no las exigencias para el otorgamiento de la prisión domiciliaria.

Lo anterior, porque las glosas que se hace sobre la responsabilidad de los procesados, el contenido del acuerdo, y la finalidad de distribución en el delito de tráfico de estupefacientes que les fuera enrostrado, desborda la legitimación para recurrir, toda vez que estamos en presencia de un preacuerdo y como arriba se expresó, sus términos fueron claramente expuestos en las audiencias preliminares. Igualmente, allí se dejó claro por qué se infería la finalidad de distribución del estupefaciente encontrado en la diligencia de registro y allanamiento. Se analizaron los elementos materiales probatorios que cumplían con el mínimo exigido por la ley. Y después de ello los

procesados decidieron aceptar los cargos. No hay razón, entonces, para discutir los términos del preacuerdo.

Los señores David Andrés Cardona Arcila y Johan Sebastián Ríos Vélez pretenden con el recurso de apelación retractarse de la aceptación de cargos. El primero desconociendo que por el preacuerdo libremente celebrado, aceptó su responsabilidad en los hechos, y mostrándose ahora como ajeno a las ilicitudes que se le enrostraron en las audiencias preliminares cuando estuvo debidamente asesorado por su abogado defensor y los Jueces pudieron verificar que emitió libremente su consentimiento. El segundo manifiesta ahora que los términos del preacuerdo no fue lo que le informaron en la audiencia preliminar, diligencia en la cual manifestó que entendió los cargos y las consecuencias de aceptar su responsabilidad. Allí nunca se habló de colaboración con la justicia y tampoco se pactó pena alguna.

Con lo visto en las audiencias preliminares, quedó claro que no se pactó la pena, sólo se mencionó que se partiría del mínimo de 54 meses y que la pena se cumpliría intramuros a pesar de pedirse por el momento, mientras llegaba el caso al juez de conocimiento, la medida de aseguramiento de detención domiciliaria. Lo anterior, porque los defensores iban a realizar solicitudes al juez de conocimiento. Y efectivamente en la audiencia de individualización de pena, tanto la Fiscalía como los defensores se pronunciaron sobre la posible pena a imponer y bajo diferentes argumentos pidieron la prisión domiciliaria, sin desconocer la prohibición del artículo 68 A del Código Penal.

En cuanto a la dosificación de la pena, ninguno de los recurrentes atina a elaborar una crítica clara sobre el incremento que pidió la

Fiscalía por el concurso de hechos punibles y que fue acogida por el Juez. Es evidente que el preacuerdo implicó una rebaja de pena muy sustancial (incluso inmerecida) y la suma del incremento respetó las reglas del artículo 31 del Código Penal, siendo claramente proporcional a los montos de las penas de los delitos en concurso y realmente bajo.

En cuanto a no tener en cuenta la prohibición del artículo 68 A por tratarse del verbo rector de conservar y no de venta, realmente el argumento no tiene consistencia alguna, pues de un lado al momento de presentarse el preacuerdo, la Fiscalía fue muy clara en que la finalidad de los procesados era la distribución y que existían elementos materiales probatorios que así lo indicaban. Sin bien se habló de presunción, es evidente que tal palabra se utilizó por el estado del proceso, esto es, la actuación apenas comenzaba y se estaba realizando la imputación. Por otra parte, si no estuviera clara la finalidad de distribución del estupefaciente, incluso no habría tipicidad de la conducta y el preacuerdo en esos términos sería ilegal. Pero tal situación no se presenta, ya que hay claridad en la finalidad de distribución.

Ahora, los verbos rectores de llevar consigo, conservar, almacenar etc. no han sido eliminados del tipo penal y frente a ellos también opera la prohibición contenida en el artículo 68 A del Código Penal, pues allí se refiere a: “delitos relacionados con el tráfico de estupefacientes y otras infracciones”, que corresponde a las infracciones previstas en el Título XIII Capítulo Segundo del Código Penal. Ello se desprende también de la jurisprudencia de la Honorable Corte Suprema de Justicia. La Alta Corporación ha dejado claro que en delitos de estupefacientes en

los cuales se imputa el verbo rector de llevar consigo, también procede la prohibición por lo comentado.

Por ejemplo, en decisión del 30 de septiembre de 2015 radicado 44174, M.P. Dr. Eugenio Fernández Carlier, en donde la fiscalía imputó el delito en la modalidad de llevar consigo, según el artículo 376 inciso segundo de la ley 599 de 2000, la Honorable Corte dijo:

“A su turno, en el momento en que se profirieron las sentencias de primero y segundo grado (30 de abril y 21 de mayo de 2014), los requisitos para acceder al comentado beneficio eran —y son aún— los previstos en el artículo 23 de la Ley 1709 de 2014 con el que se introdujo al Código Penal el artículo 38 B, precepto según el cual la prisión domiciliaria puede otorgarse respecto de conductas punibles por las que se emita condena, siempre que la pena mínima legal prevista sea igual o menor a ocho (8) años de prisión y que, entre otras exigencias, no “se trate de uno de los delitos incluidos en el inciso 2º del artículo 68 A de la Ley 599 de 2000”, entre los cuales ciertamente figuran los “relacionados con el tráfico de estupefacientes y otras infracciones”.

Por lo tanto, es incontrovertible que, conforme al texto expreso de la ley, en una u otra reglamentación, el subrogado de la prisión domiciliaria está vedado para el aquí condenado”.

(...)

“Con posterioridad el legislador, con base en su facultad de libre configuración y con sujeción a políticas criminales para enfrentar de manera más severa comportamientos delictivos de alto impacto social, estimó que la anterior prohibición no era suficiente, e incluyó determinadas conductas punibles frente a las cuales a pesar de que el sujeto activo no tuviera antecedentes penales, respecto de estas tampoco resultaría procedente alguno de los beneficios o subrogados en cuestión, y con esa finalidad fueron expedidas las sucedáneas modificaciones hechas al comentado precepto mediante los artículos 28 de la Ley 1453 de 2011, 13 de la Ley 1474 de 2011 y, finalmente, 32 de la Ley 1709 de 2014, comportamientos entre los que se halla, como lo indicaron las instancias, el de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes.”

En decisión del 13 de abril de 2016, radicado 44718, M.P. Dr. Eugenio Fernández Carlier, en caso también en donde la Fiscalía imputo cargos en la modalidad de “llevar consigo”, al cual se allanó el indiciado, se dijo:

“Mediante el artículo 23 de la Ley 1709 de 2004, se introdujo a la Ley 599 de 2000, el artículo 38 B, el cual prevé cuáles son los presupuestos o requisitos para conceder la prisión domiciliaria, entre ellos: i) que la condena se imponga *“por una conducta punible cuya pena mínima prevista en la ley sea de ocho (8) años de prisión o menos”*, y ii) *“Que no se trate de uno de los delitos incluidos en el inciso 2º del artículo 68 A de la Ley 599 de 2000”*.

“Justamente sobre esta última condición las instancias también encontraron que no estaba satisfecha, ya que por expreso mandato de la última norma aludida, modificada por el artículo 32 de la Ley 1709 de 2004, el subrogado de la prisión domiciliaria no puede ser concedido para quienes sean condenados, entre otros delitos, por aquéllos *“relacionados con el tráfico de estupefacientes y otras infracciones”*, y el aquí sentenciado lo fue por una hipótesis delictiva perteneciente a ese género.”

(...)

“Sin embargo, el legislador con base en su facultad de libre configuración y con sujeción a políticas criminales para enfrentar de manera más severa comportamientos delictivos de alto impacto social, estimó con posterioridad que la anterior prohibición no era suficiente, e incluyó determinadas conductas punibles frente a las cuales a pesar de que el sujeto activo no tuviera antecedentes penales, respecto de éstas tampoco resultaría procedente alguno de los beneficios o subrogados en cuestión, y con esa finalidad fueron expedidas las sucedáneas modificaciones hechas al comentado precepto mediante los artículos 28 de la Ley 1453 de 2011, 13 de la Ley 1474 de 2011 y, finalmente, 32 de la Ley 1709 de 2014, comportamientos entre los que se incluyó con la última reforma *“los relacionados con tráfico, fabricación o porte de estupefacientes y otras infracciones”* (es decir, los previstos en el Capítulo Segundo, del Título XII, Libro Segundo del Código Penal).”

Por último, en cuanto a la calidad de padres cabeza de familia, el A quo revisó los elementos materiales probatorios presentados en la audiencia de individualización de pena y sentencia por los defensores de los procesados y concluyó que no pudo demostrarse que los acusados tuvieran la calidad de padres cabeza de familia. Si bien no se refirió a cada uno de los documentos presentados, sí señaló que no bastaba con tener una familia, ni ser personas que aportaban a las necesidades del grupo familiar o que tuvieran hijos, sino que debía demostrarse que ante la detención, personas menores de edad o

discapacitadas que estuvieran a su cargo quedaban en total desprotección y abandono, lo cual no percibió de los elementos materiales probatorios arrimados. La Sala comparte esa apreciación. Por ejemplo, la propia madre del Kewin Andrés (señora Gloria Sánchez) en entrevista presentada, es clara en afirmar que Kewin ya no vivía con ellos, se fue del hogar materno a formar otra familia, y ahora el procesado pretende hacerse tener como padre cabeza de familia al cuidado de su madre y sus dos hermanos. La señora Gloria es una persona que no tiene impedimento alguno para trabajar y velar por sus dos hijos menores como siempre lo ha hecho con todos sus hijos.

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
Sala 001 Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

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

Guerthy Acevedo Romero
Magistrada
Sala 004 Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

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

Código de verificación:

578a70ffc3922ec648a094a92215a4223a59bf576f2bdc14ca4d22a3d5e44bf0

Documento generado en 13/08/2021 12:18:02 PM



TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA PENAL DE DECISIÓN

Medellín, veinte (20) de agosto dos mil veintiuno

Magistrado Ponente
RENÉ MOLINA CÁRDENAS

Aprobado en Acta N° 103 del 9 de agosto de 2021

Proceso	Penal
Instancia	Segunda
Apelante	Defensa
Tema	Sustentación de la apelación
Radicado	05-893-40-89-001-2019-00198-00 N.I.2021-0529-5
Decisión	Declara improcedente recurso por indebida sustentación.

ACTUACIÓN PROCESAL

El Juzgado Promiscuo Municipal de Yondó - Antioquia, mediante sentencia del 19 de febrero de 2021, condenó a FRANLEI YEPES VALENCIA por el delito de Violencia intrafamiliar con concurso

homogéneo a la pena siete (7) años de prisión. Negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria.

Inconforme con la decisión, la defensa interpuso apelación, y procedió a sustentarlo de forma escrita.

Sería del caso resolver la apelación de no ser porque no existe objeto para decidir, dada su indebida sustentación. La afirmación de la Sala se soporta en las siguientes consideraciones:

La recurrente limitó su intervención en afirmar que: “el motivo mi disenso es el no reconocimiento de que la fiscalía no logró superar la duda razonable, pues con las pruebas que se practicaron en juicio solo se ratificó que la violencia que denunció la señora LUZ ANGELICA RABELO ALVEAR, no existieron de la manera como los narró, que evidentemente sí había desavenencias en esa relación, estas no se pueden elevar a la categoría de violencia intrafamiliar. Pues como repito, en una violencia domestica no es la mujer quien se profesionaliza, no es la mujer la que labora en empresas que proporcionan buenos salarios, no es la mujer la que dispone del dinero que devenga.” Seguidamente afirma que el condenado es un excelente padre de familia que dedica gran parte de su tiempo al cuidado de su menor hijo. Luego agrega que: “Los únicos testigos que declararon supuestamente a favor de la denunciante, que son su cuñado y su hermana, no dan fe de ninguna violencia, solo se limitan a referir lo que ella les cuenta, mas no han percibido nada, pese a la cercanía con ese hogar.”

A partir de lo expuesto, el defensor al parecer pretende que el Tribunal desentrañe el fundamento de su impugnación, ya que no cumple con el deber que le asiste de exponer, de manera clara y específica, cuáles son las incorrecciones en que pudo incurrir el Juez de primera instancia y que determinaron la decisión de condena.

En otras palabras, corresponde al impugnante, más aún si se trata de una argumentación proveniente de un sujeto con formación profesional, señalar las falencias de la sentencia que llevaron a una condena apartada de los criterios legales.

Nótese que la sentencia expuso las razones de credibilidad a cada testigo y la razón por la que le resultó suficiente para soportar en ellos la condena.

Sin embargo, la recurrente sorprende con una "tesis alternativa", pero sin determinar cuál fue el error al momento de evaluar los testimonios. De tal manera que no es suficiente hacer referencia abstracta a que la fiscalía no logró superar la duda razonable.

Las determinaciones del fallo objetado son claras, la declaratoria de responsabilidad, y la negación de los subrogados, sobre los cuales ninguna petición en concreto elevó. Sobre la pena impuesta se limita a solicitar se imponga el mínimo sin razonar sobre las premisas ofrecidas en la sentencia para determinarla.

De tal manera que ningún argumento adecuado aportó el apelante para que el Tribunal pueda abordar un análisis del soporte probatorio y la pena propuesto por el Juez.

Al respecto el artículo 92 de la Ley 1395 de 2010, consagra expresamente:

"Artículo 179 A. Cuando no se sustente el recurso de apelación se declarará desierto, mediante providencia contra el cual procede el recurso de reposición"

Y sobre la debida sustentación la Corte Suprema de Justicia en Sala Penal ha indicado:

“La forma como está concebido el recurso, en el marco de una justicia rogada, de partes, regido por los principios de igualdad de armas y de imparcialidad, **se impone la necesidad de motivar y sustentar las peticiones que se formulen a los jueces**, y entre tales peticiones, los recursos¹, **de otra forma ello implicaría que los jueces debieran examinar todo de manera oficiosa**, extralimitando así una competencia, que para el caso de la que deriva de la apelación, debe circunscribirse a lo que es materia del disenso. (...).

...no basta la mera sustentación o defensa de una posición, sino que esa sustentación debe ser la debida, la adecuada, la apropiada al caso. Esto lleva a concluir que **no es suficiente la mera exposición de argumentos que tiendan a defender una determinada postura**, sino que es preciso que esa argumentación esté orientada a **controvertir de manera seria** la decisión impugnada, señalando las razones del disenso, **destacando cuáles pueden ser las falencias de la providencia y de qué manera tal decisión no resulta acertada y acorde con el ordenamiento**, todo ello siempre sin perder de vista el substrato fáctico sobre el cual se realiza el debate. La sustentación debe señalar con claridad qué es lo que se pretende.”¹

En una más reciente decisión, donde abordó el trámite que debe impartirse al recurso de apelación cuando es indebidamente sustentado, la Corte recalcó:

“El recurso de apelación impone a la parte impugnante la carga argumentativa de demostrar el yerro en que incurrió el juzgador en la decisión recurrida, labor en la cual le es exigible que haga manifiestos los argumentos de hecho y de derecho por los cuales estima errada la postura del funcionario de primera instancia.

Por ello, ha dicho invariablemente la Sala, con el propósito de sustentar en debida forma el recurso no basta con manifestar de manera abstracta la inconformidad con el fallo o insistir en los argumentos

¹ CSJ SP, Radicado 38287 del 29 de marzo de 2012, M.P. Fernando Alberto Castro Caballero.

expuestos en etapas previas de la actuación. Por el contrario, se requiere atacar los fundamentos de la providencia recurrida, pues solo de esta manera es posible para la segunda instancia abordar el ejercicio dialéctico respecto de su acierto y legalidad.

Por ende, si el apelante incumple la carga de sustentar en debida forma el recurso, el superior carece de competencia para pronunciarse sobre la decisión censurada, la cual está lógica y jurídicamente limitada a las razones de inconformidad del impugnante y a los asuntos inescindiblemente ligados a aquéllas.”²

Así, con base en la referencia legal y la jurisprudencia citada, y de conformidad con lo expuesto, no puede ser otra la decisión que declarar improcedente el recurso por indebida sustentación. Contra esta decisión no proceden recursos.³

En consecuencia, **EL TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA**, en Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR IMPROCEDENTE el recurso de apelación interpuesto por la defensa de FRANLEI YEPES VALENCIA en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Promiscuo Municipal de Yondó - Antioquia por indebida sustentación.

SEGUNDO: Contra esta decisión no procede recursos legales.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

² CSJ SP, Radicado 50560 del 2 de agosto de 2017, M.P. Luis Antonio Hernández Barbosa.

³ CSJ SP, Radicado 50560 del 2 de agosto de 2017, M.P. Luis Antonio Hernández Barbosa.

RENÉ MOLINA CÁRDENAS

Magistrado

GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME

Magistrado

EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA

Magistrado

Firmado Por:

Rene Molina Cardenas

Magistrado

Sala 005 Penal

Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Edilberto Antonio Arenas Correa

Magistrado

Sala 001 Penal

Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Gustavo Adolfo Pinzon Jacome

Magistrado Tribunal O Consejo Seccional

Sala 007 Penal

Tribunal Superior De Antioquia - Antioquia

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

Código de verificación:

**38a96e631364f412d1b8fdc75f837355dab941a52b2212f2b9c0b6de804a
a300**

Documento generado en 09/08/2021 01:03:42 PM

TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA

SALA DE DECISIÓN PENAL

Medellín, doce (12) de agosto dos mil veintiuno (2021)

Proyecto discutido y aprobado en sesión de la fecha, Acta 100

PROCESO: 05 440 60 00288 2020 00087 (2021 0835)
DELITO: HURTO CALIFICADO Y AGRAVADO
ACUSADO: YENDER DE JESÚS MONAGA GONZÁLEZ
PROVIDENCIA: DECISIÓN 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 14 de abril de 2021, por el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Marinilla (Antioquia), mediante la cual CONDENÓ al señor YENDER DE JESÚS MONAGA GONZÁLEZ por encontrarlo responsable del delito de HURTO CALIFICADO Y AGRAVADO.

ANTECEDENTES

Se dice en las diligencias que el día 19 de noviembre de 2020 a eso de las 9:30 horas, en la calle 22 con la carrera 30 de la zona urbana del municipio de Marinilla (Antioquia), fue capturado el señor YENDER DE JESÚS MONAGA GONZÁLEZ, minutos después de haber despojado al señor HUGO ALBERTO VÁSQUEZ ZULUGA, en compañía de otra persona de sexo masculino, mediante el empleo de una pistola tipo deportiva que simula arma de fuego, de su celular marca SAMSUNG, estimado en la suma de \$750.000.00 pesos.

Por estos hechos, el 20 de noviembre de 2020, ante el Juez 2º Promiscuo Municipal de Marinilla se celebraron las audiencias de

legalización de captura e imposición de medida de aseguramiento. En dicha diligencia la Fiscalía hizo el traslado del escrito de acusación.

El proceso pasó al Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Marinilla y el procesado decidió aceptar los cargos endilgados.

LA DECISIÓN OBJETO DE ALZADA

Para lo que interesa a efectos de resolver la alzada, el A quo impuso el mínimo de la pena (144 meses de prisión). Por la aceptación de cargos reconoció una rebaja equivalente a la mitad de la sanción, dejando claro que no era necesario la aplicación de lo reglado en el artículo 349 de la ley 906 de 2004, toda vez que el celular hurtado fue recuperado el mismo día de la ocurrencia del delito.

Igualmente, dio aplicación al artículo 268 del código Penal por el valor del objeto hurtado. Así en últimas, la pena fue establecida en 36 meses de prisión.

En cuanto a la solicitud del señor defensor en el sentido de rebajar la pena por reparación, ya que le consignaron a la víctima la suma de cien mil pesos, la señora Juez señaló que no se cumplía con el presupuesto de ley, porque no se tenía constancia del monto exigido por la víctima por concepto de reparación integral de perjuicios ocasionados con el injusto y tampoco se tenía la manifestación del ofendido respecto a que se entiende indemnizado con los cien mil pesos que fueron consignados a su nombre en la empresa GANA.

Por expresa prohibición legal, negó los sustitutos penales.

LA IMPUGNACIÓN

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

Resalta que el punto de disenso tiene que ver con la aplicación de la rebaja de pena consagrada en el artículo 269 del Código Penal.

Aduce que el monto de la indemnización se pactó y pagó de manera coordinada con el señor fiscal y la víctima, aunque hubo imposibilidad de la víctima de ratificar dicho pago en la audiencia de individualización de la pena y sentencia.

Hace ver que se hizo difícil y se prolongó hasta último momento la forma consensuada como se pactaron los perjuicios, ya que su defendido se trata de un ciudadano extranjero de nacionalidad venezolana, quien se encuentra en situación o condición irregular, sin arraigo y privado de la libertad en Colombia y sólo se pudo contar con la participación y solidaridad de sus conciudadanos venezolanos apenas el día 12, para contribuir a pagar los perjuicios a la víctima y procurar una rebaja adicional de pena. Esos pormenores se le plantearon al señor Fiscal, quien hizo contacto telefónico con la víctima y accedió a recibir 100 mil pesos ese mismo día, acotando que el dinero debía depositarse en GANA.

Dice que obra en la carpeta el recibo de traslado de fondos a través de GANA. Dicho valor se giró en favor de la víctima, en cuyo recibo se relaciona el nombre y número de cédula de ciudadanía de quien hace el traslado de dinero, quien es su beneficiario y la fecha de la transacción.

El mismo día 12 de abril de 2021 se le informa al señor fiscal del traslado del valor acordado con la víctima como pago de perjuicios. De tal hecho da cuenta el señor Fiscal del caso al referirlo en la audiencia de individualización de la pena.

Considera que la constatación del pago de los perjuicios a la víctima se deriva de las manifestaciones conjuntas realizadas en la respectiva audiencia por la Fiscalía y la Defensa, donde se detalla las circunstancias de cómo se acordaron los perjuicios y la forma de pago. En consecuencia, solicita se otorgue la rebaja de pena por reparación.

CONSIDERACIONES

El problema jurídico planteado en esta oportunidad a la Sala se contrae en determinar si quedó o no establecido que la víctima valoró los perjuicios y aceptó el pago que el procesado le hiciera a través de la empresa GANA y así obtener la rebaja de pena por reparación.

Sobre el tema de la reparación la Honorable Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, en decisión del 8 de julio de 2020, Radicado 50659, M.P. Dra Patricia Salazar Cuéllar ha señalado:

2. La rebaja prevista en el artículo 269 del Código Penal

El artículo 269 del Código Penal establece un mecanismo post delictual de reducción de pena para los delitos contra el patrimonio económico en los que el sujeto activo **repare** integralmente al perjudicado con la conducta, antes de dictarse la sentencia de primera o única instancia.

La concesión de la rebaja prevista en la citada norma requiere los siguientes elementos: (i) que ocurra antes de dictarse sentencia de primera o única instancia; (ii) la restitución del objeto material del delito, cuando ello sea posible, o en su defecto, la cancelación del valor del mismo, y que (iii) sea integral, lo cual comporta la obligación de indemnizar los perjuicios causados.

Esta última exigencia, tiene dicho la Corte, está gobernada por los principios y normas del derecho privado, por lo tanto, podrá entenderse satisfecha con la celebración de un acuerdo entre víctima y victimario, evento en el cual el arreglo surge vinculante para el juzgador, o en caso contrario, deberá determinarse a través de los diferentes medios probatorios:

«Si se busca acudir al mecanismo de reducción de pena dispuesto en el artículo 269 de la Ley 599 de 2000, lo adecuado es que la presentación de la prueba que demuestra la reparación efectiva del daño, suceda en curso de la diligencia dispuesta en el artículo 447 de esa normatividad, encaminada precisamente a regular la individualización de la pena, uno de cuyos factores incidentes, para los delitos cometidos contra el patrimonio económico, lo es la indemnización de perjuicios, entendida como hecho post delictual que ninguna incidencia tiene en la delimitación de los mínimos y máximos de dosificación, contrario a lo expuesto por el defensor en la demanda de casación.

(...)

Eso sí, como la norma obliga a que la reparación opere “antes de dictarse sentencia de primera o única instancia”, en tratándose de anuncio de sentido de fallo absolutorio, como quiera que no existe ese espacio para presentar solicitudes encaminadas a la fijación de la pena, por obvias razones, es facultad de la parte interesada, durante todo el término procesal previo a la emisión del fallo de primer grado, relacionar el cumplimiento de ese requisito material, para que cumpla con sus efectos.

Dentro de este espectro temporal y formal amplio, para la Sala es obvio que si la parte presentó elementos de juicio suficientes para demostrar esa reparación integral en curso de las audiencias preliminares y el punto fue auscultado suficientemente por el funcionario judicial, permitiendo la correspondiente corroboración y

controversia, perfectamente lo sucedido en la diligencia o aportado por fuera de audiencia, puede constituir soporte suficiente para que el fallador de cualquier instancia estime probado el tópico a efectos de conceder la rebaja.

Aspectos como los referidos a quién, qué y para qué se presentaron las pruebas de la reparación, necesariamente han de ser analizados por el juez a efectos de definir si se demostró o no la indemnización integral de perjuicios garantizando la contradicción, dado que, pese a lo sostenido de consuno por la defensa y la Procuradora judicial, no es la efectiva satisfacción de uno de los derechos fundamentales de las víctimas, un asunto simple que apenas demande de la formalidad de un escrito, si de justicia material se trata.

En efecto, como atinadamente lo sostuvo el señor Fiscal en la audiencia de alegaciones orales, la reparación integral demanda probar suficientemente, porque así expresamente lo consagra el artículo 269 de la Ley 599 de 2000, que “el responsable restituyere el objeto material del delito o su valor, e indemnizare los perjuicios ocasionados al ofendido o perjudicado”.

Cuando menos, entonces, esos elementos de juicio aportados deben cubrir tan básicas exigencias, esto es, permitir desentrañar que no solo se restituyó el objeto material del delito –cuando pudo haberse desplazado su tenencia o se trató de un bien fungible el entregado u obtenido por ocasión del ilícito-, sino que se indemnizaron los perjuicios de todo orden anejos al delito.

Y ello no es asunto menor o deleznable, pues, en juego están no solo las legítimas expectativas de la víctima que, ya se sabe, deben ser garantizadas por la justicia en un plano material y no apenas formal, sino el beneficio –o derecho, como prefiere llamarlo la Procuradora-, que con largueza instituye el artículo 269 tantas veces citado, cuya filosofía estriba precisamente en que se minimice el efecto de la ilicitud, con el consecuente espíritu contrito que faculta acceder a una sustancial rebaja punitiva.

Precisamente, la prueba que se presente debe ser suficiente para determinar el porcentaje de rebaja de pena –la norma establece un baremo que oscila entre la mitad y las tres cuartas partes- que no corresponde al arbitrio del funcionario judicial, sino a las características de la reparación y lo que ellas informen en torno del tipo de daño y su cabal reparación. (CSJ SP, 19 Jun. 2013, Rad. 39719).

De manera que le corresponde al juez verificar las reales condiciones en las que se presenta la reparación integral, con miras a que los derechos de las víctimas no queden expósitos y a la par se le otorgue al procesado una rebaja inmerecida. Con tal fin el juez puede acudir a cualquier medio probatorio obrante en la actuación,

sin que pueda exigirse para su reconocimiento la manifestación de la víctima sobre su aceptación de lo ofrecido por el acusado.

La jurisprudencia mencionada destaca que la indemnización está gobernada por las normas del derecho privado y, por tanto, podrá entenderse satisfecha con la celebración de un acuerdo entre víctima y victimario. Y si bien no puede exigirse que la víctima concurra a manifestar la aceptación de lo pagado, sí es indispensable que se presenten elementos de juicio suficientes para demostrar que efectivamente hubo la indemnización. Elementos que permitan al juez verificar las reales condiciones en que se presentó la reparación integral, por cualquier medio probatorio.

En el presente caso, salta a la vista que esas condiciones no están presentes, pues no hay ningún elemento de prueba que indique que efectivamente entre la víctima y el victimario se presentó un acuerdo con respecto a la indemnización y si el acuerdo consistió o no en la suma de cien mil pesos pagados a través de la empresa GANA.

No es cierto que en la audiencia de individualización de pena a la Juez se le haya manifestado la forma y condiciones del acuerdo, más bien se dio a entender que no lograron la comunicación con la víctima. Y el Fiscal simplemente al minuto 14:30 de la audiencia del 13 de abril de 2021 dijo: “tengo conocimiento incluso de que hizo una reparación a la víctima”. Pero no explicó cómo se llegó a esa indemnización. Nada dijo sobre la comunicación con la víctima y si ella de alguna manera había expresado su voluntad de llegar a un acuerdo. Por tanto, las simples manifestaciones del defensor no son suficientes para considerar que la reparación integral ocurrió.

En consecuencia, le asistió razón a la juez cuando no dio aplicación al artículo 269 del Código Penal y se confirmará, entonces, la decisión impugnada.

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
Sala 001 Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia**

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

Guerthy Acevedo Romero
Magistrada
Sala 004 Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

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

Código de verificación:

a124a5310b84540a1770d5cdd7f3a94cbb37553a6fb6cc056730f9414
b84618b

Documento generado en 13/08/2021 12:18:15 PM

TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA

SALA DE DECISIÓN PENAL

Medellín, doce (12) de agosto dos mil veintiuno (2021)

Proyecto discutido y aprobado en sesión de la fecha, Acta 100

PROCESO: 05 376 60 00339 2020 00175 (2021 0987)
DELITOS: TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES
FABRICACIÓN, TRÁFICO, PORTE O TENENCIA DE ARMAS
DE FUEGO, ACCESORIOS, PARTES O MUNICIONES
ACUSADOS: JOHAN SEBASTIAN RÍOS VÉLEZ
DAVID ANDRÉS CARDONA ARCILA
KEWIN ANDRÉS OSORIO SÁNCHEZ
MILENA DÁVILA NARVÁEZ
PROVIDENCIA: DECISIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA

La Sala procede a resolver lo pertinente frente al recurso de apelación interpuesto por el defensor de KEWIN ANDRÉS OSORIO SÁNCHEZ y MILENA DÁVILA NARVÁEZ y por los procesados DAVID ANDRÉS CARDONA ARCILA y JOHAN SEBASTIAN RÍOS VÉLEZ, en contra de la sentencia proferida el 23 de abril de 2021, por el Juzgado Penal del Circuito de La Ceja (Antioquia), mediante la cual CONDENÓ a los señores JOHAN SEBASTIÁN RÍOS VÉLEZ, DAVID ANDRÉS CARDONA ARCILA, KEWIN ANDRÉS OSORIO SÁNCHEZ y MILENA DÁVILA NARVÁEZ, por hallarlos responsables de los delitos de TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES y FABRICACIÓN, TRÁFICO, PORTE O TENENCIA DE ARMAS DE FUEGO, ACCESORIOS, PARTES O MUNICIONES.

ANTECEDENTES

Se dice en las diligencias que mediante solicitud de allanamiento y registro efectuada por la Policía Judicial SIJIN, el día 03-06-2020, la Fiscalía impartió orden para el efecto al inmueble de la CARRERA 14 A No. 6 A – 67 Barrio La Aldea del Municipio de la Ceja.

En cumplimiento a la orden, el día 04 de junio de 2020, siendo las 05.25 horas, la policía judicial llegó al inmueble de la CARRERA 14 A No. 6 A – 67 Barrio La Aldea del Municipio de la Ceja y procedieron a identificar a los moradores: DAVID ANDRÉS CARDONA ARCILA, KEWIN ANDRÉS OSORIO SÁNCHEZ, JOHAN SEBASTIAN RÍOS VÉLEZ y MILENA DÁVILA NARVÁEZ.

Luego registraron el inmueble obteniéndose como resultado la incautación de:

- Tres armas de fuego tipo revolver calibre 38.
- Dos bolsas plásticas con sustancia vegetal con características similares a la marihuana.
- Tres grameras digitales
- Tres teléfonos celulares
- Un encendedor en forma de granada.
- Una bolsa plástica color negro con cigarrillos y pequeñas bolsas plásticas con sustancia vegetal con características similares a la marihuana.
- Un bolso pequeño que contiene gran cantidad de bolsas plásticas pequeñas con cierre hermético.

De la prueba preliminar de laboratorio a las sustancias incautadas se tuvieron los siguientes resultados: cada una de las bolsas con sustancia vegetal dieron POSITIVO PARA MARIHUANA Y SUS DERIVADOS en peso neto de 491.6 gramos, cada una. A la bolsa color negro con sustancia vegetal con 11 bolsas plásticas POSITIVO PARA MARIHUANA Y SUS DERIVADOS en peso neto de 89.6 gramos.

Así mismo respecto de las armas, se estableció que eran aptas para producir disparo.

Por los anteriores hechos, el día 04 de junio de 2020 ante el Juez Primero Promiscuo Municipal de La Ceja (Antioquia) fueron celebradas las audiencias de legalización de allanamiento y registro, legalización de captura, formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento. En esa misma audiencia, las partes celebraron un preacuerdo, en el cual por la aceptación de cargos la Fiscalía reconocía como único beneficio, tipificar las ilicitudes en el grado de complicidad.

Es necesario precisar para efectos de resolver el recurso que la Fiscalía inicialmente hizo la imputación a los arriba mencionados por los delitos de TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES y FABRICACIÓN, TRÁFICO, PORTE O TENENCIA DE ARMAS DE FUEGO, ACCESORIOS, PARTES O MUNICIONES. Especificó que estos comportamientos se adecuan a lo dispuesto en lo dispuesto en los artículos 365 del Código Penal, verbo rector portar o tener en un lugar las armas de defensa personal, y artículo 376 inciso 3º ídem, verbo rector conservar y en cantidad de

marihuana que superó los mil gramos. Igualmente, señaló que conforme al informe obtenido inicialmente en el inmueble registrado se encontraban cuatro personas dedicadas al tráfico de estupefacientes, lideradas por el señor Johan Sebastián Ríos Vélez. Que al lugar llevaban la droga en grandes cantidades, en bolas, y allí se dosificaba. También indicó que conforme a los elementos hallados se podía inferir que el estupefaciente incautado se tenía allí para presuntamente ser distribuido, que obviamente no era para el consumo personal, pues ninguno de los capturados manifestó ser consumidor y además hay circunstancias adicionales que lo hacen inferir, como el haber encontrado las grameras, los teléfonos y las bolsas, todo lo cual corrobora la información que se tenía.

Debe advertirse, que la Fiscalía señaló que había un preacuerdo, por el cual ante la aceptación de cargos reconocería la complicidad. Explicó la pena que se aplicaría en caso de un juicio normal y la rebaja por una aceptación de cargos sin el preacuerdo, para hacer ver que la rebaja que ofrecía si aceptaban la imputación preacordada resultaba más beneficiosa, pues se partiría de una pena de 54 meses de prisión.

El Juez de control de garantías en vista de la existencia de un preacuerdo, también les explicó que la pena partiría de un mínimo de 54 meses de prisión y además se les advirtió que la pena tendría que pagarse en un centro de reclusión. Es necesario señalar que de lo ocurrido en las audiencias preliminares puede verse claramente que los procesados tenían claro que el cumplimiento de la pena era intramural, aunque la Fiscalía pidiera como medida de aseguramiento la detención domiciliaria, pues ésta tendría vigencia hasta la decisión que tomara el Juez de conocimiento, sin perjuicio de otras solicitudes que se hicieran ante él.

El proceso pasó al Juzgado Penal del Circuito de La Ceja (Antioquia) en donde el 7 de septiembre de 2020 el Juez verificó el preacuerdo y pasó a celebrar la audiencia consagrada en el artículo 447 del Código de Procedimiento Penal. En esa diligencia, la Fiscalía señaló que se partía del mínimo de 54 meses de prisión y que pedía se incrementara por el concurso en 12 meses más conforme lo reglado en el artículo 31 del Código Penal. También explicó que existía prohibición para el otorgamiento de sustitutos penales, porque se imputó el delito de tráfico de estupefacientes, conforme con lo reglado en el artículo 68 A. Además, informó que el señor Johan Sebastián reportaba antecedentes por sentencias emitidas en su contra por el mismo delito de tráfico de estupefacientes, un a del 20 de junio de 2017 y otra del 11 de diciembre de 2015. También que tenía información sobre la continuación de la actividad delictiva, por dicho procesado.

En la misma audiencia, los defensores de los procesados, aunque conscientes de la prohibición de otorgamiento de sustitutos penales, solicitaron al juez la prisión domiciliaria. Unos alegando y presentando elementos materiales probatorios sobre la calidad de padres cabeza de familia de familia u otro pidiendo al Juez una interpretación de la prohibición en el sentido de señalar que como el verbo rector imputado en caso de estupefacientes fue el de conservar y no el de venta o distribución, tal conducta no estaba contenida en la prohibición del artículo 68 A del Código Penal.

LA DECISIÓN OBJETO DE ALZADA

Para lo que interesa a efectos de resolver la alzada, el A quo aceptó la petición de la fiscalía en el sentido de imponer la pena por el delito

base en el mínimo, esto es, de 54 meses de prisión y por el delito en concurso incrementó 12 meses de prisión, para un total de 66 meses de prisión. La multa fue tasada en 62 SMLMV. Igualmente, negó los sustitutos penales por prohibición expresa contenida en el artículo 68 A del Código Penal. También negó la prisión domiciliaria por padres cabeza de familia que pidieron los defensores de los procesados.

Aceptó la solicitud de la Fiscalía teniendo en cuenta que encontró proporcional esa cifra partiendo de la base que la pena del delito de estupefacientes es de 48 meses. Habló también de la cantidad de la sustancia, más de un kilo, y las circunstancias de modo y lugar en que ocurrieron los hechos.

Con relación a la suspensión condicional de la ejecución de la pena hizo ver que no se cumple con el requisito objetivo, porque la pena supera los cuatro años de prisión.

Con relación a la prisión domiciliaria, señaló que existe prohibición en el artículo 68 A.

No obstante, analizó las peticiones de los defensores. Una referida a la interpretación del artículo que contiene la prohibición, pues la defensa cree que por no haberse imputado venta sino conservación de estupefacientes, la norma no puede aplicarse. La otra con relación a la calidad de padres cabeza de familia de los procesados.

Frente a la primera, expresó que la sustancia se encontró a raíz de indagaciones de las autoridades, informaciones de ciudadanos y otras fuentes, con lo que se tenía que en esa residencia podrían estar expendiendo sustancias estupefacientes. Eso fue lo que motivó el

registro y allanamiento. Y efectivamente encontraron dentro de la residencia una cantidad de sustancia estupefaciente. Del contexto se puede inferir sin duda que esa sustancia se conservaba con fines y propósito de venta. Ello lo llevó a concluir que el comportamiento se puede considerar como tráfico de estupefacientes para efectos de interpretar la prohibición del artículo 68 A.

En cuanto a la prisión domiciliaria por la calidad de madre o padre cabeza de familia, explicó que no basta con que una persona alegue ser padre o madre de familia, pues de los elementos materiales probatorios debe evidenciarse que el menor o incapacitado está única y exclusivamente bajo la protección del ciudadano privado de la libertad, de tal suerte que puede ocurrir un abandono absoluto, una desprotección absoluta, porque no hay nadie más para suplir la ausencias de la persona privada de la libertad.

Analizó cada uno de los casos y encontró que no aportaron elementos que permitieran tenerlos como padre o madre cabeza de familia.

LA IMPUGNACIÓN

1. El señor defensor de KEWIN ANDRÉS OSORIO SÁNCHEZ y MILENA DÁVILA NARVÁEZ, inconforme con la decisión, interpuso y sustentó el recurso de apelación:

Afirma que a sus defendidos en ningún momento les hicieron algún señalamiento como personas peligrosas para vivir en comunidad o que pudieran recaer en la comisión de las conductas punibles que se

les señalaron; ni siquiera remotamente se adujo ello, todo lo contrario, se ventiló en las audiencias del afán que tienen estos muchachos de trabajar y estudiar.

Aduce que la aceptación de cargos o allanamiento se hizo con el fin de lograr la coadyuvancia de la fiscalía en el sentido de que estos muchachos permanecieran en sus domicilios, (los cuatro), así se hizo saber inclusive una vez finalizada la audiencia de fallo. En lo que respecta a Milena Dávila Bravo, considera una lesión también muy gravosa como quiera que el señor Juez Primero Promiscuo Municipal de La Ceja con función de garantías, le concedió permiso para continuar sus estudios en el SENA y en cuanto a Kewin Andrés Osorio, es líder y trabaja en una asociación como director de proyectos; es tecnólogo de empresas agropecuarias y debe responder por una copiosa familia en su condición de hermano mayor e hijo de madre soltera.

Señala que a todos se les dio un trato igual sin tener en cuenta que solamente sus prohijados carecen de antecedentes y de ello es conecedor el Ad quo y la Fiscalía General de La Nación.

Explica que los defensores en este asunto coincidieron en solicitarle al señor Juez, bajo la impecable premisa de la duda a favor del reo, que tuviera en cuenta considerar esa duda al momento de tasar la pena, como quiera que **NO QUEDÓ DEMOSTRADO QUE LA MARIHUANA QUE LES INCAUTARON TUVIERA COMO FINALIDAD LA DISTRIBUCIÓN, EL TRÁFICO O LA VENTA**, pues la fuente que denunció no afirmó que en la residencia donde moraban los condenados estuvieran vendiendo droga; eso no quedó demostrado en el proceso, por lo que considera que la calificación punitiva que

hace el Ad quo está fundada en una sospecha que luego, sin mayores explicaciones, da el calificativo de prejuicio con valor de verdad.

Dice que esa mera apreciación subjetiva también pone en entredicho el principio constitucional de inocencia, tan defendido por las normas de la República, sobre todo, cuando exige que los fundamentos para condenar una persona deben estar cimentados en hechos tan claros que vayan más allá de la duda y en el caso de los cuatro ciudadanos que aceptaron cargos, ninguno dijo, ni así se lo exigió la fiscalía, que la marihuana tenía como destino el tráfico o la venta. Quedó preacordado con la fiscalía LA TENENCIA o CONSERVACIÓN; sin embargo, el señor juez, desconoce en este sentido el preacuerdo y termina prejuzgando una conducta bajo el imperio de la sospecha, con el agravante que por tal apreciación prejuiciosa, se termina por tomar una decisión mucho más drástica que la esperada en virtud del preacuerdo con la Fiscalía.

Hace ver que:

- Sus prohijados carecen de antecedentes penales, comoquiera que la conducta en la que se vieron inmersos fue de un comportamiento ingenuo, falta de previsión y obviamente por eso deben de pagar una sanción. Su reproche se basa en que el Ad quo no tenía la facultad sospechar que la marihuana tenía como finalidad el tráfico y la venta, lo que no se aceptó ni se probó, ni se dijo, ni fue objeto de debate.

- La sabia discrecionalidad del juez, es en su apreciación objetiva y filosófica, una bendición de la razón, precisamente por lo que objeta como asidero conclusivo que te tenga la mera sospecha como plena

prueba, sobre todo, cuando de ello luego devenga la aplicación de una sanción mayor.

- En virtud de esa aceptación de cargos, la Fiscalía General de La Nación imputó cargos por TENENCIA, sin embargo, nada dijo de que por la tenencia de las armas les iban a sumar doce (12) meses. Cuando lo cierto es que se ha vuelto práctica en los preacuerdos con la fiscalía, que por la pena accesoria se sume uno o dos meses, en lo que también coincidieron en pedir la bancada de abogados al señor Juez,

- El Ad quo no se ocupó en analizar los documentos idóneos con los cuales los abogados procuraron soportar y justificar la prisión domiciliaria.

Insiste en que el Ad quo presumió que la marihuana que tenían los condenados era para la venta y ese juicio de valor lo llevó a sancionar muy drásticamente unas conductas dignas de otros tratamientos, entre ellos, una pena más rebajada o la prisión domiciliaria, como quiera que sus prohijados carecen de antecedentes.

En conclusión pide se morigere la tasación punitiva, porque lo que sobrepasó de los mil gramos de marihuana fue mínimo (pide aplicar el inciso segundo del artículo 376 C.P.), bajo la modalidad de tenencia y no de venta, y que en virtud de la ausencia de antecedentes de sus defendidos y la documentación aportada que justifica la situación social y familiar de Kewin Andrés Osorio Sánchez y Milena Dávila Narváez, ciudadanos que trabajan y estudian para ayudar a sus familias en la precaria situación económica que padecen, se reconsidere la posibilidad constitucional de continuar descontando la

pena en su lugar de domicilio, donde tendrán posibilidad más adelante de procurarse la autorización para trabajar y seguir estudiando, tal como lo está haciendo Milena Dávila Narváez. Que en relación con su defendida MILENA DÀVILA NARVAÉZ se reconsidere aplicarle la rebaja de una cuarta parte, en virtud del inciso final del artículo 30 del Código Penal por haberlos calificado como “partícipes”.

2. El señor David Andrés Cardona Arcila, inconforme con la decisión interpuso y sustentó el recurso de apelación.

Dice que el allanamiento en el lugar donde residía y en el cual residían 3 personas más, se hizo efectivo por una sórdida denuncia de una fuente humana la cual no dio testimonio con pruebas fehacientes sino simplemente por un rumor, y tampoco fue muy claro en decir quiénes de los que estaban viviendo en esa residencia estaban involucrados en esta situación.

En el domicilio fueron encontradas dos armas de fuego y la cantidad de 1072,2 gramos de marihuana y las personas que residían en la vivienda eran JOHAN SEBASTIAN RIOS VÉLEZ, KEWIN ANDRÉS OSORIO SÁNCHEZ, MILENA DAVILA NARVÁEZ Y DAVID ANDRÉS CARDONA ARCILA.

Afirma que él residía en la vivienda en condición de inquilino, en una habitación arrendada, por la cual pagaba 450.000 pesos mensuales. En su calidad de inquilino no tenía conocimiento de lo que había en este lugar, y no compartía mucho tiempo con el resto de los habitantes de la vivienda, ya que debía estudiar.

Solicita se tenga en cuenta que su captura fue producto de estar en el lugar y momento equivocado. O por lo menos que pueda cumplir la sentencia en prisión domiciliaria con una rebaja de pena, porque su familia depende económicamente de él.

3. Por su parte, el señor Johan Sebastián Ríos Vélez, quien también interpuso el recurso de apelación, afirma que colaboró con la justicia dando información con el fin de no tener una pena más alta de 48 meses, acuerdo al que llegó con la Fiscalía. La operación de la fiscalía fue exitosa y él anda amenazado y con dos atentados. Apela porque considera sus derechos vulnerados, pues el acuerdo no se dio.

CONSIDERACIONES

Los problemas jurídicos planteados en esta oportunidad a la Sala se reducen a verificar la dosificación de la pena y si los procesados reúnen o no las exigencias para el otorgamiento de la prisión domiciliaria.

Lo anterior, porque las glosas que se hace sobre la responsabilidad de los procesados, el contenido del acuerdo, y la finalidad de distribución en el delito de tráfico de estupefacientes que les fuera enrostrado, desborda la legitimación para recurrir, toda vez que estamos en presencia de un preacuerdo y como arriba se expresó, sus términos fueron claramente expuestos en las audiencias preliminares. Igualmente, allí se dejó claro por qué se infería la finalidad de distribución del estupefaciente encontrado en la diligencia de registro y allanamiento. Se analizaron los elementos materiales probatorios que cumplían con el mínimo exigido por la ley. Y después de ello los

procesados decidieron aceptar los cargos. No hay razón, entonces, para discutir los términos del preacuerdo.

Los señores David Andrés Cardona Arcila y Johan Sebastián Ríos Vélez pretenden con el recurso de apelación retractarse de la aceptación de cargos. El primero desconociendo que por el preacuerdo libremente celebrado, aceptó su responsabilidad en los hechos, y mostrándose ahora como ajeno a las ilicitudes que se le enrostraron en las audiencias preliminares cuando estuvo debidamente asesorado por su abogado defensor y los Jueces pudieron verificar que emitió libremente su consentimiento. El segundo manifiesta ahora que los términos del preacuerdo no fue lo que le informaron en la audiencia preliminar, diligencia en la cual manifestó que entendió los cargos y las consecuencias de aceptar su responsabilidad. Allí nunca se habló de colaboración con la justicia y tampoco se pactó pena alguna.

Con lo visto en las audiencias preliminares, quedó claro que no se pactó la pena, sólo se mencionó que se partiría del mínimo de 54 meses y que la pena se cumpliría intramuros a pesar de pedirse por el momento, mientras llegaba el caso al juez de conocimiento, la medida de aseguramiento de detención domiciliaria. Lo anterior, porque los defensores iban a realizar solicitudes al juez de conocimiento. Y efectivamente en la audiencia de individualización de pena, tanto la Fiscalía como los defensores se pronunciaron sobre la posible pena a imponer y bajo diferentes argumentos pidieron la prisión domiciliaria, sin desconocer la prohibición del artículo 68 A del Código Penal.

En cuanto a la dosificación de la pena, ninguno de los recurrentes atina a elaborar una crítica clara sobre el incremento que pidió la

Fiscalía por el concurso de hechos punibles y que fue acogida por el Juez. Es evidente que el preacuerdo implicó una rebaja de pena muy sustancial (incluso inmerecida) y la suma del incremento respetó las reglas del artículo 31 del Código Penal, siendo claramente proporcional a los montos de las penas de los delitos en concurso y realmente bajo.

En cuanto a no tener en cuenta la prohibición del artículo 68 A por tratarse del verbo rector de conservar y no de venta, realmente el argumento no tiene consistencia alguna, pues de un lado al momento de presentarse el preacuerdo, la Fiscalía fue muy clara en que la finalidad de los procesados era la distribución y que existían elementos materiales probatorios que así lo indicaban. Sin bien se habló de presunción, es evidente que tal palabra se utilizó por el estado del proceso, esto es, la actuación apenas comenzaba y se estaba realizando la imputación. Por otra parte, si no estuviera clara la finalidad de distribución del estupefaciente, incluso no habría tipicidad de la conducta y el preacuerdo en esos términos sería ilegal. Pero tal situación no se presenta, ya que hay claridad en la finalidad de distribución.

Ahora, los verbos rectores de llevar consigo, conservar, almacenar etc. no han sido eliminados del tipo penal y frente a ellos también opera la prohibición contenida en el artículo 68 A del Código Penal, pues allí se refiere a: “delitos relacionados con el tráfico de estupefacientes y otras infracciones”, que corresponde a las infracciones previstas en el Título XIII Capítulo Segundo del Código Penal. Ello se desprende también de la jurisprudencia de la Honorable Corte Suprema de Justicia. La Alta Corporación ha dejado claro que en delitos de estupefacientes en

los cuales se imputa el verbo rector de llevar consigo, también procede la prohibición por lo comentado.

Por ejemplo, en decisión del 30 de septiembre de 2015 radicado 44174, M.P. Dr. Eugenio Fernández Carlier, en donde la fiscalía imputó el delito en la modalidad de llevar consigo, según el artículo 376 inciso segundo de la ley 599 de 2000, la Honorable Corte dijo:

“A su turno, en el momento en que se profirieron las sentencias de primero y segundo grado (30 de abril y 21 de mayo de 2014), los requisitos para acceder al comentado beneficio eran —y son aún— los previstos en el artículo 23 de la Ley 1709 de 2014 con el que se introdujo al Código Penal el artículo 38 B, precepto según el cual la prisión domiciliaria puede otorgarse respecto de conductas punibles por las que se emita condena, siempre que la pena mínima legal prevista sea igual o menor a ocho (8) años de prisión y que, entre otras exigencias, no “se trate de uno de los delitos incluidos en el inciso 2º del artículo 68 A de la Ley 599 de 2000”, entre los cuales ciertamente figuran los “relacionados con el tráfico de estupefacientes y otras infracciones”.

Por lo tanto, es incontrovertible que, conforme al texto expreso de la ley, en una u otra reglamentación, el subrogado de la prisión domiciliaria está vedado para el aquí condenado”.

(...)

“Con posterioridad el legislador, con base en su facultad de libre configuración y con sujeción a políticas criminales para enfrentar de manera más severa comportamientos delictivos de alto impacto social, estimó que la anterior prohibición no era suficiente, e incluyó determinadas conductas punibles frente a las cuales a pesar de que el sujeto activo no tuviera antecedentes penales, respecto de estas tampoco resultaría procedente alguno de los beneficios o subrogados en cuestión, y con esa finalidad fueron expedidas las sucedáneas modificaciones hechas al comentado precepto mediante los artículos 28 de la Ley 1453 de 2011, 13 de la Ley 1474 de 2011 y, finalmente, 32 de la Ley 1709 de 2014, comportamientos entre los que se halla, como lo indicaron las instancias, el de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes.”

En decisión del 13 de abril de 2016, radicado 44718, M.P. Dr. Eugenio Fernández Carlier, en caso también en donde la Fiscalía imputo cargos en la modalidad de “llevar consigo”, al cual se allanó el indiciado, se dijo:

“Mediante el artículo 23 de la Ley 1709 de 2004, se introdujo a la Ley 599 de 2000, el artículo 38 B, el cual prevé cuáles son los presupuestos o requisitos para conceder la prisión domiciliaria, entre ellos: i) que la condena se imponga *“por una conducta punible cuya pena mínima prevista en la ley sea de ocho (8) años de prisión o menos”*, y ii) *“Que no se trate de uno de los delitos incluidos en el inciso 2º del artículo 68 A de la Ley 599 de 2000”*.

“Justamente sobre esta última condición las instancias también encontraron que no estaba satisfecha, ya que por expreso mandato de la última norma aludida, modificada por el artículo 32 de la Ley 1709 de 2004, el subrogado de la prisión domiciliaria no puede ser concedido para quienes sean condenados, entre otros delitos, por aquéllos *“relacionados con el tráfico de estupefacientes y otras infracciones”*, y el aquí sentenciado lo fue por una hipótesis delictiva perteneciente a ese género.”

(...)

“Sin embargo, el legislador con base en su facultad de libre configuración y con sujeción a políticas criminales para enfrentar de manera más severa comportamientos delictivos de alto impacto social, estimó con posterioridad que la anterior prohibición no era suficiente, e incluyó determinadas conductas punibles frente a las cuales a pesar de que el sujeto activo no tuviera antecedentes penales, respecto de éstas tampoco resultaría procedente alguno de los beneficios o subrogados en cuestión, y con esa finalidad fueron expedidas las sucedáneas modificaciones hechas al comentado precepto mediante los artículos 28 de la Ley 1453 de 2011, 13 de la Ley 1474 de 2011 y, finalmente, 32 de la Ley 1709 de 2014, comportamientos entre los que se incluyó con la última reforma *“los relacionados con tráfico, fabricación o porte de estupefacientes y otras infracciones”* (es decir, los previstos en el Capítulo Segundo, del Título XII, Libro Segundo del Código Penal).”

Por último, en cuanto a la calidad de padres cabeza de familia, el A quo revisó los elementos materiales probatorios presentados en la audiencia de individualización de pena y sentencia por los defensores de los procesados y concluyó que no pudo demostrarse que los acusados tuvieran la calidad de padres cabeza de familia. Si bien no se refirió a cada uno de los documentos presentados, sí señaló que no bastaba con tener una familia, ni ser personas que aportaban a las necesidades del grupo familiar o que tuvieran hijos, sino que debía demostrarse que ante la detención, personas menores de edad o

discapacitadas que estuvieran a su cargo quedaban en total desprotección y abandono, lo cual no percibió de los elementos materiales probatorios arrimados. La Sala comparte esa apreciación. Por ejemplo, la propia madre del Kewin Andrés (señora Gloria Sánchez) en entrevista presentada, es clara en afirmar que Kewin ya no vivía con ellos, se fue del hogar materno a formar otra familia, y ahora el procesado pretende hacerse tener como padre cabeza de familia al cuidado de su madre y sus dos hermanos. La señora Gloria es una persona que no tiene impedimento alguno para trabajar y velar por sus dos hijos menores como siempre lo ha hecho con todos sus hijos.

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
Sala 001 Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

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

Guerthy Acevedo Romero
Magistrada
Sala 004 Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

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

Código de verificación:

578a70ffc3922ec648a094a92215a4223a59bf576f2bdc14ca4d22a3d5e44bf0

Documento generado en 13/08/2021 12:18:02 PM

TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA

SALA DE DECISIÓN PENAL

Medellín, doce (12) de agosto dos mil veintiuno (2021)

Proyecto discutido y aprobado en sesión de la fecha, Acta 100

PROCESO: 05 615 61 08501 2019 80220 (2021 1047)
DELITO: HURTO AGRAVADO
ACUSADO: JARIO ANDRÉS ARBOLEDA HURTADO
PROVIDENCIA: DECISIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA

La Sala procede a resolver lo pertinente frente al recurso de apelación interpuesto por el defensor del procesado en contra de la sentencia proferida el 25 de junio de 2021, por el Juzgado Primero Penal Municipal de Rionegro (Antioquia), mediante la cual CONDENÓ al señor JAIRO ANDRÉS ARBOLEDA HURTADO por hallarlo responsable del delito de TENTATIVA DE HURTO AGRAVADO.

ANTECEDENTES

Se dice en las diligencias que el 26 de agosto de 2019, a eso de las 15:00 horas, fue capturado el señor JAIRO ANDRÉS ARBOLEDA HURTADO cuando sustrajo 10 chocolatinas Hershey's (valoradas en la suma de \$95.900) del establecimiento de comercio de razón social

“JUMBO” ubicado en la diagonal 51B Nro. 38-44 del municipio de Rionegro (Antioquia).

Por estos hechos, el 27 de agosto de 2019, ante el Juez Segundo Penal Municipal de Rionegro (Antioquia) fueron celebradas las audiencias de legalización de captura, formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento no privativa de la libertad. Se imputó el delito de Tentativa de Hurto Agravado, artículos 27, 239, 241 numeral 11 y 268 del Código Penal.

El proceso pasó al Juzgado Primero Penal Municipal de Rionegro (Antioquia) en donde el 27 de enero de 2020 la Fiscalía formuló la acusación. La audiencia preparatoria tuvo lugar el 3 de marzo de 2020. Luego, el 31 de mayo de 2021 se presentó a consideración del juez un preacuerdo, por el cual el procesado aceptaba su responsabilidad por el delito de Tentativa de Hurto Agravado. Se le reconoció la rebaja de pena por reparación a la víctima y se pactó una pena de siete meses de prisión.

En la audiencia de individualización de pena y sentencia, la Fiscalía afirmó que el procesado no es merecedor de subrogado alguno porque tiene antecedentes penales.

El representante de la víctima coadyuvó la pretensión de la fiscalía y manifestó que, pese a las acciones del procesado para mejorar su comportamiento y resocialización, presenta una sentencia condenatoria dictada por el Juzgado Primero Penal Municipal de Envigado y que se encuentra vigente.

Por su parte, el señor defensor solicitó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y afirmó que su defendido ingresó a procesos terapéuticos a fin de organizar sus condiciones de vida y que se encuentra dictando conferencias a personas privadas de la libertad en los centros de reclusión del municipio de La Estrella, para lo cual arrió certificados.

LA DECISIÓN OBJETO DE ALZADA

Para lo que interesa a efectos de resolver la alzada, el A quo consideró que la pena acordada se ajustaba a la legalidad.

Expresó que frente a los sustitutos penales contenidos en los artículos 63 y 38 B del Código Penal, se hace evidente el cumplimiento de los presupuestos objetivos.

No obstante, hay expresa prohibición por el artículo 68 A ídem, al excluir de beneficios y subrogados penales cuando la persona haya sido condenada por delito doloso dentro de los cinco años anteriores. Y en este caso la Fiscalía dio traslado de una sentencia proferida el 24 de julio de 2019, por el Juzgado Primero Penal Municipal de Envigado.

Explicó que frente a lo dispuesto en el artículo 63 del Código Penal, se supera el requisito objetivo y el numeral 3 permite el estudio del sustituto pese a los antecedentes penales.

Para el efecto, hace ver que se dio traslado al Despacho de certificaciones que dan cuenta que Jairo Andrés Arboleda se encuentra acudiendo a actividades dispuestas por la Alcaldía de Medellín en su programa de post penados con participación activa en actividades tendientes a la resocialización y así como declaraciones sobre su buen comportamiento social, superación personal y disciplina en el desarrollo de otras actividades.

Sin embargo, sostuvo que no obstante esas muestras de cambio sustancial en su vida y retomar el camino de la legalidad, se tiene que no solo cuenta con una sentencia condenatoria dentro de los cinco años anteriores por conducta igualmente contra el patrimonio económico, sino con otra sentencia en el mismo sentido proferida por el Juzgado 23 Penal Municipal de Medellín en el año 2006, que si bien no puede tenerse como antecedente penal, sí permite inferir esa conducta proclive al delito en menoscabo del patrimonio económico. Pese a las oportunidades dadas al acusado para el buen uso de su libertad, desafortunadamente las mismas no fueron bien aprovechadas por él, persistiendo en cometer conductas delictivas, y no es justo con la comunidad, la sociedad y las víctimas que se permita reiteradamente que este tipo de delitos se sigan cometiendo sin consecuencias adversas sobre el actuar de este ciudadano.

LA IMPUGNACIÓN

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

Afirma que con la decisión de negar el sustituto penal de la suspensión condicional de la ejecución de la pena no se cumple con los fines de resocialización de acuerdo con el actual estado en que se encuentran los centros de reclusión de nuestro país. Los derechos fundamentales de las personas privadas de la libertad son violados de manera masiva, generalizada y estructural.

Resalta la importancia constitucional de la resocialización de las personas condenadas y la finalidad preventiva especial de la pena, frente a la gravedad de la conducta punible, la personalidad y antecedentes de todo orden, para efectos de evaluar el proceso de readaptación social del condenado en procura de proteger a la sociedad de nuevas conductas delictivas, en donde se debe otorgar el mismo peso de juicio a los hechos y argumentos favorables al reo.

Considera que la decisión del juez se aparta de los principios y funciones de la pena, pues quedó probado en el plenario que su defendido si bien cometió la conducta punible de hurto y que según los hechos ser había sustraído unas chocolatinas para el año 2019, no es menos cierto que para la fecha de la sentencia objeto de alzada, había transcurrido aproximadamente dos años, estos últimos durante los cuales inició un proceso en el programa de post penados con participación activa en actividades tendientes a la resocialización y adicionalmente, ha laborado con entidades gubernamentales, en donde brinda el apoyo y asesoría a personas que se encuentran privadas de la libertad y en el mundo de la drogadicción y el alcoholismo, actividades que cobran gran relevancia para determinar que efectivamente se ha resocializado.

No considera necesario, proporcional y razonable enviar a la cárcel por 7 meses a una persona que hurtó unas chocolatinas, aceptó los cargos, indemnizó a la víctima y que para la fecha se ha resocializado, cumpliendo una labor social.

2. El señor representante de la víctima, como sujeto no recurrente, afirma que los argumentos del señor defensor son válidos para ser expuestos ante el Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad. La decisión del A quo fue proferida dentro de los postulados del artículo 230 de la Constitución política y para no acceder a lo solicitado por el impugnante, se acudió en lo señalado por el artículo 68 A del Código Penal en el cual existe prohibición especial que obliga a los operadores judiciales a la exclusión de los beneficios y subrogados penales. En consecuencia, solicita confirmar la sentencia apelada.

CONSIDERACIONES

El problema jurídico planteado en esta oportunidad a la Sala se reduce a verificar si el sentenciado reúne o no los presupuestos para otorgarle el sustituto penal de la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

Mientras el juzgador afirma que el señor Jairo Andrés Arboleda Hurtado cuenta con varios antecedentes penales, de lo cual se puede inferir un comportamiento proclive al delito que impide la concesión del sustituto penal y hace necesaria la ejecución efectiva de la pena

privativa de la libertad, el recurrente manifiesta que deben tenerse en cuenta otros aspectos favorables a su defendido.

Para resolver, se tiene que el artículo 63 del Código Penal es del siguiente tenor:

“La ejecución de la pena privativa de la libertad impuesta en sentencia de primera, segunda o única instancia, se suspenderá por un período de dos (2) a cinco (5) años, de oficio o a petición del interesado, siempre que concurren los siguientes requisitos:

1. Que la pena impuesta sea de prisión que no exceda de cuatro (4) años.

2. Si la persona condenada carece de antecedentes penales y no se trata de uno de los delitos contenidos el inciso 2o del artículo 68A de la Ley 599 de 2000, el juez de conocimiento concederá la medida con base solamente en el requisito objetivo señalado en el numeral 1 de este artículo.

3. Si la persona condenada tiene antecedentes penales por delito doloso dentro de los cinco (5) años anteriores, el juez podrá conceder la medida cuando los antecedentes personales, sociales y familiares del sentenciado sean indicativos de que no existe necesidad de ejecución de la pena.

La suspensión de la ejecución de la pena privativa de la libertad no será extensiva a la responsabilidad civil derivada de la conducta punible.

El juez podrá exigir el cumplimiento de las penas no privativas de la libertad accesorias a esta. En todo caso cuando se trate de lo dispuesto en el inciso final del artículo 122 de la Constitución Política se exigirá su cumplimiento.

Como se procede por el delito de Tentativa de Hurto Agravado es evidente que no se trata de uno de los punibles enlistados en el artículo 68 A del Código Penal. La pena impuesta fue de 7 meses de prisión. Por tanto, se reúnen parcialmente los presupuestos objetivos tratados en los numerales 1 y 2 del artículo 63 mencionado. No se cumple con el requisito de carecer de antecedentes penales.

Pero la falta de esta exigencia objetiva no impide la concesión del sustituto penal en comento, porque el numeral 3 del artículo 63 del Código Penal ordena que, en caso de existir antecedentes penales por

delito doloso dentro de los cinco años anteriores, debe el Juez analizar el factor subjetivo consistente en si los antecedentes personales, sociales y familiares del sentenciado sean indicativos de que no existe necesidad de ejecución de la pena.

Frente al presupuesto subjetivo, la Honorable Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, en decisión del 22 de abril de 2020, radicado 52.620, M.P. Dra Patricia Salazar Cuéllar, ha razonado de la siguiente forma (aunque refiriéndose a la redacción anterior de la norma):

En cuanto a los presupuestos *subjetivos* para evaluar la concesión del subrogado, cifrados, por una parte, en la valoración de los antecedentes personales, sociales y familiares del sentenciado; y por otra, en la consideración de la modalidad y gravedad de la conducta, la jurisprudencia tiene dicho que el sentenciador ha de *ponderar* o *conjugar* dichos aspectos, a fin de dictaminar si, en el caso concreto, existe o no necesidad de ejecutar la pena de prisión.

Ninguno de tales criterios funciona como un referente que se auto-justifique para conceder o negar el subrogado. Todos ellos son pautas que, *por sí mismas*, no implican ningún diagnóstico favorable ni desfavorable sobre la necesidad de la pena. Todos ellos han de sopesarse, según las particularidades del asunto concernido, a fin de diagnosticar, en concreción de las finalidades y funciones de la pena (art. 4º del C.P.), si ésta debe ejecutarse o puede subrogarse.

En esa dirección, la simple *invocación* aislada de la gravedad y/o modalidad de la conducta es insuficiente para establecer la necesidad de ejecutar o no la pena de prisión. Ello, debido a que, como lo ha clarificado la Corte (CSJ SP16022-2014, rad. 41.434):

En cuanto a las exigencias de carácter cualitativo, el texto y la redacción del precepto [art. 63 ídem] a esa altura, son inequívocos al imponer que se conjuguen los antecedentes personales, sociales y familiares del sentenciado, lo mismo que la modalidad y gravedad de la conducta, entendiendo por ésta la mayor o menor afectación del bien jurídico tutelado con la norma que infringió el sentenciado.

No se desprende la existencia de una permisión para que el juez escoja a su arbitrio, una o algunas de esas materias, las sopesa y si el resultado que aparece niega la necesidad del tratamiento penitenciario, adopte la decisión pertinente.

Inevitablemente, ***debe sujetarse a la totalidad del contenido normativo*** y cuando quiera que de éste dimanen rasgos de discrecionalidad, el operador judicial habrá de disponer de esa facultad con vistas a los componentes axiológicos de razonabilidad y proporcionalidad; lógicamente, dándole vigencia dentro del asunto, al derecho a la igualdad.

De ahí que el estudio de las características individuales del procesado sea esencial para el reconocimiento o no de los mecanismos de sustitución de la pena privativa de la libertad, en tanto están ligados de manera inescindible a las funciones de la pena y al reproche subjetivo que el juez debe hacer dentro de la categoría de la culpabilidad (cfr., entre otras, CSJ SP 22 jun. 2011, rad. 35.943 y SP13989-2017, rad. 47.691).

En la consideración de los requisitos *subjetivos* aplicables a los subrogados y beneficios se identifica una teleología común, de acuerdo con la cual, superado el factor objetivo, de lo que se trata es de valorar la condición personal del sentenciado, de cara al cumplimiento de la finalidad del instituto y los fines de la pena (CSJ SP2438-2019, rad. 53.651).

Con lo anterior, fácilmente se puede concluir que si una persona carece de antecedentes penales, el sustituto penal de la suspensión condicional de la ejecución de la pena se concede con la sola presencia de los presupuestos de orden objetivo, y si presenta antecedentes penales en los últimos cinco años, entonces, es necesario analizar en conjunto otros factores como los antecedentes personales, sociales y familiares del sentenciado, sin que sea posible que por el solo hecho de tener antecedentes penales se pueda negar el sustituto penal. Es una ponderación en conjunto de todos los aspectos a tener en cuenta lo que lleva al juez a decidir si la persona requiere o no de tratamiento penitenciario.

En el presente caso, el A quo acepta que existen varios factores favorables para el procesado, como la realización de actividades tendientes a la resocialización, la indemnización a la víctima y la aceptación de cargos. Igualmente, no se tiene noticia de mal

comportamiento personal, social y familiar. Por tanto, el sustituto fue negado exclusivamente por la presencia de antecedentes penales, lo cual si bien conforme con el artículo 68 A del Código Penal impediría en principio la concesión de sustitutos penales, la misma norma señala que “Lo dispuesto en el primer inciso del presente artículo no se aplicará respecto de la suspensión de la ejecución de la pena, cuando los antecedentes personales, sociales y familiares sean indicativos de que no existe la posibilidad de la ejecución de la pena”.

Para la Sala, es evidente que, en el presente caso, existen más factores favorables para el procesado que analizados en conjunto con la existencia de antecedentes penales, permiten un pronóstico favorable en cuanto a la no necesidad de la ejecución efectiva de la pena privativa de la libertad.

Así las cosas, al sentenciado se le otorgará el sustituto penal de la suspensión condicional de la ejecución de la pena por un período de prueba de dos años, previa suscripción de diligencia de compromiso bajo caución juratoria, teniendo en cuenta sus escasos recursos económicos.

Se ordenará cancelar la orden de captura.

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: REVOCAR el numeral cuarto de la sentencia y en su lugar CONCEDER al señor JARIO ANDRÉS ARBOLEDA HURTADO el sustituto penal de la suspensión condicional de la ejecución de la pena por un período de prueba de dos años, previa suscripción de diligencia de compromiso con imposición de las obligaciones inherentes, bajo caución juratoria. Se ordena cancelar la orden de captura.

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
Sala 001 Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia**

**Nancy Avila De Miranda
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional**

Sala 003 Penal
Tribunal Superior De Antioquia - Antioquia

Guerthy Acevedo Romero
Magistrada
Sala 004 Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

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

Código de verificación:

a615c993ec413a8442baa3f90f149d05e4381577e43b5490bd62c46b
cc59bc0b

Documento generado en 13/08/2021 12:17:50 PM