

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA SALA PENAL

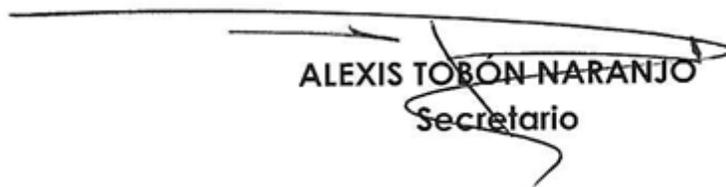
ESTADO ELECTRÓNICO 201

La Sala Penal del Tribunal Superior de Antioquia en cumplimiento al inciso 3° del párrafo 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.

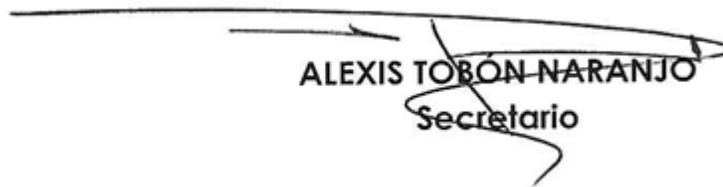
Radicado Interno	Tipo de Proceso	Accionante/Solicitante DELITO	Accionado / Acusado	Decisión	Fecha de decisión
2021-1201-1	auto ley 906	CONCIERTO PARA DELINQUIR AGRAVADO Y OTRO	JORGE LEONARDO ZAPATA RÚA	Confirma auto de 1 instancia	Noviembre 12 de 2021
2021-1691-2	Tutela 1º instancia	SEBASTIÁN GARCÍA RINCÓN	FISCALÍA 109 SECCIONAL DE ANDES, ANTIOQUIA Y OTROS	Concede derechos invocados	Noviembre 11 de 2021
2021-1639-2	Tutela 2º instancia	CLAUDIA VICTORIA CARRASQUILLA MINAMI	JUZGADO 3º PROMISCOU MUNICIPAL DE TURBO ANTIOQUIA	Declara NULIDAD	Noviembre 11 de 2021
2021-0118-2	Sentencia 2º instancia	HOMICIDIO AGRAVADO EN CONCURSO Y OTRO	EVER EMILIO ZAPA SIERRA	Confirma sentencia de 1º instancia	Noviembre 11 de 2021
2021-0881-2	auto ley 906	FABRICACIÓN, TRÁFICO, PORTE O TENENCIA DE ARMAS DE FUEGO	JEAN CARLOS CUBIDES RUIZ	Revoca auto de 1º instancia	Noviembre 12 de 2021
2021-1649-4	auto ley 600	CONCUSIÓN Y OTROS	LORENZO MANUEL BÁRCENAS VERTEL	Auto declaratoria de impedimento y ordena remitir	Noviembre 12 de 2021
2019-0645-5	auto ley 906	HOMICIDIO CULPOSO	JUAN ESTEBAN MANCO DAVID	concede recurso de casación	Noviembre 12 de 2021
2021-1598-5	Sentencia 2º instancia	ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE 14 AÑOS	RUBÉN DARÍO GALLEGO VERGARA	Declara NULIDAD	Noviembre 04 de 2021
2021-0411-5	Sentencia 2º instancia	FABRICACIÓN, TRÁFICO, PORTE O TENENCIA DE ARMAS DE FUEGO	CARLOS ALBERTO YEPES TORRES Y OTROS	Declara NULIDAD	Noviembre 04 de 2021
2021-1516-5	Sentencia 2º instancia	FABRICACIÓN, TRÁFICO, PORTE O TENENCIA DE ARMAS DE FUEGO	CARLOS ALBERTO YEPES TORRES Y OTROS	Confirma sentencia de 1º instancia	Noviembre 04 de 2021
2021-1726-6	Tutela 1º instancia	ÁLVARO DIEGO RESTREPO RESTREPO	JUZGADO 3º DE E.P.M.S. DE ANTIOQUIA Y OTROS	Niega por hecho superado	Noviembre 12 de 2021

2021-1620-6	Sentencia 2ª instancia	TRAFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES	CRISTIAN CAMILO RAMIREZ CESPEDES	Confirma sentencia de 1º instancia	Noviembre 12 de 2021
2021-1747-6	auto ley 906	TRAFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES	JOSEFERNANDO GARCES MONTERROSA	Confirma auto de 1 instancia	Noviembre 12 de 2021
2021-1502-6	Incidente de desacato	ÁLVARO DE JESÚS TOBÓN CASTAÑEDA	FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN	ordena archivar el tramite	Noviembre 12 de 2021
2021-1251-6	auto ley 906	ACCESO CARNAL ABUSIVO CON INCAPAZ DE RESISTIR	JOSE GEMAN RIVERA	Declara desierto recurso de casación	Noviembre 12 de 2021

FIJADO, HOY 16 DE NOVIEMBRE DE 2021, A LAS 08:00 HORAS


ALEXIS TOBÓN NARANJO
Secretario

DESEFIJADO EN LA MISMA FECHA A LAS 17:00 HORAS


ALEXIS TOBÓN NARANJO
Secretario

TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA SALA DE DECISIÓN PENAL

Medellín, once (11) de noviembre dos mil veintiuno (2021)

Proyecto discutido y aprobado en sesión de la fecha, Acta 156

RADICADO : 05 001 60 00000 2020 00318 (2021 1201)
DELITOS : CONCIERTO PARA DELINQUIR Y OTROS
ACUSADOS : JORGE LEONARDO ZAPATA RÚA
JAMES DE JESÚS ZAPATA RÚA y Otros
PROVIDENCIA : INTERLOCUTORIO SEGUNDA INSTANCIA

ASUNTO

La Sala resuelve el recurso de apelación interpuesto por el defensor de los señores JORGE LEONARDO ZAPATA RÚA y JAMES DE JESÚS ZAPATA RÚA en contra del auto emitido el 04 de agosto de 2021 por el Juzgado Quinto Penal del Circuito Especializado de Antioquia, mediante el cual negó solicitud de nulidad.

ANTECEDENTES

Se afirma en la actuación en el municipio de Guarne (Antioquia) en su zona urbana como rural, hace presencia la organización criminal autodenominada La Oficina, dedicada al comercio de estupefacientes y delitos conexos como homicidios, lesiones y

amenazas. Igualmente, se afirma la existencia de la banda delincriminal denominada Los Pamplonas financiada por la anterior.

Durante la investigación se logró identificar e individualizar a cincuenta personas que hacen parte de la organización criminal. Entre ellas Jorge Leonardo Zapata Rúa (expendedor de sustancias estupefacientes al menudeo desde julio de 2018 hasta 13 de noviembre de 2019 fecha de su captura), y James de Jesús Zapata Rúa (expendedor de sustancias al menudeo, desde el 9 de mayo de 2019 hasta el 13 de noviembre de 2019 fecha de su captura).

Las audiencias preliminares se celebraron ante el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Guarne (Antioquia) el 14 de noviembre de 2019.

El escrito de acusación fue radicado el 16 de marzo de 2020. El 19 de enero de 2021 se celebró audiencia de acusación para algunos procesados, para otros el 5 y 26 de abril, 14 y 21 de mayo y 4 de agosto de 2021.

En sesión del 21 de mayo de 2021 el defensor de los señores Jorge Leonardo Zapata Rúa y James de Jesús Zapata Rúa presentó recusación en contra del Delegado de la Fiscalía, por lo que se ordenó remitir las diligencias al superior para su resolución.

Mediante Resolución DSA No 0298 del 2 de julio de 2021 el coordinador de fiscalías de seguridad ciudadana de la Dirección Seccional de Antioquia declaró infundada la causal.

LA CONTROVERSIA

Para lo que interesa a efectos de resolver la alzada, en sesión de audiencia de formulación de acusación, celebrada el 4 de agosto de 2021, el defensor de los procesados Jorge Leonardo Zapata Rúa y James de Jesús Zapata Rúa solicitó la nulidad del proceso por vulneración al debido proceso, dado que con la resolución del 2 de julio de 2021 la Fiscalía no dio cumplimiento a lo establecido en los artículos 9 y 10 del Código de Procedimiento Penal.

Argumentó que la legislación colombiana reconoce la oralidad como pilar de las actuaciones procesales, garante de la autonomía e imparcialidad y derecho de contradicción de la prueba, la eficacia y la eficiencia en el sistema penal.

Que su disenso está causado por la anuencia del despacho al tener como un hecho lo realizado por el coordinador de Fiscalía, quien no ha acudido al proceso, sino que aparte como una rueda suelta a atropellado con su decisión a la judicatura, al proceso y a sus defendidos. La oralidad es una garantía de todos los intervinientes.

El señor Juez negó la solicitud de nulidad porque la determinación adoptada por la Fiscalía es una decisión de plano contra la cual no procede recurso alguno y se encuentra conforme a derecho. Quien resolvió lo hizo por delegación y no es la judicatura quien pueda controvertir esa competencia. La recusación es un tema incidental, ajena al trasfondo del proceso y, por tanto, no se aplica la oralidad sino el trámite contenido en el artículo 63 del Código de Procedimiento Penal. La fiscalía es autónoma para la distribución de

las competencias, si lo resuelve la directora o hace uso de la delegación.

IMPUGNACIÓN

1. El señor defensor de los procesados, inconforme con la decisión, interpuso y sustentó inmediatamente el recurso de apelación.

Afirma que cuando se refirió al código general del proceso no se refirió a que basado en él presentaba la acción de nulidad, simplemente fue algo que introdujo para ambientar el aspecto procesal.

Insiste en la garantía procesal que existe en la oralidad de los procesos penales. Su disenso radica en que se ha violado con la resolución los artículos rectores 9 y 10 del Código de Procedimiento Penal. Es nula de pleno derecho toda actuación en donde no se encuentre el señor Juez, porque es el director máximo del aspecto procesal y como tal debe establecer las garantías que da el ordenamiento jurídico en beneficio de los procesados. El Juez ha dejado violar y ha violado el debido proceso cohonestando con una resolución que es aparte del proceso penal. Toda diligencia que se haga por fuera es nula, porque así lo establece la ley y la constitución.

Solicita que en la segunda instancia se le de tiempo para otros argumentos.

2. El señor Fiscal como sujeto no recurrente, pide se declare desierto el recurso, por lo absurdo e infundado. Considera que en ningún momento se presenta disenso a los argumentos tenidos en cuenta por el Despacho. Subsidiariamente pide se mantenga la decisión tomada en primera instancia.

3. La señora Representante del Ministerio Público también solicita se declare desierto el recurso por indebida sustentación.

El señor Juez concedió el recurso de apelación al encontrar un mínimo de sustentación. La Sala observa que existe en la argumentación del recurrente lo suficiente para resolver de fondo.

CONSIDERACIONES

El problema jurídico presentado a la Sala en esta oportunidad se limita a establecer si el trámite por escrito de la recusación en contra del señor Fiscal presentada por el defensor de los procesados vulnera o no el debido proceso penal al no realizarse bajo el principio de la oralidad y la dirección del Juez del proceso.

Para resolver, en primer lugar, habrá de destacarse que en el sistema procesal penal la institución de las nulidades procesales está regida por una serie de principios que deben ser analizados por el solicitante y por el Juez al momento de tomar su decisión. Por ellos, es imperioso indicar el motivo de nulidad que se configura (incompetencia, violación del debido proceso o violación del derecho de defensa), la irregularidad procesal que lo actualiza y la procedencia de su declaración frente a los principios concurrentes

de taxatividad, acreditación, convalidación, protección, instrumentalidad de las formas, trascendencia y residualidad.

En el presente caso, el señor defensor solo atinó a señalar que consideraba vulnerado el debido proceso por el trámite dado a la definición de la recusación por él instaurada en contra del señor Fiscal. Frente a los principios mencionados, ninguna argumentación se presentó. Y era indispensable para el solicitante demostrar la afectación al debido proceso, la trascendencia del dislate, la necesidad de la corrección y que no existiera otra forma diferente a la nulidad para el cumplimiento de ese objetivo.

No es posible invocar como razón invalidante todo aquello que considera la parte que no se hizo o que debió hacerse otra forma o que no fue de agrado a la parte afectada, pues debió el solicitante señalar con claridad cuál actuación procesal entre el principio antecedente-consecuente es el que se ve afectada, identificando si la irregularidad sustancial alegada es de garantía o estructura, señalando las normas violadas y lo más importante la trascendencia del yerro, esto es, argumentar por qué tiene la aptitud de afectar la validez de la actuación.

Cuando se alega la transgresión al debido proceso, debe demostrarse la configuración de una irregularidad trascendente en la estructura formal básica del trámite que afecte el desarrollo de las fases esenciales que conforman el proceso y no simplemente quejarse porque una actuación se hizo por escrito o que no estuvo presente en una audiencia pública la parte que la realizó, pues si bien el principio de oralidad rige el proceso penal, también es cierto

que hay excepciones y la ley consagra aspectos que sin problema alguno pueden adelantarse bajo la formalidad escrita.

En segundo lugar, debe señalarse que el trámite irregular de la recusación o incluso la falta de declaración de impedimento de algún funcionario, por sí solo no es causal de nulidad. La Honorable Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Penal, ha dejado claro el tema¹:

Sobre el particular, en auto CSJ AP5651–2015, 30 sep. 2015, rad. 46758, la Corporación recordó la pacífica postura de esta Sala, según la cual, cuando el funcionario judicial no se separa de la actuación, ello no comporta la nulidad del trámite procesal, ni estructura un motivo de incompetencia. Así señaló:

Como el impedimento, se reitera, no es factor asimilable a la competencia y representa un elemento íntimo del funcionario, el que se materialice o no la causal para el efecto, de ninguna manera conduce a la nulidad de lo actuado. Cuando más, a que se investigue penal o disciplinariamente a quien guardó silencio.

(...)

[s]e reitera, el que no se aparte del conocimiento el juez no dice relación con el debido proceso en su estructura, ni las causales de impedimento pueden asemejarse a circunstancias de incompetencia o falta de jurisdicción.

En tal sentido, carece de sustento la invalidación del diligenciamiento como lo solicitan los censores, puesto que la Corte tiene establecido que la omisión de pronunciamiento de un funcionario incurso en alguna de las causales de impedimento, por sí misma, no tiene la entidad de propiciar la nulidad del proceso, sino en cuanto quien alegue la respectiva falta demuestre, en concreto, la violación de la garantía de imparcialidad que busca ser resguardada con la institución de los impedimentos y recusaciones.

Dicho de otra manera, es obligación del recurrente comprobar que el funcionario actuó de manera sesgada, o parcializada, con el claro propósito de desfavorecer la postura de la parte afectada², situación que no demuestra, y tampoco plasmó en la demanda ejercicio argumentativo para demostrar de manera real y concreta la lesión al

¹ Ver decisión del 4 de agosto de 2021. Radicado 55313. M. P. Dr. Fabio Ospitia Garzón.

² CSJ SP-5399-2015, 6 may. 2015, Rad. 44850 y CSJ SP-17466-2015, 16 dic. 2015, Rad. 38957.

principio de imparcialidad en tales diligencias [Cfr. CSJ AP5289–2018, 5 dic. 2018, rad. 50732 y CSJ AP3193–2019, 6 ag. 2019, rad. 54224].

Ahora, es evidente que a la recusación presentada por el señor defensor se le imprimió el trámite de ley, contenido en el artículo 63 del Código de Procedimiento Penal que es del siguiente tenor:

ARTÍCULO 63. IMPEDIMENTOS Y RECUSACIÓN DE OTROS FUNCIONARIOS Y EMPLEADOS. Las causales de impedimento y las sanciones se aplicarán a los fiscales, agentes del Ministerio Público, miembros de los organismos que cumplan funciones permanentes o transitorias de policía judicial, y empleados de los despachos judiciales, quienes las pondrán en conocimiento de su inmediato superior tan pronto como adviertan su existencia, sin perjuicio de que los interesados puedan recusarlos. El superior decidirá de plano y, si hallare fundada la causal de recusación o impedimento, procederá a reemplazarlo.

Cuando se trate de impedimento o recusación de personero municipal, la manifestación se hará ante el procurador provincial de su jurisdicción, quien procederá a reemplazarlo, si hubiere lugar a ello, por un funcionario de su propia dependencia o de la misma personería, o por el personero del municipio más cercano.

En los casos de la Procuraduría General de la Nación, Fiscalía General de la Nación y demás entidades que tengan funciones de policía judicial, se entenderá por superior la persona que indique el jefe de la respectiva entidad, conforme a su estructura.

En estos casos no se suspenderá la actuación.

Como puede verse fácilmente, la declaratoria de impedimento y recusación con respecto a los fiscales, agentes del Ministerio Público, miembros de los organismos que cumplan funciones permanentes o transitorias de policía judicial, y empleados de los despachos judiciales se tramita al margen del proceso penal y por obvias razones su decisión se hace por escrito, de plano, esto es, sin que proceda recurso alguno.

Sobre el tema la Honorable Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, ha señalado³:

Desconocen, el recurrente y el Tribunal, que dada la naturaleza de la función que cumple la Fiscalía General de la Nación dentro de la estructura procesal prevista en la Ley 906 de 2004, y los principios que orientan el régimen de impedimentos y recusaciones, ellos se resuelven por fuera de las audiencias, por tratarse de un trámite administrativo, luego, errado resultó el trámite que el Tribunal *A quo* le imprimió a la recusación del Fiscal, puesto que, equiparó el procedimiento previsto para la recusación del funcionario judicial a cargo del proceso, con el que corresponde cuando el recusado es el fiscal.

Evidentemente, cuando el recusado es el juez, la oportunidad procesal para manifestar las circunstancias que, en consideración de la parte se estructura, es el inicio de la audiencia de formulación de acusación (artículos 339 del Código procesal Penal de 2004); no obstante, si a quien se recusa es al representante de la Fiscalía, el trámite será el previsto por el artículo 63 de la normatividad en cita:

(...)

Por tanto, si el defensor consideraba que el fiscal encargado de investigar y acusar a su defendido, estaba incurso en una causal de impedimento no manifestada, debió presentar ante el superior jerárquico del funcionario la solicitud, no esperar a que se diera inicio a la audiencia de acusación, para hacerle la petición al juez de conocimiento plural porque este no tiene dentro de sus atribuciones funcionales, la decisión de cambiar al fiscal. Tampoco era viable que el Tribunal suspendiera el proceso hasta tanto la Fiscalía realizara el trámite pertinente.

Por último, se le recuerda al señor defensor que el trámite de las apelaciones en el sistema penal colombiano no prevé posibilidad para complementar la argumentación en sede de segunda instancia, pues es ante el *A quo* y en presencia de las demás partes e intervinientes que debe sustentarse la apelación cuando se dirige en contra de los autos.

³ Ver decisión del 20 de abril de 2016. Radiado 47223. M.P. Dra. Patricia Salazar Cuéllar.

En razón y mérito de lo expuesto y sin necesidad de más consideraciones el Tribunal Superior de Antioquia, Sala de Decisión Penal **RESUELVE: CONFIRMAR** el auto objeto de impugnación, conforme con lo expresado en la parte motiva de esta providencia.

Esta decisión se considera notificada en estrados y contra ella no procede recurso alguno.

CÚMPLASE Y DEVUÉLVASE,⁴

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

⁴ Puede validar la autenticidad del documento firmado electrónicamente ingresando en la dirección: <https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

**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:

**f8dbfcb53bf456b7235364f7c5a72a31a1711e3226c8ff6942ee0526
0e318235**

Documento generado en 12/11/2021 10:35:30 AM

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

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE ANTIOQUIA
SALA DE DECISIÓN PENAL

M.P NANCY AVILA DE MIRANDA



1

Radicado: 050002204000202100630
No. interno: 2021-1691-2
Accionante: Sebastián García Rincón
Accionados: Fiscalía 109 Seccional de Andes,
Antioquia y otros
Actuación: Fallo tutela de 1ª Instancia No.52
Decisión: Concede

Medellín, once (11) de noviembre de dos mil veintiuno (2021)

Aprobado según acta Nro. 100

1. EL ASUNTO

Dentro del término legal estipulado en el Decreto 2591 de 1991, procede la Corporación a resolver la acción constitucional de tutela incoada por el señor Sebastián García Rincón en contra de la Fiscalía

¹ 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.

109 Seccional de Andes, Antioquia, por la presunta vulneración a los derechos fundamentales de petición y acceso a la administración de justicia.

A la presente acción constitucional se vinculó por pasiva, a la DIRECCIÓN SECCIONAL DE FISCALÍA DE ANTIOQUIA – GRUPO MESA DE CONTROL PQRS y el GRUPO CENTRAL DE CONVERSIÓN Y REVERSIÓN DE LA DELEGADA PARA LA SEGURIDAD CIUDADANA DE LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, en tanto pueden verse afectada con las resultados del presente proceso constitucional.

2.- HECHOS

Manifiesta el accionante que en calidad de apoderado de víctimas de la entidad KOBIA COLOMBIA S.A.S propietaria de los establecimientos D1, el día 20 de septiembre de 2021, elevó solicitud con destino a la Fiscalía 109 Seccional de Andes por medio de la página web de Fiscalía General de la Nación, Radicado No. 20216170781672, a través de la cual solicitó dentro del proceso penal identificado con Rad. No. 050016108500202002068, la conversión de la acción penal, de pública a privada de conformidad a lo consagrado en los Artículos 549 y siguientes del Código de Procedimiento Penal.

Manifiesta que, ha transcurrido más de un mes desde el momento que se elevó la solicitud, sin recibir respuesta de

fondo a su requerimiento, superándose el tiempo permitido por la norma.

En vista de lo anterior, solicita se tutele el derecho fundamental de petición y en consecuencia, se ordene a la Fiscalía 109 Seccional de Andes-Antioquia, que en el término máximo de (48) cuarenta y ocho horas, contado a partir de la notificación del fallo de primera instancia, proceda a resolver de fondo la citada solicitud.

3. RESPUESTA A LA DEMANDA

Luego del traslado de rigor de la tutela con sus anexos, se recibió vía correo electrónico respuesta de la dirección Seccional de Fiscalía de Antioquia, a través de la doctora Diana Carolina Ochoa Osorio, en la que advierte:

“...Nos permitimos informarle que revisado el sistema ORFEO, en el cual se radican las peticiones de los usuarios y el sistema misional SPOA donde están las investigaciones, se evidencia que la petición fue trasladada por la mesa de control PQRS al Fiscal 109 Seccional de andes, el pasado 24 de septiembre de 2021 y la investigación se encuentra registrada o asignada bajo SPOA 050016108500202002068 a la Fiscalía 109 Seccional de Andes – Antioquia, Dr. JUAN EUGENIO CASTRILLON BEDOYA, sin embargo, se remite por competencia a dicho despacho para que pueda pronunciarse.

Así las cosas, el accionante debe saber que su solicitud se encuentra a cargo por asignación del sistema Orfeo y la investigación del sistema misional SPOA directamente a un despacho adscrito a la Fiscalía 109 Seccional de Andes – Antioquia, Dr. JUAN EUGENIO CASTRILLON

BEDOYA, con el fin de ser ellos los que le brinden la respuesta de fondo a su solicitud.

De acuerdo a dicha información se hace necesario dar a conocer que la Dirección Seccional de Fiscalías de Antioquia no es competente para dar respuesta a lo solicitado por el accionante, Por lo que su señoría, se solicita de manera respetuosa desvincular a la Dirección Seccional de Fiscalías de Antioquia, por no ser la competente para dar respuesta al derecho de petición ya que se trata de información de una investigación que por norma es competencia del despacho al cual fue asignada.

En éstos términos al no existir vulneración de derecho fundamental alguno en contra del accionante por parte de la Dirección Seccional de Fiscalías de Antioquia, se le solicita a la autoridad de instancia, declarar la improcedencia de la presente acción, pues se encuentra demostrado que el hecho que dio lugar a admitir la acción constitucional en contra de la vinculación por pasiva de la Dirección Seccional de Fiscalías de Antioquia, corresponde por competencia al despacho Fiscalía 109 Seccional de Andes – Antioquia.”

Igualmente, se recibe del correo electrónico: juan.castrillon@fiscalia.gov.co reseñado con el asunto: “Respuesta acción de tutela 2021-1691-2 SEBASTIÁN GARCÍA RINCON” un archivo adjunto en Word denominado “RESPUESTA PETICION” signado por el doctor Juan Eugenio Castrillón B, Fiscal Seccional 109 de Andes, que contiene la siguiente información:

“En relación su petición enviada a un correo institucional de la Fiscalía General de la Nación, y no al suscrito, del cual usted ya tenia conocimiento, pues se lo había proporcionado en otra petición enviada a un correo diferentes, le comunico que esta Fiscalía accederá a su petición de

CONVERSION de la acción penal publica a PRIVADA de conformidad con lo establecido en los artículos 549 del C.P.P. para lo cual deberá sujetarse a lo establecido en la resolución Resolución 02418 de 2017.

Finalmente, se recibe respuesta de las doctoras Zayra Yolima Rodríguez Valenzuela y Andrea Chacón Romero Fiscales 1 y 4 Delegadas ante los Jueces Penales Municipales respectivamente, integrantes del Grupo de Conversión y Reversión de la Delegada para la Seguridad Ciudadana, quienes dentro del término concedido informan:

"...Con el fin de contextualizar lo expuesto por el accionante, consideramos necesario hacer mención a lo siguiente:

Mediante Resolución 3162 del 10 de noviembre de 2017, el Fiscal General de la Nación en uso de sus facultades creó el Grupo de Conversión y Reversión de la Acción Penal, modificando el artículo 26 de la Resolución 2417 de 11 de julio de 2017, lo que conllevó a la centralización del trámite de las solicitudes de Conversión y Reversión en cabeza de la Delegada para la Seguridad Ciudadana, a su vez determinó los requisitos necesarios para gestionar los requerimientos que conforme a la Ley 1826 de 2017, se presenten para el reconocimiento del Acusador Privado.

Ahora bien, conforme a la exposición fáctica narrada por el Accionante, se tiene conocimiento que dentro de la Noticia Criminal 050016108500202002068 adelantada por el punible de Hurto Agravado, se presentó solicitud de conversión de la acción Penal de Pública a Privada,

por el abogado SEBASTIAN GARCIA RINCON en calidad de apoderado de la víctima KOBIA COLOMBIA SAS. Verificando los soportes documentales que acompañan la acción constitucional bajo estudio, se tiene que al parecer el trámite fue radicado bajo el SGD – N° 20216170781672 el 20 de septiembre de 2021 y para el 24 de septiembre de 2021, fue trasladado por la Mesa de Control PQRS al Fiscal 109 Seccional de Andes, a efectos de que se diera respuesta de fondo a la solicitud.

Así las cosas, se tiene que no se dio traslado a la Delegada para la Seguridad Ciudadana de la solicitud de conversión presentada por el abogado SEBASTIAN GARCIA RINCON por la Dirección Seccional Antioquia, tampoco por el Despacho 109 Seccional; por sustracción de materia entonces, resulta inviable para este grupo pronunciarse respecto del trámite de solicitud de conversión de la Acción Penal de Pública a Privada solicitado dentro de la Noticia Criminal 050016108500202002068.

Por lo expuesto señora Magistrada, con todo respeto solicito desvincular del presente asunto al Grupo de Conversión y Reversión de la Delegada para la Seguridad Ciudadana, como quiera que se trata de una situación que debe ser resuelta en primera instancia por el Fiscal 109 Seccional de Andes Antioquia, quien una vez emita su concepto y allegue la documentación correspondiente deberá remitirlo a éste grupo por intermedio de la Dirección Seccional Antioquia."

4. CONSIDERACIONES DE LA SALA

4.1 Competencia

La Sala es competente para resolver la acción, en términos del artículo 86 de la Constitución Política de Colombia, y los decretos 2591 de 1991 artículo 37 y 1382 de 2000, numeral 2º, en atención a la calidad de la entidad accionada.

4.2 Problema Jurídico

En este evento, corresponde a la Sala determinar, si en efecto se encuentra conculcados los derechos fundamentales de petición y acceso a la administración de justicia invocados por el señor Sebastián García Rincón, quien señala, no recibió dentro del término de ley, respuesta a la petición de conversión de la acción penal pública en acción penal a privada — ello dentro investigación con radicación final 2020-02068— realizada el día 20 de septiembre de 2021 ante a la Fiscalía 109 Seccional de Andes, Antioquia.

De conformidad a lo dispuesto en el artículo 86 de la Constitución Política, la acción de tutela ha sido instituida como mecanismo para la protección efectiva de los derechos fundamentales de los ciudadanos, cuando éstos resulten vulnerados por la acción u omisión de las autoridades públicas y eventualmente de los particulares, en los casos específicamente previstos en la ley.

Así, el Juez Constitucional está llamado no sólo a verificar si se vulneran los derechos fundamentales invocados por quien demanda la acción, sino que si advierte la trasgresión de cualquiera otro que tenga tal entidad, debe ampliar el marco de protección a esos otros derechos conculcados.

Invoca el accionante la vulneración a los derechos fundamentales de petición y acceso a la administración de justicia, toda vez que, en el mes de septiembre solicitó a la Fiscalía 109 Seccional de Andes con ocasión del proceso penal con radicación final 2020-02068 la conversión de la acción penal publica a privada, de conformidad con lo dispuesto en los articulo 27 y ss de la ley 1826 de 2017, sin recibir respuesta dentro del termino dispuesto en la citada normativa.

Bajo este panorama, preciso es retomar lo dispuesto por la Corte Constitucional en sentencia T-608 de 2019, decisión en la que se desarrolla el contenido del derecho fundamental de acceso a la administración de justicia, indicando en esa oportunidad, lo siguiente:

(...)

“Derecho de acceso a la justicia y a la tutela jurisdiccional efectiva

22. El artículo 229 de la Constitución consagra el derecho fundamental de acceso a la administración de justicia, el cual debe ser garantizado a todos

los asociados por parte del Estado colombiano, de conformidad con lo establecido en el artículo 2 de la Ley 270 de 1996. Así las cosas, es responsabilidad del Estado garantizar el funcionamiento adecuado de las vías institucionales para la resolución de los conflictos que surgen de la vida en sociedad, con el propósito de que los ciudadanos puedan gozar de la efectividad de sus derechos fundamentales y se garantice la convivencia pacífica entre los asociados.

En relación con lo anterior, este derecho ha sido definido por esta Corporación como “la posibilidad reconocida a todas las personas residentes en Colombia de poder acudir en condiciones de igualdad ante los jueces y tribunales de justicia, para propugnar por la integridad del orden jurídico y por la debida protección o el restablecimiento de sus derechos e intereses legítimos, con estricta sujeción a los procedimientos previamente establecidos y con plena observancia de las garantías sustanciales y procedimentales previstas en las leyes”^[103].

En virtud de ello, la administración de justicia, como función pública que fue encomendada al Estado por parte de la Constitución^[104], es un medio para hacer efectivos los derechos, obligaciones, garantías y libertades consagrados en la ley y en la Carta Política en cabeza de los ciudadanos. En esa medida, así como el artículo 229 de la Constitución establece el derecho de todos los asociados de acceder a la administración de justicia; dicho derecho conlleva la obligación correlativa por parte del Estado de garantizar que dicho acceso sea **real y efectivo, y no meramente nominal**.

23. Es por ello que el derecho de acceso a la administración de justicia también se denomina “derecho a la tutela judicial efectiva”, pues el Estado no solamente está en la obligación de garantizar el derecho de los ciudadanos de acceder al aparato judicial a través de su participación en los procesos establecidos para ese propósito, sino que también implica que “a través de las actuaciones judiciales se restablezca el orden jurídico y se protejan las garantías personales que se estiman violadas”^[105].

En este sentido, de acuerdo con la interpretación de esta Corporación, el acceso a la justicia debe entenderse no solo como la posibilidad de acudir a los jueces competentes para dirimir una determinada controversia o conflicto, sino que además se debe entender como la posibilidad de que dicho planteamiento se **haga efectivo**, a través de la culminación del proceso con la determinación final del juez sobre el caso y el cumplimiento de la sentencia. En otras palabras, de acuerdo con lo dispuesto en la **Sentencia C-037 de 1996**^[106]:

*“(…) la función en comento [de garantizar el acceso a la administración de justicia] no se entiende concluida con la simple solicitud o el planteamiento de las pretensiones procesales ante las respectivas instancias judiciales; por el contrario, el acceso a la administración de justicia **debe ser efectivo**, lo cual se logra cuando, dentro de determinadas circunstancias y con arreglo a la ley, el juez garantiza una igualdad a las partes, analiza las pruebas, llega a un libre convencimiento, aplica la Constitución y la ley y, si es el caso, **proclama la vigencia y la realización de los derechos amenazados o vulnerados.**”^[107]. (Negritas fuera del texto original)*

*Esto supone que el desarrollo de dicho derecho esté orientado a garantizar: (i) el acceso a un juez o tribunal imparcial, como materialización del acceso a la justicia, (ii) a obtener la sentencia que resuelva las pretensiones planteadas de conformidad con las normas vigentes, y (iii) a que el fallo adoptado se cumpla efectivamente; siendo estos dos últimos elementos los que permiten la **materialización de la tutela judicial efectiva.***^[108]

*En esta línea, la Ley 270 de 1996 consagró el principio de celeridad como uno de los fundamentos principales de la Administración de Justicia, al imponer que “[la] administración de justicia debe ser pronta, cumplida y eficaz en la **solución de fondo** de los asuntos que se sometan a su conocimiento. Los términos procesales serán perentorios y de estricto cumplimiento por parte de los funcionarios judiciales”^[109]. (Negritas fuera del texto original)*

Lo anterior, necesariamente, conlleva a que dentro del ámbito de protección de las garantías constitucionales consagradas tanto en el artículo 29, como en los artículos 228 y 229 de la Constitución, se puede apreciar el derecho a obtener una respuesta oportuna frente a las pretensiones que se formulen y el derecho a que, en el trámite de las actuaciones judiciales, no se incurra en omisiones o dilaciones injustificadas^[110].

24. A partir de lo anterior, se evidencia que la protección del derecho de acceso efectivo a la administración de justicia tiene dos dimensiones: (i) la posibilidad de acudir ante un juez o tribunal a presentar las pretensiones para la protección de sus derechos o intereses y (ii) que dicho acceso a la justicia sea efectivo, al obtener la resolución de fondo de las pretensiones presentadas y que la misma se pueda hacer efectiva a través de su correcta ejecución.

*En esa medida, es importante tener en cuenta que el derecho de acceso a la justicia no se verifica únicamente con el hecho de acudir ante los jueces competentes, sino que implica que la persona que acude obtenga **una solución de fondo pronta, cumplida y eficaz**. Por ello, cuando quien concurre a la jurisdicción no obtiene respuesta de fondo en un término razonable, por razones imputables al aparato judicial, se puede concluir que existe vulneración del derecho de acceso efectivo a la administración de justicia.*

De igual modo, en lo que atañe a la vulneración del derecho fundamental de petición, la Constitución y la ley han determinado el término para su atención y de otro lado, la jurisprudencia de la Corte Constitucional en diferentes decisiones en sede de tutela, establece las características y núcleo esencial del mismo, veamos:

Acorde con la consagración Constitucional se tiene lo siguiente: *“Art. 23. Derecho de Petición. 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”².*

En punto de las peticiones elevadas al interior de un proceso judicial, indicó la Corte Constitucional en Sentencia T- 394-2018, lo siguiente:

“El derecho de petición ante autoridades judiciales – Reiteración jurisprudencial

² Constitución Política de Colombia.

5.1. A partir de la jurisprudencia constitucional que ha desarrollado el núcleo y alcance del derecho de petición consagrado en el artículo 23 de la Constitución Política, se ha establecido que este tiene dos dimensiones fundamentales: la primera implica la facultad de presentar solicitudes respetuosas a las entidades públicas y privadas, y la segunda comprende el derecho a tener respuesta oportuna, clara, completa y de fondo a las peticiones presentadas^[35].

De esta forma, dicha garantía fundamental refiere a la posibilidad de las personas de elevar peticiones respetuosas ante las autoridades, las cuales deben ser resueltas de manera pronta y oportuna. Este deber se extiende a las autoridades judiciales, quienes se encuentran obligadas a resolver las solicitudes de los peticionarios en los términos prescritos por la Ley y la Constitución para tal efecto.^[36]

5.2. Ahora bien, en lo que respecta al derecho de petición ante autoridades judiciales, esta Corporación ha precisado sus alcances al manifestar que si bien es cierto que el derecho de petición puede ejercerse ante los jueces y en consecuencia estos se encuentran en la obligación de tramitar y responder las solicitudes que se les presenten,^[37] también lo es que *"el juez o magistrado que conduce un proceso judicial está sometido -como también las partes y los intervinientes- a las reglas del mismo, fijadas por la ley, lo que significa que las disposiciones legales contempladas para las actuaciones administrativas no son necesariamente las mismas que debe observar el juez cuando le son presentadas peticiones relativas a puntos que habrán de ser resueltos en su oportunidad procesal y con arreglo a las normas propias de cada juicio"*.^[38]

En este sentido, la Corte ha sostenido que el alcance del derecho de petición encuentra limitaciones respecto de las peticiones presentadas frente a autoridades judiciales, toda vez que han de diferenciarse los tipos de solicitudes, las cuales pueden ser de dos clases: (i) las referidas a actuaciones estrictamente judiciales, que se encuentran reguladas en el procedimiento respectivo de cada juicio, debiéndose sujetar entonces la decisión a los términos y etapas procesales previstos para tal efecto; y (ii) aquellas peticiones que por ser ajenas al contenido mismo de la *litis* e impulsos procesales, deben ser atendidas por la autoridad judicial bajo las normas generales del derecho de petición que rigen la administración y,^[39] en especial, de la Ley 1755 de 2015^[40].

En este orden, la omisión del funcionario judicial en resolver las peticiones relacionadas a su actividad jurisdiccional según las formas propias del proceso respectivo, configura una violación del debido proceso y del

derecho al acceso a la administración de justicia^[41]. Por otro lado, la omisión de la autoridad jurisdiccional en resolver las peticiones formuladas en relación con los asuntos administrativos constituye una vulneración al derecho de petición^[42]." NEGRILLAS FUERA DEL TEXTO

En consonancia con lo anterior, debe destacarse que, el término para dar respuesta a la solicitud de conversión de la acción penal pública en privada, se encuentra regulado en el artículo 31 de la ley 1826 de 2017 que adicionó el artículo 553 a la ley 906 de 2004:

Artículo 553. Solicitud de conversión. *Quien según lo establecido por este título pueda actuar como acusador privado, a través de su apoderado, podrá solicitar al fiscal de conocimiento la conversión de la acción penal de pública a privada. La solicitud deberá hacerse de forma escrita y acreditar sumariamente la condición de víctima de la conducta punible.*

El fiscal tendrá un (1) mes desde la fecha de su recibo para resolver de fondo sobre la conversión de la acción penal.

En caso de pluralidad de víctimas, la solicitud deberá contener la manifestación expresa de cada una coadyuvando la solicitud. NEGRILLAS FUERA DEL TEXTO.

A su vez, se indicó en la citada normativa los parámetros que debe contener la decisión que da respuesta a la solicitud de conversión de la acción penal:

ARTÍCULO 32. La Ley 906 de 2004 tendrá un nuevo artículo 554, así:

Artículo 554. Decisión sobre la conversión. El fiscal decidirá de plano sobre la conversión o no de la acción penal teniendo en cuenta lo previsto en el inciso siguiente.

En caso de aceptar la solicitud de conversión, señalará la identidad e individualización del indiciado o indiciados, los hechos que serán objeto de la acción privada y su calificación jurídica provisional.

No se podrá autorizar la conversión de la acción penal pública en privada cuando se presente alguna de las siguientes circunstancias:

- a) Cuando no se acredite sumariamente la condición de víctima de la conducta punible;
- b) Cuando no esté plenamente identificado o individualizado el sujeto investigado;
- c) Cuando el indiciado pertenezca a una organización criminal y el hecho esté directamente relacionado con su pertenencia a esta;
- d) Cuando el indiciado sea inimputable;
- e) Cuando los hechos guarden conexidad o estén en concurso con delitos frente a los que no procede la conversión de la acción penal pública a acción privada;
- f) Cuando la conversión de la acción penal implique riesgo para la seguridad de la víctima;
- g) Cuando no haya acuerdo entre todas las víctimas de la conducta punible;
- h) Cuando existan razones de política criminal, investigaciones en contexto o interés del Estado que indiquen la existencia de un interés colectivo sobre la investigación;
- i) Cuando se trate de procesos adelantados por el sistema de responsabilidad penal para adolescentes;

j) Cuando la conducta sea objetivamente atípica, caso en el cual el Fiscal procederá al archivo de la investigación.

Si el acusador privado o su representante tuvieron conocimiento de alguna de las anteriores causales y omitieron ponerla de manifiesto, se compulsarán copias para las correspondientes investigaciones disciplinarias y penales.

El Fiscal General de la Nación ejerce de forma preferente la acción penal y en virtud de ello en cualquier momento podrá revertir la acción penal a través de decisión motivada con base en las anteriores causales.

PARÁGRAFO. *El Fiscal General de la Nación deberá expedir, en un término no mayor a 6 meses a partir de la entrada en vigencia de la presente ley, un reglamento en el que se determine el procedimiento interno de la entidad para garantizar un control efectivo en la conversión y reversión de la acción penal.” NEGRILLAS FUERA DEL TEXTO.*

Lo anterior, fue replicado en la Resolución 2417 del 11 de julio de 2017 de la Fiscalía General de la Nación “por medio de la cual se establece el procedimiento interno para garantizar un control de la conversión y reversión de la acción penal” estableciéndose en los artículos 9 y ss:

(...)

ARTÍCULO 9o. PROCEDIMIENTO PARA RESOLVER SOBRE LA SOLICITUD DE CONVERSIÓN. *Corresponde a la Fiscalía General de la Nación decidir sobre la solicitud de conversión de la acción penal, de conformidad con el artículo 26 de esta resolución. Para concederla o negarla, se tendrá un término de un (1) mes calendario desde el recibo de la solicitud.*

Cuando la solicitud de conversión se presente junto con la denuncia o querrela, el término de un (1) mes empezará a correr a partir del momento en que la noticia criminal haya sido asignada.

PARÁGRAFO 1o. *De considerarlo necesario, el fiscal que resuelva la conversión podrá ordenar actividades investigativas que le permitan establecer la procedencia de la conversión de la acción penal de acuerdo con las necesidades de política criminal e interés colectivo.*

PARÁGRAFO 2o. *El Fiscal General de la Nación podrá resolver sobre la solicitud de conversión en cualquier momento*

ARTÍCULO 10. CONTENIDO DE LA DECISIÓN DE CONVERSIÓN. *En los eventos en que se autorice la conversión de la acción penal, la orden judicial deberá señalar: (i) la identidad e individualización del indiciado o indiciados, (ii) los hechos que serán objeto de la acción privada, y (iii) su calificación jurídica provisional.*

PARÁGRAFO. *En el evento en que se tenga conocimiento de un nuevo indiciado, se busque modificar la calificación jurídica, incluir nuevos hechos en el proceso o sustituir el apoderado o representante, el acusador privado, a través de su abogado de confianza, deberá informar al fiscal que tiene asignado el caso para que este tome la decisión sobre si estas modificaciones pueden seguir estando cobijadas por la orden de conversión inicial.*

Acorde con los hechos de la tutela, la pretensión del accionante está encaminada a que la Fiscalía 109 Seccional de Andes, Antioquia emita una respuesta de fondo a la solicitud de

conversión de la acción penal pública en privada, de conformidad con lo dispuesto en artículo 549 y siguientes del Código de Procedimiento Penal, ello dentro proceso con radicación final 2020-02068 donde KOBA COLOMBIA S.A.S —propietaria de los establecimientos de comercio D1 donde— funge como víctima.

Es de advertir que, en el transcurso de la presente acción y ante respuesta de la parte accionada, se estableció que la Fiscalía 109 Seccional de Andes, Antioquia, emitió respuesta a la solicitud de conversión de la acción penal, misma que fue notificada al accionante; no obstante, conforme constancia obrante en el expediente, éste considera que la respuesta emitida no es de fondo, en tanto no cumple con las directrices dispuestas por la norma, al no estar motivada la decisión en los términos de ley, a más de no allegarse los elementos materiales probatorios.

En consonancia con lo anterior, luego de analizar la citada respuesta, concluye la Sala que, que le asiste razón al accionante; la razón, la Fiscalía le informó al actor que: “...accederá a su petición de *CONVERSION* de la acción penal publica a *PRIVADA* de conformidad con lo establecido en los artículos 549 del C.P.P. para lo cual deberá sujetarse a lo establecido en la resolución 02418 de 2017”. **Si ello es así**, la respuesta debe contener, además: “la identidad e individualización del indiciado o indiciados, los hechos que serán

objeto de la acción privada y su calificación jurídica provisional"³, así mismo, deberá entregarse la orden de conversión⁴, la guía básica sobre los deberes y responsabilidades del acusador privado y el traslado de los elementos materiales probatorios, evidencia física e información legalmente obtenida⁵. Ello, en el entendido que, no solo feneció el termino de ley — un mes— para que el Fiscal resolviera de fondo la solicitud de conversión de la acción penal, también, lo reclamado por el accionante no se agota con la simple expedición de una respuesta formal, sino que, por la particularidad de la petición cuyo objeto es el ejercicio de la acción penal en cabeza de un particular denominado acusador privado, exige que la respuesta cumpla con las directrices fijadas por la ley, puesto que, a partir de ella, se materializa no solo el derecho fundamental de acceso a la administración justicia sino el debido proceso; lo dicho en precedencia, no implica que la respuesta deba brindarse de determinada manera, pues independientemente de que se acepte o

³ Artículo 32 de ley 1826 de 2017 que adiciona el artículo 554 a la ley 906 de 2004 en concordancia con lo dispuesto en el artículo 10 de Resolución 2417 de 2017 expedida por FGN

⁴ Resolución 2417 de 2017: "...**ARTÍCULO 11. ENTREGA DE LA ORDEN DE CONVERSIÓN.** La orden de conversión será entregada al solicitante o a su abogado. También, se entregará una guía básica sobre los deberes y responsabilidades del acusador privado y su abogado, así como sobre las pautas para que el apoderado alimente los sistemas de información de la Fiscalía General de la Nación.

El traslado de la custodia de los elementos materiales probatorios, evidencia física e información legalmente obtenida que reposen en la Fiscalía General de la Nación deberá hacerse de forma presencial al solicitante o a su abogado.

⁵ Artículo 37 ibidem

no la conversión de la acción penal, la respuesta debe ceñirse a los postulados dispuestos que para tal fin desarrolla la ley 1826 de 2017 y demás regulaciones expedidas por la Fiscalía General de la Nación.

Ahora, de acuerdo a lo informado por el Grupo de Conversión y Reversión de la Delegada para la Seguridad Ciudadana, la Fiscalía 109 Seccional de Andes, no ha dado traslado a la citada solicitud en los términos dispuestos en el artículo 26 de la Resolución 2417 de 2017 modificado por la resolución 3161 de 2017 de la Fiscalía General de la Nación, que reza:

ARTÍCULO 26. CENTRALIZACIÓN DE LA RESPUESTA A SOLICITUDES DE CONVERSIÓN Y REVERSIÓN. *<Artículo modificado por el artículo 1 de la Resolución 3162 de 2017. El nuevo texto es el siguiente:> La Delegada para la Seguridad Ciudadana conformará un grupo que decidirá sobre las solicitudes de conversión y reversión que se presenten en todas las dependencias misionales de la entidad.*

Cuando se reciba una solicitud de conversión, o se estime necesario ordenar la reversión, el fiscal que conozca el caso deberá remitir al Grupo Central de Conversión y Reversión, en medio magnético y de forma inmediata, la siguiente documentación para que emita la decisión correspondiente:

a) La solicitud de conversión o reversión;

b) *El poder allegado por el peticionario;*

c) *Un breve resumen del caso que contenga al menos: (i) una reseña de los hechos; (ii) los actos de investigación realizados y los resultados obtenidos con estos; (iii) un concepto sobre la procedencia de autorizar la conversión o reversión solicitada, junto con la información de conocimiento que resulte pertinente para determinar la aplicación de los criterios de negación de la conversión, incluyendo los de política criminal e interés del Estado;*

d) *La carpeta del caso, solo cuando sea requerida por el Grupo Central de Conversión y Reversión.*

Una vez resuelta la solicitud de conversión de la acción penal por parte del grupo central, el fiscal a cargo del caso deberá asumir las actividades relacionadas con las notificaciones y comunicaciones al acusador privado; la entrega de la orden de conversión y la contraseña para el acceso a la plataforma que alimenta el sistema de información misional de la entidad; el traslado de la custodia de los elementos materiales probatorios, evidencia física e información legalmente obtenida; y demás requerimientos relacionados con el caso, cuando correspondan.

PARÁGRAFO 1. *Las Direcciones Seccionales y Nacionales designarán un funcionario que facilite la articulación y coordinación con el Grupo Central de Conversión y Reversión de la Delegada para la Seguridad Ciudadana. Este funcionario actuará como conducto para remitir al*

Nivel Central la documentación de los casos a la que hace referencia el presente artículo.

PARÁGRAFO 2. *Una vez se cuente con información suficiente para unificar criterios, armonizar su práctica con el funcionamiento de la política criminal y garantizar el control efectivo de la conversión y reversión de la acción penal, se determinará el procedimiento para descentralizar la función de decisión de las solicitudes de conversión y reversión, así como la necesidad de capacitar a los servidores de las dependencias misionales en las directrices formuladas.*

Adicionalmente, la Dirección de Políticas y Estrategia expedirá la "Guía para responder solicitudes de conversión y reversión", con base en la cual los fiscales decidirán sobre las solicitudes que reciban.

Corolario de lo expuesto, considera la Sala que la respuesta brindada al accionante, no es una respuesta de fondo y coherente con los parámetros establecidos en la ley y Resoluciones ya referenciados, de suerte que, no solo continua la vulneración a los derechos fundamentales de petición y acceso a la administración de justicia, también al debido proceso, en tanto la respuesta a la solicitud de conversión de la acción penal debe surtirse bajo los ritos ya anunciados.

En consecuencia, se **ORDENARÁ** a la **FISCALÍA 109 SECCIONAL DE ANDES, ANTIOQUIA**, que en un término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes, contadas a partir de la notificación de esta sentencia, emita el concepto que corresponda y dé traslado de la solicitud de conversión de la acción penal impetrada por el accionante el 20 de setiembre de 2021, conforme los parámetros dispuesto en la ley 1826 de 2017 y la Resolución 2417 de 2017 de la FGN al **GRUPO DE CONVERSIÓN DE LA ACCIÓN PENAL DE LA DELEGADA PARA LA SEGURIDAD CIUDADANA**, despacho que su vez, deberá resolver de fondo la solicitud en un término que no podrá superar ocho (08) días hábiles contados a partir del recibo de la misma, la cual además, deberá ser notificada en debida forma al accionante.

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

5. RESUELVE

PRIMERO: TUTELAR los derechos fundamentales de petición, acceso a la administración de justicia y debido proceso en

favor del señor Sebastián García Rincón vulnerado la Fiscalía 109, conforme a las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: SE ORDENA a la **FISCALÍA 109 SECCIONAL DE ANDES, ANTIOQUIA**, que en un término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes, contadas a partir de la notificación de esta sentencia, emita el concepto que corresponda y dé traslado de la solicitud de conversión de la acción penal impetrada por el accionante el 20 de setiembre de 2021, conforme los parámetros dispuesto en la ley 1826 de 2017 y la Resolución 2417 de 2017 de la FGN al **GRUPO DE CONVERSIÓN DE LA ACCIÓN PENAL DE LA DELEGADA PARA LA SEGURIDAD CIUDADANA**, despacho que su vez, deberá resolver de fondo la solicitud en un término que no podrá superar ocho (08) días hábiles contados a partir del recibo de la misma, la cual además, deberá ser notificada en debida forma al accionante.

TERCERO: Infórmesele a las partes que esta decisión puede ser impugnada dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación. Una vez en firme esta providencia, se ordena la remisión del cuaderno original ante la Honorable Corte Constitucional para efectos de su eventual revisión

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**

Radicado: 050016108500202002068
No. interno: 2021-1691-2
Accionante: Sebastián García Rincón
Accionado: Fiscalía 109 Seccional
de Andes-Antioquia.

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:

**c4936182136287d3b4697bf2b17a23160b701071274e206b12e5
15c6e4d30a91**

Documento generado en 11/11/2021 05:03:11 PM

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

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE ANTIOQUIA SALA PENAL

M. P. NANCY ÁVILA DE MIRANDA



Ref.: Acción Tutela segunda instancia
Radicado: 05837 3104001-2021-00228-00
No. Interno: 2021-1639-2
Accionante: CLAUDIA VICTORIA CARRASQUILLA MINAMI
Afectado: ALEJANDRO ABUCHAR GONZÁLEZ
Accionados: JUZGADO TERCERO PROMISCOO
MUNICIPAL DE TURBO
Decisión: SE DECRETA NULIDAD

Medellín, once (11) de noviembre de dos mil veintiuno (2021)
Aprobado según acta No.100

1. ASUNTO A DECIDIR

Sería del caso resolver la impugnación interpuesta por la doctora Claudia Victoria Carrasquilla Minami contra el fallo No. 82 del 05 de octubre de 2021 emitida por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Turbo-Antioquia, 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 proceso, por una indebida integración del contradictorio, como quiera que, no

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.

se vinculó a la actuación constitucional a todas las partes e interviene dentro del proceso penal con Rdo. 050016099150202000151, en tanto lo requerido por la accionante es el decreto de la nulidad de la audiencia de formulación de imputación realizada al señor Alejandro Abuchar González, acto partir del cual se vinculó al citado proceso.

DE LA DEMANDA Y SUS FUNDAMENTOS

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

“Señaló la abogada CLAUDIA VICTORIA CARRASQUILLA MINAMI en su escrito de tutela que recibió poder por parte de su prohijado, el día primero (01) de septiembre de dos mil veintiuno 2021, para obrar como abogada de confianza dentro de la investigación penal que adelanta la Fiscalía 25 Seccional Adscrita a la Unidad de Delitos contra la Administración Pública de Antioquia por la conducta punible de peculado por apropiación en favor de terceros, con radicado N° 05045609915020200015 y siendo las 16:46 horas envió al correo del despacho judicial el mandato judicial conferido, para que se le reconociera personería jurídica y poder actuar en remplazo del anterior abogado JAIRO ÁLVAREZ, quien renuncio.

Manifiesta la abogada que su poderdante le informó de la audiencia de formulación de imputación programada para el día dos (2) de septiembre del año en curso, por ello solicitó al Juzgado el aplazamiento de la diligencia, indicando como sustento normativo los artículos 124 y 125, numeral 2, y 8 de los principios rectores y garantías procesales, de acuerdo al literal 1 del Código de Procedimiento Penal, e informa de la existencia de otra diligencia judicial llevada a cabo por el Juzgado Promiscuo municipal de Santa Fe de Antioquia, en la cual obra como representante de víctimas, y que la audiencia estaba programada previamente para las 9:30 de la mañana.

De otro lado aduce, que el día dos (2) septiembre a las 8:48 AM, recibe del despacho correo electrónico donde se remite el LINK de conexión para la audiencia, si haber emitido el juzgado comunicación alguna, sobre la

petición de aplazamiento presentada, por lo cual procede a comunicarse con el secretario del despacho, donde le indicaron que el juez había resuelto negar la petición de aplazamiento, dado que ya se había concedido el aplazamiento a otros abogados y no era posible hacerlo de nuevo, el juez enviaría el LINK y si no hacía presencia en la audiencia se designaría un abogado de oficio. Teniendo en cuenta lo anterior, envió un nuevo mensaje al despacho siendo las 9:00 AM, solicitando reconsiderase la solicitud, haciendo caso omiso.

Expone la accionante que siendo las 10:26 de la mañana el juez instaló la audiencia de formulación de imputación, su poderdante hizo presencia inicialmente y se desconectó previa comunicación con su defensora, quien le indico que lo hiciera manifestándole que el juez no podía obligarlo a ser imputado en presencia de una abogada de oficio, teniendo abogada de confianza. Ante el suceso siendo 10:35 el juez indica que transcurridos 5 minutos el señor ALEJANDRO ABUCHAR, no se reconectó a la audiencia y no contestó lo llamados que le realizare el juzgado, indicando previamente que la defensa presentó solicitud de aplazamiento para preparar la defensa, negándose la solicitud, aduciendo que posteriormente la defensa reitera la solicitud, rechazándola porque no mencionó en que juzgado tenía audiencia cruzada, además porque la audiencia ya había sido aplazada, finalmente indica que si la defensa persistía en no presentarse en la audiencia, nombraría una abogada de la defensoría, que fue citada previamente por el despacho, para posteriormente indicar que aceptaba la renuncia de la defensora contractual del investigado, quien nunca presento su renuncia, para luego solicitarle a la defensora publica que hiciera su presentación.

Según la accionante el juez indica que en vista que no aceptaba la justificación para solicitar el aplazamiento, daría aplicación a lo dispuesto en el artículo 291 del Código de Procedimiento Penal, que se refiere a la contumacia, ya que si el indiciado siendo citado en los términos ordenados por el Código sin causa justificada probada así sea sumariamente, no comparece, se realizará con el defensor que haya designado para su representación en la audiencia, agregando que como el señor ALEJANDRO ABUCHAR se conectó a la audiencia y pese a que se le indicó que la abogada no estaría presente, se desconectó y no volvió a ingresar; y como

la norma indica que si el defensor tampoco acude sin que justifique su inasistencia el Juez procederá a designar de la lista suministrada por el sistema nacional de la Defensoría Pública, nombrando a la abogada CIRIS MARÍA ASPRILLA como defensora de oficio.

Por último, manifiesta la accionante que mediante una posición y decisión arbitraria del juez se realiza la formulación de imputación a su poderdante y a otras personas, sin brindarse las garantías procesales y vulneró sus derechos fundamentales a la defensa y al debido proceso, por lo cual debe decretarse la nulidad de la audiencia de formulación de imputación..."

3. DEL FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

La Juez de Primera Instancia luego de verificar los requisitos de procedibilidad relacionados con la inmediatez y subsidiariedad, niega el amparo deprecado por la doctora Claudia Victoria Carrasquilla Minami en favor de su mandante el señor Alejandro Abuchar González, al no avizorar irregularidad de tal magnitud que conduzca a la declaratoria de la nulidad, en tanto la consecuencia negativa que presuntamente se generó con la declaratoria de contumaz del señor ABUCHAR GONZALEZ y la materialización de aquella audiencia en presencia de defensor de oficio, no constituye en esencia una afectación de tal magnitud que intervenga en el derecho a la defensa y debido proceso.

De igual modo, destacó que la acción de tutela no era el mecanismo ideado para pretender tal nulidad, cuando no se ha agotado todas las instancias procesales existentes para este fin; especialmente cuando el artículo 457 del estatuto procesal penal contempla la posibilidad de acudir a su aplicación en sede de juicio y efectuarse el debido debate que tal figura demanda.

En virtud de lo anterior, dispuso esa Judicatura:

(...)

PRIMERO: NEGAR las pretensiones invocadas por la Abogada CLAUDIA VICTORIA CARRASQUILLA MINAMI, quien actúa en representación del señor ALEJANDRO ABUCHAR GONZÁLEZ, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia...”

4. ARGUMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN

Al estar en desacuerdo con la decisión de primera instancia, la doctora **Claudia Carrasquilla Minami** impugna la decisión y la sustenta en los siguientes términos:

“PRIMERO: Resulta contradictorio que el juez de tutela al referirse a las consideraciones del despacho en cuanto a los requisitos para la procedencia de la tutela haga alusión a “la subsidiariedad”, indicando que tiene un carácter residual, por cuanto no se cuenta con otro medio ordinario de defensa para los derechos que se consideren amenazados, o cuando aún existiendo dicho mecanismo, no reviste la suficiente efectividad y celeridad para salvaguardar oportunamente los derechos afectados, además de manifestar que cuando la abogada se esta “refiriendo a derechos fundamentales vulnerados”, la tutela, se “constituye como la vía adecuada para solicitar la protección de los mismos en favor del representado”. (Pg. 6), para terminar concluyendo cuando hace referencia al “caso en concreto” (Pg. 14) refiere que “no es la acción de tutela el mecanismo ideado para pretender la nulidad en razón de la vulneración al debido proceso y la defensa”, por cuanto deben agotarse las instancias procesales existentes para éste fin, como lo dispuesto en los artículo 338 y 457 del estatuto procesal penal.

SEGUNDO: Frente al abordaje de los problemas jurídicos indica que deben resolverse tres aspectos esenciales como son: “La procedencia de la tutela contra las providencias judiciales; los derechos vulnerados y el caso en concreto”.

En cuanto a la procedencia de la tutela contra providencias judiciales, hace alusión a varias sentencias constitucionales, como la T-376 de 2018, donde se reconoce la procedencia de la tutela, para los casos donde se vulneran los derechos fundamentales de una persona, aun cuando lo genere quienes actúan en ejercicio de una función oficial; Así mismo refiere la sentencia C-543 de 1992, la cual indica que la tutela solo procede frente a actuaciones de hecho que impliquen una grave vulneración a los derechos fundamentales; Enuncia así mismo el contenido de la sentencia T-590 de 2005, donde se varía el término de vía de hecho por criterios de

procedibilidad, clasificándolos carácter general y específico; donde en los criterios generales debe existir una relevancia constitucional; Agotar medios ordinarios y extraordinarios; inmediatez; que la irregularidad tenga un efecto decisivo en la sentencia que se impugna afectando derechos fundamentales de la parte actora; se logre identificar por el actor los hechos que generan la afectación de los derechos vulnerados; que no se trate de una sentencia de tutela. En cuanto a los requisitos específicos se refiere a los defectos orgánicos; procedimental; material; error inducido; decisión sin motivación; desconocimiento del precedente y violación directa de la Constitución.

Tutelas que de acuerdo a la línea jurisprudencial enunciadas, indican que es procedente la tutela contra la decisión del juez accionado, porque es el mecanismo constitucional frente a la vulneración del debido proceso y la defensa, que junto a los esbozado en las consideraciones del despacho cuando hace referencia a la subsidiariedad como ya se dijo, permite establecer que en efecto los derechos al debido proceso y defensa fueron vulnerados flagrantemente por el Juez Tercero Promiscuo de Turbo y éste es el mecanismo constitucional idóneo para reclamar frente a la vulneración de los derechos del imputado.

(...)

Al referirse frente a los derechos vulnerados, se remite a lo dispuesto en la Sentencia C-163 de 2019 definiéndolos como un conjunto de garantías para la protección del sujeto a una actuación judicial o administrativa para que durante su trámite se respeten las formalidades propias de cada juicio, observando la plenitud de las formas previamente establecidas en la ley con el fin de preservar los derechos de quienes se encuentran inmersos en una relación jurídica, en donde la actuación conduzca a una decisión que afecta al sujeto vinculado.

Afirma que el debido proceso cobija el derecho a la defensa, donde supone la garantía que pueda emplear todos los medios legítimos y adecuados para ser oído y pretender una decisión favorable, donde cada ciudadano debe contar con el tiempo y medios adecuados para la preparación de su estrategia y posición, lo cual lleva implícito la facultad procesal de pedir y allegar pruebas, controvertir las que se aporten en su contra, formular peticiones y alegaciones e impugnar las decisiones que se tomen.

Estos derechos fueron desconocidos por parte del juez de tutela, ya que a pesar que enuncia como referencia la sentencia de la Corte C-163 de 2019 para explicar cuando se vulneran los derechos fundamentales, luego desconoce los requisitos allí referidos acogiendo los planteamientos del Juzgado Tercero Promiscuo, que además de falaces, violaron caprichosa e irrespetuosamente los derechos del señor Alejandro Abuchar González.

Esta afirmación se fundamenta en que el accionado argumentó que en efecto recibió el día 1 de septiembre de 2021 a las 16:46 un correo en el que se anexaba un poder y la solicitud de un aplazamiento de audiencia, sin ser diligenciada por la abogada, además de carecer de su firma.

Así mismo dijo que no se cumplían los requisitos del artículo 125 del Código de Procedimiento Penal, porque no se está en la etapa del juicio oral, insistiendo que no fue firmado por la abogada.

Que además el Juzgado tiene un horario y como la solicitud se hizo catorce minutos antes no se resolvió el mismo día, ordenando comunicarse a las 8:22

del día siguiente a través del citador para que informara que no se aceptaba la solicitud de aplazamiento.

Si se observan éstos argumentos señalados por el accionado, puede concluirse que además de estar alejados de la verdad, son caprichosos y no obedecen a las normas procesales.

(...)

Tergiversa la verdad el juez, ya que el correo es claro, toda vez que dicha comunicación fue enviada por la señora Tatiana Giraldo, quien es asistente de la oficina; donde expresamente indicó que en nombre de la abogada Claudia Victoria Carrasquilla Minami, remite el poder y solicita el aplazamiento de la audiencia con el fin de preparar la misma y en razón de la existencia de una audiencia previamente fijada en el mismo horario.

Resulta extraño, que de lo que se duele el Juez al indicar que no aceptó la petición porque no fue realizada directamente por la abogada, y catorce minutos antes de cerrarse el horario del despacho, incurra en lo mismo, enviando razón telefónica con el citador al teléfono de la asistente de la oficina, sin responder formalmente la petición, soslayando su deberes como autoridad ante quien se presentó la petición, debiendo hacerlo en los términos de ley que así refiere el Código General del Proceso, ya enunciados.

Constituye esta evidencia clara y contundente que a partir de esta situación planteada y que puede verificarse con los elementos aportados por esta accionante, de donde echa de menos, que el juez de tutela no analizó los audios de las audiencias solicitadas como prueba; se deduce sin lugar a dudas que vulneró el debido proceso, porque no actuó conforme a los principios que regulan el proceso penal como es el de legalidad, donde debía actuar con la observancia de las formas propias de cada juicio; no mintiendo sobre la realidad de lo solicitado en tiempo y forma por la defensa, con el fin de llevar a cabo una audiencia que no tiene términos y por tanto puede hacerse en cualquier tiempo; donde el aplazamiento solicitado estaba justificado real y legalmente, del cual no puede castigarse al nuevo abogado y al indicado con el pretexto que con anterioridad se habían presentado otros aplazamientos, en los cuales de acuerdo a lo que puede escucharse de las audiencias no son imputables al señor Alejandro Abuchar y menos a esta abogada que no hace parte de la bancada de defensa que existía anteriormente. Con su comportamiento se vulneró el derecho a la contradicción ya que las partes tienen derecho a conocer y controvertir las pruebas.

De eso no se ocupa el juez de tutela en referirlo, ya que solo se limita lacónicamente a decir que como el señor Alejandro Abuchar González sabía con anticipación la fecha de la audiencia, debió realizar la sustitución del defensor de confianza con antelación y peor aún que el defensor debía asumir el caso en el estado que se encontraba, desconociendo el derecho a la defensa como ya se ha referido ampliamente a conocer el proceso y a preparar la defensa.

Frente a la contumacia no hace el respectivo análisis jurisprudencial, ni normativo en torno a la aplicación del mismo, como se argumento en la tutela, limitándose a decir que violaría el debido proceso y el derecho a la defensa si se hubiera omitido localizar al indiciado, quedando claro que este sabía de la audiencia.

Resulta extraña y fuera de contexto este argumento ya que es claro que la contumacia tiene unos requisitos específicos para darle aplicación, como el carácter excepcional, ya que luego de agotados todos los mecanismo de citación se pudiera concluir que el indiciado no quiere comparecer a la audiencia y es precisamente este hecho puntual uno de los aspectos en lo que constituye la violación al debido proceso y defensa; ya que requiere que se justifique por parte de la judicatura y no del indiciado que este no quiere comparecer a la audiencia.

Frente al hecho quedó claro que previamente y con justa causa se solicitó en debida forma el aplazamiento para la audiencia de imputación, de la cual a diferencia del cumplimiento por parte de la defensa en justificar tal situación, el Juez no lo aceptó, ni comunicó en debida forma, obligando que la defensora cancelara una audiencia notificada previamente, para asistir a esta; acudiendo a la medida más extrema de declarar contumaz al señor Abuchar González, violándole sus derechos al debido y proceso y a estar asistido por su defensor de confianza, del cual sabía la razón por la cual no podía hacerse presente, sin aceptarlo, imponiendo la realización de la audiencia con un abogado de oficio que no hizo respetar los derechos del indiciado a comunicarse con él por lo menos.

Es tan evidente la actuación irregular y exagerada del juez, que si en efecto la Fiscalía considerar que el señor Abuchar era renuente a comparecer al proceso hubiera iniciado una acción de declaratoria de persona ausente; lo cual no podía hacer porque inclusive previamente cuando estaba representado por otro defensor de confianza se ofreció su interrogatorio.

En cuanto al caso en concreto, dice que el accionante acude al juez de tutela solicitando la nulidad de audiencia de formulación de imputación efectuada en contra del señor Alejandro Abuchar González, la cual se hizo desatendiendo una solicitud de aplazamiento y en su defecto llevando a cabo la audiencia, declarando contumaz al indiciado, nombrando abogado oficioso con el fin de llevar a cabo la referida audiencia.

Señala que de acuerdo a la jurisprudencia referida y en atención a la situación jurídica presente, se tiene que los derechos invocados por la defensa al debido proceso "efectivamente se afectan", al desconocer el derecho del procesado a conocer la conducta por la cual se le vincula al proceso penal; así como las circunstancias de tiempo, modo y lugar, que debido a la acción u omisión, que generó la activación del estado en la persecución, donde hay lugar a la afectación cuando no se brinda la facultad de contar con la defensa técnica y material.

(...)

Frente al cambio de defensor contractual que de manera voluntaria efectuó el señor Alejandro Abuchar, implica que el defensor que llega a asumir el cargo debe hacerlo en las condiciones en que el proceso se encuentre, ya que desde el mes de agosto el juez advirtió de las ausencias de abogados e indiciados, agregando que " la audiencia de imputación de cargos es un acto de comunicación, que admite revisión para efectos de nulidad, respecto de los hechos jurídicamente relevantes, en la audiencia de formulación de acusación".

En cuanto a la contumacia, indica que tampoco es violatorio de derecho fundamental alguno, puesto que "no nace de la omisión en la localización del indiciado", si no en los aplazamientos anteriores de otros indiciados y

abogados y al hecho que el Juez no autorizó el aplazamiento solicitado por la nueva defensa.

Afirma que la nulidad requerida es subsanable, reparable, a través de lo dispuesto en el artículo 339 del Código de Procedimiento Penal; por cuanto mediante acción de tutela no puede reemplazarse al juez ordinario.

Dice que en cuanto a la actuación de la abogada de oficio, designada por el Juez Tercero de Turbo, estuvo ajustada por veló por los intereses del procesado. Una vez enunciados estos argumentos niega las pretensiones de la tutela..."

En vista de lo anterior, solicita se aojan los planteamientos esbozados, y en consecuencia se decrete la nulidad de la audiencia de formulación de imputación.

5. CONSIDERACIONES DE LA CORPORACIÓN

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 la accionante en el presente amparo, esto es, la declaratoria de nulidad de audiencia la formulación de la imputación realizada al señor Alejandro Abuchar González el día 2 de septiembre de 2021 ante el Juzgado Tercero Promiscuo Municipal con funciones de Control de Garantías de Turbo, Antioquia dentro proceso con CUI 050016099150202000151, y pese a que el a quo vinculó a quien en la citada diligencia asistió los intereses al señor Abuchar González, doctora CIRIS MARÍA ASPRILLA MOSQUERA, no se integró el contradictorio con las demás partes e intervinientes dentro de la citada actuación, de la cual se reitera, se deprecia la nulidad.

En vista de lo anterior, refulge con nitidez la imperiosa necesidad de vincular a la presente acción de tutela, a la Fiscalía 25 Seccional adscrita a la Unidad de Delitos contra la Administración Pública, al Delegado del Ministerio Público, además de quienes obren como víctimas en la citada actuación judicial, en tanto puede verse afectada con los resultados 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:

“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 Fiscalía 25 Seccional adscrita a la Unidad de Delitos contra la Administración Pública, el Delegado del Ministerio Público, además de quienes obren

como víctimas dentro del proceso con rdo. 050016099150202000151, en tanto que, se reitera, pueden verse afectados 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 a la Juez de primera instancia, que vincule al trámite de tutela a la Fiscalía 25 Seccional adscrita a la Unidad de Delitos contra la Administración Pública, al Delegado del Ministerio Público, además de quienes obren como víctimas dentro del proceso con Rdo. 050016099150202000151. 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 Primero Penal del Circuito de Turbo, 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 a la Juez de primera instancia, que integre el contradictorio con la Fiscalía 25 Seccional adscrita a la Unidad de Delitos contra la Administración Pública, al Delegado del Ministerio Público, además de quienes obren como víctimas dentro del proceso con Rdo.

050016099150202000151, 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**

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**

Firma Con Salvamento De Voto

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:

**6834927762a5d13fb0b5ff256cc9c91a23d4f0f30d69e9093629cbe52079
9149**

Documento generado en 11/11/2021 05:04:18 PM

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

**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: 05 837 60 00353 2015 80581
INTERNO: 2021-0118-2
DELITO: HOMICIDIO AGRAVADO EN CONCURSO
HETEROGENEO CON HURTO CALIFICADO Y
AGRAVADO
ACUSADO: EVER EMILIO ZAPA SIERRA
DECISIÓN: SE CONFIRMA

Medellín, once (11) de noviembre de dos mil veintiuno (2021)

Aprobado según acta Nro. 099

1. ASUNTO

Se pronuncia la Corporación sobre el recurso de apelación interpuesto por el abogada defensora del señor Ever Emilio Zapa Sierra, frente a la decisión proferida el 1 de diciembre de 2020 por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Turbo, en la cual su prohijado, luego de adelantar el juicio oral, fue condenado en calidad de autor por la comisión del punible de homicidio

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.

agravado en concurso heterogéneo con hurto calificado y agravado, imponiéndosele, una pena de 450 meses de prisión y la correspondiente pena accesoria por el mismo término.

2. RESUMEN HECHOS JURIDICAMENTE RELEVANTES

Fueron consignados en la sentencia recurrida de la siguiente forma:

““EVER MIGUEL SAPA SIERRA, el día 24 de noviembre de 2015 a eso de las 02:00 horas; en las residencias antiguo hotel MIRAMAR ubicado en la calle 100 con carrera 12 del barrio Gaitán zona urbana del municipio de Turbo en el interior de la habitación número diez del hotel le causo la muerte a la señora GLORIA ELENA RUIZ FLOREZ en forma violenta de acuerdo a lo que se desprende de la Necropsia emitida por el medico de medica Legal que diagnostica que la causa se debió a estrangulamiento.

Y que de acuerdo a lo que encontró en el lugar de los hechos el cadáver de la señora Gloria Elena Ruiz Flórez fue lanzado por una ventana que tenía la pieza en donde habían compartido tanto el agresor como la victima ya que del relato que hacen los testigos se dice que la víctima había llegado del municipio de Acandí con dinero para consignar en un banco del Municipio de turbo, toda vez que laboraba para apuestas Gana del municipio de Acandí; y que ese día tres de noviembre del 2015 el homicida EVER MIGUEL SAPA SIERRA había reservado una habitación en el hotel Miramar y cuando llego su compañera ingresaron a la habitación que previamente había apartado EVER MIGUEL SAPA SIERRA, y allí permanecieron sin que otra persona hubiera estado en esa habitación de acuerdo a los relatos de los testigos.

El victimario pago en principio la habitación con un billete de cincuenta mil pesos pero como la recepcionista no tenía vueltos, salió y duro como hora y media a dos horas que es cuando regresa con su compañera la cual llevaba un morral pequeño y su compañero no llevaba nada en sus manos ni su cuerpo; procediendo así a ingresar a la habitación que previamente había reservado EVER MIGUEL SAPA SIERRA sin que posteriormente hubiera salido o entrado otra persona diferente a los que ingresaron a ella, ya para las horas de la noche cuando era de entregar turno la persona encargada del hotel en el día llega su compañero de trabajo de la noche y le advierte que en

la pieza número diez se encuentra una pareja y que ya le habían cancelado la cuenta de la habitación.

A eso de las cinco de la mañana el señor que se encontraba en la habitación número diez le pide al encargado del hotel que le abra la puerta porque ya se va y haciéndolo entrega la llave de la habitación y observa que el huésped que estaba en la habitación número 10 sale con una bolsa negra en la mano y un bolso tipo morral de color negro en sus espaldas. Por lo cual el administrador procede a constatar que no se hubieron dejado las luces y ventiladores prendidos y posteriormente se dirige al patio para lavar una ropa que es cuando encuentra el cadáver de la hoy occisa GLORIA ELENA RUIZ FLOREZ. Es de anotar que el dinero que llevaba la occisa ni las pertenencias de ella se encontraron en el lugar de los hechos porque como lo dice el testigo el señor que se encontraba con ella salió con el bolso con la que ella entró en su compañía".

3. ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

Por tales hechos, el 06 de noviembre de 2018, a solicitud de la Fiscalía, el Juzgado Tercero Promiscuo Municipal con Funciones de Control de Garantías de Turbo profirió orden de captura en contra del señor Zapa Sierra, que se hizo efectiva el 16 de enero de 2019. En dicha fecha y al día siguiente se surtieron ante el Juzgado Diecisiete Penal Municipal de Medellín las audiencias preliminares concentradas de legalización de la aprehensión, formulación de imputación por los punibles de homicidio agravado en concurso heterogéneo con hurto calificado y agravado -arts. 103, 104 numerales 2 y 4, 239, 240 inc. 2 Y 241 numeral 11 del Código Penal, e imposición de medida de aseguramiento en centro carcelario.

Como la persona imputada guardó silencio, la Fiscalía presentó escrito de acusación, lo que convocó a que el 27 de marzo de 2019 se celebrara la audiencia de formulación correlativa, en la

que específicamente en lo que hace al señor Ever Emilio Zapa Sierra, le atribuyó en calidad de autor la comisión de la conducta de homicidio agravado en concurso heterogéneo con hurto calificado y agravado -arts. 103, 104 numerales 2 y 4, 239, 240 inc. 2 y 241 numeral 11 del Código Penal.

La audiencia preparatoria, luego de reiterados aplazamientos, fue efectuada el día 29 de mayo de la misma anualidad.

En cuanto al juicio oral tuvo su desarrollo el día 2 de agosto de 2020, con la presentación del caso, de estipulaciones probatorias y el inicio de la práctica de pruebas de la Fiscalía, diligencia que continuó los días 23 y 24 de septiembre, 19 y 26 de noviembre de 2019, 22 de abril, 17 de junio, 21 y 28 de julio, 14 de septiembre de 2020, última fecha donde se emitió el sentido de fallo el cual fue condenatorio, para luego proferirse la sentencia correspondiente el 1 de diciembre de las calendas en referencia, misma que fue apelada por la defensa del procesado.

4. LA SENTENCIA APELADA

La señora Juez de primera instancia registra los datos que permiten identificar al acusado, realiza enseguida una breve reseña de los fundamentos fácticos, para continuar con el recuento de los hechos que fueron motivo de estipulaciones, a saber: la plena identidad del acusado, arraigo, carencia de antecedentes penales, constancia de que para la fecha de los hechos el acusado era miembro activo del Ejército Nacional adscrito al batallón Vélez de San Pedro de Urabá, plena

identidad de la víctima, causa de su deceso e inspección técnica a cadáver y al lugar de los hechos, para enseguida, relacionar las pruebas testimoniales de cargo y de descargos.

Pasó subsiguientemente al acápite de las “consideraciones”, en donde comenzó por hacer alusión a lo normado en los artículos 7 y 381 del C.P.P. identificando como problema jurídico a resolver determinar si el acusado Ever Miguel Zapa Sierra causó la muerte de la señora Gloria Elena Ruiz Flórez, el día 3 de noviembre de 2015; conforme las circunstancias de tiempo, modo y lugar reseñadas en la audiencia de formulación de acusación y en el transcurso del juicio.

Ya en cuanto al examen de la prueba arrimada a juicio a instancia del ente instructor y de la defensa, se refirió a cada uno de los testimonios que desfilaron en juicio e hizo una síntesis de sus dichos, para concluir que se tiene por probada, cabalmente, la materialidad de los delitos en cuestión acaecido el 3 de noviembre de 2015 al interior de la residencia, antiguo hotel Miramar, teniendo como su responsable al señor Ever Emilio Zapa Sierra.

Señala que al sopesar la información brindada por los testigos de la fiscalía y representación de víctima con los presentados por la defensa, se evidencia que los últimos pierden fuerza; pues se tiene que efectivamente Ever Zapa sale en permiso del batallón el día 2 de noviembre en horas de la tarde; el día 3 presuntamente almuerza con su amigo y sale a hacer compras con él, pero dicho testigo Abilio en su intervención denotó

desconocimiento e inseguridad en aspectos que por su permanencia con el procesado debía tener clara, generando espacio de respuestas ante preguntas que se salen de su texto. Situación que no se presentó con la señora Omaira, persona que fue clara en detallar cada aspecto presente desde el momento que ella llega a la residencia y es abordado por el procesado con el fin de alquilar el 3 de noviembre una habitación para amanecer allí con su pareja, contando con tiempo suficiente para evidenciar que él no contaba con algún tipo de equipaje, así como para reconocerlo, como en efecto lo hizo en álbum fotográfico y al efectuar su descripción física, dado que la atención no se presentó por un pequeño instante, sino que este fue prolongado porque el procesado, no aceptó la habitación que inicialmente le ofrecieron, sino que requirió de una ubicada al fondo del lugar, es decir, distante a la puerta de ingreso.

Además, estuvo presente para el momento que él llega con su pareja, mujer que ve ingresar con una bolsa y un morral pequeño; a quien luego vuelve a ver, el 4 de noviembre en la mañana, pero ya muerta en el patio de la residencia al mismo nivel de la habitación tomada por el procesado desde el día anterior.

También por parte del señor Manuel Silvino se conoció que, al iniciar su turno, Omaira refirió la presencia de la pareja y que entre las 4 y 5 de la mañana un huésped sale en actitud apresurada y portando un bolso pequeño y una bolsa. Al revisar la habitación, la encuentra en normales condiciones con la

ventana abierta; pero luego en el patio ve el cuerpo de una mujer, ubicada sobre la misma dirección de la ventana de aquella habitación, mujer que su compañera Omaira, reconoció como la acompañante del inquilino que atendió el día anterior.

Con base en ello, la a-quo sostiene que la presencia de Ever en el Hotel Miramar el día 3 de noviembre no desaparece, no encontrando razón para que la señora Omaira sin motivo alguno lo ubique en ese espacio; pero si para que su familia y amigo lo protejan creando una serie de actividades que, pese a la existencia de libertad probatoria, no alcanzó a sobrepasar el conocimiento más allá de toda duda que la Fiscalía debe efectuar.

En lo que respecta a la inspección técnica a cadáver, afirma que a la difunta no se le hallaron sus pertenencias ni junto al cadáver o al interior de la habitación, pese a conocerse que llevaba elementos, entre ellos una cantidad de dinero que debía depositar y sin haber sido posible establecer el monto exacto; encontrándose que posterior al hecho, es decir para el 7 de noviembre, en compañía de su esposa, adquirió en el municipio de Apartadó una motocicleta XTZ250 por valor de 13.480.000 dinero del que no conoce su procedencia, pues en los extractos aportados por la entidad BBVA, no se registra esta cantidad de dinero.

Concluye así que Ever adquiere una motocicleta posterior a la muerte y desaparición del dinero que Gloria iba a depositar al

municipio de Turbo, además de acuerdo con la información aportada por su entidad bancaria, no existencia esa cantidad de dinero en su cuenta y según la información aportada por su esposa, luego de la fiesta, o sea a partir del 5 de noviembre, nunca estuvieron separados, pero no conocía del traslado de su esposo hasta el municipio de Apartadó ni la compra del rodante en mención, convalidándose efectivamente la tesis presentada por la Fiscalía, cual es la del homicidio de la señora Gloria Elena y hurto del dinero que ella portaba, llevadas a cabo por el procesado.

Continua en su análisis, manifestando que el dicho del procesado no cuenta con soporte alguno, respecto de la causa por la que las fotografías se encuentran en la tablet de la hija menor de la señora Gloria. El relató sobre la manera como conoció a la familia de la occisa en Acandí, luego de llegar a hacer un suministro de víveres, desplazándose uniformado con la compañía, solicitando permiso para cargar su celular a la madre de la señora Gloria, misma que le ofrece desayuno y allí conoce a la víctima, suministrando un nombre falso por seguridad. A los días regresa, va a la misma vivienda, recibe el almuerzo carga el celular y solo ve a Gloria por un momento y allí intercambian números telefónicos para dialogar eventualmente por Whatsapp; en esas oportunidades la menor toma las fotografías, pero sin parecerle extraña la acción del infante. Para el a-quo es extraño como oculta su identidad, sin embargo permite ser fotografiado, elementos que se aportaron pero que en nada corresponden con la realidad de los inmuebles de ese lugar, porque en ellas se evidencian espacios

amplios propios no de una vivienda sino de oficina, fotografías que no se aprecian tomadas de manera desprevenida sino posicionado para ello con obturación no realizada por un tercero. Entonces, la idea que aquellas imágenes fueron realizadas por la menor, tampoco alcanza esa vocación de refutación a una probable relación sentimental entre la víctima y él; además porque Gloria le dio a conocer a su hermana de ese vínculo amoroso existente y en cuanto al cambio de nombre por seguridad, es más complejo asumir como cierto esta teoría, porque no es desconocido que Acandí por ser un corredor de estupefacientes y tráfico de migrantes, cuenta con presencia del Clan del Golfo, organización que establece los denominados puntos para brindar información del movimiento de la fuerza pública; así que, si su fin era evitar que estableciera su identidad, pues no debió ingresar a un domicilio desconocido y menos compartir número de celular.

Con esa información, la juez cognoscente finiquita su análisis afirmando que fue el señor Ever Miguel Zapa Sierra quien ocasionó la muerte de la señora Gloria Elena, causada como se estipuló, por estrangulamiento y que el móvil de este hecho era el hurto del dinero. Para ello, aprovechó el traslado de la dama al municipio de Turbo, sin que Lilibian de Jesús tuviera conocimiento en el instante mismo, sino posteriormente en atención a la conversación sostenida con Ana, pues extrañamente Gloria no se comunicó como siempre lo hacía con ella.

Así, consideró la funcionaria de primera instancia que no había opción distinta en este caso que emitir sentencia de carácter condenatorio, al colmarse el presupuesto que dimana del artículo 381 del C.P.P.

Finalmente, impuso al señor Ever Emilio Zapa Sierra, al hallarlo penalmente responsable en calidad de autor del pluricitado homicidio agravado en concurso heterogéneo con hurto calificado y agravado, a la pena de prisión de cuatrocientos cincuenta (450) meses, además de la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término. En cuanto a la concesión del subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y del sustituto de la prisión domiciliaria, dispuso negarlos por no cumplirse los presupuestos legales objetivos y subjetivos para su otorgamiento.

5. LA ALZADA

5.1 De la apoderada judicial del procesado como recurrente

La defensa del procesado sustentó su inconformidad con la sentencia impugnada, así:

Expuso que estando comprobada la materialidad del punible de homicidio agravado en concurso con hurto calificado y agravado, por cuenta de la muerte acreditada de la occisa, no ocurría lo propio respecto del autor de los mismos, pues agregó que -contrariamente a lo planteado por la A quo- no existía

prueba que permitiese afirmar con certeza que Ever Emilio fue quien provocó la muerte.

Critica el análisis probatorio realizado por la a-quo a la prueba testimonial allegada por parte del ente persecutor, en la medida que existen contradicciones en sus versiones. Dígase si bien en el fallo se hace alusión a la habitación N° 11 también es cierto que no se logró determinar si por allí cabía un apersona, situación que no fuera confirmada al no establecerse si los hechos acaecieron en la habitación N° 10 o 11, así como la existencia efectiva de una ventana, dado que la señora Omaira como administradora y recepcionista no permitió el ingreso a las instalaciones del hotel para observar el lugar de los hechos.

Tampoco el ente acusador demostró que los hechos se llevaron a cabo en la supuesta habitación, al no realizarse prueba de ADN en la habitación que pudiera dar fe que en la habitación hubieran estado el señor Ever Miguel Zapa y la señora Gloria Elena Ruiz, pese a que la policía judicial llegó al lugar de los hechos el día 4 de noviembre en las horas de la mañana y recolectó material probatorio que diera indicios sobre lo sucedido, sin embargo, no se realizó prueba alguna en la habitación donde afirma la señora Omaira, se hospedó su defendido y la occisa.

Pone en duda la defensa las atestiguaciones de la señora Omaira, primero porque no permitió el ingreso de la defensa y su investigador a escena de los hechos, y segundo porque al observarse el bosquejo realizado por la policía judicial en esa

habitación la ventana no tiene como ingresar o salir una persona al primer piso pues no tiene como sostenerse, por lo tanto lo dicho por la señora Omaira no es creíble. Igualmente, en su entrevista al inicio de la investigación hace una descripción del hombre que ingreso con la mujer y al momento de rendir la declaración en el juicio oral, hace otra basada en el reconocimiento fotográfico y unas fotos que fueron enseñadas por los familiares de la víctima.

Frente a la supuesta salida del señor de la habitación N° 10 la testigo Omaira Valencia manifestó que su compañero de trabajo le informó que el victimario salió a las 4 de la mañana, a la postre, el mismo señor Manuel indicó en su declaración que la persona salió a las 5 de la mañana.

También la declaración del investigador de la SIJIN Jorge Andrés Suarez, quien fue la persona que realizo el bosquejo fotográfico y recolecto elementos materiales probatorios en el lugar de los hechos, sin realizar prueba alguna en la habitación donde sucedió el deceso de la señora Gloria Elena, lugar que hubiera podido establecer la identificación de las personas que compartieron en la noche anterior en dicha habitación; igualmente, se resaltó que no se realizó medición a la ventana.

Igualmente, la declaración del intendente Mauricio Carrejo Muñoz, quien realizó varias actividades, como solicitar a la empresa GANA información acerca de si la señora Gloria llevaba consigo dinero, confirmándose que ella en su calidad de administradora siempre llevaba dinero, pero no se establece

cuánto dinero porque la empresa no reporto el hurto ni instauró denuncia sobre ese hecho. También se investigó que su prohijado adquirió una motocicleta sin verificar si realizó crédito con alguna entidad bancaria, solicitando exclusivamente el estado de cuenta del BBVA, a pesar de que existía certificación de crédito a Bancolombia realizado en el año 2015, información que solo se conoció en el mes de noviembre del 2020, donde el Banco informó que su defendido solicito un crédito, el cual fue aprobado en el año 2015.

Se cuenta también con la declaración de la señora Ana Cecilia Rentería, quien dijo que conocía el trabajo y las veces que la señora Gloria llegaba a Turbo siempre la llamaba. Así mismo, en la declaración del señor Juan Carlos Palacios, dijo que la señora Gloria lo llamaba cuando ella estaba en turbo para que le ayudara con el transporte y para consignar, que el día de los hechos lo llamo para que le ayudara a consignar, pero él no estaba en waffer porque estaba en un entierro, es decir, que ellos sabían muy bien que ese día ella traía dinero.

Frente a lo manifestado por la hermana de la víctima no es claro, pues si bien manifestó que la occisa traía en su poder 50 millones de pesos, la empresa GANA no dio fe sobre tal suma de dinero, tampoco existe elemento de prueba que de por cierto la comunicación entre la occisa y su consanguínea, al informarle sobre la supuesta relación sentimental que sostenía con su defendido, y si bien aquella presentó sendas fotos donde aparecen ambos, es claro, que nunca ocultó el hecho de que se conocían.

Sostiene que los testigos de descargos fueron contundentes en informar que, para el día de los hechos, el procesado se encontraba en compañía de sus familiares y amigos. El señor Ever Miguel Zapa Sierra, manifestó que conoció a la fallecida, a la cual solo vio dos veces en compañía de su madre, con la cual conversaba vía telefónica, pero para la fecha de los hechos aquel se encontraba con su compañera permanente y su menor hijo. Aduce que el día 03 de noviembre del 2015 en la hora de la mañana, como a eso de las 11 a.m. se encontró con su amigo Abilio, almorzaron en su casa, para posteriormente encontrarse con su esposa e irse para el predio de su padre, bajando nuevamente a la municipalidad al día siguiente, esto es, el día 4 de noviembre y no el 3 como se planteó en la sentencia, con el fin de comprar unas cosas con su amigo, justificación que fue ratificada por aquel en la diligencia pública.

Tampoco se le creyó a la compañera de su defendido, quien para la fecha de los hechos, evidenció que estaban juntos, coartada que fue confirmada por su padre por Orlando Miguel Zapa, quien bajo la gravedad de juramento dijo que su hijo llegó a la finca el día 03 de noviembre del 2015 en las horas de la tardes después de mediodía y al otro día, 4 de noviembre del bajo al pueblo para comprar unas cosas para la fiesta de la señora Faridis quien vive en la vereda.

En atención a lo dicho, solicita el apelante que se revoque la decisión de primera instancia y en su lugar se absuelva a Ever

Emilio Zapa Sierra de todos los cargos endilgados en su contra, toda vez que no está plenamente demostrada su responsabilidad en los hechos delictuosos que se enrostran.

6. CONSIDERACIONES DE LA SALA

6.1 Competencia

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

5.2. Problema jurídico

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

Acorde con lo resuelto y decidido por el Juzgado de primer nivel y los reclamos que en contra de dicho proveído fueron formulados por el apelante, y por lo que a su vez dijo el no recurrente, observa la Sala que el eje central de la controversia surgida en el presente asunto gira en torno a determinar si el Juzgado *A quo* incurrió o no en yerros de valoración probatoria al momento de apreciar las pruebas habidas en el proceso,

porque mientras para el Juzgado de primer nivel, secundado por la Fiscalía, con las pruebas debatidas en el juicio se cumplían los requisitos exigidos por los artículos 7º, inciso 4º, y 381, inciso 1º, del C.P.P. para poder proferir una sentencia condenatoria en contra del procesado Ever Emilio Zapa Sierra. Ello a su vez ha sido refutado por el apelante, quien aduce que, del contenido de las pruebas allegadas al proceso, solo surgen dudas razonables sobre el presunto compromiso penal endilgado al procesado, y que dichas dudas debieron haber sido agregadas en favor de este, acorde con el principio del in dubio pro reo.

Acorde con ello, la razón que motiva el examen de la sentencia de condena proferida por la a quo en contra del encartado, no es otra que determinar si en verdad en los hechos en los cuales resultó fallecida y objeto de hurto la señora Gloria Elena Ruiz Flórez, le asiste compromiso al aquí acusado como autor de dichas ilicitudes, conforme lo concluyó la falladora de primer grado; o si, como lo argumenta la defensa, existen dudas acerca de su participación y por el contrario obran pruebas que permiten desvirtuar la responsabilidad atribuida.

Para poder ofrecer una solución a la anterior controversia, la Sala como punto de partida, tendrá como hechos ciertos, por estar plenamente acreditados con las pruebas allegadas al proceso, los siguientes:

- No existe ningún tipo de duda sobre el deceso de quien en vida respondía por el nombre de Gloria Elena Ruíz Flórez,

deceso que es causa natural y directa a anoxia mecánica por estrangulación, presentando lesiones por contusión en hemicraneo derecho.

- El lugar en donde fue encontrado el cuerpo semidesnudo y sin vida de Gloria Elena Ruíz Flórez, fue el patio de la antigua residencia Miramar ubicado en la calle 100 con carrera 12 barrio Gaitán del municipio de Turbo - Antioquia.
- El teatro de los acontecimientos donde fuera hallada el cuerpo de la occisa fue perpendicularmente a la habitación número 10 al cenit, lugar donde se encontraba hospedada la víctima.
- El día anterior a la que fueran encontrados los restos mortales de Gloria Elena Ruiz Flórez, la mentada dama ingresó a la residencia donde fue hallada, en compañía de otro sujeto, quienes al registrarse les fue asignada la alcoba identificada con la N° 10.
- Las autoridades fueron alertadas del macabro hallazgo a eso más o menos de las 06:15 horas del día 04 de noviembre de 2015, gracias a la información dada por el ciudadano Manuel Silvino Quinto Córdoba, quien es el celador del lugar, percatándose del cadáver cuando se desplazaba al patio a lavar su ropa.
- Como consecuencia de la necropsia practicada a la fallecida, según informe pericial de necropsia N°

2015010105837000132, el cuerpo de la difunta presenta síntomas de contusión severa a nivel de la región temporal derecha, no presentando síntomas de defensa. De igual manera, el experto adujo que la muerte posiblemente pudo acontecer entre las 10:00 y 16:00 horas antes aproximadamente, dependiendo de las condiciones ambientales en las cuales estuvo expuesto el cuerpo.

En el caso objeto de estudio se evidencia que en el juicio oral se recibieron las declaraciones de Manuel Silvino Quinto Córdoba, Omaira Valencia Rentería- ambos empleados de la residencia Miramar-, Jorge Andrés Suarez Tamayo – perito topógrafo y planimétrico- Juan Carlos palacio Arroyo, Lilibian Ruiz Flórez, Ana Cecilia Rentería Moreno, Hugo Ferney Vargas Cardona, Mauricio Carrejo Nuñez.

Por su parte, la defensora aportó al juicio oral los testimonios de Ever Miguel Zapa Sierra - quien hizo dejación de su derecho a guardar silencio- Merys Onaris Casilla Llorente – Esposa del acusado, Orlando Miguel Zapa Sierra, Orlando Miguel Zapa Jiménez -hermano y padre del acusado, respectivamente y Adilio Antonio Durango Mejía.

De igual manera, amén de lo anterior, la Sala no puede desconocer, como erradamente lo reclamó la recurrente, que en el proceso no existe prueba directa alguna con la que se acredite el compromiso penal endilgado en contra de su prohijado, por cuanto a ninguno de los testigos que declararon en el juicio les consta tal acontecer; por lo que el juicio de

responsabilidad criminal pregonado en contra de Ever Miguel se edificó única y exclusivamente con base en pruebas indiciarias.

Al margen de lo dicho, desde ya debe decirse, que con las pruebas que se debatieron en el juicio oral, es suficiente tanto para la comprobación de la materialidad de la infracción como de la responsabilidad en cabeza del comprometido, porque contrario a lo referido por la juiciosa defensora, en el sentido que en este asunto “existen serias contradicciones”, a juicio de esta Corporación así como lo fue para juez cognoscente, un examen detenido de la prueba válidamente aproximada al juicio, entre ellos, el testimonio rendido por el señor Manuel Silvino Quinto Córdoba, pues aun cuando la defensa en esta oportunidad alega incongruencias en su dicho, es claro que en el ejercicio del contrainterrogatorio pudo hacer notar las falencias que en esta oportunidad alega, sin embargo, cuando la representante de víctimas solicitó a la a-quo llamara la atención de la togada defensora, para que adhiriera su contrainterrogatorio conforme a la técnica procesal, manifestó que no haría más preguntas², llevando a cabo solo dos interrogantes, por lo que en manera alguna este testigo fue refutado por la defensa de cara a hacer ver su incredulidad.

Las palabras de la recurrente no son más que una apreciación personal o conjetura, salida del contexto controversial, pues si la defensa pretendía impugnar la credibilidad del testimonio debió hacerlo y demostrarlo con pruebas, en este caso que corroboran su percepción personal.

² Audiencia de juicio oral 23 de septiembre de 2019. Min. 01:23:40

Además de ello, si bien el testimonio rendido por el señor Quinto Córdoba no es claro, lo cierto es que el delegado del ente persecutor impugnó su credibilidad, pues con su dicho trató de hacer ver que no tenía conocimiento de lo sucedido, informando que a través de mensajes le llegaron a su celular amenazas contra su vida, mensaje que, a su vez, le remitieron a la señora Omaira Valencia, debiendo dirigirse a la sede de la fiscalía a colocar la denuncia respectiva.

Al margen de ello, en sede juicio oral reconoció que la firma contentiva en el documento entrevista FPJ-4 de fecha 04 de noviembre de 2015 si le pertenecía, tiempo en el cual tenía más claro lo sucedido, por cuanto al momento de rendir la declaración ya habían pasado tres años, por lo que manifestó *“hace tres años me retiré por lo que no recuerdo bien”*.

Para la Corporación es claro que trata con su dicho de no comprometerse, actitud apenas comprensible por el temor de que el hoy procesado haya acabado con la vida de Gloria Elena Ruiz Flórez y replique esa letalidad en su contra, pero a la vez, contó del reporte de amenazas que le prodigaron vía mensaje de texto a su abonado telefónico, no obstante, la entrevista rendida el mismo día de los hechos, da cuenta con minuciosidad lo percibido, informando que la habitación N° 10 estaba ocupada por una pareja, además que el sujeto que salió esa mañana con un morral y una bolsa negra, nunca lo había visto, al cual describió *“contextura media, ni gordo ni flaco, de una estatura aproximada de 1.68, de tez trigueña,*

cabello corto serio color negro, de aproximadamente de 35 a 40 años de edad".

Para la Corporación resultó viable la admisión como medio de prueba la declaración anterior al juicio rendida por Manuel Silvino, al encontrar acreditado que, i) éste durante el juicio cambió su versión, ii) el defensor y el procesado pudieron ejercer a cabalidad los derechos de confrontación y contradicción frente a la entrevista previa, y iii) el testigo estuvo disponible en el curso del juicio oral.

Sin embargo, aunque ciertamente algunos apartes de la entrevista fueron leídos por el testigo y éste estuvo disponible para el interrogatorio y el conainterrogatorio en punto de los aspectos contradictorios suscitados entre la exposición anterior al juicio y la atestación realizada en el debate oral, salvaguardándose el principio de confrontación; lo cierto es que el delegado fiscal solicitó la introducción de la referida declaración, entendiéndose así, como un testimonio adjunto.

El representante del ente acusador usó la plurimencionada entrevista como herramienta para facilitar la impugnación de la credibilidad de Quinto Flórez, para lo cual, i) a través del interrogatorio mostró la existencia de la contradicción en la que incurrió el testigo entre su relato en el juicio oral y el brindado con anterioridad al mismo; (ii) le dio la oportunidad al deponente para que aceptara la existencia de la contradicción, y (iii) como el declarante no admitió el aspecto concreto objetado, le solicitó que leyera en voz alta el apartado

respectivo de la versión rendida ante un funcionario de policía judicial el día de los hechos, previa identificación de la misma, pues la identificó como aquella que contenía su firma.

Llama la atención de la Sala peculiar suceso indicativo del conocimiento que el señor Quinto Córdoba tenía sobre el procesado, ya que, al preguntarle el ente acusador si la misma persona que vio salir ese día del hotel, era la misma que se encontraba en la sala de audiencias, divagando en su respuesta y manifestando que no sabía, sin embargo, en otra pregunta realizada por el representante del ente acusador, señala al procesado como aquella persona que en las horas de la mañana salió del hotel Miramar, confirmándose así, que no desconoce lo sucedido, sino que el temor que siente al declarar lo lleva a vagar en sus contestaciones, al ver en peligro su vida e integridad personal.

Es claro que son los indicios los que llaman la atención del actuar del procesado, por lo que en la construcción de los mismos son de suma importancia las reglas de la experiencia, entendidas como explicaciones usuales de cómo ocurren ciertos fenómenos sociales, y tales son de carácter general, no absolutas, por lo que admiten explicaciones en contrario. La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia lo explica con la siguiente fórmula: “siempre o casi siempre que ocurre A, entonces sucede B”³.

En materia de elaboración indiciaria, partimos de un cierto hecho que está probado, al que se le aplica la regla de la

³ Corte Suprema de Justicia, radicado 36357 del 26 de octubre de 2011.

experiencia que nos indica otro hecho (el inferido) que se explica habitualmente en aquél.

Habida consideración que las reglas de la experiencia tienen un carácter general, es decir, son conocidas por la inmensa mayoría, aceptadas por el conjunto social, entonces, aplicadas al hecho probado indefectiblemente con luz clara nos indican la ocurrencia de otro evento, el inferido.

Si el juez dice aplicar a un hecho probado una regla de la experiencia que en realidad no es tal, la parte procesal puede defenderse de ella demostrando que no se trata de una regla de la experiencia, de manera que el hecho inferido no se deriva usualmente del probado, por manera que el juez, en tal caso, estaría elucubrando la prueba indiciaria; por eso la doctrina tiene por sentado que la regla de la experiencia permite el derecho a la contradicción, ya que si se aplica una regla que no es de la experiencia, aunque se la disfrace como tal, así debe señalarlo el afectado para desvirtuar el hecho inferido⁴.

Para la Sala, haciendo acopio de estas directrices, las reglas de la experiencia también dictan que en un país asediado por fenómenos criminales múltiples, con tasas de impunidad elevadísimas, en donde el Estado no asegura plenamente a sus habitantes la vida y demás derechos, donde la criminalidad hace de las suyas, los testigos del hecho criminal preferían sostener que no lo presenciaron, ello, por la consecuencia de que, ante la debilidad del Estado, los delincuentes procedan

⁴ Tratado De La Prueba Judicial, Indicios Y Presunciones, Tomo Iv, Jairo Parra Quijano, páginas 8, 13, 25, 26, 27, 32 y 102.

con terribles dinámicas revanchistas en su contra y que ello quede impune, y por lo tanto, prefieren callar, tal como lo hizo ver, el señor Manuel Silvino en sus atestaciones.

De todas formas, no puede tomarse como un absoluto que los testigos de eventos delictuales rehúsen relatarlos en estrados judiciales, de manera que el Juez al valorar el testimonio conforme a las reglas previstas en el artículo 404 del Código de Procedimiento Penal, en especial, lo que refiere a su comportamiento durante la adverbación, y también con base en el análisis holístico de todo el material de prueba bajo las reglas de la sana crítica, la lógica, las máximas de la experiencia y en general todos los insumos para valorar las pruebas, debe auscultar si el testigo, por miedo oculta los hechos criminales que atestiguó.

Admitamos temporalmente que el testigo sí se percató de que el procesado fuese la misma persona que salió ese día 3 de noviembre en horas de la mañana del hotel Miramar, pero que optó por permanecer silente para no sufrir igual suerte que la occisa, más aun cuando, se avizoran en su testificación incoherencias que permitan una conclusión tal, traslució una actitud temerosa durante la exposición en estrados de su versión, además, fue enfático en manifestar que se acercó a la Fiscalía a colocar la denuncia de las amenazas que llegaban en su contra, lo cual, pone en entredicho sus afirmaciones, entonces, como la actitud del atestiguante revela inconsistencias y hay pruebas que respalden la renuencia del testigo a contar lo que realmente advirtió -al referir las

amenazas- se tiene que la fiscalía logró restarle fuerza de convicción al testimonio de Manuel Silvino Quinto Córdoba. Ello, debido no solo a las contradicciones que surgieron entre sus manifestaciones anteriores al juicio oral y aquellas que realizó en su curso, sino a que su dicho está infirmado con lo aseverado por su compañera Omaira quien también da cuenta de los hechos.

Así, se contó conjuntamente con el testimonio de la señora Omaira Valencia Rentería – administradora de residencias Miramar – quien en el estrado contó con lujo de detalles que el día anterior al asesinato de la señora Gloria Elena, arribó al hotel un hombre educado quien se hospedó en la habitación N° 10 – lugar que se encuentra en la parte de atrás y tiene caída hacia el patio – con una mujer, quienes ingresaron a la mentada alcoba desde las 11 a.m., y no volvieron a salir. Afirmó en varias oportunidades que la misma persona que entró con la occisa fue la misma persona que reconoció ante la Sijin, a quien identificó con el nombre de “Ever”, ciudadano que también, reconoció en el foro público, por álbum fotográfico que le pusiera de presente el delegado del ente persecutor. Sostuvo que cruzó varias palabras con el victimario, viendo rasgos peculiares en su rostro, pues lo miró a los ojos detenidamente, no existiendo duda de la persona a la que señala como la pareja de la Gloria Elena.

Lo importante a destacar aquí, es que hubo de todas formas un reconocimiento efectuado de manera directa en la audiencia de juicio oral, y si existe alguna duda sobre esa identificación

fotográfica que se hizo en su momento -aunque la recurrente no cuestiona dicho reconocimiento-, tal circunstancia subsana cualquier inquietud en el asunto. Precisamente sobre el tópico en mención, el doctrinante Rives Seva con estribo en la jurisprudencia del Tribunal Supremo Español, pone de relieve la amplitud explicativa que sobre el punto se ha dado en el ámbito del sistema acusatorio:

“La diligencia de reconocimiento es propia de la instrucción sumarial, inidónea y atípica en el plenario y es prueba preconstituida que debe llegar practicada, siendo posible, al juicio oral [...]; sin embargo, en el momento del juicio oral es permisible y procesalmente correcto que el interrogatorio de los testigos presenciales se extienda al reconocimiento del acusado como autor material del delito, sin que pueda tener la consideración de nueva prueba [...]; y aún más, ‘el reconocimiento efectuado en el juicio oral subsana cualquier incorrección en los reconocimientos anteriores’⁵ (Subrayas fuera de texto)

En su declaración la señora Omaira Valencia afirmó que el día que encontraron el cuerpo de la occisa, identificó al procesado en el Facebook de aquella, afirmando que fue la misma persona que ingresó con la víctima a la residencia donde laboraba⁶.

Ante pregunta que le hiciera el delegado de la fiscalía, respecto a los comentarios que pudo haberle hecho su compañero de trabajo, Manuel Silvino, aquella expone:

“Testigo: El me comenta que tipo más o menos cuatro de la mañana llegó un personal y entonces el más o menos se puso a molestar con el celular y el siente que como la puerta la están

⁵ RIVAS SEVA, Antonio Pablo, en Revista Actualidad Penal, Tomo II, Madrid, Editora General de Derecho, 1995, pg. 535, 536 s.s.

⁶ Audiencia de juicio oral. 19 de noviembre de 2019. Min. 38:36

queriendo abrir, eso me comenta él, y entonces como el ve que como la puerta esta con el candado, el se levanta a ver que es, y ve que es un sujeto que esta pretendiendo salir y entonces ahí el baja a abrirle la puerta y entonces el sujeto le entrega las llaves de la habitación y el abre la puerta y el sujeto sale.

Fiscal: Le comentó él ¿si el sujeto que salió era la misma persona que había entrado con la señora?

Testigo: Si, porque él le entrega las llaves de la habitación 10 que yo le había alquilado

Fiscal: ¿Le comentó como Salió él?

Testigo: Si el me comenta que él sale con una gorra y que casi no quería como que le viera el rostro, me dice él y que como una bolsa en la mano me dice él,

Fiscal: ¿Le comentó si salió con algún equipaje o no?

Testigo: Pues lo que yo entiendo es que al parecer lo que yo creo es que el salió con las cosas que entró ella, porque el cuándo llegó, no llegó con nada, y al salir yo me imaginó es que sale con las cosas que ella llevó”.

Según lo anterior, queda demostrado entonces, en primera medida la veracidad del dicho del señor Manuel Silvino Quinto Córdoba en la deponencia inicial que hiciera ante los investigadores judiciales el día 04 de noviembre de 2015, y segundo, que existe testimonio directo, que da cuenta que el procesado hizo presencia material y física en el lugar en que tuvieron ocurrencia los hechos, esto es residencia Miramar ubicada en la calle 100 con carrera 12 barrio Gaitán del municipio de Turbo - Antioquia el 03 de noviembre de 2015. No admite hesitación alguna lo anterior habida cuenta que la testigo es contundente y reafirmante al manifestar que el procesado de alguna manera arribó hasta la residencia, hospedándose en la habitación N° 10.

De lo antes expuesto, se tiene como hecho cierto e indiscutible el consistente en que los principales testigos de cargo de la Fiscalía fueron víctimas de unas amenazas que incidieron para que ellos no comparecieran al juicio a declarar; y si a ello le

sumamos que el procesado Ever Miguel Zapa Sierra sería el único beneficiado con la no comparecencia de los testigos al juicio, en opinión de la Sala, con base en esos dos hechos indicadores, se estructuraría un indicio de responsabilidad criminal en contra del acusado, en virtud del cual se tiene como hecho oculto el consistente en que probablemente el proceso se pudo valer de algún conocido para lograr intimidar a los testigos de cargo, y de esa forma procurar salir bien librado de los cargos endilgados en su contra.

Por tanto, es cierto que Ever Emilio se encontraba de cuerpo presente en el escenario delictual, ello es una circunstancia fáctica de localidad e indicio de presencia que nos devela la escena exacta del hecho y la presencia de aquel en dicho sitio, pues no hay que pasar por alto que con el policía judicial - Jorge Andrés Suarez Tamayo - se incorporó un bosquejo de dibujo topográfico del cual se deduce que el cuerpo de la occisa fue arrojado desde la alcoba N° 10, lugar donde estaba hospedado el señor Zapa Sierra.

Siendo así, para la Corporación es claro que se presenta el indicio de huida, Pues Omaira Valencia afirma que su compañero Silvino le comentó que trató de abrir la puerta de la residencia sin ser visto, portando una gorra y sin querer dejarse ver la cara.

Así, este hecho se muestra como indicador de una circunstancia fáctica que subyace en su causa, que no es otra que la responsabilidad en el homicidio y hurto de Gloria Elena

toda vez que, de no ser por esa circunstancia, razón alguna existe para que el acusado se retirara de la habitación en horas de la madrugada, solo y tratando de no ser reconocido, buscando evitar las consecuencias que de los hechos devienen.

En cuanto a las inconsistencias que según la señora defensora se presentan en el bosquejo topográfico que recreo la escena, muy particularmente en relación con la ubicación y diámetro de la ventana en esos recorridos que se efectuaron en noviembre 4 de 2019, todo lo cual quedó plasmado en el informe de investigador de campo FPJ-11 suscrito por el policía judicial Jorge Andrés Suarez, debe decirse que de existir alguna confusión en tal sentido, todas esas circunstancias quedaron aclaradas en el mismo juicio con el testimonio de Manuel Silvino y Omaira, quienes al unísono fueron serenos al exteriorizar que por la ventana de la habitación N° 10 cabe fácilmente una persona, trayendo la señora Valencia Rentería a modo de ejemplo una anécdota que vivió, cuando una vez debió meterse por dicha ventana, para poder ingresar al inmueble en cuestión, pues había dejado las llaves al interior del mismo.

Lo anterior es así, porque la apelante en su sentir, al procurar desvirtuar el bosquejo fotográfico y planimétrico realizado por el Investigador Jorge Andrés Suarez, se debió ir más allá, como buscar restos de ADN, verificar el diámetro de la ventana a efectos de indagar la cabida de una persona por dicho orificio u otro elemento de prueba que ubicara a su defendido en el lugar de los hechos, lo que contraviene el principio de corrección material. Además, desconoce el principio de libertad

probatoria que rige en nuestro sistema jurídico, porque únicamente se atiende al bosquejo topográfico para derivar que existen dudas y, sin razón válida, desestima los señalamientos de los testigos de cargo Manuel Silvino y Omaira Valencia.

Debe tenerse en cuenta que las características respecto de la habitación donde ocurrieron los hechos concuerdan con el álbum fotográfico del 04-11-2015⁷, la ficha técnica fotográfica y videográfica⁸ del 27-07-2015, y el bosquejo fotográfico FPJ-16 del 04-11-2015⁹, en los que se puede observar la distribución del lugar donde fue asesinada la señora Gloria Elena, se observa la ventana por la cual el atacante sacó el cuerpo, todo lo cual lleva a concluir que los testigos en mención, sí dan sobre la existencia de la ventana y la capacidad de la misma para que una persona quepa por ahí, conforme a lo que declararon en el juicio oral.

De otra parte, la defensa insiste en decir que el dicho de Omaira Valencia, fue preparado y descoordinado, una afirmación que no tiene sustento, por el contrario para la Magistratura quedó plenamente claro y sin dubitación alguna que lo expuesto por este testigo fue dado con plena libertad y espontaneidad, que no hubo ninguna injerencia por parte de los investigadores o el ente acusador y que lo allí consignado consulta una verdad que resulta irrefutable, esto es, la presencia de Zapa Sierra el día 3 de noviembre en el inmueble residencias Miramar.

⁷ Folios 177 a 181

⁸ Folios 182 a 183

⁹ Folio 193 a 196

Sobredimensiona con conveniencia la recurrente, las pruebas arrojadas al plenario, cuando señala que la empresa GANA no denunció el hurto del supuesto dinero, por ende tal conducta no existió, además porque en las labores de campo realizadas por el investigador Mauricio Carrejo Muñoz, no se pudo establecer el monto del dinero que la óbito llevaba en su poder, sin embargo, olvida la censora que con la declaración del mentado investigador se ingresó documento firmado por Jorge Enrique Martínez Camacho – Gerente suplente de la empresa Red de Servicios de Occidente - quien en uno de sus partes afirma:

“ El día del evento GLORIA debía movilizarse en su recorrido habitual para supervisar las oficinas a su cargo y realizar compra de elementos de papelería necesaria para las mismas, estando en esta actividad, de forma autónoma presumimos en un acto de buena voluntad y tratando de evitar un incidente por la situación de orden público que en ocasiones anteriores había generado inconvenientes, ella decidió movilizar una alta suma de dinero existente en la oficina, la cual asciende a cincuenta y cinco millones cincuenta y nueve mil pesos (\$55.059.000), esa acción ya había sido realizada por la trabajadora anteriormente. Se realizó el arqueo de la caja a la oficina respectiva y efectivamente existe un faltante de dinero por esta suma el cual nunca llegó a destino.

Esperamos sea de utilidad lo anotado anteriormente, quedamos a su disposición para lo que sea necesario en el marco de la investigación”¹⁰.

Por manera que, el anterior documento es diáfano al dar por sentado el dinero que la occisa llevaba en su poder para el día de los acaecimientos, para los fines propios de su labor como administradora del municipio de Acandí de la red GANA, situación está que a su vez fue confirmada por las

¹⁰ Folio 250 y 251 de la carpeta digital.

atestiguaciones realizadas por Liliana de Jesús Ruiz Flórez – hermana de la fallecida- quien averó y dio a conocer del dinero que ella portaba para aquel nefasto tiempo.

De manera consistente se estableció el dinero que portaba la occisa, de la prueba aportada por el investigador judicial Carrejo Muñoz, el que aparece corroborado por sus familiares, siendo intrascendente para los fines que se persigue, la falta de denuncia que se alega – afirmación que no cuenta con soporte fáctico, en aras del principio de libertad probatoria - así como la no existencia de la comunicación entre la occisa y su consanguínea.

Ante esa realidad, el planteamiento que se expone deviene insostenible, en la medida que plantea la inexistencia de elementos materiales de prueba con miras a poner en duda la inexistencia de la conducta punible de hurto y deducir, así no más, que *“la declaración del intendente Mauricio Carrejo Muñoz, quien realizó varias actividades entre ellas solicitar a la empresa GANA para confirmar si la señora Gloria traiga dinero o no en la cual se le confirmo que ella era la administradora y que siempre llevaba dinero, pero no se establece cuánto dinero porque la empresa como tal no reporto el hurto ni existe denuncia como tal”*.

Además de ello, se contradice la opugnante cuando en su recurso sostiene, *“Asimismo en la declaración del señor Juan Carlos Palacios, dijo que la señora Gloria lo llamaba cuando ella estaba en turbo para que le ayudara con el transporte y para*

consignar, que el día de los hechos lo llamo para que le ayudara a consignar, pero él no estaba en waffer porque estaba en un entierro, es decir, que ellos sabían muy bien que ese día ella traía dinero". En ese orden, da por sentado en su escrito de alzada que la víctima si transportaba una cantidad de dinero, pues tal como era habitual, recurría a los servicios del señor Carlos Palacio para que la transportara y le colaborara con la consignación del peculio en mención.

Para la Corporación es diáfano y ello se deduce de la declaración de la señora Omaira Valencia Rentería, quien, sin titubeos, sostuvo:

Fiscal: ¿Le comentó si salió con algún equipaje o no?

Testigo: Pues lo que yo entiendo es que al parecer lo que yo creo es que el salió con las cosas que entró ella, porque el cuándo llegó, no llegó con nada, y al salir yo me imaginó es que sale con las cosas que ella llevó".

Lo anterior, nos lleva a deducir el indicio de móvil, pues refulge con nitidez, que la intención de establecer un supuesto amorío con la occisa era ganar su confianza, sacarle información para luego apoderarse del dinero que ella recaudaba al ser la administradora de la empresa GANA en el municipio de Acandí, y que se asume, con el pasar de los días ella le fue brindando datos que satisficieron su apetito económico, por lo que se cuenta con un elemento subjetivo adicional distinto del dolo en el homicidio, esto es, apoderarse del dinero que ella llevaba en esa oportunidad.

Recuérdese, además, que la muerte de la señora Gloria Elena, fue a causa de un estrangulamiento, método mismo conocido y desarrollado por los miembros de la fuerza pública, para callar a sus oponentes en combate sin levantar sospecha alguna, tácticas que utilizó en esta oportunidad, el señor Ever Miguel, pero esta vez para cumplir con su deseo económico, mismo que está ampliamente relatado a lo largo de estas glosas.

Además de ello, para la Colegiatura se cuenta con una circunstancia de relevancia, traída a colación por el informe de necropsia donde se indica que la víctima no se defendió del ataque, apreciación que lleva a pensar más allá de lo plasmado en el documento, que aquella se encontraba con alguien en el cual había depositado su confianza, no esperando que un ataque a su vida e integridad personal se perpetuara, pues no de otra manera, no se explica como no existen señales defensivas.

Al igual que los anteriores hechos, no son suficientes las justificaciones que en torno a la adquisición del velocípedo otorga el acusado, afirmando que esta última se adquirió por crédito bancario que se hiciera a Bancolombia, afirmación que no contó con soporte alguno.

Tales afirmaciones no pasan de ser simples dichos sin que encuentren sustento alguno en los elementos de prueba, a lo que debe adicionarse las inconsistencias presentadas a lo largo de la declaración de Zapa Sierra en este aspecto, no permitiendo otorgar valor suasorio a su testimonio como medio

de prueba para demostrar que la motocicleta de placas XTZ 250 marca Yamaha fue adquirida por la forma por él descrita, días después del hecho muerte que aquí se investigó.

En ese orden, se puede certificar que el aumento de patrimonio del acusado es una consecuencia del hurto a la víctima, siendo un indicio contingente leve, que cuenta con la capacidad necesaria para desvirtuar la configuración de tantos otros que conducen a demostrar la responsabilidad de Ever Miguel Zapa Sierra en el homicidio y Hurto de Gloria Elena Ruiz Flórez.

Otra de las inconformidades de la recurrente, la afinsa en una especie de sumatoria de ideas, al pretender reprocharle a la Fiscalía el no haber *“Llevado durante el proceso como pruebas de ADN, registro de llamadas entrante y saliente del celular de la señora Gloria, videos de cámaras en el sector que esclareciera con quien llegó y salió la señora Gloria, entre otros”*, las que en su sentir se tornaban como las más idónea y necesaria para poder demostrar la presencia de su defendido en el lugar de los hechos, no obstante ya el planteamiento, lo único que pretende es revivir el abrogado principio de la investigación integral, el cual consagraba la obligaciones que le asistía a la Fiscalía de recaudar en la investigación todas las pruebas que le fueran favorables o desfavorable a los intereses del procesado.

Dicho principio, como ya se sabe, fue abolido a partir de la entrada en vigencia del sistema penal acusatorio, el cual consignó como uno de sus principios fundantes el conocido

como el de la adversariedad, en virtud del cual dos partes, con pretensiones e intereses contrapuestos, se enfrentan con lealtad ante un Juez imparcial. Escenario este en donde las partes enfrentadas adquieren la obligación de allegar ante el Juzgador de instancia los medios de conocimientos que consideran como necesarios para demostrar sus pretensiones y así poder salir airoso.

Por ello se ha dicho que como consecuencia de la adopción de ese esquema adversarial, en contraposición del aludido principio de la investigación integral surgió el denominado principio de “la incumbencia probatoria”¹¹, en virtud del cual, en aquellos eventos en los cuales la Defensa pretenda proponer una hipótesis tendiente a desvirtuar o a refutar la que ha sido propuesta por la Fiscalía, a fin de procurar el éxito de sus pretensiones es obvio que no se encuentra eximida de acreditar o de demostrar los supuestos de hecho en los que se fundamenta la tesis esgrimida en pro de sus intereses.

Lo antes expuesto quiere decir que a pesar de lo consignado en el inciso 4º del artículo 29 de la Carta y en el artículo 7º C.P.P. en donde se preceptúa que la carga de la prueba la tiene la Fiscalía, de igual forma la Defensa, en aquellos eventos en los cuales pretenda refutar la teoría del caso propuesta por el Ente Acusador, si quiere salir avante en sus pretensiones, no debe quedarse de brazos cruzados, y más por el contrario le asiste el

¹¹ El cual según lo ha expuesto la Corte en la sentencia de 1ª instancia del 8 de septiembre de 2015. SP12772-2015. Rad. # 39419, en materia de la carga de la prueba «le corresponde al interesado probar el supuesto de hecho de las normas que establecen el efecto jurídico que persigue, sin que ello signifique trasladar la carga probatoria de responsabilidad o fijar cargas dinámicas en torno a ese tópico».

deber de suministrar las pruebas con las cuales pueda demostrar la hipótesis propuesta.

En el caso en estudio vemos como la Defensa se duele que la Fiscalía no haya hecho uso de la recolección una serie de elementos, con la cual, en su sentir, se podía demostrar si en efecto su prohijado había estado presente el día de los hechos en el hotel Residencias Miramar. Pero es de anotar que si el interés de la Defensa radicaba es desvirtuar o refutar que con las pruebas aportadas por la Fiscalía no se podía demostrar tal hipótesis, acorde con los postulados del aludido principio de la incumbencia probatoria, era a la defensa a quien le asistía la obligación de allegar al proceso las pruebas pertinentes del caso, que le pudieran permitir demostrar que el procesado para ese día se encontraba en lugar distinto al señalado.

Por otra parte, discrepa la defensa que el a-quo no le diera credibilidad a los testigos de descargos, o sea los testimonios absueltos por su prohijado, Orlando Miguel Zapa, Abilio Antonio Durango Mejía y Merys Onadis Casilla, considera la Sala, que las versiones donde se ubica al procesado lejos del lugar de los sucesos al momento que estos acaecieron, al igual que el Juzgado de primer nivel, sus dichos se muestran acomodaticios, incoherentes e ilógicos así como tampoco lograron desvirtuar la teoría del caso propuesta por la Fiscalía, por cuanto:

Se cuenta con un testigo directo, como lo es la señora Omaira Valencia – administradora de residencias Miramar, quien desde siempre ha sido clara y persistente en señalar que, la persona

que entró en compañía de la occisa el día 3 de noviembre de 2015 al lugar que ella administra es el ahora procesado, misma información que suministró a los agentes investigadores, exactamente, de la misma forma referida ante el estrado público.

Es notorio el interés de los testigos Orlando Miguel – padre-, Abilio Antonio – amigo- y Merys Onadis – compañera permanente-, por pretender sacar bien librado al ahora procesado de los cargos endilgados en su contra, al punto que trataron de tejer actividades en las que incursionó aquel, sin embargo, sus dichos son inverosímiles en algunos apartes, como por ejemplo la causa por la cual Ever era el encargado de comprar los productos para la fiesta que no era en su casa ni de su familia, sino donde una vecina, no llegando a establecer el motivo del agasajo, aspectos que por obviedad, debían conocer pues asistirían a la misma.

En igual sentido, no puede dársele credibilidad al dicho del procesado, pues es notoria su intención de confundir a la judicatura, sin embargo, en algunos apartes su dicho se estructura incoherente y deshilvanado, muestra de ello fue, cuando manifestó que no conocía a la occisa, pero más adelante indicó que solo se comunicaban vía telefónica. Señaló que era cauteloso con su nombre y labor, porque la profesión que desempeñaba como soldado profesional, aun con ello, no se entiende porque ante tal cautela la víctima tenía fotos de él, tanto en su red social, como en su móvil celular y Tablet, siendo notorio lo manifestado por la hermana y madre de aquella, esto

es, la relación sentimental que sostenían, al punto que llegó a ir dos veces al hogar de aquellas a almorzar, estructurándose así, indicios de mala justificación.

En suma, considera la Colegiatura que el Juzgado de primer nivel no incurrió en los yerros de apreciación probatoria denunciados por la recurrente, porque, primero es clara la existencia de pruebas que corroboraban todo lo dicho por los testigos de cargos y segundo, había en el proceso múltiples indicios graves que gravitaban en contra del procesado Ever Miguel Zapa Sierra los cuales, al ser apreciados de manera conjunta, demostraban de forma indubitable el compromiso penal endilgado en su contra.

Ante tal situación, al no asistirle la razón a los reproches formulados por el apelante en contra de la sentencia confutada, la consecuencia lógica es que dicho fallo deba ser confirmado.

Con fundamento en los anteriores argumentos, la Sala **CONFIRMÁRA** la sentencia condenatoria de primera instancia proferida 01 de diciembre de 2020 por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Turbo– Antioquia.

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

6. RESUELVE:

PRIMERO. CONFIRMAR la decisión asumida en la sentencia apelada, atendiendo las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO. Contra esta decisión procede el recurso de casación, en el término previsto por el artículo 183 de la ley 906 de 2004, modificado por el artículo 98 de la Ley 1395 del 12 de julio de 2010.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

**NANCY ÁVILA DE MIRANDA
MAGISTRADA**

**GUERTHY ACEVEDO ROMERO
MAGISTRADA**

**PLINIO MENDIETA PACHECO
MAGISTRADO**

Firmado Por:

**Nancy Ávila 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:

**bf62eb8b3ef6276b69529eed75eb6fed1f819089d6b2f192c1f6bcdf
eee92380**

Documento generado en 11/11/2021 05:04:46 PM

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

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



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

M.P. NANCY ÁVILA DE MIRANDA



RADICADO: 055796000341202000218
INTERNO: 2021-0881-2
DELITO: PORTE O TENENCIA DE ARMAS DE FUEGO,
ACCESORIOS, PARTES O MUNICIONES
ACUSADO: JEAN CARLOS CUBIDES RUIZ
DECISIÓN: REVOCA DECISIÓN DE INSTANCIA

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

Aprobado según acta Nro.100

1. ASUNTO

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el representante del Ministerio Público, doctor Mario Germán Ardila Mateus, procurador 198 judicial penal dentro del asunto, contra el auto fechado del 27 de mayo de 2021, que dio aprobación al preacuerdo presentado por el ente acusador y el procesado Jean Carlos Cubides Ruiz, por parte del Juez Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Puerto Berrio, Antioquia. El

¹ 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.

RADICADO:	055796000341202000218
INTERNO:	2021-0881-2
DELITO:	PORTE O TENENCIA DE ARMAS DE FUEGO, ACCESORIOS, PARTES O MUNICIONES
ACUSADO:	JEAN CARLOS CUBIDES RUIZ

citado preacuerdo consistió en la aceptación por parte del procesado Jean Carlos Cubides de responsabilidad penal como autor del delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones a cambio se degrada su participación en calidad de cómplice – artículo 30 del C.P.— fijando un apena definitiva de cincuenta y seis (56) y la prohibición del derecho a la tenencia y porte de armas por el término de siete (7) meses, sin la concesión del mecanismo sustitutivo de prisión domiciliaria, ello en consonancia con lo dispuesto por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en proveído SP-2073 de 2020 Rdo. 52227 del 24 de junio de 2020. M.P. Patricia Salazar Cuellar.

2. RESUMEN DE LOS HECHOS JURIDICAMENTE RELEVANTES

La historia procesal da cuenta que el día 17 de octubre de 2020 a aproximadamente a las 19:55 horas en el sector conocido como portón de la vega, vía pública, zona urbana del municipio de Puerto Berrio Antioquia, (coordenadas No 06°30'24.9-W74°24'12.54"), miembros de la Policía Nacional proceden a realizarle un registro a un ciudadano encontrándole en la pretina del pantalón un arma de fuego, tipo revolver, calibre 38, marca Smith and Wesson, número serie externo 20D9634 con 6 cartuchos sin percutir calibre 38, aptos para la misma; quien se identifica como JEAN CARLOS CUBIDES RUIZ, con cedula de ciudadanía No 1.105.790.810 de Honda - Tolima; manifestando no tener permiso para el porte de arma de fuego; es así, que se procede a capturar por el injusto preceptuado en

RADICADO: 055796000341202000218
INTERNO: 2021-0881-2
DELITO: PORTE O TENENCIA DE ARMAS DE FUEGO,
ACCESORIOS, PARTES O MUNICIONES
ACUSADO: JEAN CARLOS CUBIDES RUIZ

el art 365 del C.P e incautar el arma de fuego la misma que según la pericia es apta para disparo.

3. ACTUACION RELEVANTE

El día 18 de octubre de 2020 ante el Juzgado Promiscuo Municipal de Puerto Berrio en Función de Control de Garantías se surtieron las correspondientes audiencias preliminares de legalización de captura, formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento (Fls. 28-32 de la carpeta digital)

En dicha oportunidad se declaró la legalidad de la captura y se imputó a título de dolo el delito de *fabricación, tráfico, porte de arma de fuego accesorios, partes o municiones* descrito en el artículo 365 del C.P., frente a lo cual el procesado manifestó no aceptar los cargos, declarando así la legalidad de la imputación formulada por el ente persecutor. Así mismo, se impuso en cabeza del procesado, medida de aseguramiento de detención en establecimiento carcelario.

El 14 de diciembre de 2020, se allegó por parte de la Fiscalía de encargo, escrito de acusación en contra de Jean Carlos Cubides Ruiz, documento en el cual se formuló la acusación correspondiente a la autoría material a título de dolo del delito de Fabricación, Tráfico, porte de arma de fuego, accesorios, partes o municiones, sancionado en el artículo 365 del Código penal; la audiencia de formulación de acusación se llevó a

RADICADO: 055796000341202000218
INTERNO: 2021-0881-2
DELITO: PORTE O TENENCIA DE ARMAS DE FUEGO,
ACCESORIOS, PARTES O MUNICIONES
ACUSADO: JEAN CARLOS CUBIDES RUIZ

cabo el día 19 de marzo de 2021, la audiencia preparatoria el día 30 de abril, fijándose la audiencia de juicio oral para el día el 24 de mayo de 2021, no obstante en la citada data, la vista pública mutó en Audiencia de Verificación de Preacuerdo, en la que el delegado Fiscal y el procesado acordaron que éste último aceptaba la responsabilidad penal por el delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones a cambio se degradaba su participación de autor a cómplice – artículo 30 del C.P.— fijando una pena definitiva de cincuenta y seis (56) meses de prisión y la prohibición del derecho a la tenencia y porte de armas por el término de siete (7) meses, sin la concesión del mecanismo sustitutivo de prisión domiciliaria. Lo anterior de conformidad con los lineamientos trazados por la Sala de Casación Penal en la sentencia SP2073 de 2020.

El delegado del Ministerio Público se opuso a la aprobación del preacuerdo, en primer lugar al no ser claro si la degradación de la conducta de autor a cómplice era una variación de la acusación o era para de la determinación de la pena; en segundo lugar, en razón un error en la fijación en los extremos de la pena luego de la aplicación de la rebaja dispuesta en el artículo 30 del C.P. por parte del delegado de la Fiscalía, en tanto aplicó la rebaja de la mitad de la pena tanto al mínimo como al máximo, cuando la rebaja máxima se aplica a la pena mínima, esto es, la mitad, y la rebaja mínima a la pena máxima, esto es, una sexta parte, quedando los extremos entre 54 y 120 meses de prisión y, en tercer lugar, considera que la rebaja concedida al procesado desatiende la política criminal que

RADICADO: 055796000341202000218
INTERNO: 2021-0881-2
DELITO: PORTE O TENENCIA DE ARMAS DE FUEGO,
ACCESORIOS, PARTES O MUNICIONES
ACUSADO: JEAN CARLOS CUBIDES RUIZ

conduce inexorablemente a desprestigiar la administración de justicia y evitar su cuestionamiento.

Destaca que, si bien se indicó que se daba aplicación a la sentencia SP2073 de 2020, considera que la rebaja no es razonable en el entendido que, se está en presencia de una situación de flagrancia, en la que el fiscal prácticamente tiene los medios para obtener su propósito final a través de una sentencia condenatoria y se está reconociendo una rebaja de pena del 49.8% por vía del preacuerdo, cuando por la situación de flagrancia, lo máximo que se puede dar por allanamiento de cargos en la audiencia de imputación es el 12.5% sobre la pena a imponer, esto es, sobre los 108 meses; disminuyendo la rebaja en cada etapa procesal; en tal sentido advierte que, que desnaturaliza por completo la interpretación que la sentencia SP-2073 de la Corte Suprema de Justicia recogiendo ya una línea jurisprudencial bien trazada en ese punto; y no por el hecho de subir dos meses a la pena, se está cumpliendo con la interpretación que hace la Corte.

Recalca que, de acuerdo al momento procesal la rebaja no podrá ser superior a la rebaja de pena que se fija en allanamiento a cargos, atendiendo además la situación de flagrancia; y si bien el fiscal está habilitado para hacer preacuerdos, y fijar la pena del cómplice, ésta no puede ser la mínima, para ello debe realizar una ponderación entre circunstancia de captura en situación de flagrancia y el momento procesal en que se hace el acuerdo, y la pena de 56 meses no se compadece con la situación fáctica ni con la

RADICADO: 055796000341202000218
INTERNO: 2021-0881-2
DELITO: PORTE O TENENCIA DE ARMAS DE FUEGO,
ACCESORIOS, PARTES O MUNICIONES
ACUSADO: JEAN CARLOS CUBIDES RUIZ

posición que en ese sentido ha trasado la Corte Suprema de Justicia; por lo que concluye que preacuerdo presentado viola ostensiblemente el debido proceso y el principio de legalidad.

La Judicatura, luego de verificar que la aceptación de cargos por parte del procesado Jean Carlos Cubides Ruiz estaba libre de cualquier vicio de consentimiento, que existe el mínimo de prueba que respalda la responsabilidad por la conducta aceptada y que, el reconocimiento de la complicidad apuntaba única y exclusivamente al monto de la pena a imponer como único beneficio, mas allá del error del delegado fiscal al fijar los extremos de la pena de conformidad con lo dispuesto en el artículo 30 del C.P., considera que la pena fijada en el preacuerdo, esto es, de cincuenta y seis (56) meses de prisión, es un poco mas de la pena mínima prevista para el cómplice, por lo que no encuentra una desproporción en la pena, ello en atención a las etapas ya surtidas en el proceso.

Aduce que, contrario a lo considerado por el señor procurador, no puede compararse el monto de rebaja y de pena a imponer para el capturado en flagrancia que decidió unilateralmente allanarse a los cargos, porque precisamente en eso consiste la modalidad de preacuerdo referida – complicidad-, siendo ésta más benévola para los intereses del acusado; además la experiencia enseña que ya pocos procesados deciden aceptar cargos prefiriendo llegar a un preacuerdo con la fiscalía, porque los montos de rebaja por allanamiento unilateral a cargos se han vuelto irrisorios, si se tiene en cuenta las posibilidades de un mayor beneficio por vía de preacuerdo, lo que hace difícil que

RADICADO: 055796000341202000218
INTERNO: 2021-0881-2
DELITO: PORTE O TENENCIA DE ARMAS DE FUEGO,
ACCESORIOS, PARTES O MUNICIONES
ACUSADO: JEAN CARLOS CUBIDES RUIZ

un imputado en la audiencia de formulación de imputación se allane a cargos con miras de procurar a un preacuerdo que le represente una mayor rebaja de pena, y en este caso, reitera, no se pactó la pena mínima, ella se aumentó en dos meses sin desconocer el margen de movilidad y el estadio procesal; situación que, no puede ser analizada de la misma manera que el allanamiento unilateral a cargos, al ser dos situaciones jurídicas muy distintas.

Derivado de lo anterior, encuentra el preacuerdo presentado ajustado a la legalidad, además de no advertir violación a derecho o garantía fundamental, por lo que éste es aprobado.

El delegado del Ministerio Público Inconforme con la decisión de la Juez A quo, interpone el recurso de apelación.

4. DE LA IMPUGNACIÓN

El delegado del Ministerio Público interpone el recurso de apelación, reiterando lo ya advertido al momento de dársele traslado del preacuerdo, esto es, su descontento en punto del porcentaje de la rebaja concedida al procesado, el cual no se ciñó a las directrices de las sentencia SP2073 de 2020, como lo son, el momento procesal en el que se encuentra, el daño a las víctimas, la contribución del acusado en el esclarecimiento de los hechos, el arrepentimiento del procesado y que, eventualmente el mismo procesado se comprometiera a entregar información que contribuyera a esclarecer los hechos o algunos otros de los que tuviera conocimiento, aspectos que

RADICADO: 055796000341202000218
INTERNO: 2021-0881-2
DELITO: PORTE O TENENCIA DE ARMAS DE FUEGO,
ACCESORIOS, PARTES O MUNICIONES
ACUSADO: JEAN CARLOS CUBIDES RUIZ

el fiscal debe tener en cuenta dentro de esa discrecionalidad para fijar la pena dentro de los preacuerdos y negociaciones aunado a las directrices de las Fiscalía General de la Nación.

Considera que la pena de 56 meses fijada en el preacuerdo se aparta del postulado de proporcionalidad frente al hecho delictivo, en el entendido que, el procesado al momento de ser avistado por los policiales, intentó evadir la acción y se dirigió hacia un callejón con el propósito de desprenderse del artefacto, pero los policías que estaban atentos, procedieron inmediatamente a evitar que eso sucediera, no hay colaboración o aporte del acusado para el esclarecimiento de los hechos, pues si tenía el arma en la pretina del pantalón, al ser sorprendido por los uniformados, lo que hizo fue intentar escabullirse, situación que no fue valorada.

Reitera que, la fijación de la pena no es proporcional de acuerdo a la etapa en la se encuentra el proceso, esto es, a portas del inicio de la audiencia de juicio oral, por lo que existe un mayor desgaste del aparato judicial y la pena pactada no se compadece con ello, ni con el hecho de que fue capturado en situación de flagrancia, lo anterior, conforme los criterios fijados en la sentencia SU 479 de 2019 de la Constitucional y las posteriores sentencias de las Corte Suprema de Justicia, de suerte que, la fijación de la pena por parte del Fiscal no se convierta en un festín de la administración de justicia, enviando un mensaje a la comunidad que delinquir si paga con una rebaja del 48.14% sobre la que está establecida en la ley, que es del 12.5%, pero ello en la primera etapa del proceso, y en este

RADICADO: 055796000341202000218
INTERNO: 2021-0881-2
DELITO: PORTE O TENENCIA DE ARMAS DE FUEGO,
ACCESORIOS, PARTES O MUNICIONES
ACUSADO: JEAN CARLOS CUBIDES RUIZ

caso el proceso está en la etapa semifinial que es la audiencia de juicio oral, desconociendo el principio de proporcionalidad y de legalidad de cara a la circunstancia de flagrancia, desatendiendo los propósitos del artículo 348 del C.P.P., situación que desprestigia la administración de justicia y genera sensación de impunidad.

Bajo estos argumentos solicita se revoque la decisión de primera instancia y en su lugar se impruebe el preacuerdo presentado.

La Fiscalía como sujeto procesal no recurrente, solicita se mantenga incólume la decisión adoptada por el señor juez de conocimiento, esto es, el preacuerdo presentado a su consideración, que se adelanta en favor del señor Jean Carlos Cubides Ruiz por el injusto preceptuado en el artículo 365 de la normatividad penal, cuya pena es de 9 a 12 años, y que en su momento la fiscalía imputó en calidad de autor, verbo rector portar.

Señala que, conforme lo dispuesto en el artículo 348 del C.P.P., la finalidad de los preacuerdos es humanizar la actuación procesal y la pena, obtener pronta y cumplida justicia, activar la solución de los conflictos sociales que genera el delito, propiciar la reparación integral de los perjuicios ocasionados con el injusto, y lograr la participación del imputado en la definición de su caso, la fiscalía y el imputado o acusado podrán llegar a preacuerdos que impliquen la terminación del proceso, y en ese sentido, considera errada la lectura que hace el delegado del Ministerio Público del citado artículo, haciendo un paralelo con

RADICADO: 055796000341202000218
INTERNO: 2021-0881-2
DELITO: PORTE O TENENCIA DE ARMAS DE FUEGO,
ACCESORIOS, PARTES O MUNICIONES
ACUSADO: JEAN CARLOS CUBIDES RUIZ

relación a los momentos procesales en que el enjuiciado podría allanarse a los cargos, pues tal como lo advirtió el juez de conocimiento, el beneficio de la rebaja en la pena en cada etapa procesal sería irrisorio, en tanto la pena, en este caso va de 9 a 12 años de prisión, es decir, de 108 a 144 meses y en caso de que acepte esa responsabilidad en el escenario de la formulación de imputación, apenas se le reconoce una rebaja del 12.5%, el cual va disminuyendo en cada etapa procesal.

Resalta que, el preacuerdo presentado entre la fiscalía, el enjuiciado Cubides Ruiz y la defensa, sigue el precepto jurisprudencial, en tanto solo se tiene en cuenta la calidad de cómplice para efectos punitivos, pero la condena será como autor, quedando la pena en 56 meses, es decir, 4 años y 8 meses de prisión que no corresponde a la pena mínima y es considerable, y de continuarse la audiencia de que trata el artículo 447 del C.P.P., no tendría derecho a ningún beneficio, situación que conocía el procesado, en tanto el juez de conocimiento fue enfático en ello.

Señala que, de acuerdo a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, algunos de los parámetros a tener en cuenta en los preacuerdos, es el momento de la actuación en que se realiza el acuerdo – previo a un juicio-, el daño infligido a las víctimas y la reparación del mismo, en este caso el daño infligido a las víctimas es en abstracto, pero hay una reparación en ese reconocimiento por parte del señor Cubides Ruiz, conociendo que no tenía derecho a ningún subrogado, en este caso no hubo un daño patrimonial pero con su actitud reconoce su

RADICADO: 055796000341202000218
INTERNO: 2021-0881-2
DELITO: PORTE O TENENCIA DE ARMAS DE FUEGO,
ACCESORIOS, PARTES O MUNICIONES
ACUSADO: JEAN CARLOS CUBIDES RUIZ

actuar contrario a derecho, quien con una pena está reparando a la sociedad porteña, o ¿se requiere condenarlo al máximo de la pena para así sentir que se cumplió el fin de la administración de justicia?, en este caso se está indilgando un porte armas, no un concierto en el que si debía verificarse esa proporcionalidad, pero en este caso qué podría aportar el procesado para el esclarecimiento de los hechos.

Reitera que la Fiscalía no solo tuvo en cuenta el momento procesal, sino los demás aspectos reseñados por la Jurisprudencia de la Corte de cara al lo dispuesto en el artículo 348 ídem.

En vista de lo anterior, considera que el preacuerdo está acorde con el principio de legalidad y la rebaja de la pena es proporcional atendiendo lo dispuesto en la sentencia del 24 de junio de 2020 M.P. Patricia Salazar Cuellar, por lo que solicita se mantenga incólume la decisión adoptada por el juez de conocimiento.

Finalmente, **la defensa como sujeto no recurrente**, reitera los argumentos de la fiscalía, advirtiendo demás que, la pena fijada se encuentra dentro de los parámetros del rango a imponer, esto es, entre los 54 y 120 meses de prisión. La jurisprudencia citada, establece criterios orientadores y en el ámbito del acuerdo tiene vigencia el principio de discrecionalidad reglada para establecer el monto de la concesión otorgada, tales como el daño causado a la víctima, la reparación, el arrepentimiento del procesado, el suministro de información, la

RADICADO: 055796000341202000218
INTERNO: 2021-0881-2
DELITO: PORTE O TENENCIA DE ARMAS DE FUEGO,
ACCESORIOS, PARTES O MUNICIONES
ACUSADO: JEAN CARLOS CUBIDES RUIZ

colaboración al esclarecimiento de los hechos, pero ello no significa que la Fiscalía deba pronunciarse de cada uno de ellos o enunciar cada uno de ellos para que el preacuerdo sea aprobado, o se diga que no se sustentó; simplemente son parámetros dónde debe aflorar que el fiscal ha tenido en cuenta cuando en el caso sea aplicable de cara a las finalidades dispuestas en el artículo 348 del C.P.P.

Solicita se mantenga la decisión de primera instancia al considerar que se cumple con la finalidad de los preacuerdos y este es proporcional; pues de no ser así, no tendría sentido los preacuerdos, ya que independientemente de que la persona se arrepienta y quiera aceptar, ante una rebaja tan mínima preferirá irse a juicio a demostrar su inocencia, incluso podría salir absuelto en el juicio, pues en tanto, la sentencia no esté en firme la persona se presume inocente.

5. CONSIDERACIONES DE LA SALA

5.1 Competencia

Esta Corporación es competente para desatar el recurso de apelación interpuesto por el delegado del Ministerio Público, doctor Mario Germán Ardila Mateus contra la decisión del 27 de mayo de 2021, dictada por el Juzgado Penal del Circuito de Puerto Berrío- Antioquia, conforme a lo dispuesto en el numeral 1º del artículo 34 de la Ley 906 de 2004.

RADICADO:	055796000341202000218
INTERNO:	2021-0881-2
DELITO:	PORTE O TENENCIA DE ARMAS DE FUEGO, ACCESORIOS, PARTES O MUNICIONES
ACUSADO:	JEAN CARLOS CUBIDES RUIZ

5.2. Problema jurídico

Vía recurso de apelación, el Delegado del Ministerio Público, manifiesta su inconformidad con la aprobación del preacuerdo llevado a cabo el día de 27 mayo de 2021, en tanto considera que éste viola el principio de proporcionalidad al concederse una rebaja de pena que no es consecuente con el hecho de que el procesado fue capturado en flagrancia, ni con la etapa procesal en que éste se presenta, evidenciándose un claro desprestigio a la administración de Justicia.

En tal sentido, la Magistratura, se ocupará, en primer término, de esbozar lineamientos generales sobre el estado del arte acerca del instituto de los preacuerdos en la sistemática procesal penal, seguidamente se determinará de acara al principio de proporcionalidad, si existe margen en la concesión de beneficios vía preacuerdo de acuerdo a la etapa procesal en que éste se presenta y, finalmente, procederá esta Sala de decisión a establecer la procedencia de las reconvenciones vertidas por el Delegado del Ministerio Público sobre el preacuerdo presentado y aprobado por la Judicatura, de los cuales, de hallar en su integralidad, garantía legal y jurisprudencial, procederá a revocar las decisiones de instancia, o en contrario, de ajustarse las determinaciones del *A quo* al marco jurídico vigente, fallará tomando la decisión que para el momento corresponde.

RADICADO: 055796000341202000218
INTERNO: 2021-0881-2
DELITO: PORTE O TENENCIA DE ARMAS DE FUEGO,
ACCESORIOS, PARTES O MUNICIONES
ACUSADO: JEAN CARLOS CUBIDES RUIZ

Estado del arte del Instituto Procesal de los preacuerdos consagrado en la ley 906 de 2004

Desde los albores de la entrada en vigencia del Sistema Procesal Penal de Corte Acusatorio, se ha entendido que el control judicial que debe realizar el juez de conocimiento frente al preacuerdo, no se satisface con una simple revisión formal al constatar la voluntad y libertad con la que el procesado asiente los términos del mismo, pues como garante y protector del proceso debe ir más allá, verificando que las garantías fundamentales se hayan preservado, dentro de las cuales, obviamente, se encuentran, entre otras, la legalidad, estricta tipicidad y el debido proceso.

Sus funciones entonces, frente a las formas de terminación anticipada del proceso y en particular en casos de responsabilidad preacordada consisten en realizar un estudio de ese pacto logrado entre la Fiscalía y el imputado o acusado, con la asesoría de su defensa técnica, en aras a que con los términos del mismo se ciñan a la legalidad y no vulneren garantías fundamentales de las partes e intervinientes dentro un proceso de criminalización penal de corte garantista. Al respecto es pacífica la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia².

En ese orden, el uso de las facultades concedidas a la Fiscalía General de la Nación no se puede entender como una patente

² La tesis puesta de presente ha sido sostenida por la Alta Corporación de forma muy reiterada, entre otras en las sentencias del 27 de abril 2011, Rad. 34.829 y del 23 de noviembre de 2011, Rad. 37.209. Igualmente se puede confrontar la sentencia del 27 de octubre de 2008, Rad. 29.979. M.P. Julio Enrique Socha Salamanca. Asimismo, dentro del radicado SP931-2016, 43.356, M.P. José Leonidas Bustos Ramírez.

RADICADO: 055796000341202000218
INTERNO: 2021-0881-2
DELITO: PORTE O TENENCIA DE ARMAS DE FUEGO,
ACCESORIOS, PARTES O MUNICIONES
ACUSADO: JEAN CARLOS CUBIDES RUIZ

de curso que permita desconocer el marco de la legalidad, obligando en consecuencia, por una parte, a que la Fiscalía se ciña a los fácticos investigados, para así atribuir la calificación jurídica, y por otro, al juez de conocimiento a respetar lo convenido por las partes. Al respecto el máximo Tribunal de la justicia penal ordinaria ha señalado:

“Más adelante, en SP13939-2014, concluyó que en términos de legalidad o estricta tipicidad, **el Fiscal puede definir qué conducta imputa o imputar una menos gravosa, pero no le está permitido «crear tipos penales».** Así mismo, señaló, que el Juez de Conocimiento está obligado a aceptar el acuerdo presentado por la Fiscalía, salvo que este desconozca o quebrante las garantías fundamentales, verifique algún vicio en el consentimiento o afecte el derecho de defensa. A título de ejemplo, señaló que dichas circunstancias se estructurarían cuando el Fiscal pasa por alto aspectos como dos beneficios incompatibles, acceda a una rebaja superior a la permitida o no cumpla las exigencias punitivas para acceder a algún subrogado.”³ (Negrillas de la Sala).

No obstante lo dicho, el tema del control que debe hacer el juez de conocimiento a la acusación, así como al allanamiento a cargos o preacuerdos que a aquella se asimilan, no ha sido cómodo, en la medida que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia⁴ ha trasegado desde las posiciones que restringen tal labor, pasando por las intermedias e incluso ha llegado a las que otorgan amplísimas facultades al juzgador en punto al tema. En esa línea se mantuvo, con el argumento que el juez no puede realizar control material a la acusación que presente la Fiscalía⁵, salvo que aquella represente un claro

³ CSJ, Sala de Casación Penal, Rad 98071, 26 abr 2018. M.P. Luís Antonio Hernández Barbosa.

⁴ Con relación al tema en la sentencia SP14191-2016 Rad 45594. M.P. José Francisco Acuña Vizcaya, se trajo a colación los referentes jurisprudenciales sobre las posturas manejadas en relación al punto tratado.

⁵ “Finalmente, en el fallo de casación CSJ 16 Jul. 2014, Rad. 40871, la Corte, luego de hacer un recorrido por su propia línea jurisprudencial⁷ (CSJ AP, 15 Jul. 2008, Rad. 29994; CSJ AP, 14 Agost. 2013, Rad. 41375; CSJ SP, 21 Mar. 2012, Rad. 38256; CSJ SP, 6 Feb. 2013, Rad. 39892 y CSJ AP, 16 Oct. 2013, Rad. 39886), concluyó que “por regla general el juez no puede hacer control material a la acusación del fiscal en los procesos tramitados al amparo de la Ley 906 de 2004, pero, excepcionalmente debe hacerlo frente a actuaciones que de manera grosera y

RADICADO: 055796000341202000218
INTERNO: 2021-0881-2
DELITO: PORTE O TENENCIA DE ARMAS DE FUEGO,
ACCESORIOS, PARTES O MUNICIONES
ACUSADO: JEAN CARLOS CUBIDES RUIZ

quebrantamiento a las garantías procesales de las partes, siendo certera al afirmar que tal situación no debe estar afinada en la discrepancia que el juzgador pueda tener con la posición asumida por el acusador, pensando que su valoración jurídica o probatoria es la que debe imperar por encima de la que a consideración del persecutor se ha plasmado en el convenio. Sobre el punto así se refirió:

“Una vez establecido que la acusación se ha realizado según lo dispuesto en el ordenamiento jurídico (que incluye las posibilidades de control a esta actividad de parte), el juez debe proceder a evaluar si los términos del preacuerdo se ajustan a las normas aplicables al caso, según el desarrollo que de las mismas ha hecho la jurisprudencia, bajo el entendido de que tiene la obligación de aceptarlo, salvo que este desconozca o quebrante garantías fundamentales, como lo dispone expresamente el artículo 351, inciso cuarto, de la Ley 906 de 2004.

Frente a este tema la Corte ha resaltado:

Para la Sala es claro que las garantías fundamentales a las cuales se refiere la norma para permitir la injerencia del juez, **no pueden examinarse a la luz del criterio subjetivo o arbitrario del mismo y deben remitirse exclusivamente a hechos puntuales que demuestren violaciones objetivas y palpables necesitadas del remedio de la improbación para restañar el daño causado o evitar sus efectos deletéreos.**

En este sentido, a título apenas ejemplificativo, la intervención del juez, que opera excepcionalísima, debe recabarse, se justifica en los casos en que se verifique algún vicio del consentimiento o afectación del derecho de defensa, o cuando el fiscal pasa por alto los límites reseñados en los puntos anteriores o los consignados en la ley –como en los casos en que se otorgan dos beneficios incompatibles o se accede a una rebaja superior a la permitida, o no se cumplen las exigencias punitivas para acceder a algún subrogado-. (CSJ SP, 15 oct. 2014, Rad. 42184).”⁶ (Negrillas de la Sala)

arbitraria comprometan las garantías fundamentales de las partes o intervinientes”. (Cfr, CSJ SP1484-2015, Rad 43436, 28 oct 2015, M.P. Patricia Salazar Cuéllar). (Negrillas fuera de texto).

⁶ CSJ SP1484-2015, Rad 43436, 28 oct 2015, M.P. Patricia Salazar Cuéllar.

RADICADO: 055796000341202000218
INTERNO: 2021-0881-2
DELITO: PORTE O TENENCIA DE ARMAS DE FUEGO,
ACCESORIOS, PARTES O MUNICIONES
ACUSADO: JEAN CARLOS CUBIDES RUIZ

Si embargo, a día de hoy se sabe que del estado actual del arte de la Sala de Casación Penal, tiene sentado una postura que representa una actitud diametralmente opuesta - pues si bien, se puede vislumbrar, que los criterios de la jurisprudencia en materia de preacuerdos no son unánimes - ahora existe una línea con criterio mayoritario⁷, según la cual el Juez debe propugnar porque la imputación y la acusación cumplan los requisitos formales previstos en la ley, sin que ello implique realizar un control material ni una habilitación para proponer o insinuar los cargos, pues ello no solo implicaría el compromiso de su imparcialidad, sino, además, superar las barreras funcionales establecidas en el ordenamiento jurídico.

En la mentada decisión se propone que los fiscales deben precisar en qué eventos un cambio en la calificación jurídica corresponde a la estructuración de los cargos, **y en qué casos la misma obedece a beneficios otorgados al imputado o acusado**, pues solo de esa forma podrán verificarse los límites que el legislador estableció puntualmente para la celebración de los acuerdos, ello para que los jueces constaten que el convenio se ajusta al ordenamiento jurídico. De suerte que:

“los fiscales no están facultados para modificar el contenido de la imputación (la procedente, según las reglas atrás relacionadas), como una forma de otorgar beneficios a cambio de la eventual aceptación de cargos o la posterior celebración de acuerdos, por diversas razones, entre ellas: (i) los requisitos materiales de la imputación y la acusación, así como sus aspectos formales, fueron regulados expresamente por el legislador; (ii) el fiscal no puede suprimir, a título de beneficio, aspectos factuales de la hipótesis que estructuró a la luz de las normas que regulan esta faceta del ejercicio de la acción penal, entre otras cosas porque no podría incluirlos en una eventual

⁷ CSJ SP594-2019, 27 feb. 2019, rad.51596.

RADICADO: 055796000341202000218
INTERNO: 2021-0881-2
DELITO: PORTE O TENENCIA DE ARMAS DE FUEGO,
ACCESORIOS, PARTES O MUNICIONES
ACUSADO: JEAN CARLOS CUBIDES RUIZ

acusación en caso de que el acuerdo no se materialice, habida cuenta de la consonancia fáctica que debe existir entre los cargos incluidos en ambos escenarios; (iii) de lo contrario, un procesado podría beneficiarse con una imputación ajena a la legalidad, así decida posteriormente desistir del preacuerdo “prometido”, o intentar la consecución de beneficios ilegales, producto de un cambio subrepticio de la imputación y del posterior allanamiento a cargos; (iv) en este tipo de escenarios, se le privaría al juez de realizar las verificaciones inherentes a estas formas de terminación anticipada de la actuación penal, entre ellas, la existencia del “mínimo de prueba” a que alude el artículo 327 de la Ley 906 de 2004, la concerniente a la acumulación ilegal de beneficios o el desconocimiento de las prohibiciones legales frente a determinados delitos, límites que, sin duda, constituyen una clara expresión de la política criminal del Estado, a la que están sometidas este tipo de convenidos (Art. 348 ídem)».

Acorde con ello, las diversas formas de terminación anticipada de la actuación penal están sujetas al concepto de “discrecionalidad reglada”⁸, orientado a lograr un punto de equilibrio entre el margen de maniobrabilidad que debe tener la Fiscalía y la materialización, entre otros, de los principios de igualdad y seguridad jurídica, así como la evitación de la arbitrariedad en el ejercicio de la acción penal, por lo que el Juez debe verificar: i) el consentimiento y voluntad del procesado (ii) la claridad del acuerdo en lo que atañe a los beneficios concedidos al procesado, (iii) la existencia de un mínimo de prueba, (iv) el respeto a los límites establecidos por la ley en materia de beneficios; (v) que se acataron las prohibiciones de conceder este tipo de prerrogativas frente a algunos delitos; (vi) se realizó el reintegro de que trata el artículo 349 de la Ley 906 de 2004; (vii) se garantizaron los derechos de las víctimas.

⁸ SP2073-2020, jun. 24, rad. 52227

RADICADO: 055796000341202000218
INTERNO: 2021-0881-2
DELITO: PORTE O TENENCIA DE ARMAS DE FUEGO,
ACCESORIOS, PARTES O MUNICIONES
ACUSADO: JEAN CARLOS CUBIDES RUIZ

En los eventos en los que el juez advierta que la delimitación del cargo obedece al inequívoco propósito de conceder beneficios adicionales, o que se ha optado por una calificación jurídica que no corresponde a los hechos con la clara finalidad de eludir una prohibición legal en materia de acuerdos *«el juez debe ejercer sus funciones de director del proceso, en orden a aclarar la situación, y, a partir de ello, tomar las decisiones que considere procedentes. En todo caso, como bien lo resalta el delegado de la Fiscalía, esas labores de dirección deben realizarse en el momento procesal adecuado (la respectiva audiencia de control de legalidad)»*⁹. En reciente pronunciamiento¹⁰, el análisis fue zanjado bajo el argumento que:

Los preacuerdos serán controlados por el juez de conocimiento para verificar que cumplan las exigencias legales y, en general, preserven las garantías fundamentales de las partes e intervinientes. Cuando aquéllos conservan el núcleo fáctico de la imputación y/o acusación y su exacta calificación jurídica, pero remiten a la consecuencia establecida para un supuesto típico diferente, por supuesto más benévola que la procedería en estricta legalidad, el control judicial debe constatar, especialmente, la proporcionalidad del beneficio que se establece, sin perjuicio de los demás requisitos legales.

Acogiendo las precisiones de la Corte Constitucional en sentencia SU479 de 2019, indicó el alto tribunal que los fiscales deben actuar con la objetividad exigida en el artículo 115 de la Ley 906 de 2004, lo que implica que la formulación de los cargos debe hacerse conforme la hipótesis factual establecida –según el estándar previsto para cada fase–, pues les está vedado “inflar” la imputación o la acusación para presionar la

⁹ CSJ SP594-2019, 27 feb. 2019, rad.51596.

¹⁰ CSJ AP1745 – 2021, 5 mayo 2021, rad. 59232

RADICADO: 055796000341202000218
INTERNO: 2021-0881-2
DELITO: PORTE O TENENCIA DE ARMAS DE FUEGO,
ACCESORIOS, PARTES O MUNICIONES
ACUSADO: JEAN CARLOS CUBIDES RUIZ

celebración de acuerdos. Así, los acuerdos en los que se opta por una calificación jurídica que no corresponda a los hechos jurídicamente relevantes «no son posibles, porque el fiscal debe introducir la calificación jurídica que corresponda a los hechos jurídicamente relevantes».

En los preacuerdos, se ha expresado, la Fiscalía debe obrar con objetividad, lo cual implica que la actuación del ente acusador no puede de manera ligera, descuidada o intencionadamente hacer uso indebido de sus facultades, dar a la información recopilada en la indagación o investigación un uso indebido, alterar, ocultar o manipular la verdad, los hechos, las consecuencias jurídicas de la conducta delictiva consumada, actuar con abuso de sus facultades, formular acusaciones infundadas, o modificar medidas cautelares para favorecer sin razón a una parte o interviniente, su proceder con base en dicho principio debe revelar rectitud y probidad en la definición de la existencia del delito, la declaración de responsabilidad y la negociación de la pena¹¹.

Así, en este sentido, el Juez debe verificar no solamente el cumplimiento de los requisitos legales¹², sino también constatar el respeto por las garantías fundamentales de partes e intervinientes, el acatamiento a las finalidades del preacuerdo y en especial, que dicho pacto refleje en forma estricta los hechos imputados y soportados en los elementos de prueba obrantes en la actuación, en salvaguarda de las garantías,

¹¹ Reiterada, entre otras, por la SP2295-2020, jul. 8, rad. 50659; y la SP3002-2020, ago. 19, rad 54039.

¹² Este control meramente formal, tiene por objeto la constatación de que no se trate de pactos prohibidos por el legislador o que la aceptación de responsabilidad se haya realizado de manera libre, consciente, voluntaria e informada

RADICADO: 055796000341202000218
INTERNO: 2021-0881-2
DELITO: PORTE O TENENCIA DE ARMAS DE FUEGO,
ACCESORIOS, PARTES O MUNICIONES
ACUSADO: JEAN CARLOS CUBIDES RUIZ

principios y valores de orden constitucional y de convencionalidad¹³, de los que son titulares las partes e intervinientes en el proceso.

En ese orden, debe darse cumplimiento a las normas legales que regulan los preacuerdos o a la interpretación que de estas ha realizado la jurisprudencia penal que se ha plasmado, así como el enfoque actual que se la ha venido otorgando al rol que han de cumplir los delegados del ente acusador y de contera, el que debieran ejercer los funcionarios judiciales que tienen bajo su conocimiento causas penales.

Ahora, tal como lo ha decantado la jurisprudencia citada, es posible que las partes propongan un preacuerdo en el que la pretensión no sea la variación de la calificación jurídica de los hechos, sino **acudir a una calificación jurídica diferente con la única finalidad establecer el monto de la rebaja, tal como ocurre en esta causa**, sobre esta modalidad de preacuerdo advirtió la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema lo siguiente¹⁴:

(...)

“6.2.2.2.2.1. La referencia a normas penales no aplicables al caso, con el único propósito de establecer el monto del beneficio otorgado en virtud del acuerdo

En estos eventos, la pretensión de las partes no se orienta a que el juez incluya en la condena una calificación jurídica

¹³ La Corte Constitucional en CC SU-479 de 2019 señala «El presupuesto de todo preacuerdo consiste en no soslayar el núcleo fáctico de la imputación que determina una correcta adecuación típica, lo que incluye obviamente todas las circunstancias específicas, de mayor y menor punibilidad, que fundamentan la imputación jurídica. Por esta razón, el juez de conocimiento debe confrontar que la adecuación típica plasmada en el escrito se corresponda jurídicamente con los hechos a partir de los cuales las partes alcanzan su acuerdo»

¹⁴ CSJ SP2073-2020, rad. 52227.

RADICADO: 055796000341202000218
INTERNO: 2021-0881-2
DELITO: PORTE O TENENCIA DE ARMAS DE FUEGO,
ACCESORIOS, PARTES O MUNICIONES
ACUSADO: JEAN CARLOS CUBIDES RUIZ

que no corresponda a los hechos jurídicamente relevantes. Por ejemplo, que se asuma en el fallo que el autor es cómplice o que el procesado, sin corresponder ello a la realidad, actuó bajo una circunstancia de menor punibilidad como la regulada en el artículo 56 del Código Penal.

Bajo esta modalidad, la alusión a normas penales favorables al procesado, que no corresponden a la hipótesis factual aceptada, tiene como única finalidad establecer el monto de la rebaja. Así, por ejemplo, las partes aceptan que quien ontológicamente es autor sea condenado como tal, pero se le atribuya la pena que le correspondería si fuera cómplice. Asimismo, y también a manera de ilustración, no se pretende que el juez incluya en la calificación jurídica la circunstancia de menor punibilidad prevista en el artículo 56, sino que rebaje la pena en la proporción que correspondería si la misma se hubiera demostrado.

Cuando se opta por este mecanismo, realmente no se presenta una situación problemática en cuanto a la correspondencia entre los hechos y su calificación jurídica (como en el evento analizado en el numeral anterior). Los debates relevantes se centran en el monto de la rebaja, pues el hecho de establecer la misma a partir de la alusión a normas penales más favorables (que no corresponden a los hechos aceptados), puede dar lugar a descuentos punitivos desbordados, por las razones que se estudiarán más adelante.

Ello, sin perjuicio de los debates que pueden suscitarse en el evento de que las partes no aclaren si el acuerdo abarca algún subrogado o cualquier otra decisión relevante sobre la pena o su forma de ejecución.

RADICADO: 055796000341202000218
INTERNO: 2021-0881-2
DELITO: PORTE O TENENCIA DE ARMAS DE FUEGO,
ACCESORIOS, PARTES O MUNICIONES
ACUSADO: JEAN CARLOS CUBIDES RUIZ

En síntesis: (i) en esta modalidad de acuerdo no se pretende que el juez, al emitir la condena, le imprima a los hechos aceptados una calificación jurídica que no corresponde, lo que elimina cualquier debate acerca de la correspondencia entre los hechos jurídicamente relevantes y la norma penal aplicada; (ii) ello la diferencia de la modalidad de acuerdo analizada en el acápite anterior; (iii) **la alusión a normas penales que no corresponden tiene como única finalidad establecer el monto de la rebaja**; (iv) bajo esta variante, el debate no se centra en la correspondencia entre los hechos y su calificación jurídica, sino en el monto del beneficio que finalmente se otorga a través de la alusión a las consecuencias punitivas previstas en normas penales que no se avienen a los hechos aceptados por las partes; (v) por tanto, **su viabilidad legal solo podría verse afectada ante concesiones desproporcionadas, sin perjuicio de la trasgresión de los derechos del procesado o de otras formas de violación de los derechos de las víctimas**; y (vi) el acuerdo debe ser suficientemente claro, para evitar debates innecesarios sobre sus términos, la concesión de subrogados, etcétera. ..”
NEGRILLAS NUESTRAS.

Así mismo, en la citada jurisprudencia **se determinó que los beneficios otorgados en razón al acuerdo que varía la calificación jurídica sin base fácticas, no pueden ser desbordados**, por el contrario, estos son limitados:

“6.2.2.2.3. Los límites al monto de los beneficios otorgados en virtud de un acuerdo consistente en el cambio de la calificación jurídica sin base fáctica

(...)

RADICADO: 055796000341202000218
INTERNO: 2021-0881-2
DELITO: PORTE O TENENCIA DE ARMAS DE FUEGO,
ACCESORIOS, PARTES O MUNICIONES
ACUSADO: JEAN CARLOS CUBIDES RUIZ

“...la Sala encuentra que la Ley 906 de 2004 consagra una amplia regulación de los beneficios que pueden otorgársele a los procesados, que abarcan desde las rebajas por el allanamiento unilateral a los cargos, hasta la posibilidad de otorgar inmunidad total o parcial en el ámbito del principio de oportunidad.

Incluso en esos eventos, cuando el estado recibe una colaboración trascendente para combatir la delincuencia organizada o lograr el esclarecimiento de delitos graves y la imposición de las respectivas sanciones, la Fiscalía tiene límites para el otorgamiento de beneficios, entre ellos: (i) sus decisiones están sometidas a control judicial formal y material, independientemente de la modalidad de principio de oportunidad de que se trate; (ii) la colaboración del procesado debe ser relevante (eficaz, esencial); (iii) las modalidades de suspensión e interrupción permiten verificar dicho requisito material antes de que el beneficio quede en firme; (iv) estos beneficios no operan frente a delitos de extrema gravedad (art. 324, párrafo 3°); y (v) en cada caso deben ponderarse, entre otros aspectos, los derechos de las víctimas y la importancia de la colaboración para “la protección efectiva de bienes jurídicos de mayor entidad, lo cual redundará en la protección de los derechos de las víctimas de delitos más graves” (C-095 de 2007, entre otras).

(...)

En suma, aunque es claro que los fiscales deben tener un margen de maniobrabilidad para la concesión de beneficios en el contexto de los acuerdos, también lo es que el ordenamiento jurídico establece una serie de parámetros para la definición de los mismos, orientados a que estas formas de terminación de la acción penal no afecten el prestigio de la administración de justicia y, en general, se ajusten al marco constitucional y legal. Entre ellos cabe destacar: (i) el momento de la actuación en el que se realiza el acuerdo; (ii) el daño infligido a las víctimas y la reparación del mismo, (iii) el

RADICADO: 055796000341202000218
INTERNO: 2021-0881-2
DELITO: PORTE O TENENCIA DE ARMAS DE FUEGO,
ACCESORIOS, PARTES O MUNICIONES
ACUSADO: JEAN CARLOS CUBIDES RUIZ

arrepentimiento del procesado, lo que incluye su actitud frente a los beneficios económicos y de todo orden derivados del delito; (iv) su colaboración para el esclarecimiento de los hechos, y (iv) el suministro de información para lograr el procesamiento de otros autores o partícipes..."NEGRILLAS FUERA DEL TEXTO.

En punto de esas concesiones vía preacuerdo como esencia de la denominada justicia premial, dejó claro el Alto Tribunal que las mismas no pueden ser desproporcionadas, y esa proporción precisamente, está delimitada, entre otras circunstancias, por el momento procesal en el que se realiza el preacuerdo¹⁵:

*"...La Sala, con criterio mayoritario, en la providencia a la que se ha hecho referencia (52.227), al referirse al beneficio punitivo que la Fiscalía debe otorgar en lo preacuerdos por la aceptación de responsabilidad del procesado por el delito cometido, **señaló que debe ser proporcional, esto es, no debe conceder descuentos desmesurados, para ello, se debe tener en cuenta el momento procesal en el que se hace la negociación por las partes, de tal forma que la gracia por readecuación típica, la eliminación de una agravante o la consideración de una disminuyente de punibilidad, no puede resultar superior a ese máximo que se permite dado el estado del proceso en que se hace la negación, pues se haría desproporcionado...**"* NEGRILLAS NUESTRAS.

Del caso concreto

El problema jurídico que ha de resolver esta Corporación se ciñe a confrontar si al preacuerdo suscrito entre las partes resulta

¹⁵ CSJ SP4225-2020, rad. 51478.

RADICADO: 055796000341202000218
INTERNO: 2021-0881-2
DELITO: PORTE O TENENCIA DE ARMAS DE FUEGO,
ACCESORIOS, PARTES O MUNICIONES
ACUSADO: JEAN CARLOS CUBIDES RUIZ

respetuoso del principio de legalidad, o si por el contrario, con tal negociación se ha evidenciado el desprestigio a la administración de Justicia.

De entrada debe aclararse que, en principio, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 250 de la Constitución Política, modificado por el Acto Legislativo 03 de 2002, corresponde a la Fiscalía General de la Nación la titularidad de la acción penal y, por lo tanto, bien puede celebrar los preacuerdos que considere ajustados a la ley, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 348 a 354 de la Ley 906 de 2004 y demás normas concordantes.

Aterrizando al análisis del sub júdice, de la información arrojada a la actuación se desprende que al señor JEAN CARLOS CUBIDES RUIZ le fue imputada en audiencia realizada el 18 de octubre de 2020 en calidad de autor, el delito de fabricación, tráfico, porte de arma de fuego accesorios, partes o municiones descrito en el artículo 365 del C.P, en la modalidad de portar, toda vez que, *el día 17 de octubre de 2020 en el sector conocido como portón de la vega - vía pública - zona urbana del municipio de Puerto Berrio Antioquia, miembros de la Policía Nacional procedieron a realizarle un registro encontrándole en la pretina del pantalón un arma de fuego, tipo revolver, calibre 38, marca Smith and Wesson, numero serie externo 20D9634 con 6 cartuchos sin percutir calibre 38, aptos para la misma.*

Agotadas las audiencias de formulación de acusación y preparatoria, una vez instalada la audiencia de juicio oral, las

RADICADO: 055796000341202000218
INTERNO: 2021-0881-2
DELITO: PORTE O TENENCIA DE ARMAS DE FUEGO,
ACCESORIOS, PARTES O MUNICIONES
ACUSADO: JEAN CARLOS CUBIDES RUIZ

partes anunciaron que habían llegado a un preacuerdo consistente en la aceptación de responsabilidad del procesado por el delito de fabricación, tráfico, porte de arma de fuego accesorios, partes o municiones, a cambio de la degradación de la participación de autor a cómplice, pactando una pena definitiva de cincuenta y seis (56) meses de prisión y la prohibición del derecho a la tenencia y porte de armas por el término de siete (7) meses.

En este caso el funcionario de primer nivel aprobó el acuerdo pactado con el procesado, señalando que, la degradación de la participación de autor a cómplice se realizó únicamente con fines punitivos, la pena pactada se encuentra dentro de los límites dispuestos por ley sin que ésta sea la pena mínima, advirtiéndole, además, que no es posible comparar en punto de las rebajas de pena, el allanamiento a cargos y el preacuerdo, por ser instituciones disímiles.

Pese a lo anterior, el Delegado del Ministerio Público en sede de recurso de apelación reitera su disenso en punto del beneficio concedido, esto es, la rebaja del 48.14% de la pena, pues lo considera desproporcionado atendiendo la etapa en que se realiza el preacuerdo, — audiencia de juicio oral—, aunado a la situación de flagrancia en la que fue capturado el procesado, cuya rebaja de pena, de darse una aceptación de los cargos en la etapa más temprana, es del 12.5%, en vista de lo cual considera que el preacuerdo presentado desprestigia la administración de justicia.

RADICADO: 055796000341202000218
INTERNO: 2021-0881-2
DELITO: PORTE O TENENCIA DE ARMAS DE FUEGO,
ACCESORIOS, PARTES O MUNICIONES
ACUSADO: JEAN CARLOS CUBIDES RUIZ

Bajo este panorama, pertinente es rememorar que la figura de los preacuerdos y negociaciones y su control por parte del juez, como así lo ha referido la H. Corte Suprema¹⁶, fue prevista con la finalidad de humanizar la actuación procesal y la pena, obtener pronta y cumplida justicia, activar la solución de los conflictos sociales que genera el delito, propiciar la reparación integral de los perjuicios ocasionados con el injusto, y lograr la participación del imputado en la definición de su caso. Por tanto, la Fiscalía y el imputado o acusado podrán llegar a negociaciones preacordadas que impliquen la terminación del proceso a voces del art. 348 CPP.

La Corporación atendiendo los nuevos planteamientos del Órgano de cierre ordinario, entre otras¹⁷, aquella en la que se ocupó con detenimiento sobre los tipos de preacuerdos y su legalidad, especialmente en lo concerniente a la proporcionalidad en los beneficios concedidos dentro de los preacuerdos realizados sin base fáctica con fines únicamente punitivos, en el cual se estableció como uno de los derroteros para establecer si éste es desmesurado o no: **“el momento de la actuación en el que se realiza el acuerdo”**, destacando que, independiente del acuerdo al que se llegue, el beneficio punitivo ***no puede ser superior al máximo que se permite de acuerdo al estado del proceso en que se materializa la negociación, de lo contrario este ser tornaría desproporcionada***¹⁸.

¹⁶ CSJ STP, 24 sep. 2013, rad. 69.478.

¹⁷ CSJ SP2073-2020, rad. 52227.

¹⁸ CSJ SP4225-2020, rad. 51478.

RADICADO: 055796000341202000218
INTERNO: 2021-0881-2
DELITO: PORTE O TENENCIA DE ARMAS DE FUEGO,
ACCESORIOS, PARTES O MUNICIONES
ACUSADO: JEAN CARLOS CUBIDES RUIZ

En la presente causa de acuerdo al acontecer fáctico planteado por la Fiscalía, el procesado fue capturado en situación de flagrancia al encontrarse en la pretina de su pantalón un arma de fuego, tipo revolver, calibre 38, marca Smith and Wesson, numero serie externo 20D9634 con 6 cartuchos sin percutir calibre 38, aptos para la misma, luego, al tenor de lo dispuesto en el párrafo del artículo 301 del C.P.P modificado por el artículo 57 de la ley 153 de 2011, en caso de aceptar los cargos bien sea de manera unilateral solo podrá hacerse acreedor de una rebaja de la $\frac{1}{4}$ parte del beneficio, la cual disminal es progresivo según el momento procesal en que ello ocurre, así: si es en la audiencia de formulación de imputación la rebaja es del 12,5%- artículo 351 del C.P.P.—, audiencia preparatoria la rebaja es del 8.33% — artículo 356 num.5º— y audiencia de juicio oral la rebaja es del 4.16%- artículo 367 ibidem— y, **si la aceptación de cargos es por la vía de preacuerdo la proporción de la rebaja está determinada dada la fase procesal en que se realiza el negocio jurídico.**

Bajo este panorama advierte la Sala que, el preacuerdo presentado en esta causa, tuvo lugar una vez instalada la audiencia de juicio oral, y este consistió en la aceptación de responsabilidad por parte del procesado Jean Carlos Cubides Ruiz por el delito de fabricación, tráfico, porte de arma de fuego accesorios, partes o municiones, a cambio de la degradación en la participación de autor a cómplice con fines únicamente punitivos, pactando una pena definitiva de cincuenta y seis (56) meses de prisión y la prohibición del derecho a la tenencia y porte de armas por el término de siete (7) meses. preacuerdo

RADICADO: 055796000341202000218
INTERNO: 2021-0881-2
DELITO: PORTE O TENENCIA DE ARMAS DE FUEGO,
ACCESORIOS, PARTES O MUNICIONES
ACUSADO: JEAN CARLOS CUBIDES RUIZ

que, tal como lo advierte el recurrente, es desproporcionado en punto del beneficio concedido, en tanto, la rebaja de la pena supera el 48%, en contraste con la etapa procesal en el que éste se materializa- audiencia de juicio oral— cuya rebaja no puede superar el 16.6% para esa etapa procesal, y, si la captura fue en flagrancia, el beneficio por la aceptación de cargos — se reitera sea unilateral o vía preacuerdo—, no puede superar el 4.16% de rebaja de la pena; en consecuencia, es evidente que la presentación y aprobación de esta clase de preacuerdos, no aprestigian la administración de justicia, por el contrario, permiten a la comunidad en general, el cuestionamiento del valor justicia ante la lasitud de los operadores judiciales, en el que sin importar el desgaste del aparato judicial, permiten la concesión de beneficios desproporcionados, los cuales en definitiva, también repercuten en las funciones de la pena¹⁹ aquellas relacionadas con la prevención especial, general y retribución justa, de suerte que, los mismos se desnaturalizan, en tanto la pena se convierte en sede de los preacuerdos, en un festín para las partes.

Sean estas entonces, consideraciones suficientes para **REVOCAR** la decisión adoptada por el juzgador singular durante la audiencia de verificación de preacuerdo, llevada a cabo el 27 de mayo de 2021, en la que se aprobó acuerdo celebrado entre la Fiscalía y el acusado. En su lugar, se **IMPRUEBA EL PREACUERDO** celebrado entre las partes.

¹⁹ Artículo 4 del C.P.

RADICADO: 055796000341202000218
INTERNO: 2021-0881-2
DELITO: PORTE O TENENCIA DE ARMAS DE FUEGO,
ACCESORIOS, PARTES O MUNICIONES
ACUSADO: JEAN CARLOS CUBIDES RUIZ

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

8. RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la decisión adoptada por el señor Juez Penal del Circuito de Puerto Berrío, durante la audiencia de verificación de preacuerdo, llevada a cabo el 27 de mayo de 2021, en la que se aprobó el acuerdo celebrado entre la Fiscalía y el acusado. En su lugar, se **IMPRUEBA EL PREACUERDO** celebrado entre las partes.

SEGUNDO: contra ella procede no procede recurso alguno.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

**NANCY ÁVILA DE MIRANDA
MAGISTRADA**

**(En Permiso)
GUERTHY ACEVEDO ROMERO
MAGISTRADA**

**PLINIO MENDIETA PACHECO
MAGISTRADO**

RADICADO: 055796000341202000218
INTERNO: 2021-0881-2
DELITO: PORTE O TENENCIA DE ARMAS DE FUEGO,
ACCESORIOS, PARTES O MUNICIONES
ACUSADO: JEAN CARLOS CUBIDES RUIZ

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

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:

**a28dc3ef5b4f80e118178b2cba05ae18ce6ee9e2b4ec8b4ce52d1
9fe7b1f4c5e**

Documento generado en 12/11/2021 04:16:25 PM

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

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

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

N° Interno	:	2021-1649-4 Auto Sala Mixta.
C.U.I.	:	05 045 31 01 001 2017 00430.
Acusado	:	Lorenzo Manuel Bárcenas Vertel
Delito	:	Concusión y otro.
Decisión	:	Declara impedimento.

Se dispone el suscrito Magistrado a emitir declaratoria de impedimento respecto del conflicto de competencia propuesto por el señor Juez Primero Penal del Circuito de Apartadó, para resolver sobre la solicitud de nulidad presentada por el abogado del señor LORENZO MANUEL BÁRCENAS VERTEL, luego de proferida la sentencia condenatoria en contra de su representado; según los fundamentos que se aducen a continuación:

De conformidad con la normativa establecida en la legislación procesal penal *-Ley 600 de 2000-*, prescribe el *numeral 6, artículo 99*:

“Son causales de impedimento: (...) 6. Que el funcionario haya dictado la providencia cuya revisión se trata o hubiere participado dentro del proceso o sea cónyuge o compañero permanente, pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, del inferior que dictó la providencia que se va a revisar.”

(...)

N° Interno : 2021-1649-4
Auto segunda instancia.
C.U.I. : 05 045 31 01 001 2017 00430.
Acusados : LORENZO MANUEL BÁRCENAS VERTEL
Delito : Homicidio.

El señor Lorenzo Manuel Bárcenas Vertel fue declarado penalmente responsable del delito de Homicidio agravado, por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Apartadó, Antioquia, el 5 de diciembre de 2019, decisión apelada por su defensor; de ahí que el proceso fuera remitido a esta Corporación, repartiéndose al suscrito Magistrado, el 14 de febrero de 2020.

El 2 de septiembre de 2021, el defensor del procesado solicitó información al Despacho de primera instancia acerca de la solicitud de nulidad planteada de manera paralela al recurso de apelación contra la sentencia condenatoria; petitum orientado a esta Corporación en razón a que es aquí donde se encuentra el proceso para resolver sobre la alzada; sin embargo, el suscrito Magistrado profirió auto de sustanciación el 7 de octubre de 2021, mediante el cual devolvió la solicitud de nulidad planteada, al despacho de origen, por considerar que era de su competencia pronunciarse al respecto:

“...se le informa al memorialista que esta Sala Penal es competente para desatar el recurso de apelación interpuesto frente a la sentencia condenatoria aludida, mas no frente a la mencionada solicitud de nulidad presentada por la defensa, así fuese de manera paralela ante el juzgado de primera instancia. Por lo tanto, ningún pronunciamiento se emitirá al respecto, y como quiera que el memorial en que solicita la nulidad está dirigido directamente al A quo, se dispone su envío al referido despacho para que se adopte la decisión a que hubiere lugar”.

El Juez Primero Penal del Circuito de Apartadó, mediante proveído del 20 de octubre de 2021, se negó a resolver de fondo la petición ya aludida, toda vez que,

N° Interno : 2021-1649-4
Auto segunda instancia.
C.U.I. : 05 045 31 01 001 2017 00430.
Acusados : LORENZO MANUEL BÁRCENAS VERTEL
Delito : Homicidio.

“... dentro del término de sustentación el apoderado contractual del procesado presentó dos solicitudes para que fuesen resueltas por el superior: una atinente a la nulidad de la actuación, y la otra, en su defecto, para que fuese revocada la sentencia condenatoria.

Es claro que, dentro del término de sustentación del recurso de apelación, el recurrente está facultado para deprecar las solicitudes que a bien tenga en relación con el trámite procesal o con la providencia que causa agravio. Ante ello, le corresponde al superior, según el principio de prioridad, enlistar las peticiones en un orden lógico para dar respuesta a las mismas.

De otra parte, una vez emitida la sentencia, el Juzgado que la profirió tiene limitada su competencia, puesto que la decisión es inmodificable, permitiéndose solo la corrección de un error aritmético o en el nombre del procesado, o para incorporar un asunto sustancial en la parte resolutive, siempre y cuando aparezca mencionado en la parte motiva.

De ahí que propusiera el conflicto de competencia a dilucidarse mediante Sala Mixta. Sin embargo, debido a que el suscrito Magistrado es, precisamente uno de los funcionarios que pretende apartarse de resolver sobre el fondo de la petición de nulidad elevada por la defensa del señor Bárcenas Vertel, como así lo dejó en claro en auto de sustanciación del pasado 7 de octubre, se configura lo presupuestado por el canon 99 de la ley 600 de 2000, en su numeral 6, en la medida que debería revisar la providencia motivo de disenso.

Dado lo anterior, deviene imperioso que este servidor se separe del conocimiento del presente asunto, ya que emitió providencia de cuya revisión se trata, al momento de

N° Interno : 2021-1649-4
Auto segunda instancia.
C.U.I. : 05 045 31 01 001 2017 00430.
Acusados : LORENZO MANUEL BÁRCENAS VERTEL
Delito : Homicidio.

discernir acerca del conflicto de competencia propuesto por el juzgado de primera instancia.

Para tal efecto, **SE DISPONE** que de manera inmediata se proceda con la remisión de la actuación ante el Despacho del Dr. PUNO ALIRIO CORREAL BELTRÁN, a fin de que se pronuncie respecto de la declaratoria de impedimento emitida.

CÚMPLASE.

Firma electrónica

PLINIO MENDIETA PACHECO
Magistrado

Firmado Por:

Plinio Mendieta Pacheco
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 002 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:

db911ab75eb4e13a8bb4f6f4992d6fcdfdaa562afc8cea5ae35fa84a2a947b6

Documento generado en 12/11/2021 10:14:37 AM

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

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



**TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA PENAL**

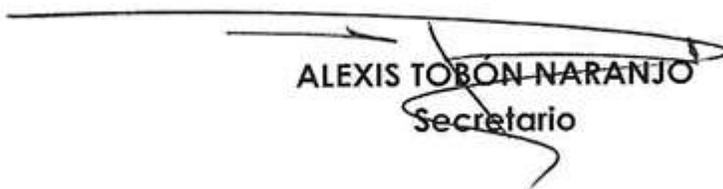
RAD. INTERNO: 2019-0645-5
DELITO: JUAN ESTEBAN MANCO DAVID
ACUSADO: HOMICIDIO CULPOSO AGRAVADO

Pongo en conocimiento proceso de la referencia, significándole al H. Magistrado que el **Dr. César Emilio Conto Lloreda** quien funge como defensor del señor **Manco David** dentro del término de ley interpuso el recurso extraordinario de CASACIÓN frente a la decisión emitida dentro del proceso de la referencia; togado que, dentro del término concedido para sustentar el recurso interpuesto, allegó la respectiva demanda de casación¹

Es de anotar que dicho término expiró el día nueve (09) de noviembre del año en curso (2021) siendo las 05:00 p.m.²

Lo anterior para su conocimiento y demás fines.

Medellín, noviembre once (11) de dos mil veintiuno (2021)


ALEXIS TOBÓN NARANJO
Secretario

¹ Folios 261 / 264 a 269

² Folio 263

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



**TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA PENAL**

Medellín, noviembre once (11) de 2021.

Rdo. 2019-0645-5

En atención a la constancia Secretarial que antecede, y como quiera que el **Dr. el Dr. César Emilio Conto Lloreda** quien actúa como defensor del señor **Juan Esteban Manco David** sustento oportunamente el recurso extraordinario de casación debidamente interpuesto, se ordena remitir ante la H. Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Penal a través de la Secretaría de la Sala Penal de esta Corporación, las presentes diligencias a fin de que se imprima el trámite pertinente por parte de la Alta Corporación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

**RENÉ MOLINA CÁRDENAS
MAGISTRADO**

Firmado Por:

**Rene Molina Cardenas
Magistrado
Sala 005 Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia**

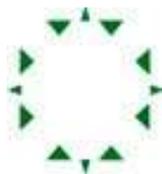
Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

**fdfa8572d601fa694b6a098227cd35bb79097cf4f9dfddec5144acd31
c3ccdb**

Documento generado en 12/11/2021 10:21:38 AM

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



TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA PENAL DE DECISIÓN

Medellín, doce (12) de noviembre dos mil veintiuno

Magistrado Ponente
RENÉ MOLINA CÁRDENAS

Aprobado en Acta No. 141 del 3 de noviembre de 2021

Proceso	Penal
Instancia	Segunda
Apelante	Defensa
Tema	Valoración probatoria – hechos jurídicamente relevantes – estándar de prueba para condenar – congruencia
Radicado	05-034-61-00141-2018-80052 (N.I. TSA 2021-1598-5)
Decisión	Nulidad

ASUNTO

En atención a lo previsto en el numeral primero del artículo 34 del C.P.P., ley 906 de 2004, debería proceder la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por defensa en contra de la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Penal del Circuito de Andes – Antioquia, de no ser porque se ha podido establecer la existencia de una nulidad que afecta de manera trascendente el debido proceso.

HECHOS Y ANTECEDENTES PROCESALES RELEVANTES

La fiscalía expuso en el escrito de acusación que:

“El pasado 06 de junio del presente año, el Comisario de Familia de la localidad de Jardín pone en conocimiento de la Unidad Investigativa de la GINAD una información recibida por parte de la señora KARINA JARAMILLO LONDOÑO sobre unos hechos en los cuales era víctima la menor Y.G.R. indicando que esta venía siendo objeto de abusos sexuales por parte de su propio padre, el señor RUBEN (Sic) DARIO (Sic) GALLEGO.

Ante ello, se da inicio a las labores investigativas con la recepción de las entrevistas a la citada menor, la evaluación sexológica y la valoración psicológica. Se recibió entrevista a la madre de la menor, señora LEIDY BIBIANA RIOS, quien dijo que a principios de este año, como en enero o febrero, su hija, en medio del llanto le había contado que su padre, la había tocado en sus senos; Así (Sic) mismo, en relato que la menor le brindo (Sic) en fecha junio 6 del presente año al médico legista que la examino (Sic) a raíz de estos hechos le dijo... “Lo que pasa es que desde los 7 años más o menos mi papa (Sic) me toca las partes íntimas... me llevaba a una cañada y me bajaba los calzones y me manoseaba, me dice que no le diga a mi mamá. Entra a mi pieza, la primer vez tenía como 8 años cuando entro(Sic) y me metió el dedo en la vagina... el (Sic) entra a mi pieza a molestarme más o menos una vez cada semana, la última vez fue hace como 2 meses... entro (Sic) a mi pieza... yo me tape (Sic) la cara para que no empezara a hacer eso... después me empezó a tocar los senos, yo me tape (Sic) y le dije que el (Sic) era mi papa (Sic) y que no podía hacer esas cosas y se fue. Yo quise decir todo ahora porque no me aguantaba mas (Sic), me da miedo estar en mi casa, me tocó pasarme de habitación porque me sentía más segura...”.

Y el relato que le hizo a la Psicóloga (Sic) Laura Lorena Galindo es similar al efectuado al medico legista pero ahonda mas (Sic) en los hechos en los

*cuales da cuenta que fue objeto de tocamientos e incluso penetración vaginal por parte del hoy acusado RUBEN (Sic) DARIO (Sic) GALLEGO”.*¹

En la correspondiente audiencia de acusación el fiscal sintetizó tal premisa fáctica precisando que, Y.G.R. nació el 2 de septiembre de 2002, la madre de la menor es Leidy Bibiana Ríos y no Karina Jaramillo Londoño, acusaba por un concurso homogéneo de actos sexuales con menor de 14 años, en concurso heterogéneo con acceso carnal abusivo con menor de 14 años, ambos delitos agravados por el numeral 5 del artículo 211 del C.P., toda vez que el acusado convivía con la menor al momento de los hechos en la misma casa en el municipio de Jardín.²

LA SENTENCIA

El 1 de septiembre del año 2021, el Juez Penal del Circuito de Andes - Antioquia, de conformidad con el sentido de fallo anunciado, profirió sentencia condenatoria en contra del procesado. Para soportar tal afirmación de responsabilidad, partió de la siguiente premisa fáctica:

“Se extraen como hechos jurídicamente relevantes del marco acusatorio, que la menor cuyo nombre corresponde a las iniciales Y.G.R. sufrió un específico evento constitutivo de acceso carnal abusivo, por parte de su progenitor, el aquí acusado RUBÉN DARÍO GALLEGO VERGARA, cuando esta transitaba entre los siete (7) y ocho (8) años de edad y en momentos en que se hallaba en un lugar aledaño a su vivienda, conocido como “La Charca”, en la vereda “Verdum”, del municipio de Jardín, Antioquia, cuando aquel introdujo sus dedos en la vagina de la menor.

¹ Así se expuso el fundamento fáctico del escrito acusación (folio 2 del archivo digital del proceso, denominado “DOC. 01. EXPEDIENTE DIGITALIZADO”, enviado por medios virtuales a esta Corporación para el trámite de la apelación).

² Audiencia de acusación, archivo “DOC. 01.2. VIDEO AUDIENCIA ACUSACIÓN - 14-11-2018”, récord 00:12:00 a 00:31:36.

El citado GALLEGO VERGARA prosiguió sistemáticamente con tocamientos en las partes íntimas de la menor, hasta sus quince (15) años de edad, los cuales se registraban al interior de la vivienda, en su habitación, cuando esta dormía.”³

Aseguró que la víctima, teniendo en cuenta su edad, era creíble. Además, porque testificó circunstanciadamente cómo el acusado la sometió a un acceso carnal y a diversos actos sexuales desde que tenía aproximadamente 7 u 8 años de edad, versión coherente con los demás medios de conocimiento y con las estipulaciones probatorias.

Adicionalmente, la defensa no demostró una tesis o duda que beneficiara a su representado.

IMPUGNACIÓN

En contra de esta decisión, tanto el procesado como su defensor presentaron y sustentaron oportunamente el recurso de apelación. Los argumentos del primero pueden sintetizarse así:

- Hubo una indebida adecuación típica del concurso de conductas por las cuales se le condenó, ya que en principio sólo le imputaron actos sexuales abusivos con menor de 14 años.
- No se demostró su responsabilidad en los delitos. Su personalidad no es la de un abusador. La valoración médica efectuada a la menor no aportó hallazgos que sirvieran para verificar los punibles y menos su participación en ellos. Pide que se revise su caso y se le permita presentar nuevas pruebas.

³ Folios 2-3 del archivo digital de la sentencia de primera instancia, denominado “DOC. 18. SENTENCIA CONDENATORIA (ORDINARIA) - APELACIÓN”, enviado por medios virtuales a esta Corporación para el trámite de la apelación.

- Adicionalmente, sostiene que hubo una dilación injustificada del proceso que debe resolverse en su favor dándole la libertad, de no ser así, disminuirse su condena.

Por su parte, el defensor presenta dos solicitudes, una que apunta a la nulidad procesal y otra que ataca la valoración probatoria.

- Respecto a la nulidad, aduce que no se registró adecuadamente la imputación, lo que impide la debida corroboración de los hechos jurídicamente relevantes, los que presentan inconsistencias pues en principio sólo se imputó un delito de actos sexuales abusivos con menor de 14 años.
- En relación a la valoración probatoria, asegura que la versión de cargo de la menor no es creíble toda vez que no fue debidamente corroborada con las demás pruebas practicadas.

No hubo pronunciamiento por parte de los no recurrentes.

CONSIDERACIONES

Como se anticipó, la Sala decretará la nulidad de la actuación, pero no por las razones específicas expuestas en la apelación, aunque sí por temas que guardan una relación inescindible con un asunto al que aludieron tangencialmente los recurrentes, a saber, la indebida fijación de los hechos jurídicamente relevantes, que no podrá determinarse sin un debido análisis de los puntos que se abordaran a continuación:

- **De los hechos jurídicamente relevantes, la congruencia, el estándar de prueba necesario para condenar, y la premisa fáctica del fallo**

La hipótesis acusatoria viene determinada por la delimitación de los hechos jurídicamente relevantes, y estos constituyen el punto de referencia para establecer el grado de suficiencia de las pruebas que definen el conocimiento necesario para condenar, de modo que el resultado final de ese proceso racional depende de una adecuada fijación de la premisa fáctica del caso.⁴

En la sentencia 44599 de 2017, la Sala Penal de la CSJ, preocupada por la informalidad o poca atención de los operadores judiciales en punto de la fijación de los hechos en el trámite penal, quiso resaltar la trascendencia del asunto, concretando, a la vez, lo que debe entenderse por hecho jurídicamente relevante:

“La relevancia jurídica del hecho está supeditada a su correspondencia con la norma penal. En tal sentido, el artículo 250 de la Constitución Política establece que la Fiscalía está facultada para investigar los hechos que tengan las características de un delito; y el artículo 287 de la Ley 906 de 2004 precisa que la imputación es procedente cuando “de los elementos materiales probatorios, evidencia física o de la información legalmente obtenida, se pueda inferir razonablemente que el imputado es autor o partícipe del delito que se investiga”.

Como es obvio, la relevancia jurídica del hecho debe analizarse a partir del modelo de conducta descrito por el legislador en los distintos tipos penales, sin perjuicio del análisis que debe hacerse de la antijuridicidad y la culpabilidad. También es claro que la determinación de los hechos definidos en abstracto por el legislador, como presupuesto de una determinada consecuencia jurídica, está supeditada a la adecuada interpretación de la norma penal, para lo que el analista debe utilizar, entre otras herramientas, los criterios de interpretación normativa, la doctrina, la jurisprudencia, etcétera.”

⁴ Sobre el tema de los hechos jurídicamente relevantes, véase, CSJ SP radicado 45446 del 24 de julio de 2017, y radicado 44599 del 8 de marzo de 2017, ambas M.P. Patricia Salazar Cuellar.

La poca atención que se brinda a la determinación de la premisa fáctica se traduce en serios inconvenientes para el adecuado trámite de los procesos y desde luego, para la controversia probatoria que define la responsabilidad penal.

En ese orden, una adecuada tipificación de la conducta requiere la mayor precisión posible, en relación con las circunstancias de tiempo, modo y lugar. Más explícitamente, la relevancia jurídica del hecho tiene como presupuesto una mínima fijación de cuándo ocurrió, cómo ocurrió y dónde ocurrió. Obviamente, quién lo cometió y quién fue víctima.

Además, si se propone una hipótesis de concurso de delitos, es necesario que se especifique circunstanciadamente cada una de las plurales conductas que lo componen.

Siguiendo esta misma línea, en decisiones más recientes, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia ha sostenido que una acusación indeterminada puede generar una transgresión de la garantía consagrada en el literal h del artículo 8 del C.P.P.,⁵ pues el numeral 2 del artículo 377 impone a la fiscalía expresar las hipótesis fáctica y jurídica de manera clara, precisa y comprensible respecto a los elementos que estructuran el tipo penal, las circunstancias específicas de mayor gravedad, así como las que tienen incidencia en la dosificación punitiva.⁶ De modo que la labor defensiva es, de manera dialéctica, una reacción a la acusación, por lo que si aquella es indeterminada, la defensa no puede ser eficaz.

⁵ *“Conocer los cargos que le sean imputados, expresados en términos que sean comprensibles, con indicación expresa de las circunstancias conocidas de modo, tiempo y lugar que los fundamentan; (...)”.*

⁶ SP CSJ SP401-2021, radicado 55833 del 17 de febrero de 2021, M.P. Eugenio Fernandez Carlier; y SP3053-2021, radicado 55307 del 21 de julio de 2021, M.P. Diego Eugenio Corredor Beltrán.

A tono con esto, se ha reiterado por vía jurisprudencial⁷ que la sentencia condenatoria no puede sostenerse en hechos que no consten en la acusación, dada que ello implicaría una afectación sustancial del debido proceso, el principio de congruencia y el derecho de defensa.

A su vez, se desprende de tales decisiones que cuando los hechos de la acusación se delimiten de manera precaria, es imposible superar tal yerro bajo argumentos como que pueden inferirse de la imputación; o porque la defensa pueda extraerlos de las audiencias preliminares, a modo de suposición; o porque basados en tal abstracción, se ejecute una defensa activa en juicio.

Además, la fijación de los hechos jurídicamente relevantes de la acusación, debe respetar la relación correspondencia o congruencia con la imputación. Aunque puede darse cierta controversia respecto a la utilización del término “congruencia” al hablar de la imputación, lo cierto es que en el proceso penal el supuesto fáctico se delimita desde tal audiencia, elemento que debe guardar relación de “correspondencia” con la acusación, sin que ello impida que con posterioridad a dicha audiencia preliminar se puedan precisar algunas circunstancias de la conducta, siempre y cuando no se afecte el núcleo esencial de la imputación fáctica.⁸

De forma que es claro que entre imputación y acusación se determina la correspondencia en relación a la premisa fáctica, lo que también se ha explicado como congruencia entre la acusación y la imputación.⁹

Más allá de la discusión sobre el término adecuado, lo que emerge esencial en este punto, es la necesidad de que los hechos jurídicamente relevantes

⁷ Véase SP2042-2019, radicado 51007 del 5 de junio de 2019; SP3831-2019, radicado 47671 del 17 de septiembre de 2019; AP3401-2019 radicado 51693 del 6 de agosto de 2019; SP5560-2018 radicado 52311 del 11 de diciembre de 2018, entre otras.

⁸ Sobre el tema, ver Corte Suprema de Justicia en providencia del 28 de mayo de 2014, dentro del radicado 42357, M.P. Eugenio Fernández Carlier.

⁹ SP CSJ, Radicado 51007, SP2042-2019 del 5 de junio de 2019, M.P. Patricia Salazar Cuéllar.

cumplan con los requisitos de claridad y precisión, incluso desde la imputación, pues ello es un presupuesto de la acusación, elemento fundamental para la final aplicación del artículo 448 que contiene el principio de congruencia propiamente dicho, según el cual, el acusado no podrá ser declarado culpable por hechos que no consten en la acusación, ni por delitos por los cuales no se ha solicitado condena.

De modo que la decisión acerca del cumplimiento del estándar de prueba para condenar, depende de la claridad de la propuesta acusatoria. Ya en este nivel, al Juez le corresponde determinar si las pruebas practicadas le permiten concluir la responsabilidad del acusado a través de un juicio comparativo de suficiencia. Así que el estándar de prueba es el umbral que debe alcanzar la fiscalía, por medio de las pruebas debatidas, para lograr una sentencia condenatoria.

En ese orden, la premisa fáctica de la sentencia no es otra cosa que los hechos que el Juez acepta como probados luego del finalizado el debate oral.¹⁰

Descendiendo al asunto que nos ocupa, para evidenciar los errores en que incurrió la fiscalía al momento de fijar los hechos jurídicamente relevantes en los que soportó la acusación, dar más claridad sobre la precariedad de tal hipótesis y las falencias que afectan sustantivamente el proceso, se transcribió en el acápite “hechos” de la presente providencia, el fundamento fáctico que consignó en el escrito y ratificó en la correspondiente audiencia de acusación. Esos “hechos” no pueden ser la base del fallo de condena.

Véase que se confundió el contenido de los medios de prueba, los hechos indicadores, y los hechos jurídicamente relevantes.¹¹ Así que, contrario a lo delimitado por la jurisprudencia,¹² se incurrió en errores de relevancia. Se

¹⁰ Sobre el tema, véase radicado 44599 del 8 de marzo de 2017, M.P. Patricia Salazar Cuellar.

¹¹ Sobre la diferenciación de tales conceptos, véase CSJ SP radicado 45446 del 24 de julio de 2017, M.P. Patricia Salazar Cuellar.

¹² CSJ SP radicado 45446 del 24 de julio de 2017, M.P. Patricia Salazar Cuellar.

llama la atención a la fiscalía, pues se debe reiterar que la falta de claridad sobre aspectos determinantes, conllevan a una defectuosa labor probatoria y acusatoria.¹³

Las falencias de la fiscalía no fueron advertidas y corregidas en debida forma por el Juez, motivo por el que también se transcribió en esta decisión la premisa fáctica del fallo de primera instancia, la cual no se corresponde con la hipótesis fáctica de la acusación. Adicionalmente, la defensa fue totalmente pasiva ante los errores de su contraparte lo que llevó a la condena en primera instancia de su representado. Veamos.

- La fiscalía inició la acusación aludiendo a la forma cómo se denunció el caso. Luego, dio cuenta de información referencial que aportó la menor en tres escenarios: (i) a su madre, (ii) en un examen médico, y (iii) en una valoración psicológica. De esa manera transmitió el contenido de medios de conocimiento que pretendía presentar posteriormente en juicio.

Obviando lo indebido de tal proceder, pero evidenciando lo inadecuado que esto resulta para el correcto trámite del asunto, el propio Juez, antes de dar la palabra al fiscal para que acusara, realizó una referencia del contenido del escrito de acusación, sin tener en cuenta que de esa manera asimiló el contenido elementos a los que sólo debió tener acceso durante el debate público.

¹³ “Errores como los descritos en páginas precedentes no sólo desconocen lo dispuesto en los artículos 288 y 337, en el sentido de que los hechos jurídicamente relevantes deben expresarse de manera sucinta y clara, sino que además generan situaciones que afectan severamente la celeridad y eficacia de la justicia. Lo anterior sucede en eventos como los siguientes: (i) se relacionen de forma deshilvanada “hechos indicadores” y/o el contenido de los medios de prueba, pero no se estructura una hipótesis completa de hechos jurídicamente relevantes; (ii) la falta de claridad en la hipótesis de hechos jurídicamente relevantes propuesta por la Fiscalía, impide delimitar el tema de prueba; (iii) en la audiencia de acusación se le proporciona información al Juez, que sólo debería conocer en el juicio oral, con apego al debido proceso probatorio; (iv) las audiencias de imputación y acusación se extienden innecesariamente, y suelen tornarse farragosas; (v) la falta de claridad de la imputación y la acusación puede privar al procesado de la posibilidad de ejercer adecuadamente su defensa; (vi) las omisiones en la imputación o la acusación puede generar impunidad, como cuando se dejan de relacionar hechos jurídicamente relevantes a pesar de que los mismos pueden ser demostrados (elementos estructurales del tipo penal, circunstancias de mayor punibilidad, etcétera)”. CSJ SP, radicado 44599 del 8 de marzo de 2017, M.P. Patricia Salazar Cuellar.

- El ente acusador se refirió a circunstancias constitutivas de hechos indicadores, como que la niña reveló lo sucedido sólo cuando no aguantó más, que sentía temor de permanecer en su hogar, e inseguridad en su cuarto. Sin embargo, no dejó claro cuál es el hecho jurídicamente relevante concreto que podía demostrarse con aquel tipo de manifestaciones.
- Al limitar la premisa fáctica de la acusación al contenido de algunos de los medios de conocimiento, no se realizó un análisis conjunto de la totalidad de la información recolectada para así establecer con claridad las circunstancias modales en que se pudieron cometer las conductas.

No se delimitaron circunstanciadamente los hechos jurídicamente relevantes endilgados al procesado, por lo que no fueron claras las conductas y aspectos concretos que permitían la estructuración de todos los elementos que impone el concurso de delito acusado.

- El fiscal no delimitó con claridad el aspecto temporal, cuando nada le impedía hacerlo. Si bien parte de este dato puede inferirse de otra información aportada, como que Y.G.R. nació el 2 de septiembre del año 2002, la indebida cita de información referencial le hizo incurrir en afirmaciones confusas, por ejemplo, destacó que la niña aseguró que los hechos iniciaron cuando tenía más o menos 7 años de edad, pero casi inmediatamente después consignó que la menor expuso que la primera vez fue cuando tenía alrededor de 8 años de edad.
- En relación al lugar de los hechos, no definió cuáles fueron los sitios donde se llevaron a cabo, ni siquiera determinó el municipio de su ocurrencia.

Sólo se dijo que el comisario de familia de Jardín puso en conocimiento lo sucedido, que la agravante del numeral 5 del artículo 211 del C.P. tenía fundamento en que el procesado era el

padre de la víctima, que este convivía con ella en una misma casa en Jardín, que un hecho se dio en un río, y los otros en la habitación de la niña.

Aunque inicialmente puede decirse que el aspecto espacial de los hechos puede inferirse a partir de dicha información, nótese que ello sólo se logra suponiendo que desde que Y.G.R. tenía 7 años de edad vivió en el municipio de Jardín con su padre, y que el referido afluente es cercano ese mismo lugar, información que en realidad no fue puesta de presente por la fiscalía.

Así que, finalmente no es posible establecer, con la claridad debida, el aspecto espacial de cada delito que integra el concurso de conductas acusado, más, si se tiene en cuenta que los hechos se refieren como mínimo a dos escenarios, uno en un río, y el otro en una habitación, sin que se haya identificado el río, ni especificado si el cuarto siempre fue el mismo. En otras palabras, no está claro dónde quedan el río y el cuarto referidos en la acusación.

Además, los elementos que sirven para la estructuración de las agravantes no siempre coinciden con los que resultan útiles para la delimitación de los delitos que les sirven de base.

Ahora bien, el Juez no tuvo en cuenta esta imprecisión de la fiscalía, y en vez de intervenir para que se corrigiera, supuso que los hechos se perpetraron en Jardín, al punto que dijo que por tal motivo era competente para conocer del caso. De esa manera no sólo permitió que la fiscalía se perpetuara en el error, sino que asumió una posición de parte que le está vedada.

- Sobre el aspecto modal de las conductas, la fiscalía no estableció circunstanciadamente cada una de cara al delito que estructuraba. Al proponer los hechos del río, adujo que el acusado llevó a la niña

hasta el lugar, le bajó los pantalones y la “manoseó”, sin especificar a que se refería con ello.

En los hechos que tuvieron lugar en el cuarto, adujo que en una ocasión el procesado entró y le penetró la vagina con los dedos, que la molestaba, y la última vez le tocó los senos.

Sin duda, se hicieron explícitas manifestaciones de actos abusivos, sin embargo, era deber de la fiscalía establecer con cuidado cómo cada uno de ellos estructuraba un delito en particular, y esto a la vez, debía servir como marco de movilidad del Juez al momento de adoptar una condena, de cara al principio de congruencia.

Contrario a lo acabado de señalar, el Juez condenó por un delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años por los hechos que tuvieron lugar en un río cercano a la casa de la niña, esto en clara contravía del principio de congruencia, pues la fiscalía sólo propuso una penetración, la que tuvo lugar en la habitación de la menor.

Adicionalmente, se condenó por un concurso de actos sexuales con menor de 14 años indeterminado, pues no especificó cuántos actos de tal tipo fueron los perpetrados y probados, falencia que tiene razón de ser en la indeterminación que sobre el particular ofreció la fiscalía en la premisa fáctica de su hipótesis.

- No puede olvidarse que más allá de la naturaleza progresiva y dinámica del proceso penal, el marco fáctico propuesto en la imputación debe ser respetado en la acusación, y este a la vez no se puede desbordar. Además, no pueden subsanarse los errores de la acusación porque la información omitida pueda inferirse de la imputación.¹⁴

¹⁴ Sobre este punto, véase SP CSJ Radicado 52507 del 7 de noviembre de 2018, SP4792-2018, M.P. Patricia Salazar Cuéllar. Decisión reiterada en Radicado 51007 del 5 de junio de 2019, de la misma ponente, y que

Se llama la atención sobre este punto, ya que el defensor en su calidad de recurrente alega que la imputación no fue debidamente registrada, lo que impide establecer la congruencia debida entre esta, la acusación y la correspondiente condena.

Esta Sala escuchó cuidadosa y serenamente el registro de la audiencia de imputación,¹⁵ y aunque en realidad el archivo resulta difícil de escuchar, e incluso en algunos apartes tan sólo se oye un ruido indescifrable, se advierte que en tal escenario procesal la fiscalía consignó prácticamente los mismos datos que en la acusación, haciendo una referencia indebida a los medios de conocimiento con los que contaba, y aportando información imprecisa sobre las circunstancias modales de las conductas acusadas.

De modo que, se reitera, la imputación no sirve para superar los errores advertidos en la acusación, y en este caso en particular, las falencias se advierten incluso desde la imputación, lo cual evidencia un error que afecta sustantivamente el proceso desde tal etapa preliminar.

Las inconsistencias expuestas son evidentes y su trascendencia sustancial. Nótese que la indebida fijación temporal, modal y espacial de los hechos lleva a que el acusado no tenga claro los aspectos determinantes de las conductas de las cuales se defiende.

Bajo tal panorama, resultaba evidente la imposibilidad de un ejercicio pleno del derecho de defensa, pues indefectiblemente tendría que defenderse de suposiciones ambiguas sobre elementos básicos de los hechos

tiene plena coherencia con decisiones como las de los radicados 47671 del 17 de septiembre de 2019 M.P. Eugenio Fernández Carlier, y 53440 del 2 de octubre de 2019 M.P. Patricia Salazar Cuéllar.

¹⁵ Audiencia de imputación, archivo “DOC. 01.1. VIDEO AUDIENCIAS PRELIMINARES - 16-08-2018”, récord 00:26:45 a 00:38:49, para lo pertinente a esta decisión.

jurídicamente relevantes. Resulta pertinente reiterar que los errores evidenciados no puede superarse por las inferencias y la actividad desplegada por la defensa. A propósito, vía jurisprudencial se ha dicho:

“Desde luego, si tanto la formulación de imputación, como la de acusación, en lo material y formal son erigidas en calidad de escenarios naturales, dentro de la estructura procesal diseñada por la Ley 906 de 2004, para comunicar al imputado o acusado, respectivamente, los hechos jurídicamente relevantes, mal puede decirse que la ausencia total de definición de este aspecto basilar puede suplirse con el conocimiento al cual puedan llegar aquellos por otros medios, dado que, así pudiera encontrarse esa información en dichos elementos, y así se permita advertir suplidas las deficiencias respecto de los derechos de defensa y contradicción, ello no elimina la circunstancia cierta de que el acto procesal no cumplió con su función primordial, en clara e insubsanable vulneración del debido proceso.”¹⁶

La indeterminación de los hechos jurídicamente relevantes también conllevan a que la víctima vea truncado su derecho a la justicia, en tanto es imposible establecer el hecho por el cuál reclama la intervención de la administración de justicia.

Estas irregularidades evidencian la falta de atención con que la fiscalía, el Juez, e incluso la propia defensa, asumieron el caso. Bastaba con la simple constatación de los requisitos básicos de la imputación y la acusación para darse cuenta de los errores que se cometieron.

Lo descrito en los párrafos precedentes permite advertir una obviedad: la precariedad descriptiva de la hipótesis acusatoria no permite delimitar el componente fáctico específico del delito por el cual se adoptó la condena.

¹⁶ SP CSJ Radicado 52507 del 7 de noviembre de 2018, SP4792-2018, M.P. Patricia Salazar Cuéllar. Decisión reiterada en Radicado 51007 del 5 de junio de 2019, de la misma ponente, y que tiene plena coherencia con decisiones como las de los radicados 47671 del 17 de septiembre de 2019 M.P. Eugenio Fernández Carlier, y 53440 del 2 de octubre de 2019 M.P. Patricia Salazar Cuéllar.

Como los hechos no fueron delimitados en debida forma en la formulación de imputación, ni en la formulación de acusación, se impone la nulidad de lo actuado desde la primera oportunidad, inclusive.

Allí el Juez con funciones de control de garantías deberá velar porque la fiscalía cumpla con lo dispuesto en el artículo 288 numeral 2 del C.P.P., además, verificar junto con su secretaría el correcto el registro de la diligencia; y en su momento, el Juez de conocimiento habrá de dirigir la audiencia de acusación conforme lo dispone el artículo 337, especialmente el numeral 2 de la ley 906 de 2004. Todo lo anterior de conformidad con la extensa línea jurisprudencial relativa a la relevancia de una adecuada tarea de los operadores judiciales en relación con los hechos jurídicamente relevantes.¹⁷

La decisión de nulidad se hace necesaria dado que los defectos ya relacionados afectan gravemente la estructura del proceso y en especial el derecho de defensa y la víctima de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 457 del C.P.P.¹⁸

Importa destacar que en este evento, contrario a otros analizados por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia,¹⁹ no prevalece la absolución sobre la nulidad, pues en el citado caso conocido por tal Corporación no existía prueba para condenar y los errores detectados en los hechos jurídicamente relevantes atendían principalmente a falencias en la adecuación típica, los que, según la Corte, se corrigieron extemporáneamente.

¹⁷ Desde la ya mencionada 44599 de 2017 hasta la reciente 47671 de septiembre de 2019 proferidas por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia.

¹⁸ La nulidad se limita a la acusación puesto que, como en el caso de la sentencia 53440 de 2019 donde se anuló desde la acusación, en el presente evento durante la imputación pese a que se realizó una relación extensa de los EMP, EV e ILO, sí se informaron los hechos de manera razonable delimitando el aspecto temporal conforme a la información con la que se contaba, cosa que no ocurrió en la acusación.

¹⁹ SP CSJ radicado 54660 del 2 de junio de 2021, M.P. Patricia Salazar Cuellar.

En ese orden, se deberá ordenar la libertad de RUBÉN DARÍO GALLEGO VERGARA, **siempre que no sea requerido por otra autoridad**, toda vez que quedará sin vigencia la sentencia condenatoria. Además, teniendo en cuenta la etapa desde cuando se declara la nulidad, y que la medida de aseguramiento privativa de la libertad se impuso el 16 de agosto del año 2018,²⁰ es evidente que se supera el término máximo de duración de esta, fijado en el parágrafo 1 del artículo 307 del C.P.P.

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

Sin necesidad de otras consideraciones, **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 LA NULIDAD desde la audiencia de imputación, inclusive, para que se adelante el proceso como es debido.

SEGUNDO: REMITIR la actuación a la Fiscalía de origen para que se de cumplimiento de forma **urgente** a lo aquí dispuesto.

TERCERO: DISPONER la libertad inmediata de RUBÉN DARÍO GALLEGO VERGARA, la que se hará efectiva si no es requerido por otra autoridad.

Contra esta decisión no proceden recursos.

²⁰ Ver folio 5 del archivo digital del proceso, denominado “DOC. 01. EXPEDIENTE DIGITALIZADO”, enviado por medios virtuales a esta Corporación para el trámite de la apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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:

0a58a4aabd6197417335b3718ab34fb8385770be3092489fae72ddb3ee84dd

8

Documento generado en 03/11/2021 04:49:44 PM

Valide este documento electrónico en la siguiente URL:

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



TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA PENAL DE DECISIÓN

Medellín, doce (12) de noviembre dos mil veintiuno

Magistrado Ponente
RENÉ MOLINA CÁRDENAS

Aprobado en Acta No. 142 del 5 de noviembre de 2021

Proceso	Penal
Instancia	Segunda
Apelante	Defensa
Tema	Acusación - hechos jurídicamente relevantes - congruencia
Radicado	05-665-61-00501-2019-00021 (N.I. TSA 2021-0411-5)
Decisión	Nulidad

ASUNTO A TRATAR

En atención a lo previsto en el artículo 34 numeral primero del C.P.P., ley 906 de 2004, debería proceder la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por defensa en contra de la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Turbo – Antioquia el 5 de febrero del año 2021, de no ser porque se ha podido establecer la existencia de una nulidad que afecta de manera trascendente el debido proceso.

HECHOS Y ANTECEDENTES PROCESALES RELEVANTES

La fiscalía expuso en la acusación que:

“Los hechos por los cuales se formula acusación al ciudadano LUIS EDUARDO VILLALBA JIMÉNEZ, tuvieron ocurrencia en el municipio de San Pedro de Urabá – Antioquia y fueron denunciados el día 12 de abril de la presente anualidad, por la señora Clary Luz Álvarez Banquet, compañera permanente del hoy imputado, y madre de la presunta víctima, quien dio a conocer, que de acuerdo a información suministrada por su hija menor L.M.C.A., su padrastro la ha abusado sexualmente y en varias ocasiones, información corroborada por la propia víctima, quien indica que desde que tenía 10 años de edad, su padrastro, es decir VILLALBA JIMÉNEZ, la accede sexualmente, hechos que se han repetido en varias ocasiones.

La menor L.M.C.A., fue valorada sexológicamente en el Hospital Óscar Emiro Vergara Cruz, con sede en el municipio de San Pedro de Urabá, por la médico Maira Alejandra Castaño, profesional que en uno de sus apartes indica: exploración de genitales íntegros, ano sin laceraciones, sin desgarros, cavidad vaginal, con leucorrea verdosa de mal olor, himen sin lesiones recientes, pero presenta desgarramiento antiguo a las nueve horas según las manecillas del reloj, no se observa eritema, ni desgarramiento reciente. Se ordena tratamiento para ETS y se remite a psicología y trabajo social.

La minoría de edad de la víctima, se encuentra plenamente establecida con el registro civil de nacimiento, identificado con indicativo serial 40658212 y tarjeta de identidad de la mencionada niña L.M.C.A., número 1035641774, documentos que dan cuenta que su

nacimiento ocurrió el día 02 de diciembre de 2006, en el municipio de San Pedro de Uraba.”.¹

Conforme a esta hipótesis fáctica, se acusó jurídicamente al procesado como autor del concurso homogéneo sucesivo del delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años agravado, artículos 210 y 211-5 del C.P.

LA SENTENCIA

El 5 de febrero del año 2021, la Juez Primera Penal del Circuito de Turbo, de conformidad con el sentido de fallo anunciado, profirió sentencia condenatoria en contra del procesado. Para soportar tal afirmación de responsabilidad, adujo esencialmente que:

La víctima fue confusa al rendir su testimonio, sin embargo, contrastada tal prueba con las demás practicadas y con sus declaraciones anteriores, se advierte que dio cuenta de que en varias oportunidades LUIS EDUARDO abusó de ella.

Con las psicólogas se probó que la niña normalizó los comportamientos abusivos y sentía temor por la reacción de su madre, quien finalmente no le creyó y pudo manipularla para favorecer a VILLALBA JIMÉNEZ. Adicionalmente, la valoración médica permitió conocer que L.M. tenía un desgarramiento antiguo, hallazgo compatible con la versión inculpativa.

En esas condiciones resulta infructuoso que la defensa intentara demostrar una coartada en favor del acusado, la cual sólo atacaba una de las conductas atribuidas. Tampoco probó que la menor fuese víctima de otro sujeto, en concreto, uno dedicado al oficio de moto taxista.

¹ Así se expuso el fundamento fáctico de la acusación en el escrito, folio 12 de la carpeta digital del proceso, archivo “LUIS EDUARDO VILLALBA JIMENEZ”; y en la correspondiente audiencia en donde se realizó una lectura del escrito sólo corrigiendo eventuales imprecisiones ortográficas y de redacción, archivo de audio “acusacion luis eduardo villalba 24-10-2019”, récord 00:05:57 a 00:07:53.

Concluyó que se logró demostrar que el delito se cometió, por los menos, en dos oportunidades, la primera en el baño de una vivienda que compartían víctima y acusado en el barrio Camilo Torres, y la segunda, aprovechado que la madre de la niña se encontraba en una pista de patinaje.

IMPUGNACIÓN

En contra de esta decisión, el defensor presentó y sustentó oportunamente el recurso de apelación, buscando la absolución de su representado. Sus argumentos pueden sintetizarse así:

Existen dudas que impiden adoptar un fallo de condena. La menor manifestó con claridad en juicio que el acusado no abusó de ella, pero desacertadamente se dio una trascendencia que no tiene a su actitud y a las pruebas de referencia, al punto que se tomó como testimonio adjunto una versión que sólo es referencial e insuficiente para condenar, otorgada por la psicóloga Johana Villadiego.

Sólo se tuvieron en cuenta dos hechos para proferir la condena, sin embargo, respecto de ninguno de ellos se llegó al conocimiento necesario para proferir una sentencia en tal sentido.

No son consistentes los hallazgos de la valoración médica con la versión que da cuenta de que uno de los abusos se dio 8 días antes de tal examen. Tampoco se dio la trascendencia debida a las patologías padecidas por L.M.C.A., las cuales pudieron influir en sus versiones de los hechos.

Como no recurrente, la fiscalía solicita confirmar la sentencia apelada pues la Juez valoró correctamente las pruebas, contrario a lo dicho por el recurrente, quien insiste en sus alegatos de conclusión y parte de erradas

apreciaciones sobre los conceptos de testimonio adjunto y prueba de referencia.

CONSIDERACIONES

Como se anticipó, la Sala no abordará los temas de la apelación y en su lugar decretará la nulidad de la sentencia, por las razones que a continuación se relacionan:

- De los hechos jurídicamente relevantes

La hipótesis acusatoria viene determinada por la delimitación de los hechos jurídicamente relevantes, y estos constituyen el punto de referencia para establecer el grado de suficiencia de las pruebas que definen el conocimiento necesario para condenar, de modo que el resultado final de ese proceso racional depende de una adecuada fijación de la premisa fáctica del caso.²

En la sentencia 44599 de 2017, la Sala Penal CSJ, preocupada por la informalidad o poca atención de los operadores judiciales en punto de la fijación de los hechos en el trámite penal, quiso resaltar la trascendencia del asunto, concretando, a la vez, lo que debe entenderse por hecho jurídicamente relevante:

“La relevancia jurídica del hecho está supeditada a su correspondencia con la norma penal. En tal sentido, el artículo 250 de la Constitución Política establece que la Fiscalía está facultada para investigar los hechos que tengan las características de un delito; y el artículo 287 de la Ley 906 de 2004 precisa que la imputación es procedente cuando “de los elementos materiales probatorios, evidencia física o de la información legalmente obtenida, se

² Sobre el tema de los hechos jurídicamente relevantes, véase, CSJ SP radicado 45446 del 24 de julio de 2017, radicado 44599 del 8 de marzo de 2017, radicado 53440 del 2 de octubre de 2019, todas M.P. Patricia Salazar.

pueda inferir razonablemente que el imputado es autor o partícipe del delito que se investiga".

Como es obvio, la relevancia jurídica del hecho debe analizarse a partir del modelo de conducta descrito por el legislador en los distintos tipos penales, sin perjuicio del análisis que debe hacerse de la antijuridicidad y la culpabilidad. También es claro que la determinación de los hechos definidos en abstracto por el legislador, como presupuesto de una determinada consecuencia jurídica, está supeditada a la adecuada interpretación de la norma penal, para lo que el analista debe utilizar, entre otras herramientas, los criterios de interpretación normativa, la doctrina, la jurisprudencia, etcétera."

La poca atención que se brinda a la determinación de la premisa fáctica se traduce en serios inconvenientes para el adecuado trámite de los procesos y desde luego, para la controversia probatoria que define la responsabilidad penal.

En ese orden, una adecuada tipificación de la conducta requiere la mayor precisión posible, en relación con las circunstancias de tiempo, modo y lugar. Más explícitamente, la relevancia jurídica del hecho tiene como presupuesto una mínima fijación de cuándo ocurrió, cómo ocurrió y dónde ocurrió. Obviamente, quién lo cometió y quién fue víctima.

Siguiendo esta misma línea, en decisiones más recientes, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia sostiene que una acusación indeterminada puede generar una transgresión de la garantía consagrada en el literal h del artículo 8 del C.P.P.,³ pues el numeral 2 del artículo 377 impone a la fiscalía expresar las hipótesis fáctica y jurídica de manera clara, precisa y comprensible respecto a los elementos que estructuran el tipo penal, las circunstancias específicas de mayor gravedad, así como las que tienen incidencia en la dosificación punitiva.⁴ De modo que la labor defensiva es,

³ *"Conocer los cargos que le sean imputados, expresados en términos que sean comprensibles, con indicación expresa de las circunstancias conocidas de modo, tiempo y lugar que los fundamentan; (...)"*.

⁴ SP CSJ SP401-2021, radicado 55833 del 17 de febrero de 2021, M.P. Eugenio Fernandez Carlier; y SP3053-2021, radicado 55307 del 21 de julio de 2021, M.P. Diego Eugenio Corredor Beltrán.

de manera dialéctica, una reacción a la acusación, por lo que si aquella es indeterminada, la defensa no puede ser eficaz.

A tono con esto, se ha reiterado por vía jurisprudencial⁵ que la sentencia condenatoria no puede sostenerse en hechos que no consten en la acusación, dada que ello implicaría una afectación sustancial del debido proceso, el principio de congruencia, y el derecho de defensa.

De estos precedentes se desprende que cuando los hechos de la acusación se delimiten de manera precaria, es imposible superar tal yerro bajo argumentos como que pueden inferirse de la imputación; o porque la defensa pueda extraerlos de las audiencias preliminares, a modo de suposición; o porque basados en tal abstracción, se ejecute una defensa activa en juicio.

Además, la fijación de los hechos jurídicamente relevantes de la acusación, debe respetar la relación correspondencia o congruencia con la imputación. En el proceso penal el supuesto fáctico se delimita desde tal audiencia preliminar, elemento que debe guardar relación de "correspondencia" con la acusación, sin que ello impida que con posterioridad a la imputación se puedan precisar algunas circunstancias de la conducta, siempre y cuando no se afecte el núcleo esencial de la imputación fáctica. Entonces, es claro que entre imputación y acusación se determina la correspondencia en relación a la premisa fáctica, lo que también se ha explicado como congruencia entre la acusación y la imputación.⁶

De ahí la necesidad de que los hechos jurídicamente relevantes cumplan con los requisitos de claridad y precisión, incluso desde la imputación, pues ello es un presupuesto de la acusación, elemento fundamental para la final

⁵ Véase entre otras, SP2042-2019, radicado 51007 del 5 de junio de 2019; SP3831-2019, radicado 47671 del 17 de septiembre de 2019; AP3401-2019 radicado 51693 del 6 de agosto de 2019; SP5560-2018 radicado 52311 del 11 de diciembre de 2018.

⁶ SP CSJ, Radicado 51007, SP2042-2019 del 5 de junio de 2019, M.P. Patricia Salazar Cuéllar.

aplicación del artículo 448 que contiene el principio de congruencia propiamente dicho, según el cual, el acusado no podrá ser declarado culpable por hechos que no consten en la acusación, ni por delitos por los cuales no se ha solicitado condena.

De modo que la decisión acerca del cumplimiento del estándar de prueba para condenar, depende de la claridad de la propuesta acusatoria. Ya en este nivel, al Juez le corresponde determinar si las pruebas practicadas le permiten concluir la responsabilidad del acusado a través de un juicio comparativo de suficiencia. El estándar de prueba es el umbral que debe alcanzar la fiscalía, por medio de las pruebas debatidas, para lograr una sentencia condenatoria.

En ese orden, la premisa fáctica de la sentencia no es otra cosa que los hechos que el Juez acepta como probados luego del finalizado el debate oral.⁷

Descendiendo al asunto que nos concita, para evidenciar los errores en que incurrió la fiscalía al momento de fijar los hechos jurídicamente relevantes en los que soportó la acusación, dar más claridad sobre la precariedad de tal hipótesis, y las falencias que afectan sustantivamente el proceso, se transcribió en el acápite “hechos” de la presente providencia, el fundamento fáctico que consignó en el escrito y ratificó en la correspondiente audiencia de acusación. Esos “hechos” no pueden ser la base del fallo de condena.

Véase que confundió en la acusación el contenido de los medios de prueba, los hechos indicadores, y los hechos jurídicamente relevantes.⁸ Así que, contrario a lo delimitado por la jurisprudencia,⁹ se incurrió en errores de relevancia. Se llama la atención a la fiscalía, pues se debe reiterar que la

⁷ Sobre el tema, véase entre otras, radicado 44599 del 8 de marzo de 2017, M.P. Patricia Salazar Cuellar.

⁸ Sobre la diferenciación de tales conceptos, véase entre otras, CSJ SP radicado 45446 del 24 de julio de 2017, M.P. Patricia Salazar Cuellar.

⁹ CSJ SP radicado 45446 del 24 de julio de 2017, M.P. Patricia Salazar Cuellar.

falta de claridad sobre aspectos determinantes, conllevan a una defectuosa labor probatoria y acusatoria.¹⁰ Veamos.

- Inició aludiendo lo dicho por la denunciante de manera genérica. Luego, hizo referencia a una versión previa de la víctima, después a lo expuesto en un informe médico legal, y además, a la información consignada en los documentos de identidad de la niña. De esa manera, transmitió el contenido de medios de conocimiento que pretendía presentar posteriormente en juicio.
- Se refirió a circunstancias constitutivas de hechos indicadores, como los hallazgos médicos en el cuerpo de L.M., sin dejar claro cual hecho jurídicamente relevante podía demostrarse con aquel tipo de referencias.
- Al limitar la premisa fáctica de la acusación al contenido de alguno de los medios de conocimiento, omitió realizar un análisis conjunto de la totalidad de la información recolectada para así establecer con claridad las circunstancias en que se pudieron cometer las conductas.

De esta forma, obvió realizar una debida separación de los hechos jurídicamente relevantes que se endilgaban al procesado delimitándolos circunstanciadamente, a fin de dejar claras las

¹⁰ “Errores como los descritos en páginas precedentes no sólo desconocen lo dispuesto en los artículos 288 y 337, en el sentido de que los hechos jurídicamente relevantes deben expresarse de manera sucinta y clara, sino que además generan situaciones que afectan severamente la celeridad y eficacia de la justicia. Lo anterior sucede en eventos como los siguientes: (i) se relacionen de forma deshilvanada “hechos indicadores” y/o el contenido de los medios de prueba, pero no se estructura una hipótesis completa de hechos jurídicamente relevantes; (ii) la falta de claridad en la hipótesis de hechos jurídicamente relevantes propuesta por la Fiscalía, impide delimitar el tema de prueba; (iii) en la audiencia de acusación se le proporciona información al Juez, que sólo debería conocer en el juicio oral, con apego al debido proceso probatorio; (iv) las audiencias de imputación y acusación se extienden innecesariamente, y suelen tornarse farragosas; (v) la falta de claridad de la imputación y la acusación puede privar al procesado de la posibilidad de ejercer adecuadamente su defensa; (vi) las omisiones en la imputación o la acusación puede generar impunidad, como cuando se dejan de relacionar hechos jurídicamente relevantes a pesar de que los mismos pueden ser demostrados (elementos estructurales del tipo penal, circunstancias de mayor punibilidad, etcétera)”. CSJ SP, radicado 44599 del 8 de marzo de 2017, M.P. Patricia Salazar Cuellar.

conductas y aspectos concretos que permitían la estructuración de todos los elementos que impone el delito acusado.

Adicionalmente, teniendo en cuenta que acusaba por un concurso homogéneo sucesivo del delito del artículo 208 del C.P., agravado por el numeral 5 del artículo 211 *ibídem*, debió establecer el fundamento fáctico de cada uno de los punibles que estructuraban el concurso, en otras palabras, definir clara y razonablemente la pluralidad de hechos jurídicamente relevantes.

- Sobre el lugar de los hechos, sólo señaló que se llevaron a cabo en el municipio de San Pedro de Urabá.
- No delimitó con claridad el aspecto temporal, cuando nada le impedía hacerlo con mayor nitidez. Si bien parte de este dato puede inferirse de las demás referencias aportadas, como que los delitos se cometieron en varias ocasiones desde que L.M.C.A. tenía 10 años de edad, y que esta nació el 2 de diciembre del año 2006, no se definió un límite razonable en este punto.
- En relación al aspecto modal de las conductas, únicamente consignó expresiones como que a L.M. "*su padrastro la ha abusado sexualmente*", o que el acusado "*la accede sexualmente*". Manifestaciones que por su generalidad y ambigüedad, pueden encuadrar en varios delitos que tipifican diferentes modalidades de acceso carnal en el Código Penal.

En tales condiciones no se tiene claro cómo fueron las condiciones en que el procesado logró acceder carnalmente a la víctima, de cara a lo dispuesto en el artículo 212 del C.P., por ejemplo, no se definió con cuál elementó se dieron las penetraciones, o si el acceso se llevó a cabo vía anal, vaginal u oral, o por otra parte del cuerpo.

Pareciera que el ente acusador para superar tal falencia utilizó el contenido de los hallazgos de la valoración médica efectuada a la niña. Si es así, pretende indebidamente que se infiera de tal comunicación qué fue lo que pasó y cómo sucedió.

Adicionalmente, el hecho de que la menor no presentara lesiones anales pero sí un desgarró del himen, no descarta la posibilidad que la conducta se haya perpetrado por diferentes cavidades o por una sola. Tampoco da claridad de cómo la niña fue abordada por el acusado a fin de accederla.

- No puede olvidarse que más allá de la naturaleza progresiva y dinámica del proceso penal, el marco fáctico propuesto en la imputación debe ser respetado en la acusación, y este a la vez no se puede desbordar. En este punto, importa reiterar que el error detectado en la acusación no puede suplirse con la información ofrecida en la imputación,¹¹ ya que *“afirmar lo contrario sería como admitir que en el trámite regular puede condenarse con imputación pero sin acusación, desconociendo que el acto de la acusación es parte esencial de la estructura del debido proceso”*.¹²

Se llama la atención sobre este aspecto, ya que en la audiencia de imputación,¹³ aunque de manera poco técnica,¹⁴ la fiscalía estableció de manera más clara un marco fáctico circunstanciado de los hechos jurídicamente relevantes, en donde se propusieron un número aproximado de hechos abusivos, sitios más concretos donde

¹¹ Sobre este punto, véase SP CSJ Radicado 52507 del 7 de noviembre de 2018, SP4792-2018, M.P. Patricia Salazar Cuéllar. Decisión reiterada en Radicado 51007 del 5 de junio de 2019, de la misma ponente, y que tiene plena coherencia con decisiones como las de los radicados 47671 del 17 de septiembre de 2019 M.P. Eugenio Fernández Carlier, y 53440 del 2 de octubre de 2019 M.P. Patricia Salazar Cuéllar.

¹² SP CSJ radicado 47671 del 17 de septiembre de 2019, M.P. Eugenio Fernández Carlier.

¹³ Audiencia de imputación, archivo *“AUDIENCIAS GARANTIAS 29-07-2019”*, récord 00:17:54 a 00:19:45, para lo pertinente a esta decisión.

¹⁴ Sobre el tema véase SP CSJ, Radicado 51007, SP2042-2019 del 5 de junio de 2019, M.P. Patricia Salazar Cuéllar.

se efectuaron, una forma específica de acceso carnal, así como un marco temporal con límites plausibles de inicio y fin.

En estas condiciones, las falencias son evidentes, y su trascendencia sustancial para las garantías del procesado. La indebida fijación de los hechos lleva a que el acusado no tenga claro aspectos determinantes de los hechos del cual se defiende.

Véase que parte de la estrategia defensiva se centra en que no estuvo en el momento y día de los hechos tenidos en cuenta para condenarlo, sin embargo, la fiscalía no fue clara sobre el lugar y fecha de los hechos al momento de acusarlo, así que tal hipótesis defensiva se fundó en una abstracción que la parte realizó de los indeterminados hechos propuestos por la fiscalía.

En contraste, la Juez descartó la tesis de la defensa porque sólo atacaba uno de los hechos que integraban el concurso de delitos acusado. De esa manera se hace evidente que la indeterminación de la premisa fáctica de la acusación limitó el derecho de defensa.

Bajo tal panorama, resultaba evidente la imposibilidad de un ejercicio pleno del derecho de defensa, pues indefectiblemente el acusado tendría que defenderse de suposiciones totalmente ambiguas sobre elementos básicos de los hechos jurídicamente relevantes, y que fueron soporte de la sentencia condenatoria.

La irregularidad evidencia la falta de atención con que la fiscalía, el Juez, e incluso la propia defensa, asumieron el caso, pues bastaba con la simple constatación de los requisitos del numeral 2 del artículo 337 el C.P.P., y de la audiencia preliminar de imputación para darse cuenta de la indeterminación de la premisa fáctica que se proponía en la acusación.

Así que la fiscalía incurrió en graves imprecisiones al fijar los hechos jurídicamente relevantes, lo que sin duda conllevó a deficiencias al momento de probar y resolver el caso. Sin advertir estas deficiencias, la Juez *A quo* decidió condenar al acusado por el concurso homogéneo sucesivo del delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años.

Lo descrito en los dos párrafos precedentes permite advertir una obviedad: la precariedad descriptiva de la hipótesis acusatoria no permite delimitar el componente fáctico específico de los delitos por los cuales se adoptó la condena.

En este punto, importa resaltar que el error detectado en la acusación no puede suplirse con la información ofrecida en la imputación.¹⁵ De forma que, como los hechos por los cuales se condenó a VILLALBA JIMÉNEZ fueron indebidamente delimitados desde la presentación del escrito de acusación, se impone declarar la nulidad de lo actuado desde dicha oportunidad, inclusive.

Una vez presentado de forma adecuada el escrito de acusación, la Juez de conocimiento habrá de dirigir la audiencia de acusación conforme lo dispone el artículo 337 especialmente del numeral 2 de la Ley 906 de 2004. Todo lo anterior de conformidad con la extensa línea jurisprudencial relativa a la relevancia de una adecuada tarea de los operadores judiciales en relación con los hechos jurídicamente relevantes.¹⁶

La decisión de nulidad se hace necesaria dado que los defectos ya relacionados afectan gravemente la estructura del proceso y en especial el derecho de defensa de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 457 del

¹⁵ Sobre este punto, véase SP CSJ Radicado 52507 del 7 de noviembre de 2018, SP4792-2018, M.P. Patricia Salazar Cuéllar. Decisión reiterada en Radicado 51007 del 5 de junio de 2019, de la misma ponente, y que tiene plena coherencia con decisiones como las de los radicados 47671 del 17 de septiembre de 2019 M.P. Eugenio Fernández Carlier, y 53440 del 2 de octubre de 2019 M.P. Patricia Salazar Cuéllar.

¹⁶ Desde la ya mencionada 44599 de 2017 hasta la reciente 47671 de septiembre de 2019 proferidas por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia.

C.P.P.¹⁷

Importa destacar que en este evento, contrario a otros analizados por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia,¹⁸ no prevalece la absolución sobre la nulidad, pues en el citado caso conocido por tal Corporación no existía prueba para condenar y los errores detectados en los hechos jurídicamente relevantes atendían principalmente a falencias en la adecuación típica, los que, según la Corte, se corrigieron extemporáneamente.

En ese orden, se deberá ordenar la libertad de LUIS EDUARDO VILLALBA JIMÉNEZ, **siempre que no sea requerido por otra autoridad**, toda vez que quedará sin vigencia la sentencia condenatoria. Además, teniendo en cuenta la etapa desde cuando se declara la nulidad, y que la medida de aseguramiento privativa de la libertad se impuso el 29 de julio del año 2019,¹⁹ es evidente que se supera el término máximo de duración de esta, fijado en el parágrafo 1 del artículo 307 del C.P.P.

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

Sin necesidad de otras consideraciones, **EL TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA**, en Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

¹⁷ La nulidad se limita a la acusación puesto que, como en el caso de la sentencia 53440 de 2019 donde se anuló desde la acusación, en el presente evento durante la imputación pese a que se realizó una relación extensa de los EMP, EV e ILO, sí se informaron los hechos de manera razonable, lo que no ocurrió en la acusación.

¹⁸ SP CSJ radicado 54660 del 2 de junio de 2021, M.P. Patricia Salazar Cuellar.

¹⁹ Ver folio 5 ibídem.

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR LA NULIDAD desde la presentación del escrito de acusación, inclusive, para que se adelante el proceso como es debido.

SEGUNDO: REMITIR la actuación al Fiscalía de origen para que se de cumplimiento de forma **urgente** a lo aquí dispuesto.

TERCERO: DISPONER la libertad inmediata de LUIS EDUARDO VILLALBA JIMÉNEZ que se hará efectiva si no es requerido por otra autoridad.

Contra esta decisión no proceden recursos.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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:

57218e557a59de59ee13993f972c259f53642b97a51c13fc43518171b81f095e

Documento generado en 05/11/2021 04:13:54 p. m.

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

Sentencia de segunda instancia

Sentenciado: Carlos Alberto Yepes Torres y otros
Delito: Fabricación, tráfico y porte de armas, municiones de uso restringido,
de uso privativo de las Fuerzas Armadas o explosivos,
Radicado: 0504260003462020-00061
(N.I. TSA 2021-1615-5)



TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA PENAL

Medellín, doce (12) de noviembre de dos mil veintiuno

Magistrado Ponente
RENÉ MOLINA CÁRDENAS

Aprobado en Acta 142 del 5 de noviembre de 2021

Proceso	Penal
Instancia	Segunda
Apelante	Defensa
Tema	Niega domiciliaria por delito imputado
Radicado	0504260003462020-00061 (N.I. TSA 2021-1615-5)
Decisión	Confirma

ASUNTO

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la Defensa de CARLOS ALBERTO YEPES TORRES, JAVIER DARÍO HIGUITA MAZO, ÓSCAR DARÍO PALACIO MONTOYA y HERNÁN MAURICIO GONZÁLEZ ECHEVERRY en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 24 de septiembre de 2021 por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito Especializado de Antioquia.

Sentencia de segunda instancia

Sentenciado: Carlos Alberto Yepes Torres y otros
Delito: Fabricación, tráfico y porte de armas, municiones de uso restringido,
de uso privativo de las Fuerzas Armadas o explosivos,
Radicado: 0504260003462020-00061
(N.I. TSA 2021-1615-5)

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

No se relacionan los hechos porque no fueron objeto de apelación.

ANTECEDENTES PROCESALES Y SENTENCIA IMPUGNADA

En audiencia del 6 de mayo 2021, la Fiscalía presentó los términos del preacuerdo al que llegó con los acusados previa asesoría de su abogado defensor. El convenio consistió en que los procesados aceptan su responsabilidad en la comisión de la conducta punible de fabricación, tráfico y porte de armas, municiones de uso restringido, de uso privativo de las Fuerzas Armadas o explosivos, artículo 366 del Código Penal, a cambio de variar el grado de participación de coautores a cómplices solo para efectos punitivos. La pena a imponer se pactó en 66 meses de prisión.

Los procesados aceptaron los cargos, previa verificación por parte del Juez de los presupuestos contenidos en el artículo 131 del C.P.P¹.

En el trámite del artículo 447 del Código de Procedimiento Penal, la Defensa solicitó el reconocimiento de la prisión domiciliaria por estimar que se daban los presupuestos exigidos por el artículo 38B del Código Penal, en particular porque la pena mínima prevista en la ley para el delito por el que se proferiere condena no supera los ocho (8) años de prisión.

En audiencia del 24 de septiembre de 2021 el Juzgado profirió sentencia condenatoria en contra de los citados en razón del preacuerdo por la conducta punible ya reseñada, imponiéndose la pena pactada. Se les negó el subrogado penal de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria.

¹ Minuto 25:56 en adelante registro virtual "2020 00061 VERIFICACION DE PREACUERDO (06-05-2021)".

Sentencia de segunda instancia

Sentenciado: Carlos Alberto Yepes Torres y otros
Delito: Fabricación, tráfico y porte de armas, municiones de uso restringido,
de uso privativo de las Fuerzas Armadas o explosivos,
Radicado: 0504260003462020-00061
(N.I. TSA 2021-1615-5)

Al efecto, adujo el Juez que según sentencias AP3178-2020, Radicación 56904 del 18 de noviembre de 2020 y SP2073-2020 Radicación N° 52.227 del 24 de junio de dos mil veinte de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, el reconocimiento por vía de preacuerdo de la complicidad a quien ha actuado en la realización de la conducta punible como autor, no puede ser entendido como una calificación jurídica que pretende variar la hipótesis fluctual aceptada por el sujeto. El delito por el que se procede en esta oportunidad no es otro que el de fabricación, tráfico y porte de armas y municiones de uso restringido, de uso privativo de las Fuerzas Armadas o explosivos, con pena mínima de 132 meses de prisión, se entiende que no se satisface ese factor temporal y, por tanto, no hay otra salida que negar la petición de la defensa, sin que sea necesario entrar a analizar los demás requisitos subjetivos que trae la norma. Además, recuerda a la defensa que el beneficio pactado tenía como finalidad única y exclusivamente la de establecer el monto de la pena. Así lo informó la Fiscalía cuando indicó que los procesados *“aceptan la responsabilidad a cambio de que la Fiscalía les imponga la sanción conforme se preacordó, esto es reconociéndole el disminuyente de la complicidad sin que se les esté variando el grado de la participación de los ciudadanos por cuanto seguirán siendo las mismas calidades que fueron objeto de llamamiento a juicio”* (Sic).

IMPUGNACIÓN

En contra de la negativa de la prisión domiciliaria la Defensa interpuso recurso de apelación. Adujo lo siguiente:

El Juez incurre en un error de interpretación normativa al considerar que el delito de fabricación, tráfico y porte de armas, municiones de uso restringido, de uso privativo de las Fuerzas Armadas o explosivos, consagrado en el artículo 366 del Código penal, que acarrea un extremo punitivo de 11 a 15 años de prisión no cumple con el numeral 1° del artículo 38b. Al degradar la conducta de autor a cómplice, se reducen los dispositivos amplificadores de la pena y en consecuencia la variación de los extremos punitivos y por ello el monto de las penas mínimas establecidas en

Sentencia de segunda instancia

Sentenciado: Carlos Alberto Yepes Torres y otros
Delito: Fabricación, tráfico y porte de armas, municiones de uso restringido,
de uso privativo de las Fuerzas Armadas o explosivos,
Radicado: 0504260003462020-00061
(N.I. TSA 2021-1615-5)

la ley no supera los 8 años de prisión, en el caso la pena mínima sería de 66 meses, equivalentes a 4,5 años. Por tanto, sus representados cumplen con este requisito, contrario a lo señalado por el a quo.

No recurrentes

El Ministerio Público solicita se confirme la decisión impugnada, en tanto los motivos de disenso de la defensa, no plantean errores de apreciación por parte de la primera instancia ni contiene elementos suasorios que controviertan la decisión impugnada y mucho menos la interpretación jurisprudencial. Al emitir sentencia, el juez no puede conceder beneficios o subrogados teniendo como referencia la pena acordada, sino debe hacerlo teniendo como base el quantum punitivo establecido en la norma por la cual se dicta la condena.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

En atención a la naturaleza del recurso se limitará el estudio del asunto que fue objeto de disenso. Procederá la Sala analizar si procede la domiciliaria. Se anuncia desde ya la confirmación de la sentencia:

- 1- La Sala pudo constatar que, en el acuerdo celebrado, las partes fueron claras y precisas en cuanto a los términos en que los acusados aceptaban su responsabilidad y la contraprestación que se les reconocía.
- 2- El Juez previa verificación de los presupuestos contenidos en el artículo 131 del C.P.P², puso de presente la única contraprestación por el acuerdo. Además, hizo claridad de manera detallada que posiblemente podrían verse afectados con pena de prisión intramural, lo que sería tema de discusión en audiencia del artículo 447.

² Minuto 25:56 en adelante registro virtual "2020 00061 VERIFICACION DE PREACUERDO (06-05-2021)".

Sentencia de segunda instancia

Sentenciado: Carlos Alberto Yepes Torres y otros
Delito: Fabricación, tráfico y porte de armas, municiones de uso restringido,
de uso privativo de las Fuerzas Armadas o explosivos,
Radicado: 0504260003462020-00061
(N.I. TSA 2021-1615-5)

Finalmente, tanto la defensa como los procesados aceptaron los términos del acuerdo. De tal situación se desprende que la defensa pretende desconocer la integridad de lo pactado para reclamar en favor de sus prohijados la prisión domiciliaria.

3- La Sentencia 52227 de 2020 de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, dejó claro que el reconocimiento por vía de preacuerdo de la complicidad a quien ha actuado en la realización de la conducta punible en calidad de autor, no puede ser entendido como una calificación jurídica que pretende variar la hipótesis factual aceptada por el sujeto. Por el contrario debe responder y ser condenado por el delito objeto de la acusación. La calificación objeto de negociación está orientada solo a establecer el monto de la pena.³

4- El legislador diferenció expresamente entre aceptación de culpabilidad por “el delito imputado” y la responsabilidad por el “delito base de la negociación”⁴. Si para las modalidades de preacuerdo simple o degradado, el legislador autorizó la condena por el “delito imputado”, no se encuentra razón atendible para que se varíe esa regla y se opte por la declaración de responsabilidad por el delito en los términos del preacuerdo celebrado. La forma de participación que surge de la readecuación o de la eliminación de un cargo en el preacuerdo, no puede conllevar consecuencias que estén excluidos por el legislador en la norma, tampoco en la forma de ejecución de la pena. Esto, en virtud del principio de legalidad de los delitos y de las penas, es una garantía fundamental que constituye el poder sancionatorio del Estado, en la medida que *“nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa”*.

³ Sentencia SP2073-2020 52227 “bajo esta modalidad, la alusión a normas penales favorables al procesado, que no corresponden a la hipótesis factual aceptada, tiene como única finalidad establecer el monto de la rebaja. Así, por ejemplo, las partes aceptan que quien ontológicamente es autor sea condenado como tal, pero se le atribuya la pena que le correspondería si fuera cómplice. Asimismo, y también a manera de ilustración, no se pretende que el juez incluya en la calificación jurídica la circunstancia de menor punibilidad prevista en el artículo 56, sino que rebaje la pena en la proporción que correspondería si la misma se hubiera demostrado.”

⁴ inciso 2° del Art. 350 CPP: “el fiscal y el imputado, a través de su defensor podrán adelantar conversaciones para llegar a un acuerdo, en el cual el imputado se declarará culpable del delito imputado, o de uno relacionado de pena menor, a cambio de que el fiscal (...)”

Sentencia de segunda instancia

Sentenciado: Carlos Alberto Yepes Torres y otros
Delito: Fabricación, tráfico y porte de armas, municiones de uso restringido,
de uso privativo de las Fuerzas Armadas o explosivos,
Radicado: 0504260003462020-00061
(N.I. TSA 2021-1615-5)

5- Al ser declarados penalmente responsables CARLOS ALBERTO YEPES TORRES, JAVIER DARÍO HIGUITA MAZO, ÓSCAR DARÍO PALACIO MONTOYA y HERNÁN MAURICIO GONZÁLEZ ECHEVERRY del delito de fabricación, tráfico y porte de armas, municiones de uso restringido, de uso privativo de las Fuerzas Armadas o explosivos, artículo 366 del Código Penal en calidad de coautores; asumiendo la pena prevista en el acuerdo como cómplices, los extremos punitivos no sufren ninguna alteración. Se mantiene como pena mínima prevista en la ley once (11) años de prisión, monto superior al exigido por el numeral 1º del artículo 38B del Código Penal para el otorgamiento de la prisión domiciliaria. No es necesario verificar los demás requisitos contenidos en la norma.

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

Por lo expuesto, **EL TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA**, en Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley;

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia recurrida por los motivos previamente expuestos.

Sentencia de segunda instancia
Sentenciado: Carlos Alberto Yepes Torres y otros
Delito: Fabricación, tráfico y porte de armas, municiones de uso restringido,
de uso privativo de las Fuerzas Armadas o explosivos,
Radicado: 0504260003462020-00061
(N.I. TSA 2021-1615-5)

SEGUNDO: Contra esta decisión procede el recurso extraordinario de casación en los términos del artículo 183 de la Ley 906 de 2004.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

Sentencia de segunda instancia
Sentenciado: Carlos Alberto Yepes Torres y otros
Delito: Fabricación, tráfico y porte de armas, municiones de uso restringido,
de uso privativo de las Fuerzas Armadas o explosivos,
Radicado: 0504260003462020-00061
(N.I. TSA 2021-1615-5)

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:

8be408d11f8cbcb553b708d7d845318fddf4d0f4c509b26f00f8a8b6e3af58a9

Documento generado en 05/11/2021 04:20:48 p. m.

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

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE ANTIOQUIA

SALA DE DECISIÓN PENAL

Proceso N°: 050002204000202100635

NI: 2021-1726-6

Accionante: ÁLVARO DIEGO RESTREPO RESTREPO

Accionado: JUZGADO TERCERO DE EJECUCIÓN DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD DE ANTIOQUIA

Decisión: Declara improcedente por hecho superado

Aprobado Acta No.: 186 de noviembre 12 del 2021

Sala No.: 6

Magistrado Ponente

DR. GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME

Medellín, noviembre doce del año dos mil veintiuno

VISTOS

El señor Álvaro Diego Restrepo Restrepo solicita la protección constitucional al derecho fundamental de petición, presuntamente vulnerado por parte del Juzgado Tercero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia.

LA DEMANDA

Manifiesta el señor Álvaro Diego Restrepo Restrepo, quien se encuentra recluso en el Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Andes (Antioquia), que, en el mes de septiembre del presente año, elevó ante el Juzgado Tercero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia solicitud de libertad condicional, no obstante, hasta la fecha de radicación de la presente acción constitucional no había recibido respuesta al respecto.

TRÁMITE Y MATERIAL PROBATORIO RECAUDADO

Esta Sala mediante auto del día 3 de noviembre de la presente anualidad, admitió la solicitud de amparo, ordenando notificar al Juzgado Tercero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia, al mismo tiempo que ordenó la vinculación del Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Andes (Antioquia). Posteriormente se ordenó la vinculación del Centro de Servicios Administrativos de los Juzgados de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia.

De ello resulta necesario manifestar que con el fin de esclarecer puntos indefinidos en el presente trámite constitucional, fue necesario decretar pruebas de oficio, en el entendido de oficiar a la dirección del Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Andes (Antioquia), para que puntualmente informara a esta Magistratura sobre las labores de notificación de la providencia calendada el día 4 de noviembre de 2021 proferida por el Juzgado demandado, por medio de la cual resolvió la solicitud de libertad condicional al señor Restrepo Restrepo.

En iguales condiciones se requirió al secretario del Centro de Servicios Administrativos de los Juzgados de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia, para que precisara las gestiones realizadas para la notificación del sentenciado Álvaro Diego Restrepo Restrepo del auto interlocutorio aludido.

La Dra. Margarita María Bustamante Granada Juez Tercero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia, por medio de oficio N° 4211 calendado el día 4 de noviembre del año 2021, se pronunció respecto a los hechos expuestos por el accionante de la siguiente manera:

Señala que vigila al señor Álvaro Diego Restrepo Restrepo pena impuesta por el Juzgado Tercero Penal del Circuito Especializado de Antioquia dentro del

proceso con radicado 2020A3-1598 CUI 050016000000202000300, de 50 meses de prisión tras hallarlo penalmente responsable de las conductas punibles de concierto para delinquir agravado, destinación ilícita de bienes inmuebles o inmuebles y tráfico, fabricación o porte de estupefacientes.

Asiente lo esgrimido por el accionante en el entendido de que reposaba en la carpeta solicitud de libertad condicional que data del 20 de septiembre de 2021, la cual fue resuelta por medio del auto interlocutorio N° 2198 del 4 de noviembre negando la libertad condicional al sentenciado Restrepo Restrepo dado la grave entidad de los delitos cometidos, pues pertenecía al grupo delincencial denominado “Los Pacos”, vinculado a la oficina de Envigado que delinquía en el municipio de Jardín (Antioquia). Conforme a las labores de notificación al demandante remitió el auto aludido al centro de servicios adscritos a esos juzgados para efectuar las labores de comunicación.

Adjunta a la respuesta de la acción de tutela, los autos interlocutorios N° 2197 y 2198 del 4 de noviembre de 2021, por medio de los cuales redimió pena y negó la libertad condicional elevada por el señor Álvaro Diego Restrepo.

El director del Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Andes (Antioquia) por medio de oficio calendado el día 5 de noviembre de 2021, informó que el señor Restrepo Restrepo ingresó a ese penal desde el 24 de septiembre de 2019. Señala que el día 16 de septiembre del presente año, remitió al juzgado de ejecución de penas encausado solicitud de libertad condicional en favor del demandante junto a la documentación requerida.

Asegura que el pasado 4 de noviembre de 2021 fueron notificados del auto por medio del cual el despacho judicial demandado niega la solicitud de libertad condicional elevada por el sentenciado Restrepo Restrepo.

Por último, manifiesta que lo reclamado por el señor Restrepo Restrepo y que es objeto del presente trámite es competencia del Juzgado Tercero de Ejecución de Penas de Antioquia, de tal modo que no puede atribuirse

responsabilidad a ese centro. Por lo anterior solicita la desvinculación del presente trámite constitucional.

Por otra parte, conviene destacar que el día 9 de noviembre del año en curso, se decretó como prueba de oficio, requerir al director del Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Andes (Antioquia) y al secretario del Centro de Servicios Administrativos de los Juzgados de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia. En respuesta solo se recibió pronunciamiento del director del centro penitenciario informando que el auto interlocutorio número 2198 calendado el 4 de noviembre de 2021 fue notificado al sentenciado Restrepo Restrepo el día 5 de noviembre, para probar lo anterior adjunta la respectiva acta de notificación.

El secretario del Centro de Servicios Administrativos de los Juzgados de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia, omitió pronunciarse sobre los hechos esgrimidos por el demandante, tanto en la vinculación como en el requerimiento efectuado por esta Magistratura.

CONSIDERACIONES

Competencia

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

La solicitud de amparo

En el caso bajo estudio el señor Álvaro Diego Restrepo Restrepo, solicitó se ampare en su favor el derecho fundamental de petición invocado, presuntamente conculcado por parte del Juzgado Tercero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia.

De lo que se puede extractar de la solicitud de amparo, se tiene que el tema a desatar y que es la causa de inconformidad por parte del accionante, lo es frente a la solicitud de libertad condicional elevada ante el juzgado encartado, no obstante, hasta la fecha de radicación de la presente acción constitucional no había obtenido respuesta de fondo.

Naturaleza de la acción

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

Se trata, sin embargo, de un procedimiento consagrado no con el fin de invadir la competencia de otras jurisdicciones o dejar sin efecto los procedimientos legalmente establecidos para la defensa de los derechos de los asociados, sino como vía de protección de carácter subsidiario y residual. De allí que no sea suficiente que se alegue vulneración o amenaza de un derecho fundamental para que se legitime automáticamente su procedencia, pues no se trata de un proceso alternativo o sustitutivo de los ordinarios o especiales, cuando, además, se debe descartar la existencia de otros mecanismos de defensa o su eficacia en el caso concreto.

Del derecho de petición y del caso en concreto

La garantía fundamental reconocida por el artículo 23 de la Carta Política, consiste no sólo en la posibilidad que tiene toda persona de presentar ante las autoridades peticiones respetuosas por motivos de interés general o particular, sino el derecho a obtener una respuesta pronta y de fondo sobre lo pedido, como que el administrado no puede quedar en la indeterminación y tiene derecho a que le sean resueltos sus planteamientos sin vaguedad alguna.

La jurisprudencia constitucional en forma pacífica ha venido señalando las precisas situaciones en las que se presenta vulneración al derecho de petición: (i) cuando la respuesta es tardía, esto es, no se da dentro de los términos legales; (ii) *cuando se muestra* aparente, o lo que es lo mismo, no resuelve de fondo ni de manera precisa lo pedido; (iii) su contenido no se pone en conocimiento del interesado, y (iv) no se remite el escrito ante la autoridad competente, pues la falta de competencia de la entidad ante quien se hace la solicitud no la exonera del deber de dar traslado de ella a quien sí tiene el deber jurídico de responder. Es así como la Corte Constitucional ha sostenido que las respuestas simplemente evasivas o de incompetencia desconocen el núcleo esencial del derecho de petición¹.

En el presente asunto se puede evidenciar, que el motivo de inconformidad es que el señor Álvaro Diego Restrepo Restrepo, elevó ante el Juzgado Tercero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia, solicitud de libertad condicional; no obstante, a la fecha de interponer la presente acción constitucional no había recibido respuesta de fondo.

Por su parte, la titular del Juzgado Tercero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia, allegó pronunciamiento donde revela que por medio de los autos interlocutorios N° 2197 y 2198 calendados el día 4 de noviembre de 2021, resolvió redimir pena y negó al sentenciado Restrepo Restrepo la libertad condicional solicitada. Posteriormente el director del Centro Penitenciario de Andes, informó y aportó material probatorio donde consta la respectiva notificación de los autos aludidos al demandante.

Conforme a lo anterior, es claro entonces que frente a la pretensión del señor Álvaro Diego Restrepo Restrepo, de cara a que el Juzgado Tercero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia, se pronunciara respecto de la solicitud de libertad condicional, ya se agotó, esto es, conforme al auto N° 2198 calendado el día 4 de noviembre de 2021 y notificado al sentenciado en debida forma.

¹ Al respecto pueden consultarse las sentencias T-219 y T-476 del 22 de febrero y 7 de mayo de 2001, respectivamente.

Así las cosas, debe indicarse que, del material probatorio allegado a la presente acción Constitucional, se evidencia que frente a la solicitud extendida por el señor Restrepo Restrepo, ante el Juzgado Tercero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia, nos encontramos ante un hecho superado, como quiera que la circunstancia que dio origen a la solicitud ha sido enmendada, lo cual torna improcedente el amparo.

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

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

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

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

“115. La primera modalidad, conocida como el hecho superado, se encuentra regulada en el artículo 26 del Decreto 2591 de 1991⁽⁸⁰⁾, y consiste en que, entre la interposición de la acción de tutela, y el momento en que el juez va a proferir el fallo, se satisfacen íntegramente las pretensiones planteadas, por hechos atribuibles a la entidad accionada. De esta forma, pronunciarse sobre lo solicitado carecería de sentido, por cuanto no podría ordenarse a la entidad accionada a hacer lo que ya hizo, o abstenerse de realizar la conducta que ya cesó. En este caso, el juez no debe emitir un pronunciamiento de fondo, ni realizar un análisis sobre la vulneración de

los derechos, pero ello no obsta para que, de considerarlo necesario, pueda realizar un llamado de atención a la parte concernida, por la falta de conformidad constitucional de su conducta, conminarla a su no repetición o condenar su ocurrencia⁽⁸¹⁾.”

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

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

Providencia discutida y aprobada por medios virtuales.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE ANTIOQUIA, EN SALA DE DECISIÓN**, sede Constitucional, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR IMPROCEDENTE el amparo de los derechos fundamentales invocados por el señor Álvaro Diego Restrepo Restrepo, en contra del Juzgado Tercero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia, al presentarse la carencia actual de objeto por hecho superado; de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: La notificación de la presente providencia se realizará de conformidad con el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

TERCERO: Frente a la presente decisión procede el recurso de impugnación, el cual se deberá de interponer dentro los tres días siguientes a su notificación.

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

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Gustavo Adolfo Pinzón Jácome
Magistrado

Edilberto Antonio Arenas Correa
Magistrado

Nancy Ávila de Miranda
Magistrada

Alexis Tobón Naranjo
Secretario.

Firmado Por:

Gustavo Adolfo Pinzon Jacome
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
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: **c3b12cc3c300244c71ffdaedd0ec303fea2efc28cb5efcd9cbf06aa55f1babe9**

Documento generado en 12/11/2021 11:00:24 AM

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

Proceso No. 05154600036120190015

NI: 2021-1620

Acusado: CRISTIAN CAMILO RAMIREZ CESPEDES

Delito: Porte ilegal de armas

Motivo: Apelación sentencia condenatoria

Decisión: Confirma

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE ANTIOQUIA

SALA DE DECISIÓN PENAL

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE ANTIOQUIA

SALA DE DECISIÓN PENAL

Proceso No. 05154600036120190015

NI: 2021-1620

Acusado: CRISTIAN CAMILO RAMIREZ CESPEDES

Delito: Porte ilegal de armas

Motivo: Apelación sentencia condenatoria

Decisión: Confirma

Aprobado Acta No 186 de noviembre 12 del 2021

Sala No: 6

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

Medellín, noviembre doce del año dos mil veintiuno

1. OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

Resolver el recurso de apelación interpuesto por la defensa contra la sentencia emitida el pasado 27 de septiembre de año en curso por el Juzgado Penal del Circuito de Cauca.

2. HECHOS

Los hechos, fueron narrados en la sentencia de primera instancia conforme a lo extractado de la acusación de la siguiente manera:

“El día 22 de abril del 2019 miembros del Ejército Nacional quienes se encontraban realizando labores de patrullaje en la vereda El Toro del municipio de Caucasia Antioquia, capturan a CRISTIAN CAMILO RAMIREZ CESPEDES, tras hallarle al interior de un bolso, un arma de fuego tipo revolver marca llama calibre 38 y 10 cartuchos para la misma, sin que exhibiera el respectivo permiso para el porte.”

3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

La sentencia de primera instancia inicia con un recuento de la actuación procesal y un resumen de las pruebas practicadas empezando por las establecidas como estipulación probatoria, para seguir con las vertidas en el juicio, para luego ocuparse del análisis de las mismas y señalar que el dicho del Teniente MORENO MENA, da cuenta de la captura del procesado, y como en un bolso de su propiedad se le encontró un arma de fuego, igualmente señaló que por la vía de las estipulaciones se estableció la idoneidad del arma incautada y la ausencia de permiso para el porte o tenencia a favor de CRISTIAN CAMILO RAMIREZ CESPEDES.

Se ocupó luego de analizar las pruebas aportadas por la defensa, en concreto la versión del procesado de su progenitora LUZ ELENA CESPEDES, y de su hermano LUIS FERNANDO RAMIREZ CESPEDES, e indicó que las mismas no resultaban creíbles sobre las exculpaciones del procesado sobre el obrar en un estado de insuperable coacción ajena.

Inicialmente en extenso se refirió a las causales de ausencia de responsabilidad y a la presunta hipótesis de insuperable coacción ajena, visto que se alegaba que CRISTIAN CAMILO, fue reclutado por un grupo al margen de la ley en contra de su voluntad, señalando que esta versión presentaba fisuras al contratarla con las reglas de la lógica y la experiencia

vista la forma como relataba el supuesto reclutamiento y lo ocurrido después cuando se quedó a dormir en una pesebrera, además aunque sus familiares repiten el dicho del procesado estos están contando lo que le oyeron a este, no lo que en efecto les contaron sobre lo ocurrido.

Indicó igualmente que no es cierto que en el presente caso no se afecte el bien jurídico protegido como lo pregona la defensa, pues se incautó un arma de fuego idónea para producir disparos y respecto de la cual no se tenía permiso de las autoridades respectivas con lo que se puso efectivamente en peligro el bien jurídico protegido.

Arribó entonces a la Conclusión de que se debía emitir una sentencia condenatoria y señaló que la misma implicaba entonces el imponer una sanción penal de 108 meses de prisión, inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término y prohibición de tenencia de armas de fuego por un año y dispuso visto el monto de pena impuesto el cumplimiento intramural de la pena fijada.

4. DEL RECURSO

Interpone el defensor del procesado recurso de apelación contra la sentencia condenatoria reclamando la revocatoria de la misma, la que funda en tres pretensiones que se pueden resumir así:

1. La ausencia de prueba directa sobre el procedimiento de captura e incautación del arma, pues el soldado que efectuó el procedimiento ya no está en servicio y no compareció al juicio, y el teniente que declaró no participo del operativo respectivo de forma directa, por ende, no puede sino suministrar información de oídas sobre lo ocurrido.

2. Ausencia de antijuridicidad, el arma no se utilizó, estaba guardada en un bolso, el procesado no sabe usarla, no se disparó, por lo tanto, no se puede decir que se esté afectando el bien jurídico protegido.
3. El procesado obro bajo una insuperable coacción ajena que anula su voluntad y torna ausente de culpabilidad la conducta punible endilgada, fue objeto de reclutamiento forzoso cuando se desplazaba de vacaciones a la Costa Al tantico por un grupo al margen de la ley, lo que impide considerar que obro en foro consciente y voluntaria.

5. PARA RESOLVER SE CONSIDERA.

El asunto que concita la atención de la Sala lo es el establecer si la sentencia condenatoria debe ser revocada, los planteamientos del defensor en los que sustenta tal pretensión, son la falta de un testigo directo del procedimiento de incautación del arma de fuego, el hecho de que su asistido había sido objeto de reclutamiento forzoso por grupos al margen de la ley que operaban en la zona donde fue retenido y por eso tenía esa arma de fuego en su poder y ausencia de antijuridicidad material en la conducta punible endilgada.

Sobre el primer cargo, esto es la falta de prueba directa sobre el procedimiento de incautación debemos advertir que la Fiscalía solo ofreció un testigo sobre el tema el teniente MIGUEL MORENO MENA, pues por la vía de las estipulaciones se tuvo como probada la idoneidad del arma incautada y la carencia del procesado de un permiso oficial para el porte o tenencia del arma de fuego incautado; el referido TENIENTE MORENO MENA relata que el día de los hechos en un procedimiento que se efectuó en la zona de la vereda del TORO de CAUCASIA, se encontró a un joven durmiendo y al realizar una requisa se le encontró en un bolso un arma de fuego, precisa el uniformado que el estaba al mando

de la unidad que realizó el procedimiento y participó directamente del mismo, y que cuando el joven fue retenido manifestó que se encontraba en el lugar porque había sido objeto de reclutamiento forzoso por grupos al margen de la ley, precisando que en la zona opera varios grupos al margen de la ley entre ellos el conocido como los CARRAPOS. La defensa, cuestiona en la apelación que no se trajo a declarar al soldado que realizó el procedimiento de incautación de apellidos LOPEZ VERONA, por lo que no se tiene un testigo directo de los hechos. Al respecto debe precisar la Sala que durante el interrogatorio que absolvió el testigo MENA MORENO, a la Fiscalía siempre se expresa en forma plural señalando que él y los soldados a su cargo realizaron el procedimiento, y ya cuando es cuestionado por el Juez que realizó algunas preguntas complementarias preciso que él estuvo en el lugar y aunque fue un soldado de apellido LOPEZ VERONA, quien inicialmente requiso al joven CRISTIAN CAMILO, el mismo observó el procedimiento y verificó la presencia del arma incautada en el bolso, en concreto manifestó lo siguiente sobre los cuestionamientos del Juez en este punto:

Preguntado: “ Testigo señor Miguel le preguntó, en el bolso que usted indica le halló el arma de fuego a CRISTIAN CAMILO, recuerda había algún otro elemento. CONTESTO. Había no puedo decir exactamente una cantidad no puedo decir cuántos, pero había una cantidad de cartuchos para arma de fuego. PREGUNTADO. Algún otro objeto personal. CONTESTO. No me acuerdo, porque exactamente cuándo se realizó la inspección se le dijo a CRISTIAN que el mismo abriera el bolso. PREGUNTADO. Me puede reiterar cuando fue la incautación. CONTESTO. 22 de abril. PREGUNTADO. Cuando usted realizó el procedimiento a CRISTIAN CAMILO lo acompaña otro personal militar. CONTESTO. Sí señor. PREGUNTADO. quienes. CONTESTO. Soldados regulares. PREGUNTADO. Quien hizo el hallazgo directamente del arma de fuego. CONTESTO. un soldado regular que ya se licenció. PREGUNTADO. Como se enteró entonces usted de la incautación del arma de fuego a CRISTIAN CAMILO. CONTESTO. El soldado hace la inspección, CRISTIAN a se pone de pie, Él saca la cédula cuando, cuando CRISTIAN abre el bolso ,el soldado se percata que dentro del bolso en la parte superior se nota el arma del fuego, automáticamente como yo estaba ahí mismo, se llama al comandante el teniente MORENO, yo me acercó y afortunadamente me cercioró que ahí tenía el arma del fuego PREGUNTADO. Entonces quien extrajo el arma de fuego entonces

fue un soldado. CONTESTO. Si. PREGUNTADO. Cual fue el soldado que extrajo el arma. CONTESTO ya se licenciaron. CONTESTO. Cuál era su nombre. CONTESTO. LOPEZ VERONA., con uve.”

De lo narrado por este uniformado, emerge sin duda alguna que él si participó directamente del procedimiento, y aunque inicialmente el no realizó la requisita al procesado, si se percató de la misma y verificó la presencia del arma, pues se encontraba en el lugar donde se estaba realizando el mismo por lo mismo si es testigo directo de lo ocurrido, pues narra lo que el presencié por sus sentidos sobre el mismo, no es que el este narrando lo que le comentó el SOLDADO LOPEZ VERONA, como lo deja entrever la defensa en su apelación, al quejarse de la falta de un testigo directo, y por lo mismo la demostración de los hechos de la acusación se fundamente en una prueba de referencia, que no sería válida para sustentar una sentencia condenatoria.

En cuanto a la ausencia de antijuridicidad material, los argumentos expuestos por el defensor en la sustentación de la apelación, lo son que su pupilo no sabe manejar armas de fuego, la misma no fue utilizada, y se encontró en un bolso sin que en momento alguno su representado la estuviere utilizando por ende no se afectó de manera alguna la seguridad pública.

Sobre el bien jurídico protegido en el delito descrito en el artículo 365 del Código Penal, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, en Sentencia del 15 de septiembre de 2004 (radicación 21064, M.P. Dr. Sigifredo Espinosa Pérez), sentó, entre otros, los siguientes lineamientos que, por su precisión y trascendencia, se transcriben en extenso:

“En torno al delito de fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones, como especie estimada por el legislador como apta para proteger el bien jurídico de la seguridad

pública, considerado dentro del orden de los intereses macrosociales o colectivos por un sector de la doctrina, cabe señalar que la Corte Constitucional, al estudiar la exequibilidad del artículo 201 del Decreto 100 de 1980, lo halló ajustado a la Carta, después de analizar el tipo penal y la razonabilidad de su creación legislativa, de acuerdo con las siguientes consideraciones:

(...)

De acuerdo con la definición legal de armas, se señala que “si un objeto que sirve para que una persona se defienda, pero que no le permite herir o matar al agresor no es, en sentido estricto, un arma”, luego las armas están conectadas con la violencia potencial y con la coacción.

(...)

Las armas de defensa personal mantienen su potencial ofensivo. “...si un arma de defensa no fuera susceptible de herir o matar a otra persona dejaría de ser un arma.” La posesión de armas implica riesgos objetivos. situaciones de violencia.

(...)

5. De acuerdo con lo anterior, afinada la medida legislativa tendiente a criminalizar la conducta que nos ocupa –el porte ilegal de armas de fuego de defensa personal- con la finalidad de evitar potenciales daños a la pacífica convivencia (sustento de la seguridad pública) y a otros derechos individuales (vida, patrimonio económico), es decir, concretado de esa manera el ámbito del bien jurídico sustrato de la figura típica que busca contener posibles menoscabos a su integridad, es menester que se precise si toda forma de conducta que de modo objetivo pueda ser subsumible en la hipótesis descriptiva, acarrea siempre una aficción a la seguridad pública.

(...)

Lo que sí debe valorar es, en concreto, si una específica conducta significó real y verdadera puesta en peligro del bien jurídico protegido con la norma penal.

(...)

Al contrario, al evaluarse judicialmente los contornos de la conducta es ineludible establecer qué tan efectiva fue la puesta en peligro. En otro lenguaje, frente a un delito de peligro debe partirse de la base de que la presunción contenida en la respectiva norma es iuris tantum, es decir, que se admite prueba en contrario acerca de la potencialidad de la conducta para crear un riesgo efectivo al bien jurídico objeto de tutela.

(...)

Así aparece con claridad cuando en el citado fallo C-038 de 1995 esa Corporación, al partir de la definición legal de armas, de armas de fuego y de las características correspondientes a las de defensa personal, consideró que “un objeto que sirve para que una persona se defienda, pero que no le permite herir o matar al agresor no es, en sentido estricto, un arma” y que “si un arma de defensa no fuera susceptible de herir o matar a otra persona dejaría de ser un arma”

*Tales observaciones están conectadas con el principio de lesividad, el cual debe ser dinamizado al instante de la valoración judicial de un concreto comportamiento; además, se amoldan al nuevo contenido del artículo 11 del Código Penal (Ley 599 de 2000), cuando señala que “Para que una conducta típica sea punible, se requiere que lesione o ponga efectivamente en peligro, sin justa causa, el bien jurídicamente tutelado por la ley penal”, diseño normativo que le da incuestionable entrada al citado principio.
(...)*

*Sin embargo, de conformidad con el principio de lesividad, consagrado de manera rotunda por el legislador al exigir que para “que una conducta sea punible se requiere que lesione o ponga efectivamente en peligro, sin justa causa, el bien jurídicamente tutelado por la ley”, como lo establece el artículo 11 de la Ley 599 de 2000, que se concreta en el axioma nula poena, nullum crimen sine iniuria, resulta imprescindible constatar si ese comportamiento acarreo una puesta en peligro real y verdadera, esto es, efectiva, al bien jurídico tutelado.
(...)*

Si eso es así, como evidentemente lo es, a pesar de que originalmente el instrumento mencionado concuerda con la definición que trae el artículo 6º del Decreto 2535 de 1993 al establecer que son “armas de fuego las que emplean como agente impulsor del proyectil la fuerza creada por expansión de los gases producidos por la combustión de una sustancia química”, por no tener en el preciso instante de la incautación –cuando se desarrollaba la reyerta- las piezas de sus mecanismos, lo que imposibilitaba su disparo, ha de deducirse que con ella no era posible en ese momento darle el uso para el cual fue fabricada, es decir, el de producir amenaza, lesión o muerte a una persona (artículo 5º ibídem), mediante el disparo de un proyectil impulsado por la fuerza de expansión de los gases producidos por la combustión de una sustancia química.

*Entonces, desde esa perspectiva, en este caso concreto, al constatar el grado de afección al bien jurídico protegido, la seguridad pública, ha debido observarse que el porte sin permiso de esa arma que no reunía las condiciones necesarias para amenazar asertivamente, lesionar o matar a otra persona, no constituía una real y verdadera puesta en peligro.
(...)*

En este evento, resulta claro que la falta de idoneidad del arma para ser usada como tal no podía, así la llevara consigo y sin autorización C... A..., generar o aumentar un peligro a la seguridad pública, porque la pistola no era apta para disparar y, por tanto, mucho menos para lesionar o matar a alguien. Expresado de otro modo, la pistola no tenía potencial ofensivo y, por consiguiente, al no ser susceptible de herir o matar a otra persona, ontológicamente dejó de ser un arma.”

Descendiendo al caso que nos ocupa, debemos tener claro que el punible descrito en el artículo 365 del Código Penal, no exige que el arma que se porte, efectivamente se utilice,

se dispare, o que la persona que la porta o la lleve consigo sepa o no disparar, lo que hace punible el comportamiento por afectar el bien jurídico, es que esa arma tenga la posibilidad de ser utilizada para el fin que fue fabricada así no se utilice, y aquí el arma incautada y los proyectiles para el uso en la misma tal y como se probó por vía de las estipulaciones era idónea, y como igualmente el procesado no tenía permiso para su porte o tenencia, el hallazgo de la misma en sus pertenencias, lo hace inmerso en la conducta punible por la que se le acusó, afectándose con la sola conducta de portar consigo el bien jurídico protegido, sin que el hecho de que al momento de su captura el simplemente estuviere dormido, pues lo evidente es que el la portaba en su bolso personal, el cual estaba junto a él cuando fue encontrado por los uniformados y al hacerle una requisita a dicho bolso se evidenció la presencia del arma de fuego.

El otro argumento que plantea el recurrente se funda en señalar que su representado había sido objeto de reclutamiento forzoso, y por ende no puede responder pues portaba el arma de fuego en contra de su voluntad, pues se encontraba en una situación de insuperable coacción ajena estas afirmaciones se fundan en el dicho del mismo procesado en el juicio y de su hermano y progenitora. Al respecto aprecia la Sala, que independientemente de que tal y como lo afirmó el único testigo de cargo llevado al juicio en la zona donde se produce la captura del procesado en efecto opera un grupo al margen de la ley conocido como los "CARRAPOS", tal y como lo concluyó el Juez de primera Instancia, esta versión no resulta creíble pues si es cierto que el acusado había sido reclutado de manera forzoso por grupos al margen de la ley que operaban en la zona, cuando él se desplazaba con motivos de vacaciones para la costa atlántica, y fuera entonces llevado a un campamento de un grupo ilegal, incomunicado de su familia, y obligado a recibir un arma como elemento de dotación para militar contra su voluntad en el grupo ilegal, resulta extraño que como el mismo lo relate una vez se percata que hay un enfrentamiento con otro grupo armado que él denomina " los aguiluchos", el no huya como si lo hicieron los supuestos integrantes del grupo ilegal que lo había retenido según su relato y decida simplemente como si nada

hubiere pasado a quedarse a dormir en una pesebrera, de otra ilógico resulta también esta versión pues si se indaga la retención por el grupo al margen de la ley, según se desprende de su dicho y los familiares que comparecen al juicio ocurrió tres días antes de su captura el fuera una vez fue obligado a patrullar con un arma, y ahora se venga a decir que el tan siquiera sabía manejar un arma fuego, ilógico resulta que si se recluta por un grupo ilegal, sin tener la menor idea de cómo se opera un arma de fuego se le termine entregando una para realizar labores de patrullaje.

Igualmente como lo avizoró el fallador de primera instancia, lo relatado por su hermano y madre, se limita a repetir lo que supuestamente les conto el procesado, de quien se dice mantenía contacto con otra hermana todos los días durante su periplo hacia la costa atlántica, solo interrumpiéndose la comunicación dos días antes de recibir el llamado del Ejército que reportaba su retención, si mantuvo contacto con la familia hasta dos días antes de su captura no se entiende porque no contó lo del reclutamiento forzoso no aparece lógico que dos días después aparezca ya como una persona que patrullaba para el grupo ilegal, armado por la zona.

Tampoco resulta digna de crédito su versión de cómo fue que termino en la zona de Taraza donde dice fue reclutado, pues si bien es cierto se encuentra en la ruta para la Costa Atlántica, y ese era según su dicho el destino de vacaciones, si era una persona que nunca antes había viajado no se entiende como emprende un viaje de la forma como lo relata, buscando ser transportado en vehículos de carga de transporte público, por una ruta, y hacia un destino que no conocía, sin ninguna otra planeación, distinta a aventurarse en "autostop".

No resulta entonces creíble su versión que supuestamente lo ubica en una causal de inculpabilidad como para decir que el bajo una insuperable coacción ajena debía portar el arma de fuego con la que finalmente fue capturado.

En este orden de ideas no encuentra la Sala razón alguna para entrar a revocar la providencia materia de impugnación por lo que la misma debe ser confirmada.

Sentencia discutida y aprobada por medios virtuales.

En mérito y razón de lo expuesto la SALA PENAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA administrando justicia en nombre de la Republica y por autoridad de la ley.

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia materia de impugnación de conformidad a lo señalado en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: Contra lo aquí resuelto procede el recurso extraordinario de casación que debe interponerse dentro de los 5 días siguientes a la notificación de esta sentencia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Gustavo Adolfo Pinzón Jácome

Magistrado Ponente

Edilberto Antonio Arenas Correa

Magistrado

Nancy Ávila de Miranda

Magistrada

Proceso No. 05154600036120190015

NI: 2021-1620

Acusado: CRISTIAN CAMILO RAMIREZ CESPEDES

Delito: Porte ilegal de armas

Motivo: Apelación sentencia condenatoria

Decisión: Confirma

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

Proceso No. 05154600036120190015

NI: 2021-1620

Acusado: CRISTIAN CAMILO RAMIREZ CESPEDES

Delito: Porte ilegal de armas

Motivo: Apelación sentencia condenatoria

Decisión: Confirma

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:

b08b50680d0687cfb1fd3dfcf06d4b9e2c01947c6b8f0746d975b988a27729dc

Documento generado en 12/11/2021 11:00:10 AM

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

Proceso No.:05031600000202100009

NI: 2021-1747

Acusado: JOSE FERNANDO GARCES MONTERROSA

Delito: Fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas

Procedencia: Juzgado Promiscuo del Circuito de Amalfi

Motivo: Apelación auto

Decisión: Confirma

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE ANTIOQUIA

SALA DE DECISIÓN PENAL

Proceso No.:05031600000202100009

NI: 2021-1747

Acusado: JOSE FERNANDO GARCES MONTERROSA

Delito: Fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego

Procedencia: Juzgado Promiscuo del Circuito de Amalfi

Motivo: Apelación auto

Decisión: Confirma

Aprobado: Acta virtual 186 de noviembre 12 del 2021

Sala No: 6

Magistrado Ponente: Dr. Gustavo Adolfo Pinzón Jácome. -

Medellín d doce de noviembre de dos mil veinte

1. Objeto del pronunciamiento. -

Resolver el recurso de apelación interpuesto por Fiscalía y Defensa contra el auto que no impartió aprobación a un preacuerdo puesto a consideración de la judicatura.

2. Hechos y actuación procesal relevante

En la audiencia de formulación de imputación efectuada el pasado 30 de julio del 2021 en el Juzgado Promiscuo Municipal de Amalfi se enunciaron así:

"....Informó el soldado profesional VICTOR MANUEL CASATILLA GARCIA integrante del grupo ARES 21 que el día 28 de junio del presente año a la vereda RISARALDA del municipio de AMALFI ANTIOQUIA se produjo una captura en flagrancia precisando que el mencionado

Acusado: JOSE FERNANDO GARCES MONTERROSA

Delito: Fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas

Procedencia: Juzgado Promiscuo del Circuito de Amalfi

Motivo: Apelación auto

Decisión: Confirma

día se dispuso un operativo a eso de las 14 y 30 horas para ejecutar actividades de registro y control en la zona , especialmente en las vías que comunican a la vereda de Portachuelo con el municipio en el puto ubicado latitud 06 grados 50, 20 y5 y longitud 54 grados . 58 w , se instaló entonces el puesto de control y ya debidamente instalado , lugar hasta donde llega una persona y le indica al personal que allí se encontró que que hacia la dirección donde se instaló el puesto de control se dirigían dos sujetos en una motocicleta de color azul con placas JZB37C y que en esa motocicleta se desplazaban varias personas que ejecutaban actividades contrarias a la ley, dio las características de la motocicleta y de las personas que viajaban que una tenia una cicatriz en la cara y que estos dos sujetos hacían parte de un grupo del clan del golfo que estaba pintado con aerosoles los carros con las iniciales AGC que los que vienen amenazando a las personas del corregimiento , haciendo extorsiones a las personas de la verdad. Entonces una vez se recibe la información pone en alerta a la unidad y a unos 8 minutos ve venir la motocicleta de la que se había recibido la información correcta motivó por el cual se le hizo la señal de pare, se les solicitó descendieran de la motocicleta con el objetivo de practicarles una requisa y es así como en el desarrollo de la misma se le hallo a usted señor GARACES MONTERROSA, un revólver calibre 38 color cromado con cacha de caucho color negra numero interno D40306 con 6 cartuchos en el tambor y 3 cartuchos en el bolsillo derecho además de encontrarse unos celulares, elemento que no se les hará devolución que serán incautados con fines de comisión, perdón de investigación con la finalidad de remitirlos a un perito experto para extraerles la información que pueda ser útil para continuar mirando y encontramos obtener vinculación de otras personas o la suya con otros delitos.”

Posteriormente se indicó que la conducta imputada era la de porte ilegal de arma descrita en el artículo 365 del Código Penal, agravada conforme a lo dispuesto en inciso tercero numeral 8- agregado por la Ley 1908 del 2018, por haberse ejecutado la conducta en una

Acusado: JOSE FERNANDO GARCES MONTERROSA

Delito: Fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas

Procedencia: Juzgado Promiscuo del Circuito de Amalfi

Motivo: Apelación auto

Decisión: Confirma

vereda del municipio de Amalfí donde hay cobertura geográfica de los programas de desarrollo con enfoque territorial -PDET-.

Se presentó posteriormente escrito de acusación por la misma conducta punible y cuando se instaló la respectiva audiencia de acusación el pasado 3 de noviembre del 2011 ante el Juzgado Promiscuo del Circuito de Amalfi, la Fiscalía informó que había llegado a un preacuerdo con el procesado y su defensor por lo que procedería a exponer el mismo refiriéndose inicialmente a los datos de identificación e individualización del procesado para indicar posteriormente que efectuadas conversaciones con GARCES MONTERROSA y su defensor se llega a un acuerdo en que por parte del procesado se aceptan los cargos por los que se formuló la imputación el 30 de julio del 2021, por el delito de fabricación de arma de fuego previsto en el artículo 365 del Código Penal con las circunstancias de agravación previstas en el inciso 3 numeral 8 agregado por la ley 1908 de julio 9 del 2018, conducta sancionada con una pena que va de 9 a 12 años y con la agravación queda con una pena de 18 a 24 años de prisión y como consecuencia de dicha aceptación, se le ofrece que será condenado por el mismo delito a título de dolo en calidad de autor, verbo rector transportar, donde se le reconocería como contraprestación a la aceptación a cargos la pena prevista para la complicidad es decir una pena en concreto de 9 años de prisión, y que con este acuerdo no se vulnera ninguna acuerdo o garantía fundamental y que se hace buscando humanizar la pena, garantizar la colaboración con la administración de justicia y permitir que el procesado participe en la solución del conflicto que se presenta y que no hay víctimas diversas a la seguridad pública, igualmente que conforme a lo previsto en el artículo 351 del Código de Procedimiento Penal, no existe ninguna otra rebaja o beneficio concesión sin sustrato fáctico alguno.

Acusado: JOSE FERNANDO GARCES MONTERROSA

Delito: Fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas

Procedencia: Juzgado Promiscuo del Circuito de Amalfi

Motivo: Apelación auto

Decisión: Confirma

3. Auto impugnado.

Indicó la Juez de primera instancia, que si bien es cierto una de las modalidades aceptadas por la Corte Suprema de Justicia en relación a los preacuerdos, es la que se expone en este caso, también lo es que resulta indispensable cuando se busca aplicar normas penales más beneficiosas a un asunto sin modificar la relación fáctica, como ocurre aquí en que aunque se debe responder como autor de un delito, por virtud del acuerdo y solo para fines de la pena se pacta la pena de la modalidad culposa de la conducta, que la rebaja pactada sea proporcional y adecuada a la colaboración con la administración de justicia y en el presente asunto se está en un proceso donde hay persona capturada en flagrancia, donde se presenta un preacuerdo ya para la audiencia e acusación, no siendo entonces proporcionado que la rebaja finalmente pactada sea de la mitad, sin que además se evidencie en que consistió esa especial colaboración con la administración de justicia que amerita tan amplia rebaja y evidenciándose además que otras conductas punibles relacionadas como lo son unas extorsiones, no quedaron definidas en el preacuerdo a pesar de que a ellas se refirieron cuándo se dio lectura al contenido del preacuerdo.

Encontró entonces que conforme a lo señalado por la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación penal, no es posible validar el acuerdo puesto a su consideración.

4. Apelación

Inconforme con la determinación de no impartir aprobación al acuerdo la representante de la Fiscalía General de la Nación y la defensa interpone recurso de apelación presentado similares argumentos que pueden resumirse así:

Acusado: JOSE FERNANDO GARCES MONTERROSA

Delito: Fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas

Procedencia: Juzgado Promiscuo del Circuito de Amalfi

Motivo: Apelación auto

Decisión: Confirma

1. El preacuerdo se ajusta a las previsiones legales y no otorga una rebaja desproporcionada, pues lo que se pacto fue reconocer únicamente para fines de punibilidad la pena que corresponde a la complicidad, y dicho instituto conforme lo dispone el artículo 31 del Cocido Penal, establece una rebaja de 1/6 parte a la mitad, y aquí la pena que se pacto es de 9 años, que es la mitad de la pena mínima prevista para el delito de porte ilegal de armas agravado, que en caso de autoría es de 18 años por ende no se está sobrepasando el lindero legal mínimo de pena a imponer.
2. No se puede decir aquí que se desconoce que hay captura en flagrancia, simplemente se está pactado un preacuerdo forma de terminación anticipada en el proceso que bien puede presentarse en la acusación, pues allí también existe la opción de interrogar al procesado sobre la aceptación de cargos, por lo mismo no se puede decir que por existir acusación no se puede presentar el preacuerdo.
3. Los preacuerdos buscan humanizar la pena, permitir la participación del procesado en la solución del conflicto, y son una forma de colaborar con la administración de justicia evitando el desgaste de un proceso ordinario, por ende no se puede decir que lo acordado aquí no cumple con tales fines.
4. Si bien es cierto se hicieron mención a otros hechos presuntamente constitutivos de otros delitos, por tales conductas no se imputó, ni mucho menos se acusa, pues la fiscalía no cuenta con elementos probatorios suficientes que permitan demostrar por el momento tales conductas, además no se puede pasar por alto que la presente

Acusado: JOSE FERNANDO GARCES MONTERROSA

Delito: Fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas

Procedencia: Juzgado Promiscuo del Circuito de Amalfi

Motivo: Apelación auto

Decisión: Confirma

actuación es parte de una ruptura procesal, por ende no tiene por qué incluir todas las conductas que eventualmente se pudieran enrostrar al procesado.

5. Para resolver se considera

El motivo que concita la atención de la Sala lo es establecer si el acuerdo puesto a consideración de la judicatura debe ser aprobado.

La presentación del preacuerdo se hizo en la audiencia de acusación, cuando la Fiscalía antes de dar lectura a la acusación que había presentado por escrito procedió a enunciar un preacuerdo que había hecho con la defensa y el procesado según sus propias palabras en forma virtual e indicó que se aceptan los cargos por los que se formuló la imputación el 30 d julio del 2021, por el delito de fabricación de arma de fuego previsto en el artículo 365 del Código Penal con las circunstancias de agravación previstas en el inciso 3 numeral 8 de la ley 1908 de julio 9 del 2008, conducta sancionada con una pena que va de 9 a 12 años y con la agravación queda con una pena de 18 a 24 años de prisión y que como consecuencia de dicha aceptación, se le ofrece que será condenado por el mismo delito a título de dolo en calidad de autor, verbo rector transportar, donde se le reconocería como contraprestación a la aceptación a cargos la pena prevista para la complicidad es decir una pena en concreto de 9 años de prisión, y que con este acuerdo no se vulnera ninguna acuerdo o garantía fundamental y que se hace buscando humanizar la pena, garantizar la colaboración con la administración de justicia y permitir que el procesado participe en la solución del conflicto que se presenta y que no hay víctimas diversas a la seguridad pública,

Acusado: JOSE FERNANDO GARCES MONTERROSA

Delito: Fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas

Procedencia: Juzgado Promiscuo del Circuito de Amalfi

Motivo: Apelación auto

Decisión: Confirma

igualmente que conforme a lo previsto en el artículo 351 del Código de Procedimiento Penal, no existe ninguna otra rebaja o beneficio concesión sin sustrato fáctico alguno.

Dicho acuerdo como se deduce de lo planteado por la Fiscalía que enunció el contenido del mismo es de aquellos que sin modificar la realidad fáctica, y únicamente para los fines de la punibilidad se pacta una pena diversa acudiendo a otras normas penales más favorables sin que se modifique la imputación jurídica original, simplemente como contraprestación a la aceptación se pacta que se reconoce una pena prevista para una modalidad diversa de participación en la conducta esto es la de la complicidad.

Al respecto debe precisar la Sala que en efecto la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia zanjó una ardua discusión que se presentaba sobre este tipo de acuerdos y se ocupó en la sentencia del 24 de junio del 2020. M.P. PATRICIA SALAZAR CUELLAR en el radicado 5227 sobre el tema haciendo importantes precisiones de cómo debían efectuarse tal tipo de acuerdo en especial sobre las consecuencias del mismo, en efecto en uno de sus apartes precisó:

“La referencia a normas penales no aplicables al caso, con el único propósito de establecer el monto del beneficio otorgado en virtud del acuerdo

En estos eventos, la pretensión de las partes no se orienta a que el juez incluya en la condena una calificación jurídica que no corresponda a los hechos jurídicamente relevantes. Por ejemplo, que se asuma en el fallo que el autor es cómplice o que el procesado, sin corresponder ello a la realidad, actuó bajo una circunstancia de menor punibilidad como la regulada en el artículo 56 del Código Penal.

Bajo esta modalidad, la alusión a normas penales favorables al procesado, que no corresponden a la hipótesis factual aceptada, tiene como única finalidad establecer el monto de la rebaja. Así, por ejemplo, las partes aceptan que quien ontológicamente es autor sea condenado como tal, pero se le atribuya la pena que le correspondería si fuera cómplice. Asimismo, y también a manera de ilustración, no se pretende que el juez incluya en la calificación jurídica la circunstancia de menor punibilidad prevista en el artículo 56, sino que rebaje la pena en la proporción que correspondería si la misma se

Acusado: JOSE FERNANDO GARCES MONTERROSA

Delito: Fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas

Procedencia: Juzgado Promiscuo del Circuito de Amalfi

Motivo: Apelación auto

Decisión: Confirma

hubiera demostrado.

Cuando se opta por este mecanismo, realmente no se presenta una situación problemática en cuanto a la correspondencia entre los hechos y su calificación jurídica (como en el evento analizado en el numeral anterior). Los debates relevantes se centran en el monto de la rebaja, pues el hecho de establecer la misma a partir de la alusión a normas penales más favorables (que no corresponden a los hechos aceptados), puede dar lugar a descuentos punitivos desbordados, por las razones que se estudiarán más adelante.

Ello, sin perjuicio de los debates que pueden suscitarse en el evento de que las partes no aclaren si el acuerdo abarca algún subrogado o cualquier otra decisión relevante sobre la pena o su forma de ejecución.

En síntesis: (i) en esta modalidad de acuerdo no se pretende que el juez, al emitir la condena, le imprima a los hechos aceptados una calificación jurídica que no corresponde, lo que elimina cualquier debate acerca de la correspondencia entre los hechos jurídicamente relevantes y la norma penal aplicada; (ii) ello la diferencia de la modalidad de acuerdo analizada en el acápite anterior; (iii) la alusión a normas penales que no corresponden tiene como única finalidad establecer el monto de la rebaja; (iv) bajo esta variante, el debate no se centra en la correspondencia entre los hechos y su calificación jurídica, sino en el monto del beneficio que finalmente se otorga a través de la alusión a las consecuencias punitivas previstas en normas penales que no se avienen a los hechos aceptados por las partes; (v) por tanto, su viabilidad legal solo podría verse afectada ante concesiones desproporcionadas, sin perjuicio de la trasgresión de los derechos del procesado o de otras formas de violación de los derechos de las víctimas; y (vi) el acuerdo debe ser suficientemente claro, para evitar debates innecesarios sobre sus términos, la concesión de subrogados, etcétera.”

Al revisar lo expuesto en la verbalización del preacuerdo sea aprecia en primer lugar, que existiendo el deber conforme a la línea jurisprudencial trazada de ocuparse de todas las consecuencias de la aceptación a cargos y la pena pactada, como sería el caso la posibilidad de acceder algún beneficio, libertad o subrogados en la ejecución de la pena privativa de la

Acusado: JOSE FERNANDO GARCES MONTERROSA

Delito: Fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas

Procedencia: Juzgado Promiscuo del Circuito de Amalfi

Motivo: Apelación auto

Decisión: Confirma

libertad, nada se dijo, situación de indefinición que eventualmente puede implicar a futuro discusiones sobre si hay o no lugar alguno de ellos, alegando que se debe tener en cuenta es la pena pactada y no la pena del delito aceptado, lo que implica que el procesado no tiene clara todas las consecuencias que se derivan de la aceptación a cargos; igualmente y aunque la Fiscalía expuso que este acuerdo buscaba humanizar la pena, facilitar la participación del procesado en la solución del conflicto pactado, y garantizar la colaboración con la administración de justicia nada se dijo en concreto sobre en qué consistía dicha colaboración con la justicia, ni mucho menos como lo avizoró la juez de primera instancia, se explicó como esa supuesta colaboración amerita una rebaja tan ostensible en la pena, lo que la lleva a cuestionar la proporcionalidad de la graciosa rebaja que se planteaba al echar mano de normas penales más favorables, pues en efecto tal y como constaba en la imputación el procesado había sido capturado en flagrancia, y por ende existía una fuerte limitante en la posibilidad de conceder rebajas en un eventual allanamiento, y además el preacuerdo se estaba presentado ya cuando se había presentado el escrito de acusación.

Estas situaciones a la luz de las pautas fijadas por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia indudablemente implican que el acuerdo puesto a consideración de la judicatura no puede aprobarse, pues aunque posible es pactar tan graciosa rebaja, indispensable es como se viene diciendo no solo explicar que pasa con las consecuencias de la ejecución de la pena, sino que además el Ente Instructor tiene el deber por lo menos de exponer porque resulta proporcionada la pena que finalmente se pacta, y aquí visto lo que resalta la Juez de Primera Instancia, no se explicó porque se da una rebaja que en la práctica llega a hacer de la mitad de la pena, pese al momento procesal en el que se está presentado el preacuerdo – ya para la acusación- y existe una situación de captura en flagrancia, por lo tanto evidente es que no se presentó en forma clara y completa el preacuerdo y las razones a las que se llega al mismo.

Acusado: JOSE FERNANDO GARCES MONTERROSA

Delito: Fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas

Procedencia: Juzgado Promiscuo del Circuito de Amalfi

Motivo: Apelación auto

Decisión: Confirma

Aprecia la Sala que ya en la sustentación del recurso la representante de la Fiscalía indica que el acuerdo no sobrepasa los límites legales pues la pena de 9 años, que se dice pactar es la que corresponde si se reconoce como se hizo solo para fines de la penalidad la complicidad, afirmación que es cierta, sin embargo lo que le reprocha la juez de instancia, no es que esa pena final de 9 años sobrepase los límites legales, sino que conforme a la línea jurisprudencial de la Sala penal de la Corte Suprema de Justicia, no explica porque resulta proporcionada, dar tan gracioso rebaja máxime que para el caso de complicidad los ámbitos de movilidad van de 1/6 parte a la mitad de la misma, y vista la pena finalmente pactada se dio precisamente la máxima rebaja, y aunque es cierto como también lo mencionan los recurrentes que suscribir preacuerdos son una forma de colaboración con la justicia, lo que espera la judicatura y la misma sociedad, es que se explique porque se termina dando la máxima rebaja que legalmente se permite.

Sobre este punto la Sala Penal de la Corte en la providencia antes reseñada indica:

En el ámbito de los acuerdos tiene plena vigencia el principio de discrecionalidad reglada. Así, además de la obligación de realizar con rigor los juicios de imputación y de acusación y de explicar cuándo una modificación de los cargos corresponde a un beneficio o al ajuste del caso a la estricta legalidad, para establecer el monto de la concesión otorgada los fiscales deben tener en cuenta, entre otras cosas: (i) el momento de la actuación en el que se realiza el acuerdo, según las pautas establecidas por el legislador; (ii) el daño infligido a las víctimas y la reparación del mismo, (iii) el arrepentimiento del procesado, lo que incluye su actitud frente a los beneficios económicos y de todo orden derivados del delito; (iv) su colaboración para el esclarecimiento de los hechos, y (iv) el suministro de información para lograr el procesamiento de otros autores o partícipes, para lo que debe abordarse sistemáticamente el ordenamiento jurídico, en orden a establecer en qué eventos se justifican las mayores rebajas o beneficios.”

Acusado: JOSE FERNANDO GARCES MONTERROSA

Delito: Fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas

Procedencia: Juzgado Promiscuo del Circuito de Amalfi

Motivo: Apelación auto

Decisión: Confirma

Se requiere entonces que como mínimo se expliciten las razones de dicha rebaja visto los aspectos que ponía de presente la juez de instancia al seguir el derrotero fijado por la Corte Suprema de Justicia, pero esto no se evidencia en la presentación del preacuerdo.

Advirtió igualmente la Juez de Primera Instancia, que aquí no quedaba claro que pasaba con las personas que supuestamente venían siendo extorsionadas por el acusado dada la enunciación fáctica q ni mucho menos que ocurría con las menciones que se hacían sobre el grupo al margen de la ley del que al parecer hacia parte el procesado de quien se decía había pintado grafitis en las viviendas del sector con las iniciales del grupo ilegal que opera en la zona, por lo que el preacuerdo no explicaba que ocurría con los otros hechos enunciados en la presentación del preacuerdo, repasando la enunciación el preacuerdo, el cual fue solamente verbal, aprecia la Sala que la Fiscalía indicó que el mismo implicaba la aceptación de los cargos incluidos en la imputación, y acto seguido procedió a enunciar los hechos jurídicamente relevantes en los que como ocurrió también al momento de la imputación se mencionan la incautación de un arma de fuego en poder del procesado, pero también se menciona que las autoridades procedieron a interceptar la motocicleta en la que este se desplazaba obedeciendo al señalamiento que se hacia a los uniformados que él era una de las personas que estaban amenazando y extorsionando a los vecinos del sector y que pintaba con grafitis en las paredes con las iniciales de un grupo al margen de la ley con lo evidente es que quedan en el aire que ocurre con estos hechos pues solo se imputó un delito de porte ilegal de armas, ahora bien ya al sustentar el recurso de apelación la Fiscalía indica que no se imputaron otros delitos porque no se contaba con elementos probatorios para su demostración, y además se dispuso una ruptura de la unidad procesal y esta actuación ya va sobre un radicado nuevo, sin embargo, lo cierto es que nada de esto se advirtió en la presentación del preacuerdo y la explicación de lo ocurrido con los mismos se hace ,ya cuando el preacuerdo no es aprobado, por lo tanto cuando la Juez de instancia

Acusado: JOSE FERNANDO GARCES MONTERROSA

Delito: Fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas

Procedencia: Juzgado Promiscuo del Circuito de Amalfi

Motivo: Apelación auto

Decisión: Confirma

considera que este es un aspecto para invalidar también el preacuerdo no se puede considerar que obre erróneamente, pues precisamente la Fiscalía no dio esa información cuando se presentaba el preacuerdo inicialmente.

Evidente es entonces que la presentación del preacuerdo no fue clara ni completa y esto impidió que la judicatura conociera que pasaba con los otros hechos que tengan connotaciones jurídicamente relevantes, además como se viene diciendo no se observaron a cabalidad los lineamientos fijados por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia sobre la modalidad de acuerdo que se planteó sobre las consecuencias en materia de libertad, subrogados y beneficios penales para el procesado, y las razones que ameritaban conceder tan gracioso beneficio, lo que implica entonces que la providencia materia de impugnación debe ser confirmada y si las partes insisten en su voluntad de realizar un acuerdo el mismo se presente en forma clara y completa y se ajuste a la línea jurisprudencial trazada por la Corte Suprema de Justicia sobre como deben ser los mismos.

Providencia discutida y aprobada por medios virtuales.

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

RESUELVE

Acusado: JOSE FERNANDO GARCES MONTERROSA

Delito: Fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas

Procedencia: Juzgado Promiscuo del Circuito de Amalfi

Motivo: Apelación auto

Decisión: Confirma

PRIMERO: CONFIRMAR, la providencia materia de impugnación de conformidad a lo señalado en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: Contra lo aquí resuelto no procede recurso alguno

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

Proceso No.:05031600000202100009

NI: 2021-1747

Acusado: JOSE FERNANDO GARCES MONTERROSA

Delito: Fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas

Procedencia: Juzgado Promiscuo del Circuito de Amalfi

Motivo: Apelación auto

Decisión: Confirma

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:

721020ffd09489ce59f26611988a487e6e37a9b01b21b63cecf79e54a59272

Documento generado en 12/11/2021 11:00:37 AM

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

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE ANTIOQUIA

SALA PENAL

No: 050002204000202100558 **NI:** 2021-1502-6
Accionante: Dr. Juan Guillermo Restrepo Maya
Accionado: Fiscalía General de la Nación
Decisión: Archivo incidente de desacato
Aprobado mediante acta Nro. 186 de noviembre 12 del 2021

Magistrado Ponente: Dr. **Gustavo Adolfo Pinzón Jácome**
Medellín, noviembre doce del año dos mil veintiuno

1. Actuación

El Dr. Juan Guillermo Restrepo Maya quien actúa en representación de Álvaro de Jesús Tobón Castañeda, elevó solicitud de incidente de desacato en contra de la Dirección Seccional de Fiscalías de Antioquia, por el presunto incumplimiento a lo ordenado por esta Sala en el fallo de tutela aprobado mediante acta N° 168 del 7 de octubre de 2021, providencia que concedió la protección de sus derechos fundamentales.

Por lo anterior, procedió esta Sala a requerir previamente a la Dra. Liliana Castañeda Salazar en calidad de directora Seccional de Fiscalías de Antioquia, con el fin de que procediera a dar estricto cumplimiento al fallo de tutela y rindiera informe sobre su acatamiento.

Como respuesta al requerimiento la Dra. Liliana Castañeda Salazar, manifestó que en una nueva búsqueda en la base de datos misionales de SIJUF, SPOA y en los libros radicadores de los despachos fiscales del municipio de Sonsón, no halló registró con el nombre del señor Álvaro de Jesús Tobón Castañeda ni el vehículo automotor con placas LIJ 496. Así mismo, que remitió el derecho de petición a la Oficina de Tránsito y Transporte por ser de su competencia.

Conocido lo anterior, el día 8 de noviembre de la presente anualidad esta Magistratura dentro del trámite incidental efectuó requerimiento a la directora Seccional de Fiscalías de Antioquia, en el siguiente sentido: “... *precise cuales fueron las razones que tuvo en cuenta para establecer en esta oportunidad la inexistencia de investigación en curso, es decir, que gestiones diferentes ejecutó para llegar a esa conclusión, contradiciendo lo manifestado en pronunciamiento del 24 de septiembre de la presente anualidad dentro de la acción de tutela.*”

Como respuesta, reitera lo manifestado en el pronunciamiento al requerimiento previo dentro del incidente de desacato, sobre la inexistencia de registros de investigación en el caso concreto.

En síntesis, el requerimiento efectuado el día 8 de noviembre de 2021 se realizó debido a que en el trámite de la acción de tutela el día 24 de septiembre la Dirección Seccional de Fiscalías de Antioquia informó a este despacho que la investigación se encontraba asignada a la Fiscalía 120 Seccional de Sonsón, a su vez esa fiscalía indicó que no tenía dicha investigación a su cargo.

Suscitada la anterior discrepancia, el 4 de octubre en el trámite de la acción de tutela, se decretó como prueba de oficio requerir a “...*la Dirección Seccional de Fiscalías de Antioquia, para que puntualmente informe a esta Magistratura sobre la investigación penal donde esta inmiscuido el señor Álvaro de Jesús Tobón Castañeda y el vehículo automotor con placas LIJ 496, si es el caso, señale el número CUI de investigación, fecha de reparto, despacho al que fue asignado, al igual que otra información importante concerniente a la investigación.*”

No obstante, la Dirección Seccional de Fiscalías de Antioquia no emitió pronunciamiento frente al anterior requerimiento, lo que causó dudas en lo acontecido y no fue posible esclarecer los hechos en el curso del trámite constitucional. Resulta evidente que consistió en un yerro de la dirección incidentada por cuanto proporcionó una información errada al despacho; aun

así, esta Magistratura antes de proferir el fallo insistió por medio del decreto de una prueba de oficio, pero la incidentada no se pronunció.

Al respecto, es pertinente traer a colación lo ordenado en el fallo de tutela de la referencia el cual su numeral 2° señaló textualmente lo siguiente:

“SEGUNDO: SE ORDENA a la Dirección Seccional de Fiscalías de Antioquia que, dentro de las 48 horas siguientes a la notificación del presente fallo, establezca cual es fiscalía asignada, bajo que radicado efectivamente se encuentra la actuación, una vez establecido lo anterior remitirá de manera urgente la petición al despacho competente para que se dé trámite en debida forma al derecho de petición, lo anterior conforme la inconsistencia en lo manifestado por la Dirección de Fiscalías y la Fiscal 120 Seccional de Sonsón.”

Conforme a la orden emitida por este despacho judicial por medio del fallo de tutela aprobado mediante acta N° 168 del 7 de octubre de 2021, providencia en la cual se amparó el derecho fundamental de petición del incidentante, si bien es cierto la orden consistió en que indicara a que fiscalía le correspondió el conocimiento de la investigación en la cual se encontrara inmiscuido el señor Álvaro de Jesús Tobón Castañeda, se considera que la respuesta de la incidentada en el entendido de que como resultado de nuevas indagaciones no halló investigación en curso, implica que materialmente se está resolviendo lo ordenado en el fallo de tutela, por lo tanto no se puede concluir incumplimiento a la orden judicial.

En consecuencia, carecería de sentido continuar con el trámite incidental, toda vez que el propósito del incidente de desacato es que el obligado obedezca una orden judicial y no la imposición de una sanción como tal, y ante lo reiterado por la incidentada de que no cursa en la Fiscalía General de la Nación investigación al respecto; por ende, se ordena el cierre del trámite incidental de desacato promovido por el Dr. Juan Guillermo Restrepo Maya quien actúa en representación de Álvaro de Jesús Tobón Castañeda y como no se dio apertura del mismo se ordena su archivo.

Providencia discutida y aprobada por medios virtuales.

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

RESUELVE

PRIMERO: SE ORDENA el cierre del trámite del incidente de desacato promovido por el Dr. Juan Guillermo Restrepo Maya quien actúa en representación de Álvaro de Jesús Tobón Castañeda.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Gustavo Adolfo Pinzón Jácome
Magistrado

Edilberto Antonio Arenas Correa
Magistrado

Nancy Ávila de Miranda
Magistrada

Alexis Tobón Naranjo
Secretario

Firmado Por:

Gustavo Adolfo Pinzon Jacome
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
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:
ac82832d641d50fe3ab3ab35fe71f6eb4455495bfd10b3d6e3be509b29505831

Documento generado en 12/11/2021 11:00:51 AM

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

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE ANTIOQUIA

SALA DE DECISIÓN PENAL

Proceso No. 050346100141201580136 **NI:** 2021-0673-6
Procesado: JOSE GEMAN RIVERA
Delito: Acceso carnal abusivo con incapaz de resistir agravado
Decisión: Declara desierto recurso de casación
Aprobado Acta: 185 del 5 de noviembre Sala No: 6

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

Medellín, noviembre nueve de dos mil veintiuno. -

ACTUACIÓN PROCESAL

Mediante providencia del veintitrés de agosto de dos mil veintiunos, la Sala Decisión Penal de este Tribunal, confirmó la sentencia condenatoria proferida el 8 de julio del presente año proferida por el Juzgado Penal del Circuito de Andes, en contra del señor JOSE GERMAN RIVERA, por el delito de Acceso carnal abusivo con incapaz de resistir.

Inconforme con la decisión, el señor JOSE GERMAN RIVERA, al momento de la notificación de la sentencia de segundo grado interpuso recurso de casación, procediéndose a conceder el traslado por el término de 30 días a efectos de que la parte interesada presente la correspondiente sustentación, de conformidad con el artículo 183 de la Ley 906 de 2004, modificado por el artículo 98 de la Ley 1395 de 2010, los mismos fenecieron el 27 de octubre de 2021 a las 5:00 de la tarde, sin que se presentara la sustentación.

Por lo anterior, se debe dar aplicación al inciso segundo de la norma atrás referenciada que dispone:

“Si no se presenta la demanda dentro del término señalado se declara desierto el recurso, mediante auto que admite el recurso de reposición”.

Así las cosas, con base en la referencia legal y de conformidad con lo expuesto, no puede ser otra la decisión que declarar desierto el recurso extraordinario de casación propuesto por JOSE GERMAN RIVERA, por falta de sustentación del mismo.

Providencia discutida y aprobada por medios virtuales.

En consecuencia, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Antioquia, en Sala de Decisión Penal,

R E S U E L V E

PRIMERO: DECLARAR DESIERTO el recurso extraordinario de casación presentado por el señor JOSE GERMAN RIVERA, frente a la sentencia de segundo grado proferida por esta Magistratura el pasado 23 de agosto de 2021, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: Contra esta decisión procede el recurso de reposición.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Gustavo Adolfo Pinzón Jácome

Magistrado

Edilberto Antonio Arenas Correa

Magistrado

Nancy Ávila de Miranda

Magistrada

Alexis Tobón Naranjo

Secretario

Firmado Por:

Gustavo Adolfo Pinzon Jacome

**Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
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: **f1d612f87ac1710b346550381657e06d45e617e507a71af9561d88bf416d14df**
Documento generado en 09/11/2021 04:48:10 PM

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