

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA SALA PENAL

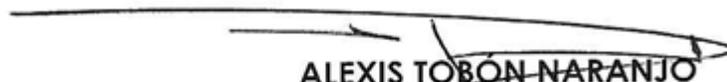
ESTADO ELECTRÓNICO 024

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

Radicado Interno	Tipo de Proceso	Accionante/Solicitante DELITO	Accionado / Acusado	Decisión	Fecha de decisión
2021-1895-1	auto ley 906	trafico, fabricación o porte de estupefacientes	IVÁN DARÍO GAVIRIA LOZANO	confirma auto de 1 instancia	Febrero 10 de 2022
2021-0298-1	Auto ley 906	LESIONES PERSONALES	CARLOS FERNANDO VÉLEZ LONDOÑO	Fija fecha de publicidad de providencia	Febrero 09 de 2022
2022-0092-1	Tutela 1ª instancia	JOHN CARLOS CUESTA PALACIOS	Juzgado 2° de E.P.M.S. de Antioquia y o	Niega por improcedente	Febrero 09 de 2022
2022-0108-1	Tutela 1ª instancia	JUAN CAMILO LOPEZ GAVIRIA	Juzgado 2° de E.P.M.S. de El Santuario Antioquia y o	Niega por hecho superado	Febrero 09 de 2022
2022-0025-1	Tutela 2ª instancia	LUZ MARINA ORTIZ CORRALES	Juzgado 2° Promiscuo Municipal de Fredonia y o	Confirma fallo de 1ª instancia	Febrero 10 de 2022
2019-0825-2	Sentencia 2ª instancia	Actos sexuales con menor de 14 años	ENNUER HANNUER PICO GARCÍA	Confirma sentencia de 1ª instancia	Febrero 09 de 2022
2022-0103-3	Tutela 1ª instancia	JHON FREIDER ARIAS ESPINOSA	Juzgado 1° Penal del Circuito Especializado de Antioquia y otro	Concede derechos invocados	Febrero 09 de 2022
2022-0116-3	auto ley 906	Violencia intrafamiliar	León Darío Salas Agudelo	Fija fecha de publicidad de providencia	Febrero 10 de 2022
2022-0109-4	Tutela 1ª instancia	José Wilson Vargas Uribe	Juzgado 2° de E.P.M.S. de El Santuario Antioquia y o	Niega por hecho superado	Febrero 10 de 2022
2021-1921-6	Sentencia 2ª instancia	Acceso carnal abusivo con menor de 14 años	OSCAR DE JESUS TILANO ORTIZ	Revoca sentencia de 1 instancia	Febrero 09 de 2022
2022-0113-6	Tutela 1ª instancia	REINALDO ANTONIO QUINTERO MONTOYA	Juzgado 4° de E.P.M.S de Antioquia y otro	Niega por improcedente	Febrero 09 de 2022
2022-0151-6	Habeas Corpus 2°	YONAIRO ANTONIO PEÑA BAUTISTAY	Juzgado 2° Penal Municipal Quibdó y otros	Confirma sentencia de 1ª instancia	Febrero 10 de 2022

2021-1882-6	Sentencia 2º instancia	Pornografía con menor de edad	HUGO ALEXANDER CARDENAS GOMEZ	Confirma sentencia de 1º instancia	Febrero 10 de 2022
-------------	------------------------	-------------------------------	-------------------------------	------------------------------------	--------------------

FIJADO, HOY 10 DE FEBERO DE 2022, 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, primero (1°) de febrero de dos mil veintidós (2022)

Proyecto discutido y aprobado en sesión de la fecha, Acta 013

RADICADO	: 05 001 60 00000 2021 00776 (2021 1895)
DELITO	PORTE DE ARMA DE FUEGO
ACUSADO	IVÁN DARÍO GAVIRIA LOZANO
PROVIDENCIA	: INTERLOCUTORIO SEGUNDA INSTANCIA

La Sala conoce del presente asunto por recurso de apelación interpuesto por la defensa del procesado y la Fiscalía en contra del auto proferido el 30 de noviembre de 2021, por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Amalfi (Antioquia), mediante el cual improbió preacuerdo presentado por las partes.

ANTECEDENTES

Se dice en las diligencias que el 5 de septiembre de 2021, a eso de las 13:14 horas, en la vereda Picardía del municipio de Amalfi (Antioquia), miembros de la Policía sorprendieron al señor IVÁN DARÍO GAVIRIA LOZANO portando un arma de fuego, tipo escopeta, color negro, marca Remington, con 5 cartuchos, calibre 12, sin que tuviera permiso para ello. El señor Iván Darío se encontraba herido al parecer por arma de fuego y debido a un enfrentamiento que en ese mismo lugar unidades de la policía judicial sostuvieron, horas antes, con integrantes de la estructura criminal denominada Clan del Golfo.

El 6 de septiembre de 2021 ante el Juez Tercero Penal Municipal Ambulante de Antioquia fueron celebradas las audiencias preliminares en las cuales la Fiscalía imputó el delito de FABRICACIÓN, TRÁFICO, PORTE O TENENCIA DE ARMAS DE FUEGO, ACCESORIOS, PARTES O MUNICIONES, verbo rector portar, artículo 365 inciso 3, agravado conforme con el numeral 3 de la misma norma.

El 23 de septiembre de 2021, la Fiscalía presentó el escrito de acusación y el proceso le correspondió al Juzgado Promiscuo del Circuito de Amalfi (Antioquia).

Llegado el día fijado para la audiencia de formulación de acusación, las partes solicitaron el cambio de naturaleza de la diligencia por verificación de preacuerdo.

El preacuerdo presentado consistió en que el señor Iván Darío Gaviria Lozano aceptaba la responsabilidad en el delito imputado a cambio de que la Fiscalía para efectos punitivos degradara la conducta de autor a cómplice y así obtener una rebaja del 50% de la pena a imponer. Como el delito se imputo con la agravante contenida en el artículo 365 numeral 3, la pena acordada se establece en nueve años de prisión.

LA DECISIÓN IMPUGNADA

La señora Juez de conocimiento en audiencia celebrada el 30 de noviembre de 2021, decidió improbar el preacuerdo, porque encuentra que hay un otorgamiento excesivo de beneficios, no se respeta el principio de proporcionalidad. Si bien no se ha terminado la etapa de la

acusación, lo cierto es que se presentó el escrito de acusación y la captura fue en flagrancia.

LA IMPUGNACIÓN

1. El señor Fiscal, inconforme con la decisión, interpuso y sustentó el recurso de apelación.

Afirma que no puede decirse que se otorgó una rebaja desproporcionada, pues debe observarse el contenido del artículo 350 numeral segundo. La Fiscalía fue enfática que como ficción jurídica y como única contraprestación se varía la forma de participación de autor a cómplice. El momento procesal es la acusación donde es permitido la rebaja del 50%. La acusación es acto jurídico complejo y al no haberse presentado la acusación oral la rebaja debe ser del 50%.

2. El señor defensor del procesado, también inconforme con la decisión, interpuso y sustentó el recurso de apelación. Se tendrán en cuenta sólo los argumentos presentados en la oportunidad legal.

Considera que el preacuerdo no viola ninguna garantía constitucional. No se desborda la proporcionalidad, porque se cumple con el principio de legalidad. La ley dice que cuando el imputado acepta los cargos tendrá derecho a una rebaja del 50 %. Si bien se ha presentado el escrito de acusación, la acusación es un acto complejo que empieza con el escrito de acusación y termina con la formulación. El preacuerdo no ha sido posterior a la acusación. Piensa que el

beneficio sí está justificado por cuanto la norma no hace una relación taxativa de cuáles y cuántos deben ser los aportes o la colaboración que efectivamente presente el procesado. La colaboración que ha presentado es la de aceptar los cargos para contribuir a la pronta solución de su caso. Con relación a los subrogados no se acordó por el delito y la pena que comporta el mismo no es procedente ningún tipo de subrogados.

Insiste en que la negociación se ajusta al marco constitucional, legal y a las directivas de la Fiscalía General de la Nación. Cumple con las finalidades de la norma. Humaniza el proceso penal, le da una solución pronta y efectiva. El procesado no está esperando un juicio que puede prolongarse en el tiempo. No desprestigia a la administración de justicia. Se tuvo en cuenta el momento de la actuación en que se realiza este preacuerdo.

CONSIDERACIONES

El problema jurídico presentado en esta oportunidad a la Sala se contrae en determinar si el preacuerdo presentado entre las partes debe o no aprobarse.

Para los suscritos Magistrados, siempre ha sido claro que tanto la aceptación de cargos como los preacuerdos puestos a conocimiento de la judicatura, deben ser objeto de control judicial, pues la actividad de la Fiscalía no es discrecional y en ningún momento el orden jurídico colombiano permite que el Ente Acusador obre con completa arbitrariedad.

Así, frente a los preacuerdos, puede entenderse fácilmente que, bajo un mínimo de prueba, las partes cedan algo en sus pretensiones y acuerden la aceptación de cargos por un lado y las rebajas de pena u otras alternativas dirigidas a ese mismo fin, por el otro.

Si bien la jurisprudencia de la Honorable Corte Suprema de Justicia en algunos momentos ha expresado que el Juez no puede hacer control material de los preacuerdos, hoy día la situación ha cambiado frente a los nuevos pronunciamientos, tanto de la Honorable Corte Constitucional¹ como de la Honorable Corte Suprema de Justicia².

Estas posiciones jurisprudenciales permiten ratificar la tesis que siempre ha venido pregonando esta Sala en el sentido de señalar que para efectos de aprobación de los preacuerdos, el Juez debe verificar que la calificación jurídica corresponda razonablemente a los hechos jurídicamente relevantes de la acusación y que exista un mínimo de prueba que los soporte. Eso sí, precisando que no se trata de elementos de conocimiento semejantes a las pruebas que se obtienen en el juicio oral del trámite ordinario, esto es, bajo los principios de inmediación, publicidad, concentración y contradicción. En realidad, los elementos probatorios solo alcanzan a ser evidencias sumarias, porque no han pasado por el proceso de contradicción y de ellos no puede esperarse más que una hipótesis probable de ocurrencia.

Si bien el artículo 350 del Código de Procedimiento Penal establece modalidades del preacuerdo y en el numeral 2º se dice que la aceptación de cargos puede hacerse a cambio de que la Fiscalía “Tipifique la conducta, dentro de su alegación conclusiva, de una forma específica con miras a disminuir la pena”, esta disposición fue declarada exequible

¹ Sentencia SU 479 DE 2019.

² Dedición del 24 de junio de 2020. Rad. 52227, M.P. Dra Patricia Salazar Cuellar.

condicionalmente por la Honorable Corte Constitucional “en el entendido de que el fiscal, en ejercicio de esta facultad, no puede crear tipos penales y de que en todo caso, a los hechos invocados en su alegación no les puede dar sino la calificación jurídica que corresponda conforme a la ley penal preexistente”³.

Por tanto, esa modalidad de preacuerdo no puede desconocer la imputación fáctica y solo se utiliza para efectos exclusivos de determinar el monto de la rebaja a otorgar.

Ahora, la Corte⁴ se refirió a la modalidad de preacuerdo que aquí se analiza, que consiste en la posibilidad de valerse de normas penales no aplicables a los hechos imputados, con el único propósito de establecer la rebaja de pena.

Indicó la Corporación que:

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

(Subraya fuera de texto).

³ Sentencia C-1260/2005

⁴ Rad. 52227.

Igualmente, la Máxima Corporación en materia jurisdiccional, también estableció unos criterios que deben tenerse en cuenta para determinar la proporcionalidad de la pena y dijo al respecto:

En el ámbito de los acuerdos tiene plena vigencia el principio de discrecionalidad reglada. Así, además de la obligación de realizar con rigor los juicios de imputación y de acusación y de explicar cuándo una modificación de los cargos corresponde a un beneficio o al ajuste del caso a la estricta legalidad, para establecer el monto de la concesión otorgada los fiscales deben tener en cuenta, entre otras cosas: (i) el momento de la actuación en el que se realiza el acuerdo, según las pautas establecidas por el legislador; (ii) el daño infligido a las víctimas y la reparación del mismo, (iii) el arrepentimiento del procesado, lo que incluye su actitud frente a los beneficios económicos y de todo orden derivados del delito; (iv) su colaboración para el esclarecimiento de los hechos, y (v) el suministro de información para lograr el procesamiento de otros autores o partícipes, para lo que debe abordarse sistemáticamente el ordenamiento jurídico, en orden a establecer en qué eventos se justifican las mayores rebajas o beneficios.

En decisión del 5 de mayo de 2021, Radicado 59232, M.P. Dra Patricia Salazar Cuéllar, se reiteró lo anterior y se precisó:

i.- El punto de partida del examen de proporcionalidad del beneficio convenido es la «pena imponible», porque el primero consiste, precisamente, en la disminución, atenuación o morigeración de la segunda. Ello implica, entonces, que el cotejo entre la sanción legal -abstracta- y la final acordada -en concreto- no puede obviarse, pues es de la esencia del preacuerdo.

ii.- Como se indicó en el precedente citado, uno de los referentes de la magnitud del beneficio es el momento procesal en que se realiza la negociación, lo que resulta obvio porque los preacuerdos buscan «obtener pronta y cumplida justicia»; de manera que, el mayor cumplimiento de este fin habilitará una rebaja de pena más considerable, y viceversa, obviamente, sin perder de vista los demás criterios de proporcionalidad.

Así las cosas, el principio de proporcionalidad es básico para establecer si este tipo de acuerdo puede aprobarse o no.

Salta a la vista la desproporcionada rebaja que se le otorga al procesado, pues con la ficción jurídica se otorga el 50% de la pena sin tener en cuenta que el preacuerdo se presentó cuando se iba a iniciar la audiencia de formulación de acusación, momento en el cual ya no era posible otorgar el 50% del descuento. Y si bien en dicha etapa por la modalidad del preacuerdo se podrían aceptar rebajas superiores a los porcentajes establecidos en la ley, el principio de proporcionalidad arriba mencionado exige que tal prerrogativa tenga algún sustento, esto es, existan otros criterios diferentes al momento en que ocurre la aceptación de responsabilidad que justifiquen plenamente una rebaja mayor y no se vea esta como fruto de la arbitrariedad.

La Sala debe resaltar que si bien la ley y la jurisprudencia permiten este tipo de acuerdos en los cuales se utilizan normas penales no aplicables a los hechos con el único fin de establecer el monto de rebaja de pena, no puede perderse de vista que son varios los criterios que deben tenerse en cuenta, entre ellos, el momento procesal en que se realiza la negociación, también la reparación del daño infringido a las víctimas, el arrepentimiento del procesado que influya en su actitud frente a beneficios del delito, su colaboración para el esclarecimiento de los hechos y la colaboración con la justicia entre otros.

En el presente caso, únicamente se ha mencionado como elemento para determinar la proporcionalidad de la rebaja de pena, el momento procesal en que ocurrió la negociación y frente a ello no le asiste razón a los recurrentes cuando consideran que no se vulnera la legalidad, pues es claro que la rebaja cuando se ha presentado el escrito de acusación no puede ser superior a la tercera parte de la pena imponible.

Una vez presentado el escrito de acusación, conforme con el artículo 352 del Código Penal, la rebaja de pena por preacuerdo no puede ser superior a la tercera parte.

El tema no tiene ninguna dificultad de entendimiento y no existe necesidad alguna de interpretación, porque las normas legales son claras:

El artículo 336 del Código de Procedimiento Penal, se titula “Presentación de la Acusación” y hace clara referencia a la radicación del escrito de acusación, por tanto, al término presentación de la acusación, no puede dársele otro entendimiento que el propio dado por el legislador.

Igualmente, el artículo 338, consagra la audiencia de formulación de acusación, como un momento diferente a la presentación de la acusación.

En consecuencia, los artículos 350 y 352 del Código de Procedimiento Penal armonizan perfectamente, pues el primero trata de los preacuerdos presentados desde la audiencia de formulación de imputación, hasta antes de ser presentado el escrito de acusación, y el segundo, trata de los preacuerdos posteriores a la presentación de la acusación, en el entendido como se ha visto, conforme con la misma ley, que estamos hablando de la presentación del escrito de acusación.

Así lo ha entendido la Honorable Corte Suprema de Justicia en decisiones reiteradas.

Por ejemplo, hablando de la rebaja cuando se trata de captura en flagrancia la Alta Corporación señaló:

En lo atinente a los preacuerdos posteriores a la presentación de la acusación, dado que el artículo 352 de la Ley 906 de 2004 prevé una rebaja de la pena imponible en una tercera parte, ésta quedará únicamente en un 8.33 por ciento, conforme a la operación aritmética hecha en precedencia. Y en lo que atañe a los preacuerdos celebrados antes de la presentación del escrito de acusación, la rebaja de pena no podrá exceder del 12.5%, que es la cuarta parte de la mitad.⁵

En posterior decisión puntualizó⁶:

Procede la Sala, en consecuencia, a exponer los argumentos que la llevan a encontrar fundada la tercer censura en sede de apelación, sustentada ésta en el hecho que, en el caso concreto, no era dable otorgar una rebaja de la mitad de la pena, como en efecto se negoció entre fiscalía e imputado, y legalizó por el Tribunal a quo, como quiera que, para el estadio procesal en que se perfeccionó el preacuerdo, ya había sido presentado escrito de acusación, razón para entender que la reducción debió ser de una tercera parte, conforme al artículo 352 del CPP.

Al respecto, sea lo primero indicar que los artículos 350 a 352 ibidem, establecen:

Artículo 350. Preacuerdos desde la audiencia de formulación de imputación. Desde la audiencia de formulación de imputación y hasta antes de ser presentado el escrito de acusación, la fiscalía y el imputado podrán llegar a un preacuerdo sobre los términos de la imputación. Obtenido este preacuerdo, el fiscal lo presentará ante el juez de conocimiento como escrito de acusación [...]

Artículo 351. Modalidades. La aceptación de los cargos determinados en la audiencia de formulación de la imputación, comporta una rebaja hasta de la mitad de la pena imponible, acuerdo que se consignará en el escrito de acusación.

Artículo 352. Preacuerdos posteriores a la presentación de la acusación. Presentada la acusación y hasta el momento en que sea interrogado el acusado al inicio del juicio oral sobre la aceptación de su responsabilidad, el fiscal y el acusado podrán realizar preacuerdos en los términos previstos en el artículo anterior.

⁵ Decisión del 11 de julio de 2012, radicado 38.285, MP. Dr. Fernando Alberto Castro Caballero

⁶ Decisión del 16 de Agosto de 2017. Radicado 46507. M.P. Dr. Eyder Patiño Cabrera

Cuando los preacuerdos se realizaren en este ámbito procesal, la pena imponible se reducirá en una tercera parte. [subraya la Sala]

En el asunto sub examine, para justificar en su máximo la reducción punitiva por efecto de preacuerdo, esto es, la mitad de la pena imponible, fiscalía y defensa plasmaron en el acta correspondiente que «es un hecho cierto, que hasta este momento procesal no existe acusación, en razón a que no se ha sustentado el escrito de acusación»⁷.

Igual alcance dio el Tribunal a quo, cuando en la audiencia de legalidad de preacuerdo señaló⁸:

[d]esde el punto de vista de la oportunidad para celebrar preacuerdo entre fiscalía e imputado, es dable afirmar que éste se torna legal, ya que no hay formal acusación y entonces ante tal evento, según el artículo 351 de la Ley 906 de 2004, es perfectamente viable jurídicamente la rebaja de pena en la mitad de lo establecido en nuestro código penal [...]

Entienden así los mencionados sujetos procesales –posición avalada por el juez plural de primer grado– que, cuando el legislador señala «presentada la acusación», dicha expresión se refiere al criterio de la Corte que acoge a la acusación como acto complejo, tesis soportada en que ella no se finiquita con la sola radicación del respectivo escrito, sino que se perfecciona con su formulación oral en audiencia ante el juez de conocimiento.

La jurisprudencia ha decantado con suficiencia que la acusación es un acto complejo que se estructura con el escrito y la formulación que la Fiscalía hace en la audiencia respectiva. Se ha agregado que ese acto complejo puede extenderse hasta el alegato final en el juicio oral, pero este postulado es relativo, pues apunta solamente a la imputación jurídica, no a la fáctica, toda vez que esta queda fijada definitivamente en la audiencia de formulación de acusación. (Cfr. CSJ SP, 25 abr. 2007, rad. 26309; SP, 8 jun. 2011, rad. 34022; AP, 21 mar. 2012, rad. 38256; AP5666–2015, rad. 45778, entre otras).

La sentencia debe ser congruente con la acusación, entendida ésta como el acto complejo integrado por el respectivo escrito y su formulación oral. (CSJ SP6808–2016, 25 may. 2016, rad. 43837).

Sin embargo, para lo que a la específica temática propuesta interesa, no es esta la intelección dada por la Sala, sino aquella que asimila «presentada la acusación», al acto de presentación del escrito de acusación, como meridianamente informa el artículo 350 ya transcrito.

(...)

⁷ Fl. 195, Libro n.º 2.

⁸ Record 08001600125720130523008001220400020140024620150603101544, del CD marcado como f.º 211, minutos 01:56:38 a 01:56:58.

Así las cosas, sin desconocer el criterio pacífico que propugna por entender a la acusación como acto complejo –presentación del documento y formulación en audiencia–, ninguna duda emerge que, la comprensión que la Colegiatura de antaño ha dado a la expresión «presentada la acusación», asociada al artículo 352 del CPP, es la de equipararla a la de «presentado el escrito de acusación», del artículo 350 ibidem.

Postura que se justifica, no solo en el tenor literal de la última disposición en cita, sino del innegable hecho que la sistemática de reducción punitiva por preacuerdos y allanamientos, se funda en el presupuesto que al existir un mayor compromiso de colaboración y economía procesal, más significativa debe ser la respuesta premial a reconocer (CC C–645–2012).

Además, como la captura operó en situación de flagrancia, la rebaja en el primer momento sólo puede otorgarse en un máximo de 12.5% de la pena a imponer, y después presentado el escrito de acusación, la rebaja no puede ser superior al 8.33%.

En ese orden de ideas, la Sala confirmará la decisión impugnada por medio de la cual se imprueba el preacuerdo, toda vez que vulnera el principio de legalidad al contener una rebaja de pena no proporcional conforme con el momento procesal en que se realizó la negociación y sin existir ningún elemento adicional que permita justificar una disminución tan sustancial de la pena.

En razón y mérito de lo expuesto y sin necesidad de más consideraciones el Tribunal Superior de Antioquia, Sala de Decisión Penal,

RESUELVE:

CONFIRMAR la decisión de la Juez Promiscuo del Circuito de Amalfi (Antioquia), objeto de impugnación, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

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

Las diligencias volverán al Despacho de origen para que continúe con el trámite procesal.

CÚMPLASE Y DEVUÉLVASE,

EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA
Magistrado

NANCY ÁVILA DE MIRANDA
Magistrada

GUERTHY ACEVEDO ROMERO
Magistrada

Firmado Por:

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

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

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

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

Código de verificación:

**79bff034fc3ad6efac5c2b00281b5816919043e2f08306767a277d4730
d60c6d**

Documento generado en 02/02/2022 12:13:46 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

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

TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA

SALA DE DECISIÓN PENAL

Medellín, nueve (09) de febrero de dos mil veintidós (2022)

AUTO DE SUSTANCIACIÓN: FIJA FECHA AUDIENCIA

PROCESO: 05 101 61 00142 2015 80183 (2021 0298)

DELITO: LESIONES PERSONALES

ACUSADO: CARLOS FERNANDO VÉLEZ LONDOÑO

PROVIDENCIA: SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

De conformidad con el inciso 3° del artículo 179 de la ley 906 de 2004, modificado por el artículo 91 de la ley 1395 de 2010, atendiendo la disponibilidad de la Sala de Audiencias de la Corporación, fijase como fecha para la realización de la diligencia de lectura de la decisión, para el **JUEVES DIECISIETE (17) DE FEBRERO DE DOS MIL VEINTIDÓS (2022), A LAS 10:00 A.M.**

Es de anotar que en atención a la contingencia sanitaria originada por la propagación del virus COVID-19, la decisión se enviará al correo electrónico de las partes en la fecha y hora programada.

Por la Secretaría de la Sala entérese de manera oportuna a todas las partes e intervinientes.

COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

El suscrito Magistrado Ponente¹

EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA

Firmado Por:

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

¹ Se puede validar la autenticidad del documento firmado electrónicamente ingresando en la dirección:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

Código de verificación: **2eb69872a9302aa3defb2dd2db970af45cb6a149f96cf44774f71f786059023e**

Documento generado en 09/02/2022 02:58:29 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA DE DECISIÓN PENAL

Medellín, nueve (09) de febrero de dos mil veintidós (2022)

Proyecto discutido y aprobado en sesión de la fecha, Acta 017

PROCESO : 05000-22-04-000-2022-00041 (2022-0092-1)
ASUNTO : ACCIÓN DE TUTELA
ACCIONANTE : JOHN CARLOS CUESTA PALACIOS
ACCIONADOS : JUZGADO SEGUNDO DE E.P.M.S. DE
ANTIOQUIA Y OTRO
PROVIDENCIA : SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

La Sala resuelve la acción de tutela presentada por el señor JOHN CARLOS CUESTA PALACIOS, en contra del Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia, por estimar vulnerados sus derechos fundamentales.

Se vinculó al trámite al ESTABLECIMIENTO PENITENCIARIO DE VILLA INÉS DE APARTADÓ.

LA DEMANDA

En esencia indica el accionante que ha elevado en diversas oportunidades al Juzgado que vigila la pena solicitud de libertad condicional, las cuales han sido objeto de rechazo, afirmando que en reciente pronunciamiento le indica el Despacho que no debe insistir aún con el beneficio y el sentenciado aduce que la Corte Constitucional citando como fundamento el derecho a la igualdad

señala que el juez no sólo debe analizar la conducta punible son que puede dar aplicación al principio de oportunidad y conceder la libertad condicional al condenado.

En consecuencia, solicita que se le conceda la libertad condicional, toda vez que el Juez juzga la conducta cometida y lo lastima pues ha demostrado que ha cambiado y que su anhelo es una nueva vida.

LAS RESPUESTAS

1.- El Asesor Jurídico de la Cárcel y Penitenciaria de Mediana Seguridad de Apartadó informó que JOHN CARLOS CUESTA PALACIOS se encuentra privado de libertad purgando una pena de 12 años de prisión por el delito de fabricación, tráfico ilegal de armas de fuego, municiones y explosivos y tráfico, fabricación o porte de estupefacientes a cargo del Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia.

Señaló que el día 20 de enero de 2022 mediante auto 102 se niega de plano la libertad condicional, siendo notificado en debida forma el penado, por lo cual se solicita denegar la presente acción de tutela toda vez que le fue brindada una respuesta de fondo a la solicitud de libertad condicional.

2 .- La Juez Segunda de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia afirma que le vigila al señor JOHN CARLOS CUESTA PALACIOS la pena de 144 meses de prisión impuesta por el Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Antioquia en sentencia proferida el 09 de octubre de 2015 por los delitos de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes agravado y

fabricación, tráfico y porte de armas, municiones, de uso restringido, de uso privativo de las fuerzas armadas o explosivos.

Expuso que en decisión Nro. 1431 del 24 de junio de 2021 fue negada la libertad condicional porque se calificaron como graves las conductas, toda vez que su captura y posterior condena se debió a que fue sorprendido en posesión de 112.316 gramos de alcaloides y de municiones y un proveedor para fusil, que llevaba camuflados en el doble fondo de la embarcación que pilotaba por el río Atrato en circunscripción territorial del Urabá-Antioqueño, decisión contra la cual fue interpuesto el recurso de apelación, siendo resuelto por el Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Antioquia que confirmó la decisión.

Explicó que a lo largo de los 6 meses siguientes de la decisión que negó el beneficio, el actor ha venido insistiendo en que se le conceda la libertad condicional, argumentando que ha descontado una mayor proporción de la pena y que ello es motivo suficiente para acceder a la misma, ante lo cual el despacho ha rechazado de plano las reiteradas solicitudes a través de los autos de sustanciación N° 1896 del 8 de octubre de 2021, 2215 del 11 de noviembre de 2021 y 102 del 17 de enero del presente año, aludiendo al hecho de que las razones que fundamentaban la solicitud habían sido examinadas con suficiencia en el auto interlocutorio N° 1431 del 24 de junio de este mismo año.

Lo anterior, teniendo en cuenta que los ilícitos perpetrados ostentaban una entidad que los distinguían negativamente frente a otros de su misma naturaleza y no había razón para reconsiderar lo resuelto y ratificado en segunda instancia en la primera oportunidad y que conforme lo regulado en el artículo 64 del C. Penal no resultaba aconsejable la concesión de la libertad condicional para

garantía de todos los fines de la pena en punto a la prevención general y la retribución justa.

Informó que por los mismos hechos y derechos, el condenado presentó otra acción de tutela a finales del mes de octubre del año anterior, la cual fue decidida el 8 de noviembre de 2021 por el Dr. Plinio Mendieta Pacheco, de la Sala Penal del Tribunal Superior de Antioquia, de manera adversa a las pretensiones del sentenciado.

Aduce que el Juzgado no ha hecho otra cosa que resolver lo que consideró pertinente atendiendo a criterios lógicos y a pronunciamientos jurisprudenciales, ejerciendo en forma oportuna su legítima competencia y en desarrollo de los principios de autonomía e independencia judicial.

En relación con el rechazo de plano ante la repetida solicitud de libertad condicional, indica que se trata de una negativa válidamente contenida en auto de sustanciación que no admite recursos porque como lo ha sostenido la H. Corte Suprema De Justicia en las sentencias T-107533 del 19 de noviembre de 2019 y T-109896 del 28 de abril de 2020, puede el juez executor remitirse a lo que resolvió de fondo al examinar la pretensión de libertad y abstenerse de reevaluarla, *“cuando el motivo que indujo el rechazo fue la gravedad de la conducta cometida por el infractor aspirante a la gracia, porque se trata de una circunstancia que no se altera en virtud del tratamiento penitenciario como sí acontece cuando, por ejemplo, el subrogado se niega porque el Juez considera que la terapia resocializadora recibida por el condenado, no ha resultado suficiente para tener por satisfechos los fines asignados a la pena”*.

Afirma el despacho que el actor desconociendo el hecho de que el asunto fue debida y oportunamente examinado, pretende que el tema sea estudiado por medio de la acción constitucional, como si

pretendiera acudir a una tercera instancia y obtener por esta excepcional vía constitucional, un beneficio que no ha obtenido por la vía ordinaria a manos de los jueces competentes, lo que desconoce el carácter residual de la acción de tutela.

LAS PRUEBAS

1. El Asesor Jurídico de la Cárcel y Penitenciaria de Mediana Seguridad de Apartadó allegó auto 102 del 17 de enero de 2022 que rechaza de plano petición de libertad condicional con constancia de notificación al interno del 20 de enero de 2022 emitida por el Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia y cartilla biográfica del privado de la libertad.

2. El Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia remitió los autos No. 1430 y 1431 del 24 de junio de 2021, auto emitido el 29 de septiembre de 2021 por el Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Antioquia, autos de sustanciación N° 1896 del 8 de octubre de 2021, 2215 del 17 de noviembre de 2021 y 102 del 17 de enero del presente año que rechazó de plano solicitud de libertad condicional y Decisión del Tribunal Superior de Antioquia del 08 de noviembre de 2021.

CONSIDERACIONES

Es necesario aclarar en primer lugar, que en el despacho del doctor Plinio Mendieta Pacheco Magistrado de esta Honorable

Corporación, se tramitó con el radicado 2021-1664-4 acción de tutela interpuesta por el señor John Carlos Cuesta Palacios en contra del Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia la cual fue decidida el 8 de noviembre de 2021, resolviendo declarar improcedente la tutela promovida por el accionante y en el que el actor se quejó toda vez que había solicitado en varias oportunidades la libertad condicional la cual había sido negada, por lo que consideraba que esta corporación debía revocar lo resuelto y en su lugar conceder la libertad condicional. Si bien hay similitud con los hechos que se presentan actualmente, también es cierto que de la respuesta emitida por el despacho accionado se advierte que con posterioridad a la decisión constitucional del 8 de noviembre de 2021, el juzgado que ejecuta la pena emitió tres decisiones mediante las cuales resolvió rechazar de plano la petición de libertad condicional, por lo que teniendo en cuenta dicha situación, el despacho entrará a pronunciarse de fondo pues no se advierte una actuación temeraria por parte del actor.

Como bien se conoce, la acción de tutela posee un carácter eminentemente subsidiario y excepcional de procedencia, y más aún, cuando la solicitud de amparo se dirige contra providencias judiciales. En tal virtud, la acción de tutela sólo es procedente frente a situaciones contra las cuales no exista otro medio de defensa tendiente a proteger los derechos constitucionales fundamentales vulnerados o amenazados, o cuando existiendo, no tenga la eficacia del amparo constitucional, lo que abre paso a su utilización como mecanismo transitorio para precaver la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

Las providencias judiciales en todos los niveles se encuentran soportadas en los principios de autonomía, independencia, acceso a la justicia y legalidad, y en esencia, dirigidas a que los ciudadanos

puedan reivindicar sus derechos constitucionales y legales, siguiendo los parámetros establecidos por el legislador, lo que a la postre las hace inmodificables en pro de la seguridad jurídica y del respeto de la separación de poderes. Sin embargo, debido al carácter normativo, de supremacía de las normas constitucionales (art. 4º C.P) y de primacía de los derechos fundamentales (arts. 5º y 86 C.P.), la acción de tutela procede excepcionalmente contra las acciones u omisiones en que incurren los jueces al administrar justicia cuando son desconocidos los derechos constitucionales fundamentales.

Esta posición fue sostenida por la Corte Constitucional desde la sentencia C-543 de 1992, en la cual, si bien se declararon inexecutable los artículos 11 y 12 del Decreto 2591 de 1991, al considerarse que desconocían las reglas de competencia establecidas por la Constitución Política y afectaban el principio de seguridad jurídica, en su *ratio decidendi* se indicó que en circunstancias excepcionales, la acción de tutela procedía contra actuaciones judiciales cuando las mismas constituían vías de hecho.

Se expresó que no “riñe con los preceptos constitucionales la utilización de esta figura ante actuaciones de hecho imputables al funcionario por medio de las cuales se desconozcan o amenacen los derechos fundamentales, ni tampoco cuando la decisión pueda causar un perjuicio irremediable, para lo cual sí está constitucionalmente autorizada la tutela pero como mecanismo transitorio cuyo efecto, por expreso mandato de la Carta es puramente temporal y queda supeditado a lo que se resuelva de fondo por el juez ordinario competente (artículos 86 de la Constitución Política y 8º del Decreto 2591 de 1991). En hipótesis como éstas no puede hablarse de atentado alguno contra la seguridad jurídica de los asociados, sino que se trata de hacer realidad los fines que persigue la justicia.”.

A partir de ese momento, hasta la actualidad, los jueces

Constitucionales han aplicado a los casos concretos el precedente jurisprudencial, con el fin de conjurar la vulneración abierta y ostensible de los derechos constitucionales fundamentales a través de acciones u omisiones de los operadores jurídicos, cuando no existe otro medio de defensa eficaz al alcance del afectado. Es decir, el amparo constitucional en estos casos se convierte en el medio idóneo y eficaz a través del cual se adoptan las medidas necesarias para restablecer los derechos fundamentales amenazados o vulnerados mediante una decisión judicial, o en su caso puede proponerse como mecanismo transitorio con el fin de evitar un perjuicio irremediable.

Las llamadas doctrinal y jurisprudencialmente “vías de hecho” o defectos en que pueden incurrir los jueces al adoptar sus decisiones, ahora se conocen técnicamente como causales de procedibilidad de la tutela contra providencias judiciales. Dentro de ella se encuentran unas genéricas o previas y otras específicas.

Las causales genéricas buscan asegurar la aplicación subsidiaria del amparo constitucional como medio de protección de derechos constitucionales fundamentales y se sintetizan de la siguiente forma:

- (i) Que la cuestión discutida resulte de evidente relevancia constitucional que afecta derechos fundamentales de las partes, pues el juez de tutela no puede entrar en el análisis de situaciones que no tengan una clara y marcada importancia constitucional so pena de involucrarse en asuntos que deben ser resueltos por otras jurisdicciones.
- (ii) Que se hayan agotado los otros medios –ordinarios y extraordinarios- de defensa que se encuentren al alcance de la persona afectada, a no ser que se trate de evitar la consumación de un perjuicio *iusfundamental* irremediable.
- (iii) Que se cumpla con el principio de inmediatez o solicitud de protección constitucional dentro de un término prudente y razonable a la vulneración o amenaza de los derechos fundamentales.

- (iv) Cuando se trate de una irregularidad procesal, debe quedar claro que la misma tiene un efecto decisivo o determinante en la sentencia que se impugna y que afecta los derechos fundamentales invocados.
- (v) Que la parte actora identifique claramente los hechos que generaron la vulneración, así como los derechos vulnerados y que hubiere alegado tal vulneración en el proceso judicial siempre que ello hubiere sido posible, y,
- (vi) Que no se trate de sentencias de tutela, habida cuenta que la protección de los derechos fundamentales no pueden prolongarse de manera indefinida, máxime cuando todas las sentencias proferidas son sometidas a un riguroso proceso de selección ante la Corte Constitucional, en virtud del cual las decisiones judiciales no seleccionadas para revisión, se tornan definitivas.

Además de los requisitos generales expuestos, para que proceda la acción de tutela contra una providencia judicial, es imprescindible acreditar la existencia de requisitos o causales especiales de procedibilidad, las que deben demostrarse plenamente y que se centran en los defectos o vicios concretos en los que incurren los jueces en las actuaciones judiciales, que lesionan derechos fundamentales de los asociados.

Frente a las causales especiales traídas a colación, nuestro máximo Órgano Constitucional, los ha concretado de la siguiente forma¹:

En este sentido, como lo ha señalado la Corte, para que proceda una tutela contra una sentencia se requiere que se presente, al menos, uno de los vicios o defectos que adelante se explican.

a. Defecto orgánico, que se presenta cuando el funcionario judicial que profirió la providencia impugnada, carece, absolutamente, de competencia para ello.

b. Defecto procedimental absoluto, que se origina cuando el juez actuó completamente al margen del procedimiento establecido.

c. Defecto fáctico, que surge cuando el juez carece del apoyo

¹ Sentencia T-125 de 2012

probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión.

d. Defecto material o sustantivo, como son los casos en que se decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales² o que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión.

e. Error inducido, que se presenta cuando el juez o tribunal fue víctima de un engaño por parte de terceros y ese engaño lo condujo a la toma de una decisión que afecta derechos fundamentales.

f. Decisión sin motivación, que implica el incumplimiento de los servidores judiciales de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones en el entendido que precisamente en esa motivación reposa la legitimidad de su órbita funcional.

g. Desconocimiento del precedente, hipótesis que se presenta, por ejemplo, cuando la Corte Constitucional establece el alcance de un derecho fundamental y el juez ordinario aplica una ley limitando sustancialmente dicho alcance. En estos casos la tutela procede como mecanismo para garantizar la eficacia jurídica del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental vulnerado³.

h. Violación directa de la Constitución.

Estos eventos en que procede la acción de tutela contra decisiones judiciales involucran la superación del concepto de vía de hecho y la admisión de específicos supuestos de procedibilidad en eventos en los que si bien no se está ante una burda trasgresión de la Carta, si se trata de decisiones ilegítimas que afectan derechos fundamentales.”⁴

Es decir, siempre que concurren los requisitos generales y, por lo menos, una de las causales específicas de procedibilidad contra las providencias judiciales, es procedente ejercitar la acción de tutela como mecanismo excepcional por vulneración del derecho fundamental al debido proceso.

Así, se exige que la conducta del operador jurídico sea arbitraria con

² Sentencia T-522/01

³ Cfr. Sentencias T-462/03; SU-1184/01; T-1625/00 y T-1031/01.”

⁴ Corte Constitucional, sentencia C-590 del 8 de junio de 2005. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

la consecuente vulneración grave de derechos fundamentales de alguna de las partes. De igual forma se debe establecer si la presunta afectación puede superarse por los medios ordinarios instituidos en el respectivo proceso con miras al restablecimiento de los derechos conculcados, salvo que tales recursos o medios de defensa, no sean eficaces para deparar una protección expedita e integral, en caso de que el requerimiento sea inmediato e impostergable, para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

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

En el presente caso, se queja el actor por cuanto el Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia en reciente pronunciamiento rechazó de plano solicitud de libertad condicional, indicando que la misma ya había sido objeto de pronunciamiento y que no debe insistir en dicho beneficio aún.

Considera el accionante que ya ha recibido más tratamiento penitenciario y que por el derecho a la igualdad se le debe otorgar la libertad condicional, toda vez que la Corte Constitucional ha indicado que no es necesario que el juez analice la conducta punible.

Al respecto debe decir la Sala que revisada la documentación anexa se advierte que el actor elevó solicitud de libertad condicional, la cual fue negada mediante auto No. 1431 del 24 de junio de 2021 por el Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de

Seguridad de Antioquia, providencia contra la cual interpuso recurso de apelación, el cual fue resuelto por el Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Antioquia el 29 de septiembre de 2021, confirmando en su integridad la decisión de primera instancia.

Se advierte igualmente que ante nuevas solicitudes de libertad condicional, el Juzgado que vigila la pena se pronunció mediante autos Nros.1896 del 08 de octubre de 2021, 2215 del 17 de noviembre de 2021 y 102 del 17 de enero de 2022 disponiendo respecto de la libertad condicional rechazar de plano y estarse a lo resuelto por esa judicatura en auto proferido el 24 de junio de 2021.

Ahora, es cierto que con respecto a la libertad condicional, la H. Corte Suprema de Justicia, (Radicado 69551), hizo alusión a los parámetros que deben ser tenidos en cuenta por el Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad, para resolver la solicitud, en atención a lo que tanto esa Corporación, como la Corte Constitucional han establecido:

Al respecto indicó la Sala de Casación Penal en sede constitucional que⁵:

De otra parte, que deba considerarse la gravedad de la conducta en la fase de ejecución de penas, según se dijo en la sentencia C-194 de 2005, no significa que necesariamente este criterio deba imponerse a otros factores como el cumplimiento de un mínimo de pena purgada y el comportamiento intramuros, pues se trata de que todos los factores se ponderen en conjunto y ese ejercicio puede producir diferentes resultados según varíen las circunstancias.

En ese entendido, si a quien cumple con los requisitos objetivos –buen comportamiento y mínimo de pena purgada–,

⁵ Sala de Casación Penal en sede Constitucional, Sentencia radicado 69.551 del 01 de octubre de 2013. M.P. Javier Zapata Ortiz.

se le niega el beneficio de la libertad condicional porque se valora especialmente la gravedad de la conducta, ello significa que, en ese momento y solamente con los mínimos, no es suficiente para lograr el beneficio solicitado y que, en la balanza, la gravedad del comportamiento tiene un peso superior.

No obstante, si por la “gravedad de la conducta” los mínimos objetivos no son suficientes, tal consideración posteriormente puede variar según avance el tratamiento penitenciario, de tal forma que bien puede llegar un punto en el cual el criterio subjetivo pese menos que los objetivos. Se trataría de un ejercicio de ponderación de los criterios de “prevención especial” y de “reinserción social”, como funciones de la pena en fase de ejecución –artículo 4º del Código Penal-.

Es de anotar que analizados los autos emitidos por el Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia No.1431 que negó la libertad condicional al señor JOHN CARLOS CUESTA PALACIOS y los autos Nros.1896 del 08 de octubre de 2021, 2215 del 17 de noviembre de 2021 y 102 del 17 de enero de 2022 que decidieron rechazar de plano la petición de libertad condicional respectiva, se advierte como en el primero, hubo pronunciamiento del análisis de gravedad de la conducta de cara a los fines asignados a la pena por el artículo 4º del C.P. especialmente los fines de retribución justa y prevención general, es decir el Juzgado que vigila la pena ya analizó lo que reclama el sentenciado, por lo que no se advierten desacertadas las decisiones que han rechazado de plano las peticiones de libertad condicional y concretamente en la decisión del 17 de enero de 2022 la Juez hace alusión al principio de la igualdad, le manifiesta al penado que la función jurisdiccional se rige por los principios de autonomía e independencia judicial y le explica por qué no volverá anunciarse de fondo.

Es de anotar, que la decisión emitida por el Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia el día 24

de junio de 2021, correspondía a un auto interlocutorio, contra el cual procedían los recursos de ley, y el actor hizo uso, interponiendo el recurso de apelación contra dicha providencia la cual fue confirmada por el Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Antioquia el 29 de septiembre de 2021.

Conforme con lo anterior, si bien no en todos los casos es suficiente, rechazar de plano la solicitud de libertad condicional al condenado a través de auto de sustanciación, cuando ya hubo una negación al respecto basada en la gravedad de la conducta, teniendo en cuenta que este aspecto analizado y ponderado en conjunto con otros requisitos podrían hacer variar la decisión, también es cierto que si ya se hizo una ponderación frente al avance logrado por el sentenciado en el tratamiento penitenciario y la gravedad de la conducta, para determinar si por el momento aquél, debe continuar con el mismo o por el contrario, puede hacerse merecedor de la gracia, cuando se ha realizado dicho análisis de la gravedad de la conducta, es procedente rechazar de plano la petición, lo que no implicaría vulneración de derechos fundamentales.

En ese orden de ideas, salta a la vista que el señor JOHN CARLOS CUESTA PALACIOS pretende utilizar la acción de tutela como una instancia adicional, pues dentro del trámite ordinario ha tenido todas las oportunidades que la ley procesal penal le otorga para la protección de sus derechos fundamentales e hizo uso de los mismos, esto es, del recurso de apelación a la decisión proferida por la Juez Segunda de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia que le negó la libertad condicional, siendo resuelto por el Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Antioquia el 29 de septiembre de 2021 y tan sólo en escasos 4 meses de dicha decisión, ha presentado tres solicitudes de libertad condicional.

Por ello, no puede predicarse que ante una nueva petición de libertad condicional, rechazada de plano por no existir variación en los fundamentos que sustentaron la negativa anterior, se quebrante derecho fundamental alguno.

Frente al problema jurídico planteado, es diáfano para esta Corporación, que como se indicó anteriormente, éste medio de defensa de los derechos fundamentales no puede concebirse como una tercera instancia y por tanto, no le es dable al Juez Constitucional, en primer lugar, entrar a debatir las motivaciones expuestas por los jueces ordinarios, toda vez que aquellos gozan de independencia y autonomía frente a las decisiones judiciales que toman y en casos como el presente ordenar un nuevo pronunciamiento de fondo, cuando había sido objeto de análisis lo pretendido por el actor.

Por lo tanto, puede observarse que dentro del auto No.1431 proferido por el despacho accionado, la funcionaria luego de analizar los requisitos dispuestos en el artículo 64 del Código Penal, modificado por la Ley 1709 de 2014, estableció, haciendo una valoración de la conducta, que la misma era altamente reprochable, teniendo en cuenta que la embarcación en la que iba se hallaron 112.316 gramos de alcaloides, cocaína y sus derivados, distribuidos en 59 paquetes rectangulares y 36 de los mismos pequeños, además de 173 cartuchos calibre 5.56 mm y proveedor para fusil del mismo calibre, advirtiéndose que esos hechos lo vinculan a la nociva cadena del narcotráfico a gran escala, pues era mucha la droga que se estaba poniendo en circulación, siendo mucho mayor el daño que podría causarse, por lo que se desborda la gravedad intrínseca de este tipo de conductas delictivas.

Adicionalmente indicó que el Juez de Ejecución de Penas tiene como

propósito el análisis de si existe o no necesidad de continuar con la ejecución de la pena de cara a los propósitos consagrados en el artículo 4° del C.P. y en el presente caso, se advierte la necesidad de continuar con el tratamiento penitenciario, con miras a cumplir con los fines de la pena muy especialmente el de la retribución justa y la prevención general.

Concluyéndose que la nueva disposición legal sigue demandando por parte del juez ejecutor, una valoración previa de la conducta punible que obliga a que efectúe la evaluación del hecho realizado por el sentenciado para determinar si se hace o no merecedor de la gracia, en conjunto con otros análisis frente los fines de la pena, que fueron debidamente analizados por el Juzgado Ejecutor de la pena, por lo que no era necesario un nuevo pronunciamiento de fondo sobre lo pretendido.

Por lo anterior, es claro para la Corporación que para el presente caso la acción de tutela debe negarse, toda vez que no se advierte vulneración de derechos fundamentales del actor por el despacho judicial accionado, no se observa ninguna vía de hecho.

En consecuencia, la Corporación no atenderá la solicitud de tutela deprecada por el actor, respecto de las decisiones tomadas por la Juez Segunda de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia en relación con la libertad condicional.

Con fundamento en lo expuesto, el Tribunal Superior de Antioquia, Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: NEGAR las pretensiones de tutela elevadas por el señor JOHN CARLOS CUESTA PALACIOS en contra del Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia en relación con la solicitud de libertad condicional, acorde con lo explicado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Esta decisión puede ser impugnada dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación.

TERCERO: En caso de que no se presente ninguna impugnación, envíese el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA
Magistrado

NANCY ÁVILA DE MIRANDA
Magistrada

GUERTHY ACEVEDO ROMERO
Magistrada

Firmado Por:

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

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

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

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

Código de verificación:
**b49111062024c9a1cc8c150d9b6325bbe41646864c4f8fb87fcad4f7
fec5d21b**

Documento generado en 09/02/2022 03:17:16 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

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

TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA DE DECISIÓN PENAL

Medellín, nueve (09) de febrero de dos mil veintidós (2022)

Proyecto discutido y aprobado en sesión de la fecha, Acta 017

RADICADO : 05000-22-04-000-2022-00047 (2022-0108-1)
ASUNTO : ACCIÓN DE TUTELA PRIMERA INSTANCIA
ACCIONANTE : JUAN CAMILO LÓPEZ GAVIRIA
ACCIONADO : JUZGADO SEGUNDO DE EJECUCIÓN DE PENAS
Y MEDIDAS DE SEGURIDAD DE EL SANTUARIO Y
OTROS
DECISIÓN : NIEGA TUTELA- HECHO SUPERADO

ASUNTO

La Sala resuelve la acción de tutela presentada por el señor **JUAN CAMILO LÓPEZ GAVIRIA** en contra del JUZGADO SEGUNDO DE EJECUCIÓN DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD DE EL SANTUARIO por considerar vulnerado el derecho fundamental de petición.

A la demanda se vinculó de manera oficiosa al ESTABLECIMIENTO PENITENCIARIO DE PUERTO TRIUNFO y al JUZGADO DÉCIMO PENAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN.

LA DEMANDA

Refiere el actor que ha solicitado al Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia le conceda el beneficio de prisión domiciliaria prevista en el artículo 38G del C.P.y pese a que el INPEC remitió la documentación completa, el beneficio le fue negado en virtud a que el juez de primera instancia no había enviado la información sobre la reparación integral, no obstante dicho despacho ya informó lo pertinente pero no se le ha resuelto sobre la petición de la prisión domiciliaria.

Por lo anterior, toda vez que cumple con los requisitos para acceder a la prisión domiciliaria, solicita se tutele su debido proceso y se le otorgue dicho beneficio.

LAS RESPUESTAS

1.- El Director (E) de la Cárcel y Penitenciaría de Mediana Seguridad de Puerto Triunfo informó que al señor JUAN CAMILO LÓPEZ GAVIRIA mediante auto interlocutorio número 274 del 08 de febrero de 2022 el Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de El Santuario-Antioquia le concedió la prisión domiciliaria, por lo que solicitó se declarara improcedente el trámite de amparo constitucional, por tratarse de un hecho superado. Informó inicialmente que no enviaba la constancia de notificación en virtud a que el sentenciado se encontraba disfrutando del permiso administrativo de hasta setenta y dos horas, no obstante posteriormente ante requerimiento del Despacho, procedió a remitir la

constancia de notificación realizada al interno el 08 de febrero de 2022.

2.- El Juzgado Diez Penal del Circuito de Medellín informó que es ajeno a la problemática planteada en la acción de tutela toda vez que no tiene competencia para decidir sobre el otorgamiento de la prisión domiciliaria y sólo tendría lugar a pronunciamiento en virtud de un recurso apelación, el cual no ha sido allegado. Indica que el despacho de ejecución de penas solicitó información sobre si se tramitó o no incidente de reparación integral y por oficio 087 del 27 de enero se dio respuesta, indicándosele que verificados los libros radicadores que maneja el Despacho así como el sistema de gestión de procesos judiciales siglo XXI, se tiene que no obraba constancia, ni anotación alguna en cuanto a que se hubiere promovido dicho trámite incidental. Por lo anterior, solicita la desvinculación del despacho del trámite constitucional.

3.- El Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de El Santuario señaló que el citado fue condenado el 9 de octubre de 2009 por el Juzgado 10º Penal del Circuito de Medellín por los delitos de homicidio simple en concurso con porte ilegal de arma de fuego, decisión que fue modificada por el Tribunal Superior de Medellín el 5 de febrero de 2010 imponiéndole una pena de 412 meses de prisión.

Informó en relación con la solicitud de prisión domiciliaria prevista en el artículo 38 G de la Ley 599 de 2000, que la misma fue resuelta de manera positiva mediante auto interlocutorio 274 del día 28 de enero del año 2022, comisionando se a la CPMS sede Puerto Triunfo-

Antioquia para su respectiva notificación-comisión número 217 del 28 de enero de 2022 y a la fecha no hay solicitud alguna pendiente por resolver. Por lo que el despacho no ha vulnerado derecho fundamental alguno al accionante.

LAS PRUEBAS

1.- El accionante aportó documentos de soporte de la solicitud de prisión domiciliaria, como certificado de la oficina de registro de instrumentos públicos, certificado de la Gobernación de Antioquia, certificado de la DIAN, entre otros.

2.- El Director (E) de la Cárcel y Penitenciaría de Mediana Seguridad de Puerto Triunfo remitió copia del auto interlocutorio No. 274 del 08 de febrero de 2022 mediante el cual se concede la domiciliaria, con constancia de notificación personal al actor el **08 de febrero de 2022**.

3.-El Juzgado Diez Penal del Circuito de Medellín remitió Oficio No. 087 del veintisiete (27) de enero de dos mil veintidós (2022), Oficio No. 0105 del treinta y uno (31) de enero de dos mil veintidós (2022) y constancias de envío.

4.- El Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de El Santuario remitió auto interlocutorio Número 274 del 08 de febrero de 2022 mediante el cual se concede el beneficio de la domiciliaria y comisión al CPMS de Puerto Triunfo.

CONSIDERACIONES

Como bien se conoce, la acción de tutela posee un carácter eminentemente subsidiario y excepcional de procedencia, y más aún, cuando la solicitud de amparo se dirige contra providencias judiciales.

En tal virtud, la acción de tutela sólo es procedente frente a situaciones contra las cuales no exista otro medio de defensa tendiente a proteger los derechos constitucionales fundamentales vulnerados o amenazados, o cuando existiendo, no tenga la eficacia del amparo constitucional, lo que abre paso a su utilización como mecanismo transitorio para precaver la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

Frente a la mora judicial, ya la H. Corte Suprema de Justicia¹, hizo un análisis jurisprudencial respecto del pronunciamiento emitido por el máximo órgano Constitucional, en donde se estableció que:

Otro tanto ha manifestado la Corte Constitucional sobre el asunto en comento, puesto que, entre otros pronunciamientos, ha precisado que *“respecto de la mora judicial, tal como la ha entendido esta Corte, viola el derecho fundamental de acceso a la administración de justicia cuando la dilación en el trámite de una actuación es originada no en la complejidad del asunto o en la existencia de problemas estructurales de exceso de carga laboral de los funcionarios, si no en la falta de diligencia y en la omisión sistemática de sus deberes por parte de los mismos. Por lo anterior, la Sala procederá a estudiar cuál ha sido la posición de la Corte al respecto.*

*“6.- En sentencia T-1154 de 2004, la Corte indicó que de los postulados constitucionales se sigue **el deber de todas las autoridades públicas de adelantar actuaciones y resolver de manera diligente y oportuna los asuntos sometidos a ella.** En ese sentido, la dilación injustificada y la inobservancia de los términos judiciales pueden conllevar la vulneración de los derechos al debido proceso y al acceso a*

¹ Sala de Casación Civil. M.P. Pedro Octavio Munar Cadena. Exp. No Exp. T. No. 11001 02 03 000 2011 01853 -00 del 20 de septiembre de 2011.

la administración de justicia. En este caso, la Sala señaló, que si el ciudadano no cuenta con un medio de defensa eficaz a su alcance, y está frente a la inminencia de sufrir un perjuicio irremediable, la acción de tutela es procedente para proteger sus derechos fundamentales. Finalizó argumentando que ‘De lo anterior se infiere que a fin de que proceda la acción de tutela, es indispensable que determinada dilación o mora judicial sean injustificadas, pues el mero incumplimiento de los términos dentro de un proceso, no constituye per se una violación al debido proceso [Ver sentencia T-604 de 1995, M.P. Carlos Gaviria Díaz], salvo que el peticionario se encuentre ante un perjuicio irremediable. Así entonces, la mora judicial sólo se justifica si la autoridad correspondiente, a pesar de actuar con diligencia y celeridad, se encuentra ante situaciones ‘imprevisibles e ineludibles’, tal como, el exceso de trabajo, que no le permitan cumplir con los términos señalados por la ley. De lo expuesto se concluye que constituye una violación de los derechos fundamentales al debido proceso y al acceso a la administración de justicia, aquella denegación o inobservancia de los términos procesales que se presenten sin causa que las justifiquen o razón que las fundamenten’.

“De igual manera, en sentencia T-258 de 2004, la Corte señaló que prima facie, dada la subsidiariedad que caracteriza a la acción de tutela, no puede el Juez constitucional inmiscuirse en el trámite de un proceso adoptando decisiones o modificando las ya existentes en el curso del mismo. Lo anterior vulneraría, de conformidad con el fallo, los principios de autonomía e independencia de las funciones consagradas en los artículos 228 y 230 superiores. No obstante lo anterior, indicó la providencia que es procedente la solicitud de amparo cuando la demora en la resolución del caso no tiene justificación, el peticionario no cuenta con otro medio de defensa eficaz y, además, el mismo está ante la inminencia de un perjuicio irremediable. Concluyó entonces la Sala que la acción de tutela no procede automáticamente ante el incumplimiento de los plazos legales por parte de los funcionarios, sino que debe acreditarse también que tal demora es consecuencia directa de la falta de diligencia de la autoridad pública.

“En sentencia T-1226 de 2001, se reiteró que la mora judicial en hipótesis como la excesiva carga de trabajo está justificada y, en consecuencia, no configura denegación del derecho al acceso a la administración de justicia. De conformidad con esta decisión, al analizar la procedibilidad de la acción de tutela por mora judicial, el juez constitucional debe determinar las circunstancias que afectan al funcionario o despacho que tiene a su cargo el trámite del proceso. [...]” (Sentencia T-357 de 10 de mayo de 2007, subrayado fuera del texto).

Ahora, con respecto al derecho de petición que les asiste a las personas privadas de la libertad, ha dicho en reiteradas oportunidades la Alta Corporación que²:

*3.1.1 Como ha dicho en varias oportunidades la Corte Constitucional, **las personas privadas de la libertad son sujetos de especial vulnerabilidad por la especial relación de sujeción entre el recluso y el Estado**³. En la sentencia T-153 de 1998, se explicó que “los reclusos se encuentran vinculados con el Estado **por una especial relación de sujeción**. Ello significa que este último puede exigirle a los internos el sometimiento a un conjunto de condiciones que comportan precisamente la suspensión y restricción de distintos derechos fundamentales, condiciones sobre las cuales deben añadirse que deben ajustarse a las prescripciones del examen de proporcionalidad”⁴.*

*3.1.2 También se ha dicho por parte de la Corte que la privación de la libertad implica la suspensión absoluta de algunos derechos como la libertad personal o la libre locomoción, que se encuentran limitados a partir de la captura. Sin embargo, otro grupo de derechos, como el derecho a la intimidad personal y familiar y los de reunión y asociación, pese a que pueden llegar a ser fuertemente limitados, **nunca podrán ser completamente suspendidos**. En tercer término, estima la Corte, que **la persona privada de su libertad, sin importar su condición o circunstancia, está protegida por un catálogo de derechos que no pueden ser objeto de restricción jurídica durante la reclusión**⁵. Esta línea jurisprudencial fue precisada con detalle en la Sentencia T-153 de 1998, en donde se dice que **un grupo de derechos como “...la vida e integridad personal, la dignidad, la igualdad, la libertad religiosa, el derecho de reconocimiento de la personalidad jurídica, a la salud y al debido proceso, y el derecho de petición, mantienen su incolumidad a pesar del encierro a que está sometido su titular”**⁶. Por último, la Corte ha establecido **el deber positivo**⁷ en cabeza del Estado de asegurar*

² Sentencia T-479 de 2010.

³ Sobre el punto del estado de sujeción especial de los reclusos frente al Estado ver, entre otras, las sentencias T-596 de 1992 (M.P. Ciro Angarita Barón); C-318 de 1995 (M.P. Alejandro Martínez Caballero); T-705 de 1996 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz); T-706 de 1996 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz); T-714 de 1996 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz), y T-966 de 2000 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz), T-881 de 2002 (M.P. Eduardo Montealegre Lynnet) y T-126 de 2009 (M.P. Humberto Sierra Porto).

⁴ Negrilla fuera del texto. Precedente citado por la sentencia T-851 de 2004 (M.P. Manuel José Cepeda).

⁵ Se trata de derechos como la vida, la integridad personal o la libertad de conciencia.

⁶ Sobre el tema de los derechos de los reclusos ver, entre otras, las sentencias T-424 de 1992, M.P. Fabio Morón Díaz; T-522 de 1992, M.P. Alejandro Martínez Caballero; T-596 de 1992, M.P. Ciro Angarita Barón; T-273 de 1993, M.P. Carlos Gaviria Díaz; T-388 de 1993, M.P. Hernando Herrera; T-437 de 1993, M.P. Carlos Gaviria Díaz; T-420 de 1994, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; T-705 de 1996, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁷ [Cita del aparte transcrito] véase las sentencias T-714 de 1996 y T-153 de 1998.

todas las condiciones necesarias⁸ que permitan a su vez condiciones adecuadas para la efectiva resocialización⁹ de los reclusos¹⁰.

3.1.3 En este orden de ideas la Corte ha reiterado en su jurisprudencia ***que el derecho de petición de los reclusos es uno de aquellos que no sufren ningún tipo de limitación por la privación de la libertad¹¹.*** En la Sentencia T- 705 de 1996 dijo la Corte que:

*“El derecho de petición es uno de aquellos derechos fundamentales que los reclusos ostentan en forma plena, vale decir, que no está sometido a ningún tipo de limitación o restricción en razón de la situación de privación de la libertad a que se encuentran sometidas estas personas. Lo anterior se deriva de la naturaleza misma de la relación de especial sujeción que vincula al interno a la administración carcelaria. La única razón que justificaría una eventual limitación del derecho fundamental de petición de un recluso consistiría en que el titular del mencionado derecho abusara de éste en detrimento de los derechos fundamentales de otras personas. El derecho de petición de los reclusos no comporta la obligación de las autoridades carcelarias de dar respuesta positiva a las solicitudes que aquellos eleven, ni de realizar las gestiones que se les soliciten. **Los deberes de estas autoridades, en punto al derecho fundamental de petición, consisten en adoptar todas aquellas medidas necesarias para que los internos reciban una respuesta completa y oportuna a sus peticiones. Las autoridades penitenciarias están en la obligación de motivar, en forma razonable, las decisiones que adoptan frente a las peticiones que un recluso ha elevado. No basta con que se ofrezca una respuesta a la petición del interno sino que, además, es necesario que se expongan las razones que la autoridad contempló para decidir en el sentido que efectivamente lo hizo, de manera que el recluso pueda conocerlas y, eventualmente, controvertirlas¹².**”*

3.1.4 Del mismo modo, en la Sentencia T- 439 de 2006, estableció la Corte que la administración penitenciaria, así como la administración de justicia, deben garantizar el derecho de petición de manera plena “... (i) **suministrando respuestas oportunas y evitando todo tipo de dilación injustificada,** (ii) motivando de manera razonable sus decisiones, (iii) garantizando que las solicitudes que los internos formulen contra otras

⁸ [Cita del aparte transcrito] Responsabilidad del Estado que se concreta en la obligación de velar por la seguridad de los reclusos en el perímetro carcelario y en la obligación de garantizar condiciones de vida adecuadas a los reclusos, así en la Sentencia T-522 de 1992.

⁹ [Cita del aparte transcrito] La posibilidad de reinserción social depende en buena medida de la eficacia del derecho de los reclusos a contar con centros carcelarios adecuados. Este derecho encuentra el fundamento de su validez en el derecho a la dignidad y en el principio del Estado social de derecho, así en sentencia T- 153 de 1998.

¹⁰ Jurisprudencia reiterada en la Sentencia T-126 de 2009 (M.P. Humberto Sierra Porto).

¹¹ Se ha tratado el tema en las Sentencias T-705 de 1996, T-305 de 1997, T-435 de 1997, T- 490 de 1998, T- 265 de 1999, T-1030 de 2003, T-1074 de 2004, T-439 de 2006, T-048 de 2007 y T-537 de 2007.

¹² M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

autoridades sean recibidas por éstas oportunamente”¹³.

3.1.5 Así mismo en la Sentencia T-1074 de 2004¹⁴, dijo la Corte con relación al derecho de petición de los reclusos que:

“Debe observarse que el derecho del recluso a obtener una respuesta de fondo, clara y oportuna, no puede verse afectado por trámites administrativos internos del establecimiento penitenciario y carcelario en el cual se encuentra recluso el interno, pues podría tornarse nugatorio su derecho fundamental de petición. Así mismo, es claro que en los eventos en que el recluso formule un derecho de petición dirigido a otro funcionario o entidad del sistema penitenciario o en general ante otra autoridad del aparato estatal, el Estado, a través de las autoridades carcelarias del INPEC, -quienes actúan como tutores del interno mientras permanece privado de la libertad-, se encuentran en la obligación legal de remitirlo efectiva y oportunamente a la autoridad destinataria de la solicitud y comprobar que la misma positivamente ha llegado a su destino, a fin de que esta última pueda tener acceso al contenido de la misma y obtenga la oportunidad de darle el correspondiente trámite y respuesta”.

3.1.6 Teniendo en cuenta esta línea jurisprudencial, no tiene razón el juez de instancia cuando negó la tutela al considerar que en el caso concreto no se vulneró el derecho de petición. Como quedó resumido en los antecedentes, el juez a quo, citando la Sentencia T-010 de 1998, dijo que el tutelante no cumplió con los requisitos generales del derecho de petición ya que no se dieron uno de los extremos fácticos para el ejercicio de dicho derecho, que consiste en que se demuestre que la solicitud sea presentada en fecha cierta a la autoridad competente¹⁵.

(...)

3.1.8 Considera la Sala que no se pueden exigir los mismos requisitos del derecho de petición de una persona que detenta el ejercicio pleno de sus derechos, ya que como se analizaba con anterioridad la persona privada de la libertad se encuentra vinculada con el Estado por una relación de especial sujeción y depende de éste para ejercer plenamente el mencionado derecho. Por tanto, no se puede exigir que la petición llegue a manos de la autoridad competente como un requisito sine qua non para poder tutelar la violación del derecho en el caso de los reclusos. En estos casos el juez de tutela debe verificar si dicho recibo no se cumplió por la inactividad, omisión o negligencia en la entrega por parte de las autoridades o funcionarios estatales. Si el recluso sigue el conducto regular contemplado en las normas administrativas y emplea todos los medios a su disposición para ejercerlo de

¹³ M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

¹⁴ M.P. Clara Inés Vargas. El mismo precedente se tuvo en cuenta en la Sentencia T-048 de 2007

¹⁵ Al negar la acción de tutela por violación del derecho de petición de Mauricio Álvarez Martínez dijo la Sala Jurisdiccional del Consejo Seccional de la Judicatura de Antioquia que “...en el caso concreto no se puede probar que se hizo la solicitud en una fecha cierta ante la autoridad competente del requerimiento o la petición...”

buena fe, no puede dejar de ser amparado su derecho argumentando que no se ejerció de manera correcta o completa.

3.1.9 En suma, cuando se depende de la intermediación de los funcionarios y las autoridades estatales, como en las relaciones de especial sujeción en el caso de las personas privadas de la libertad, el juez de tutela debe tener en cuenta previamente en la resolución del caso, si la falta de recibo a la autoridad competente se debió a la omisión o negligencia de las autoridades estatales o si dicha omisión se dio por parte del recluso. Este análisis lo debe hacer el juez de tutela teniendo en cuenta los principios de buena fe y el carácter de sujeto de especial vulnerabilidad por la condición de especial sujeción al Estado que tienen las personas privadas de la libertad. Por esta razón, la Sala considera que en el caso concreto sí se presentó una violación del derecho de petición y debió ser tutelado por el juez de instancia, analizando las circunstancias del caso.

Con lo anterior, se desprende que las personas privadas de la libertad por su relación de sujeción frente al Estado, son sujetos de especial vulnerabilidad y, en tal sentido, las autoridades del INPEC actúan como tutores del recluso, mientras éste se encuentre en esa situación, correspondiéndole a dicha autoridad, con respecto al ejercicio del derecho de petición que le asiste al interno, lograr que las solicitudes que se eleven por este grupo poblacional sean remitidas a las autoridades destinatarias, teniendo la obligación de verificar que la misma efectivamente llegue a su destino, para que se le pueda ofrecer, por parte del funcionario competente, una respuesta de fondo frente a lo solicitado.

Ahora, es claro que la presente demanda no se está cuestionando la vulneración al derecho fundamental de petición, toda vez que la solicitud realizada por el actor es de aquellas que se hacen por ser parte dentro de un proceso y en razón del mismo, lo cual implica analizar la vulneración del debido proceso en su manifestación específica del derecho de postulación, tal como lo ha destacado la H. Corte Suprema de Justicia cuando al respecto expresó:

*Es preciso señalar, que de cara a las actuaciones regladas, no es la protección del derecho de petición la que debe invocarse, sino, como lo ha sostenido en reiteradas oportunidades esta Corte, el derecho fundamental al debido proceso, en su manifestación concreta del derecho de **postulación**, como bien lo destacó el tribunal.*

Ha definido la jurisprudencia constitucional, que el derecho de petición no puede demandarse para solicitar a un funcionario judicial que haga o deje de hacer algo dentro de su función, pues él está regulado por los principios, términos y normas del proceso. En otras palabras, su gestión está gobernada por el debido proceso, en concreto se trata del derecho de “postulación”¹⁶.

En el presente caso, el accionante considera que se le vienen vulnerando sus derechos fundamentales por cuanto el JUZGADO SEGUNDO DE EJECUCIÓN DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD DE EL SANTUARIO no ha resuelto la petición de prisión domiciliaria.

Por su parte, el JUZGADO SEGUNDO DE EJECUCIÓN DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD DE EL SANTUARIO allegó auto interlocutorio Nro. 274 del 28 de enero de 2022, mediante el cual se concede la prisión domiciliaria de que trata el artículo 38G del C.P., decisión que fue notificada al interno el 08 de febrero de 2022.

Como bien puede observarse, la decisión sobre la petición de prisión domiciliaria del señor JUAN CAMILO LÓPEZ GAVIRIA fue resuelta mediante auto interlocutorio del 28 de enero del presente año; por lo que al día de hoy el juzgado accionado ha resuelto sobre lo peticionado.

Tal decisión fue puesta en conocimiento del señor JUAN CAMILO LÓPEZ GAVIRIA el día 08 de febrero de 2022, por lo que a esta Sala

¹⁶ Sala de Casación Penal en sede de tutela, Sentencia T-57796 del 17 de enero de 2012. M.P. Augusto J. Ibáñez Guzmán.

no le queda más que negar la acción de tutela por encontrarse frente a un hecho superado.

Es claro y la propia jurisprudencia Constitucional ha establecido que cuando el hecho que ha dado lugar al ejercicio de la petición de amparo ha desaparecido, el juez de tutela queda imposibilitado para emitir orden alguna para la protección de derechos fundamentales, pues ha dejado de existir objeto jurídico sobre el cual proveer. Es decir, la decisión que hubiera podido proferir el juez constitucional, en relación con la protección solicitada, resultaría inoficiosa por carencia actual de objeto.

En este orden de ideas, en sentencia T-352 de 2006, la Corte Constitucional recordó que si durante el trámite de la acción de tutela, la vulneración o amenaza a los derechos fundamentales desaparece, el amparo constitucional pierde toda razón de ser como mecanismo apropiado y expedito de protección judicial, pues la decisión que pudiese adoptar el juez respecto del caso específico resultaría a todas luces inocua, y por tanto, contraria al objetivo constitucionalmente previsto para dicha acción.

Así las cosas, al observar la Sala que la entidad accionada ya emitió la respuesta a la solicitud requerida por el actor, no le queda más remedio que declarar que se está ante un hecho superado, y en tal sentido, negar las pretensiones de éste por carencia de objeto actual.

Con fundamento en lo expuesto, el Tribunal Superior de Antioquia, Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

1.- **NEGAR** las pretensiones de tutela elevadas por el señor JUAN CAMILO LÓPEZ GAVIRIA en contra del JUZGADO SEGUNDO DE EJECUCIÓN DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD DE EL SANTUARIO y Otros, **pues se está ante un hecho superado**, acorde con lo explicado en la parte motiva de esta providencia.

2.- Esta decisión puede ser impugnada dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación. En caso de no presentarse ninguna impugnación, envíese el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA
Magistrado

NANCY ÁVILA DE MIRANDA
Magistrada

GUERTHY ACEVEDO ROMERO
Magistrada

Firmado Por:

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

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

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

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

Código de verificación:

cc5b0521a988b8b1b86d7c69d3198c5dc5ed2b0cfc356271a1983823
62277c7e

Documento generado en 09/02/2022 03:17:01 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la

siguiente URL:

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

TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA

SALA DE DECISIÓN PENAL

Medellín, diez (10) de febrero de dos mil veintidós (2022)

Proyecto discutido y aprobado en sesión de la fecha, Acta 018

PROCESO : 05282-31-04-001-2021-00082 (2022-0025-1)
ASUNTO : ACCIÓN DE TUTELA
ACCIONANTE : LUZ MARINA ORTIZ CORRALES
ACCIONADO : JUZGADO SEGUNDO PROMISCOO MUNICIPAL DE
FREDONIA Y OTROS.
PROVIDENCIA: SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

La Sala resuelve el recurso de apelación interpuesto por la señora LUZ MARINA ORTIZ CORRALES en contra de la sentencia del 09 de diciembre de 2021 emitida por el Juzgado Penal del Circuito de Fredonia, mediante la cual decidió no acceder al amparo solicitado.

LA DEMANDA

En síntesis, la señora LUZ MARINA ORTIZ CORRALES manifiesta que presentó demanda de restitución de inmueble arrendado (art.384 C.G.P.) en su condición de esposa de quien en vida se llamaba Carlos Eduardo Villa Henao y siendo demandado el señor Luis Emilio Serna Montoya, ante lo cual el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Fredonia le imprimió el trámite

del procedimiento verbal sumario de mínima cuantía, identificado con el radicado 05282-4089-002-2021-00021-00.

Indicó que en vida su esposo arrendó un local comercial que inicialmente tenía como destinación un parqueadero, pero que actualmente se ubica allí un monta llantas, un expendio de gas, una cerrajería, soldadura y vivienda, por lo que solicitó la terminación del contrato y la restitución del inmueble.

El juez dictó sentencia inhibitoria ante la falta de legitimidad en la causa por activa de la señora Luz Marina Ortiz Corrales en virtud a que no se presentó la demanda a nombre de la sucesión y de los codueños del predio, así mismo se ordenó la devolución de los cánones de arrendamiento y se condenó en costas al no prosperar la pretensión.

Solicita se tutele el derecho fundamental al debido proceso y se ordene al Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Fredonia dejar sin efecto la sentencia proferida dentro del proceso radicado 2021-21 y proceda a ordenar la correspondiente restitución del inmueble, por el demandado no cumplir con la carga procesal para ser oído en el proceso, esto es cancelar los cánones adeudados.

LAS RESPUESTAS

1- El Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Fredonia informó que se tramitó proceso por restitución de inmueble arrendado de

quien en vida se llamaba Carlos Eduardo Villa al señor Luis Emilio Serna Montoya. Señaló al respecto que la esposa del señor Villa Henao (fallecido) por escrito manifestó inconformidad al arrendatario por haber cambiado la destinación del inmueble, de parqueadero a expendio de gas.

Explicó que tramitado el proceso, la única excepción propuesta por la parte demandada fue la falta de legitimación por activa, por cuanto se indicó que la demandante no ostentaba la calidad de propietaria del bien porque no se había dado apertura a la sucesión y el despacho al hacer el análisis de los presupuestos procesales, halló la carencia de legitimación por activa por lo que profirió sentencia inhibitoria y por sustracción de materia se relevó de analizar el panorama probatorio.

Manifestó que la acción es improcedente en tanto se pretende es que el juez constitucional revise el proceso, el cual adoleció de una protuberante falencia y tome una determinación que es propia de una segunda instancia, que no procede en asuntos verbales sumarios de mínima cuantía.

2- El doctor Martín Yobani Villa Henao actuando como apoderado judicial del señor Luis Emilio Serna Montoya dio respuesta al trámite indicando que a la señora Luz Marina no le asiste el derecho a solicitar la restitución del bien inmueble porque no ostenta la calidad de arrendadora y porque el arrendador señor Carlos Eduardo Villa Henao falleció el día 22 de abril de 2017 y no se ha levantado la sucesión y existen otros herederos hijos y nietos del causante, pues el señor Carlos Eduardo no es el

propietario del 100% del lote.

Explicó que no es cierto que el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Fredonia haya desconocido la norma sustancial, toda vez que su poderdante ha cumplido con los pagos del arriendo, siendo consignados en el Banco agrario de Amagá a órdenes de la señora Luz Marina Ortiz Corrales, por lo que no es cierto que se le hayan causado perjuicios a la accionante. En consecuencia, solicitó negar el amparo por improcedente.

3- Las señoras María Patricia Villanueva y Rosa Julia Villa Henao en calidad de propietarias en común y proindiviso del predio, manifestaron no oponerse a la restitución del bien inmueble arrendado pero sí a la entrega de los títulos por concepto de cánones de arrendamiento, puesto que la señora Luz Marina Ortiz Corrales no es la propietaria del inmueble y solicitan se sigan consignando los arriendos a nombre de quien suscribió el contrato de arrendamiento con el propósito de no defraudar la herencia.

LA PROVIDENCIA IMPUGNADA

El Juez de primera instancia decidió no conceder el amparo solicitado por la señora LUZ MARINA ORTIZ CORRALES toda vez que es cierto que en la restitución del inmueble arrendado no tenía legitimidad para reclamar para sí y lo debió hacer a nombre del acervo de bienes relictos con el soporte documental correspondiente. Asimismo, puso de presente que si no tenía

legitimidad para reclamar el bien en restitución, tampoco se encuentra legitimada para que le sea entregado a título personal los frutos civiles consignados en la cuenta del juzgado accionado, en tanto ello hace parte de la masa herencial y para reclamarlo debe contar con la autorización de cada uno de los legitimados.

LA IMPUGNACIÓN

La señora Luz Marina Ortiz Corrales impugnó la decisión indicando que solicitó la restitución del inmueble arrendado por la causal de mora en el pago de la renta mensual por lo que ante el incumplimiento no podía ser escuchado dentro del proceso de restitución, señalando al respecto varias situaciones: como que los depósitos fueron consignados a su nombre pero nunca le fueron entregados; los documentos que le fueron entregados no fueron enviados por correo certificado por lo que no puede hacer efectivo el cobro del arriendo y señaló que tratándose de inmuebles con destinación comercial, la mora se causa cuando han transcurrido 30 días de no pago de la renta mensual y se advierte de los títulos aportados que la causal de mora ya estaba presente en los títulos que estaba cancelando.

Insiste en que nada se dijo con respecto a la mora del señor Luis Emilio Serna la cual no fue vislumbrada por el juez natural y lo que llevó al fallo donde no prosperaron sus pretensiones.

CONSIDERACIONES

Como bien se conoce, la acción de tutela posee un carácter eminentemente subsidiario y excepcional de procedencia, y más aún, cuando la solicitud de amparo se dirige contra providencias judiciales.

En tal virtud, la acción de tutela sólo es procedente frente a situaciones contra las cuales no exista otro medio de defensa tendiente a proteger los derechos constitucionales fundamentales vulnerados o amenazados, o cuando existiendo, no tenga la eficacia del amparo constitucional, lo que abre paso a su utilización como mecanismo transitorio para precaver la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

Las providencias judiciales en todos los niveles se encuentran soportadas en los principios de autonomía, independencia, acceso a la justicia y legalidad, y en esencia, dirigidas a que los ciudadanos puedan reivindicar sus derechos constitucionales y legales, siguiendo los parámetros establecidos por el legislador, lo que a la postre las hace inmodificables en pro de la seguridad jurídica y del respeto de la separación de poderes. Sin embargo, debido al carácter normativo, de supremacía de las normas constitucionales (art. 4º C.P) y de primacía de los derechos fundamentales (arts. 5º y 86 C.P.), la acción de tutela procede excepcionalmente contra las acciones u omisiones en que incurren los jueces al administrar justicia cuando son desconocidos los derechos constitucionales fundamentales.

Esta posición fue sostenida por la Corte Constitucional desde la sentencia C-543 de 1992, en la cual, si bien se declararon inexecutable los artículos 11 y 12 del Decreto 2591 de 1991, al considerarse que desconocían las reglas de competencia establecidas por la Constitución Política y afectaban el principio de seguridad jurídica, en su *ratio decidendi* se indicó que en circunstancias excepcionales, la acción de tutela procedía contra actuaciones judiciales cuando las mismas constituían vías de hecho.

Se expresó que no “riñe con los preceptos constitucionales la utilización de esta figura ante actuaciones de hecho imputables al funcionario por medio de las cuales se desconozcan o amenacen los derechos fundamentales, ni tampoco cuando la decisión pueda causar un perjuicio irremediable, para lo cual sí está constitucionalmente autorizada la tutela pero como mecanismo transitorio cuyo efecto, por expreso mandato de la Carta es puramente temporal y queda supeditado a lo que se resuelva de fondo por el juez ordinario competente (artículos 86 de la Constitución Política y 8º del Decreto 2591 de 1991). En hipótesis como éstas no puede hablarse de atentado alguno contra la seguridad jurídica de los asociados, sino que se trata de hacer realidad los fines que persigue la justicia.”.

A partir de ese momento, hasta la actualidad, los jueces Constitucionales han aplicado a los casos concretos el precedente jurisprudencial, con el fin de conjurar la vulneración abierta y ostensible de los derechos constitucionales fundamentales a través de acciones u omisiones de los operadores jurídicos, cuando no existe otro medio de defensa eficaz al alcance del afectado. Es decir, el amparo constitucional en estos casos, se convierte en el medio idóneo y eficaz a través del cual se adoptan

las medidas necesarias para restablecer los derechos fundamentales amenazados o vulnerados mediante una decisión judicial, o en su caso puede proponerse como mecanismo transitorio con el fin de evitar un perjuicio irremediable.

Las llamadas doctrinal y jurisprudencialmente “vías de hecho” o defectos en que pueden incurrir los jueces al adoptar sus decisiones, ahora se conocen técnicamente como causales de procedibilidad de la tutela contra providencias judiciales. Dentro de ellas se encuentran unas genéricas o previas y otras específicas.

Las causales genéricas buscan asegurar la aplicación subsidiaria del amparo constitucional como medio de protección de derechos constitucionales fundamentales y se sintetizan de la siguiente forma:

- (i) Que la cuestión discutida resulte de evidente relevancia constitucional que afecta derechos fundamentales de las partes, pues el juez de tutela no puede entrar en el análisis de situaciones que no tengan una clara y marcada importancia constitucional so pena de involucrarse en asuntos que deben ser resueltos por otras jurisdicciones.
- (ii) Que se hayan agotado los otros medios –ordinarios y extraordinarios- de defensa que se encuentren al alcance de la persona afectada, a no ser que se trate de evitar la consumación de un perjuicio *iusfundamental* irremediable.
- (iii) Que se cumpla con el principio de inmediatez o solicitud de protección constitucional dentro de un término prudente y razonable a la vulneración o amenaza de los derechos fundamentales.
- (iv) Cuando se trate de una irregularidad procesal, debe quedar claro que la misma tiene un efecto decisivo o determinante en la sentencia que se impugna y que afecta los derechos fundamentales invocados.

- (v) Que la parte actora identifique claramente los hechos que generaron la vulneración, así como los derechos vulnerados y que hubiere alegado tal vulneración en el proceso judicial siempre que ello hubiere sido posible, y,
- (vi) Que no se trate de sentencias de tutela, habida cuenta que la protección de los derechos fundamentales no pueden prolongarse de manera indefinida, máxime cuando todas las sentencias proferidas son sometidas a un riguroso proceso de selección ante la Corte Constitucional, en virtud del cual las decisiones judiciales no seleccionadas para revisión, se tornan definitivas.

Además de los requisitos generales expuestos, para que proceda la acción de tutela contra una providencia judicial, es imprescindible acreditar la existencia de requisitos o causales especiales de procedibilidad, las que deben demostrarse plenamente y que se centran en los defectos o vicios concretos en los que incurren los jueces en las actuaciones judiciales, que lesionan derechos fundamentales de los asociados. Así, debe presentarse alguna de las siguientes circunstancias: (i) defecto sustantivo, (ii) defecto fáctico, (iii) defecto orgánico, (iv) defecto procedimental, (v) vía de hecho por consecuencia, (vi) decisión sin motivación, (vii) desconocimiento del precedente y (viii) violación directa de la Constitución.

Así, se exige que la conducta del operador jurídico sea arbitraria con la consecuente vulneración grave de derechos fundamentales de alguna de las partes. De igual forma se debe establecer si la presunta afectación puede superarse por los medios ordinarios instituidos en el respectivo proceso con miras al restablecimiento de los derechos conculcados, salvo que tales recursos o medios de defensa, no sean eficaces para deparar una protección

expedita e integral, en caso de que el requerimiento sea inmediato e impostergable, para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

En el presente caso, tenemos que la accionante consideró que el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Fredonia no se pronunció sobre la mora en el pago de cánones de arrendamiento en que incurrió el señor Luis Emilio Serna, motivo por el cual no podía ser oído en el proceso de restitución.

Es así como, la accionante pretende por esta vía constitucional solicita se deje sin efecto el fallo emitido por el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Fredonia y en consecuencia se ordene la restitución del inmueble requerido.

Ha dicho nuestro máximo organismo Constitucional:

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

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

Es de anotar, que únicamente la inminencia de sufrir un perjuicio irremediable y la vulneración de un derecho fundamental haría posible tramitar la petición de tutela para proteger transitoriamente los derechos de LUZ MARINA ORTIZ CORRALES, pero el mismo no se observa en este caso, pues del análisis de las pruebas allegadas, si bien la afectada puede estar soportando un perjuicio, este no tiene el carácter de irremediable, que pudiera evitarse con el ejercicio transitorio de esta acción.

Teniendo en cuenta lo anterior, se reitera la acción de tutela posee la calidad de ser un mecanismo subsidiario y no principal para la protección de los derechos constitucionales, es decir, sólo podrá hacerse uso de ella a falta de otro medio de defensa o en presencia de un perjuicio irremediable, significando que éste: “(i) debe ser inminente; (ii) debe requerir de medidas urgentes para ser conjurado; (iii) debe tratarse de un perjuicio grave; y (iv) solo puede ser evitado a partir de la implementación de acciones impostergables. La caracterización de estas condiciones fue planteada por la Corte desde la sentencia T-225/93 y se ha mantenido de forma invariable en la jurisprudencia posterior² y en el presente caso no se acreditó dicho daño irreparable.

¹ Sentencia T-625 de 2000

² Sentencia T-956 del 19 de diciembre de 2013, M.P. LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

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

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

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

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

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

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

- A). *El perjuicio ha de ser inminente: "que amenaza o está por suceder prontamente". Con lo anterior se diferencia de la expectativa ante un posible daño o menoscabo, porque hay evidencias fácticas de su presencia real en un corto lapso, que justifica las medidas prudentes y oportunas para evitar algo probable y no una mera conjetura hipotética. Se puede afirmar que, bajo cierto aspecto, lo inminente puede catalogarse dentro de la estructura fáctica, aunque no necesariamente consumada. Lo inminente, pues, desarrolla la operación natural de las cosas, que tienden hacia un resultado cierto, a no ser que oportunamente se contenga el proceso iniciado. Hay inminencias que son incontenibles: cuando es imposible detener el proceso iniciado. Pero hay otras que, con el adecuado empleo de medios en el momento oportuno, pueden evitar el desenlace efectivo. En los casos en que, por*

ejemplo, se puede hacer cesar la causa inmediata del efecto continuado, es cuando vemos que desapareciendo una causa perturbadora se desvanece el efecto. Luego siempre hay que mirar la causa que está produciendo la inminencia.

- B). Las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable han de ser urgentes, es decir, como calidad de urgir, en el sentido de que hay que instar o precisar una cosa a su pronta ejecución o remedio tal como lo define el Diccionario de la Real Academia. Es apenas una adecuación entre la inminencia y la respectiva actuación: si la primera hace relación a la prontitud del evento que está por realizarse, la segunda alude a su respuesta proporcionada en la prontitud. Pero además la urgencia se refiere a la precisión con que se ejecuta la medida, de ahí la necesidad de ajustarse a las circunstancias particulares. Con lo expuesto se verifica cómo la precisión y la prontitud dan (sic) señalan la oportunidad de la urgencia.*
- C). No basta cualquier perjuicio, se requiere que éste sea grave, lo que equivale a la gran intensidad del daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona. La gravedad obliga a basarse en la importancia que el orden jurídico concede a determinados bienes bajo su protección, de manera que la amenaza a uno de ellos es motivo de actuación oportuna y diligente por parte de las autoridades públicas. Luego no se trata de cualquier tipo de irreparabilidad, sino sólo de aquella que recae sobre un bien de gran significación para la persona, objetivamente. Y se anota la objetividad, por cuanto la gravedad debe ser determinada o determinable, so pena de caer en la indefinición jurídica, a todas luces inconveniente.*
- D). La urgencia y la gravedad determinan que la acción de tutela sea impostergable, ya que tiene que ser adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad. Si hay postergabilidad de la acción, ésta corre el riesgo de ser ineficaz por inoportuna. Se requiere una acción en el momento de la inminencia, no cuando ya haya desenlace con efectos antijurídicos. Se trata del sentido de precisión y exactitud de la medida, fundamento próximo de la eficacia de la actuación de las autoridades públicas en la conservación y restablecimiento de los derechos y garantías básicos para el equilibrio social. De acuerdo con lo que se ha esbozado sobre el perjuicio irremediable, se deduce que hay ocasiones en que de continuar las circunstancias de hecho en que se encuentra una persona, es inminente e inevitable la destrucción grave de un bien jurídicamente protegido, de manera que urge la protección inmediata e impostergable por parte del Estado ya en forma directa o como mecanismo transitorio.”*

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

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

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

(...)

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

Conforme con el recuento frente a los hechos expuestos en la demanda y la documentación aportada, no se allegó prueba del perjuicio irremediable que padece la afectada, pues si bien el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Fredonia dictó sentencia inhibitoria, lo hizo con el argumento de que se estaba ante la falta de legitimación en la causa por activa, por lo que si bien no pudo apelar la decisión en atención a la naturaleza del proceso correspondiente a un verbal sumario de mínima cuantía, puede acudir a la vía ordinaria si es su deseo instaurando una

nueva demanda subsanando los requisitos dejados de cumplir.

Por ende, no se cumplió con la obligación de acreditar con certeza la afectación de los derechos fundamentales invocados a efectos de que proceda la acción de tutela como mecanismo transitorio y que convirtiera en ineficaz el medio ordinario instituido en la Ley para reclamar pretensiones de carácter civil.

Además, la señora LUZ MARINA ORTIZ CORRALES dentro de sus argumentos, no especificó los motivos por los cuales no puede acudir a la jurisdicción ordinaria e instaurar la demanda correspondiente con el cumplimiento de los requisitos legales, acción dentro de la cual se pueden debatir los asuntos puestos en consideración del juez de tutela y en tal medida hacer valer sus derechos, pues la acción constitucional sólo es procedente cuando no existan mecanismos adecuados o existiendo se trate de evitar un perjuicio irremediable, mismo que no se vislumbra dentro de la demanda, pues se itera, tal y como lo indicó el juez de primera instancia no se vislumbra vulneración de derechos fundamentales, toda vez que no se advierte ninguna falencia frente a la decisión, en tanto era clara la ausencia de legitimidad por activa de la señora Luz Marina quien no tuvo en cuenta para integrar la parte demandante tanto a los condueños como a los coherederos del predio sujeto a restitución del inmueble arrendado, siendo claro por tanto que el despacho accionado debía iniciar su estudio con el análisis de los presupuestos procesales, tal y como acaeció, advirtiendo la falta de legitimación en la causa por activa.

En consecuencia, en el presente caso no se encuentran configurados los requisitos de procedibilidad de esta acción constitucional que habiliten su estudio excepcional, pues la parte actora no acreditó la existencia de un perjuicio irremediable. Así mismo, se advierte que no es la acción de tutela el instrumento adecuado por el cual se pueda entrar a ordenar las pretensiones de la actora, correspondiente a la restitución de un inmueble; se insiste no es un tema constitucional en el presente caso pues, la parte actora cuenta con otros medios de defensa judicial.

Por lo tanto, es clara la improcedencia de la acción de tutela por dos razones: la primera porque no se vislumbra un perjuicio irremediable que amerite la intervención del juez constitucional en el asunto por las razones que se anotaron en precedencia; y la segunda en lo atinente con la existencia de otro medio de defensa judicial idóneo, pues la protección reclamada se puede lograr por vía de los mecanismos ordinarios de defensa, como lo es acudir al correspondiente proceso ordinario cumpliendo con los requisitos legales.

Bajo las anteriores precisiones, la Sala encuentra que el fallo de primera instancia se encuentra a tono con los mandatos legales y constitucionales por lo que está llamado a su confirmación.

Con fundamento en lo expuesto, el Tribunal Superior de Antioquia en Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, CONFIRMA la sentencia de naturaleza, fecha y origen indicados en la parte motiva de esta providencia.

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

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA

Magistrado

NANCY ÁVILA DE MIRANDA

Magistrada

GUERTHY ACEVEDO ROMERO

Magistrada

Firmado Por:

Edilberto Antonio Arenas Correa

Magistrado

Sala 001 Penal

Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

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

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

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

Código de verificación:

604f5c52225032a35d2d2ca3faacd343eeb61677d198990ca514a
2ca278fa53e

Documento generado en 10/02/2022 04:49:24 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en
la siguiente URL:

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

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO DE ANTIOQUIA
SALA DE DECISIÓN PENAL

M.P. NANCY ÁVILA DE MIRANDA



RADICADO 05 697 61 00120 2016 80538
INTERNO: 2019-0825-2
DELITO: ACTOS SEXUALES CON MENOR DE 14
AÑOS AGRAVADO EN CONCURSO
HOMOGÉNEO Y SUCESIVO
ACUSADO: ENNUER HANNUER PICO GARCÍA
DECISIÓN: **CONFIRMA**

Medellín, nueve (9) de febrero de dos mil veintidós (2022)

Aprobado según acta Nro. 012

1. ASUNTO

Procede la Sala a desatar el recurso de alzada interpuesto por la Fiscalía 111 Seccional de El Santuario, Antioquia contra el fallo proferido el 29 de mayo de 2019, por el Juzgado Penal del Circuito de El Santuario, Antioquia, en virtud del cual se **ABSOLVIÓ**

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.

al señor ENNUER HANNUER PICO GARCÍA del delito de ACTOS SEXUALES CON MENOR DE 14 AÑOS AGRAVADO EN CONCURSO HOMOGÉNEO Y SUCESIVO (ART. 31, 209 y 211 # 5 del C.P.).

2. DE LOS ANTECEDENTES FÁCTICOS Y PROCESALES

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

"La menor Eliana Dubraska Pico Castaño residía con su señora madre y su padrastro Ennuer Hannuer Pico. Dicha situación fue aprovechada por este para cometer sucesivos abusos sexuales contra la aludida menor. En algunas de esas ocasiones ocurridas en la ciudad de Medellín y otras cuando tenían su residencia en el barrio Las Camelias del municipio de El Santuario (Ant.).

Tales abusos acaecieron desde cuanto la menor tenía 10 años de edad y la última vez que se dio en el mes de diciembre de 2016. Actos sexuales que consistieron en tocamientos libidinosos que Ennuer Hannuer le hacía a su hijastra Eliana en diferentes partes del cuerpo como la vagina, las nalgas y los senos, algunos de ellos con las manos y otros con su miembro viril.

Pone de presente lo anterior, que Ennuer Hannuer Pico actuó con dolo pues, de un lado conocía que realizar actos sexuales a una menor de 14 años, es realizar la parte objetiva de una conducta que, de manera previa, el legislador penal ha definido y sancionado como delito; del otro, no obstante, ese conocimiento, él quiso obrar de tal forma. Debe advertirse también que actuó de manera antijurídica pues su comportamiento indica una contrariedad entre las acciones desplegadas y el ordenamiento jurídico, poniendo en efectivo peligro los intereses jurídicos de la autonomía personal y de la libertad, integridad y formación sexual sin que tal proceder se encuentre amparado por una causal excluyente de la antijuricidad y, por esa vía, excluya la responsabilidad penal.

Adicionalmente se tiene que Ennuer Hannuer actuó con culpabilidad como quiera que es una persona imputable, esto es, quien al momento de ejecutar la conducta típica y antijurídica estaba en capacidad de comprender la ilicitud de su proceder y de determinarse de acuerdo con esa comprensión, pues

comúnmente toda persona está en condiciones de conocer y comprender que la ley penal prohíbe y sanciona a quien realice actos sexuales a una persona menor de 14 años. Por esa razón, el ordenamiento jurídico le exigía otro comportamiento diferente al que efectivamente observó, es decir, el de abstenerse de desplegar esa ilicitud. No se presagia en su conducta la presencia de una causal de inculpabilidad que, por esa vía, excluya la responsabilidad penal. (...)

Las Audiencias Preliminares se llevaron a cabo el 23 de junio de 2017 por el Juzgado Promiscuo Municipal con Funciones de Control de Garantías de El Santuario – Antioquia, donde la Fiscalía formuló imputación contra el señor ENNUER HANNUER PICO GARCÍA, por la comisión del delito de ACTOS SEXUALES CON MENOR DE 14 AÑOS con relación a la menor E.D.P.C. tipificado en el artículo 209 del Código Penal.

La Audiencia de Formulación de Acusación se lleva a cabo el día 9 de octubre de 2017. Llamándose a responder por parte de la Fiscalía al señor ENNUER HANNUER PICO GARCÍA, por la conducta punible de ACTOS SEXUALES CON MENOR DE 14 AÑOS AGRAVADA (ART. 31, 209 y 211 # 5 del C.P.), adicionándose a la calificación jurídica un concurso homogéneo sucesivo de ACTOS SEXUALES CON MENOR DE 14 AÑOS AGRAVADA.

Consecuencialmente, se realiza la audiencia preparatoria el 21 de febrero de 2018, en la cual se realizan las postulaciones probatorias, previo descubrimiento por parte de la defensa.

La audiencia de juicio oral se realiza los días 09/04/2018, 17/05/2018, 08/10/2018 y 25/02/2019; siendo la última fecha en que se emite el anuncio de sentido de fallo de carácter absolutorio.

Así las cosas, la actuación procesal culmina en primera instancia con la emisión de la sentencia absolutoria el día 29 de mayo de 2019. Decisión en la cual se absuelve a ENNUER HANNUER PICO GARCÍA del punible de ACTOS SEXUALES CON MENOR DE 14 AÑOS AGRAVADO EN CONCURSO HOMOGÉNEO Y SUCESIVO (31, 209 y 211 del C.P.).

Debido a la inconformidad del ente acusador con la decisión de instancia, interpuso el recurso de apelación contra el fallo proferido el 25 de mayo de 2019 por el Juzgado Penal del Circuito de El Santuario- Antioquia ante este Tribunal.

3. DEL FALLO OBJETO DE ALZADA

Se trata de la sentencia proferida en las calendas del 29 de mayo de 2019 por parte del Juzgado Penal del Circuito de El Santuario, mediante la cual se absolvió al procesado Ennuer Pico García, de los cargos por los cuales fue llamado a juicio por parte de la Fiscalía General de la Nación (FGN), los que estaban relacionados con incurrir en la presunta comisión del delito de actos sexuales abusivos con menor de 14 años agravado en concurso homogéneo y sucesivo.

Los argumentos esgrimidos por el Juzgado de primer nivel para absolver al Procesado de los cargos endilgados en su contra, se fundamentaron en aducir que con las pruebas allegadas al juicio no fue factible doblegar la presunción de inocencia que le asistía al encausado como consecuencia del poco poder suasorio por parte de la prueba de cargo.

Para poder llegar a la anterior conclusión, y luego de relacionar la prueba testimonial el Juzgado *A quo* adujo lo siguiente:

Cada uno de los profesionales que atendieron a la menor, hace una narrativa de lo referido; bien por su señora madre o bien por ella al momento de su abordaje, dichos que no fueron tenidos en cuenta para la valoración probatoria, porque tanto la señora Claudia Marcela Cataño Betancur, como la niña E.D.P.C., hicieron uso del privilegio que consagra la Constitución Política de Colombia en su artículo 33, reiterado en el canon 385 de la Ley 906 de 2004, que exonera a las personas de la obligación de declarar, cuando se trata de asuntos penales en los que pueden resultar involucrados los integrantes del núcleo familiar básico.

Por contera, si la víctima y su señora madre expresaron de manera clara la intención de proteger su intimidad familiar amparada por la Constitución en estos eventos, sus manifestaciones hechas por fuera del juicio sobre la identidad del presunto agresor y la existencia de la conducta delictiva que enrostró la Fiscalía en la formulación de acusación, no pueden utilizarse como prueba, porque, de hacerse, habría trasgresión a esa garantía constitucional.

Para la Judicatura el escollo cuestión pudo haberse superado con otras pruebas periféricas que conllevaran a una valoración diferente; pues por demás, el artículo 380 de la Ley 906 de 2004, establece que la valoración probatoria debe hacerse en conjunto; mismas que tampoco tienen en el caso concreto alcance suficiente para sobrepasar la duda probatoria que se enfrenta, misma que debe ampararse en favor del procesado.

Con esos puntuales disertados, el a-quo dejó sentada la fundamentación de la decisión.

4. IMPUGNACIÓN DEL FALLO

Solicita la Fiscalía se REVOQUE la decisión de primer grado para que, en su lugar, se profiera sentencia CONDENATORIA en disfavor de ENNUER HANNUER PICO GARCÍA, con fundamento en los siguientes términos:

Expone la delegada Fiscal que funda el recurso de alzada en el desconsuelo profesional que le produce observar como el sistema penal acusatorio se está convirtiendo en un foco de impunidad, quedando así desprotegidos los menores de edad víctimas de delitos sexuales.

Refiere que la sentencia de primer grado interpreta de manera errada el artículo 33 de la Constitución Política; máxime que puntualiza que por el delito que se le acusó al procesado ENNUER HANNUER, esto es, el de ACTOS SEXUALES CON MENOR DE 14 AÑOS AGRAVADO, no cabe de duda que el mismo ocurrió y para ello se describieron los hechos de manera detallada, pues además, el relato de la menor siempre fue consistente a lo largo de las entrevistas que rindió, indicando que un día al estar a solas en su casa con el acusado, quien fuere su padrastro, éste comenzó a tocarla en sus partes íntimas mientras estaban acostados en la cama, presentándose dicha situación en varias oportunidades, siempre precisando la menor quien fue su victimario, el tiempo en que ocurrieron los hechos y el espacio

donde se presentaron, esto es, incluso desde cuando vivían en Venezuela, tiempo en el que su madre y el procesado sostenían un noviazgo.

Sostiene el ente acusador además, que la menor también fue clara en relatar los abusos sexuales de los que fue víctima un domingo cuando su familia se fue para Rionegro a la misa, tal y como se desprende del testimonio rendido en juicio oral por el Policía Judicial del C.T.I. y psicólogo forense Carlos Mario Zuluaga Chica. Por lo tanto, considera que la menor es clara y coherente en relatar lo que le ocurrió, e incluso en manifestar lo que sentía, esto es, dolor y tristeza; y resulta ser un desacierto que el Juez de Primera instancia desestimara los testimonios ofrecidos por cada uno de los profesionales que atendieron a la menor, precisando el Juez de Primer Grado que, no era posible tener dichos relatos en cuenta en la valoración probatoria, toda vez que ni la madre de la víctima ni ésta decidieron declarar en sede de juicio oral, haciendo uso del derecho a guardar silencio que les asiste conforme lo señala el artículo 33 de la Constitución Política, lo que supone un yerro jurídico frente a la clase de delito que se investiga, y un yerro interpretativo.

En cuanto al yerro jurídico que sostiene se fincó la decisión de primera instancia, señala que, los delitos contemplados en la Ley Penal colombiana, suponen una serie de particularidades dogmáticas y probatorias; y es por ello que el A quo, no debe atribuirle ningún peso probatorio al examen físico que se le realizó a la víctima por el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, en tanto debe entenderse del contexto que envuelve el delito de actos sexuales con menor de 14 años, que conforme a su

definición son todos aquellos actos sexuales diferentes del acceso. Por lo tanto, si bien se trata de un examen sexológico que concluye un estado normal de la paciente, con un himen íntegro y sin lesiones; no significa que no se hubiesen presentado los actos, máxime que en las conclusiones refiere el galeno que no se excluye que se pueda haber presentado cualquier actividad de tocamiento por parte del agresor.

Indica que frente al delito que se le acusa a ENNUER HANNUER, la menor fue clara en precisar que éste le tocaba la vagina, y pechos con la boca y con el pene, lo cual quedó debidamente consignado en valoración psicológica que se le practicó; por lo que el hecho de que no exista una lesión física verificable, no implica que no hubiese habido una afectación al bien jurídico tutelado del sujeto pasivo, esto es, la libertad, integridad y formación sexual. No obstante, señala que el Juez de Primera Instancia de manera errada procede a manifestar que los testimonios rendidos por los profesionales que valoraron a la menor son prueba de referencia, debiendo por el contrario haberles otorgado el valor de prueba directa. Es por ello que considera que, el testimonio de la Psicóloga Diana Marcela Cardona Montoya, debe ser interpretado técnicamente como la prueba de las lesiones ocasionadas a la menor por el punible de ACTOS SEXUALES CON MENOR DE 14 AÑOS.

En cuanto al yerro interpretativo sobre el cual el Juez de Primera Instancia sustentó la sentencia absolutoria en favor del procesado respecto a lo previsto en el artículo 33 de la Constitución Política, señala que, conforme lo establece la sentencia C-1287 de 2001, la garantía de no autoincriminación

está fundamentada en el principio de la dignidad humana. Por lo tanto, para el caso en concreto, resulta evidente la contradicción que emana de la sentencia, en tanto se está debatiendo la responsabilidad del procesado por un delito que justamente es agravado por ir en contra de los vínculos de respeto y de solidaridad familiar.

Afirma que la garantía de no autoincriminación contemplada en el artículo 33 de la Constitución Política no está librando a la víctima de ninguna presión de conciencia, sino que todo lo contrario resultó una presión para esta, pues tanto ella como su madre se encontraban en una situación de riesgo económico, pues era el acusado el único proveedor de la manutención del grupo familiar. Por lo tanto, para el caso en concreto, la garantía de no autoincriminación está fortaleciendo un círculo de violencia al interior de la familia, a la cual se está permitiendo el regreso del agresor, máxime que en declaraciones iniciales la madre de la víctima señaló que una vez se enteró de lo ocurrido procedió a denunciarlo ante las autoridades, y a separar a su hija del victimario.

Advierte que resultaba previsible que tanto víctima como su madre se iban a abstener de declarar en sede de juicio oral, pero de ello no se puede pretender hacer una valoración procesal, en el entendido de que dicho hecho se interpretaría como un indicio de que los hechos no ocurrieron, sino que por el contrario se debió prever que la víctima se encontraba en un estado de riesgo, lo que le impedía decidir si renunciaba a su derecho a no auto incriminar al proveedor del hogar.

Señala que contrario a lo expuesto en la sentencia de primer grado, el menor hasta la edad prevista en la ley, debe estar libre de interferencias en materia sexual y por es prohíbe las relaciones de esa índole con ellos.

En consecuencia, sostiene que el acusado es responsable de la conducta penal que se le endilga, razón por la cual solicita ante este Tribunal se REVOQUE la decisión de primera instancia, y en su lugar se le CONDENE al señor ENNUER HANNUER PICO GARCÍA como autor responsable del delito de actos sexuales con menor de 14 años, bajo las circunstancias de agravación materia de del pliego acusatorio.

5. CONSIDERACIONES DE LA SALA

De conformidad con el numeral 1° del artículo 34 de la Ley 906 de 2004, es competente esta Corporación para conocer el recurso de apelación interpuesto por la Defensa, contra la sentencia proferida por la Juez Penal del Circuito de El Santuario-Antioquia, el 29 de mayo de 2019.

5.1 CASO CONCRETO

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

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

Los sujetos procesales acordaron las siguientes estipulaciones probatorias:

1. *Plena identidad del acusado ENNUER HANNUER PICO GARCÍA.*
2. *Plena identidad y minoría de edad de la menor E.D.P.C., quien nació el 25 de enero de 2005.*

5.1.3. De las pruebas practicadas en el juicio oral

La señora CLAUDIA MARCELA CATAÑO BETANCOUR madre de la menor E.D.P.C., y esposa del acusado, amparado en el artículo 33 de la Constitución Política, se niega a rendir declaración.

El medico FABIAN DE JESUS RAMIREZ HINCAPIE, manifiesta ser médico de la Universidad Libre de Barranquilla y adicionalmente haber realizado cursos obligatorios que se hacen como el de intervención con pacientes víctimas de violencia sexual.

Declara que trabajó en el hospital del municipio de El Santuario, Antioquia y que entre sus funciones tenía la atención de pacientes en urgencias, consulta externa, y durante un año la atención de pacientes víctimas de violencia sexual en atención a los dictámenes requeridos. Expone que atendía en promedio entre 20 a 25 casos al mes por este tipo de delitos.

Conoce los motivos por los cuales fue convocado a juicio oral para referirse al reconocimiento sexológico que se realizó el 26 de noviembre de 2016 a la menor E.D.P.C., en presencia de su

madre. Y agrega que, la paciente tenía un grado de afectación emocional en el cual no había forma de hacer una conversación dinámica con ésta, ya que se encontraba un poco nerviosa, un poco alterada por lo que se procedió a insistir en un interrogatorio delicado y adecuado; sin embargo, al ver que no se encuentra respuesta de la menor para poder indagar sobre los hechos objeto de consulta, se requirió la ayuda de la representante legal, quien empieza a dialogar con su hija, y ésta en presencia del galeno le cuenta los hechos acaecidos; posteriormente se procede a practicar un examen físico.

De la valoración médica realizada a la menor, refiere el testigo que ésta en conversación con su madre, en su presencia, indica haber sido tocada por la pareja de la mamá en múltiples ocasiones, que el papá la toca con los dedos, que ella encaró al papá y tuvo una crisis nerviosa por lo que le toco ir al hospital. Aunado a ello, la menor víctima le cuenta a la madre que es algo que viene ocurriendo desde hace tiempo y que el domingo anterior al día del dictamen fue la última vez que pasó y que no quiere que vuelva a suceder.

Sostiene el médico que, al realizarle examen físico a la menor, ésta se encontraba en óptimas condiciones, sin lesiones aparentes, en región genital no se encontró ninguna alteración que sugiriera actividad sexual reciente, se encontró un himen integro, no elástico que sugería que no había maniobras de exploración; sin embargo, no se descarta que se hubiera podido haber presentado cierta actividad de tocamientos por parte del agresor. Concluyendo que, al tratarse de una paciente de 11

años, se recomienda a la autoridad si lo considera pertinente, evaluación por parte de psicología forense.

El reconocimiento médico legal fue incorporado con el testigo a la actuación procesal.

En el contrainterrogatorio el defensor en aras de impugnar credibilidad solicita al testigo leer la anamnesis de manera completa.

En cuanto a la menor E.D.P.C., señala realizó valoración médico legal en compañía de su madre, que se le realizó interrogatorio y posterior examen físico. En cuanto a la valoración física, expresa que la menor se encontraba en condiciones óptimas, pues según la anamnesis, al parecer solo hubo tocamiento y manipulación genital, sugiriendo valoración psicológica forense.

El testigo indica que quien respondió **el interrogatorio en el dictamen fue la madre y expresa que no puede dar fe de que el hecho ocurrió**. Y precisa que el examen se realizó con presencia de la madre.

En el redirecto, es claro el galeno en manifestar que escuchó directamente de la menor el relato; sin embargo, no consignó en la anamnesis que fue la víctima quien le narró los hechos a la madre en su presencia, ya que no se estaba dirigiendo directamente a él, e indica que sugirió la evaluación por psicología forense conforme al protocolo que se efectúa con los pacientes que presentan algún tipo de dificultad a la hora de exponer los hechos, por lo que el acompañamiento por

psicología se hace para poder ratificar como tal los hechos sucedidos.

En el recontradirecto señala el profesional que cuando se refirió textualmente en la anamnesis de que la madre refiere de que la niña le contó, en ese momento él estaba presente, independiente de cómo lo hubiese redactado; que no es posible relatar una conversación que no se ha hecho como primera persona, ya que no es un hecho que le están contando directamente.

Sobre este testimonio donde el galeno FABIÁN DE JESÚS HINCAPIÉ explica los hallazgos encontrados, como consecuencia del reconocimiento médico legal realizado a la menor presunta víctima, permite advertir para esta Corporación que no se observan lesiones a nivel genital y que observa el himen de la menor esta íntegro, sin descartar los tocamientos; además de no precisarse el tiempo, modo y lugar en que ocurrieron los hechos, pues si bien se habla de unos tocamientos, algunos de ellos con los dedos del acusado, no se dice más sobre el presunto abuso sexual en contra de la menor E.D.P.C.

Ahora bien, no entiende la Sala cómo pretende la Fiscalía que se valore la anamnesis evocada por la niña E.D.P.C, si ni siquiera fue solicitada su declaración como prueba de referencia, toda vez que esta se negó a declarar en sede de juicio oral, haciendo uso del derecho que le asiste a guardar silencio, ante la garantía de no autoincriminación, en atención a la relación de parentesco con el acusado. Además, si bien se practicó valoración psicológica y análisis por psiquiatría forense, tales informes tampoco fueron introducidos en el plenario, de tal manera que

se permitiera realizar así una valoración en conjunto con la entrevista de la menor, a fin de afianzar *criterios de corroboración periféricos*, ante el evento de haberse solicitado dicha declaración como prueba de referencia admisible ante la no disponibilidad del testimonio de la menor, máxime que la madre tampoco declaró en sede de juicio oral.

En la vista pública se escuchó la declaración de la **psicóloga DIANA MARCELA CARDONA MONTOYA**, quien manifiesta haberse graduado como psicóloga y ser especialista en psicología clínica y salud mental. Indica que pertenece al equipo de la Defensoría de familia desde mayo del año 2013, adscrita al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, en donde trabaja con niños, niñas y adolescentes en situación de vulneración de derechos, profesión que viene desempeñando desde hace 6 años.

Señala que el motivo por el que fue convocada al estrado judicial se debe a una valoración psicológica que realizó en el 5 de diciembre de 2016 por un presunto delito de abuso sexual, quien para esa época desempeñaba sus labores en la defensoría de familia.

Sostiene que el procedimiento realizado para valorar a la menor E.D.P.C., consistió en utilizar *la observación directa*, que es básicamente observar las manifestaciones que de pronto afloran dentro de la intervención además de practicarle una entrevista semiestructurada; este tipo de entrevista no cuenta con un cuestionario, por lo que se inicia haciendo preguntas de acuerdo con el motivo de ingreso. Por lo tanto, de la entrevista realizada a la menor, ésta señaló que **“todo comenzó cuando todos los**

adultos estaban haciendo el almuerzo, mi abuelo, abuela, mi mamá, mi tío, tía, prima menor de 4 años. Nosotras estábamos jugando debajo de las cobijas en la cama. Él se me metió a la cama”. Cuando dice él se metió, yo puse entre paréntesis ¿quién? “el señor Ennuer, y me empezó a tocar, no recuerdo que me tocó, como yo no sentía nada él continuo; eso sucedió cuando yo estaba viviendo en Venezuela, cuando mi papá y mi mamá eran novios, esto ha pasado muchas veces, él me dice que, si yo no me duermo con él, él no me habla. Nos acostamos en el sofá cama, esto pasa cuando todos se duermen, me toca mis partes, la vagina y los pechos, me toca con la boca, con el pene, me toca la vagina; a mí me dolía y yo no quería, yo a él le decía, él me decía que aguantara, esto pasaba por ahí una media hora, yo luego me iba para mi cama a mi cuarto, yo me acostaba y me colocaba muy triste”. En ese momento la niña se torna avergonzada, angustiada, ruborizada y continúa afirmando que, “el domingo fue la última vez que esto me paso, yo estaba en la casa, todos se fueron para Rionegro mi tía, mi prima, mi mamá y mis hermanos, yo me quede porque no había plata para ir; ellos iban para la iglesia. Mi papá estaba en la casa, se quedó acostado en la cama, yo también estaba acostada en la misma cama y me empezó hacer lo mismo, luego me mandó a comprar una carne, unos frijoles para hacer el almuerzo; yo me quede con él hasta las 3 de la tarde. El lunes después de esto le conté a mi mamá porque ya estaba cansada de que me tocara”. Cabe anotar que al momento del relato la menor estaba en compañía de su progenitora quien compareció en calidad de representante legal.

Manifiesta la testigo que, en cuanto a los hallazgos clínicos, la menor contaba con un lenguaje fluido, espontáneo y cognoscitivo adecuado para su edad y para el grado de escolaridad, fue coherente en el lenguaje tanto verbal como corporal. Observó a una menor insegura, temerosa para emitir la información, hubo manifestaciones de llanto, angustia al relatar dichas situaciones vividas. En cuanto a la salud mental de esta menor no se encontró manifestación significativa, ni alteración en su estado de salud psicológica; empero, si manifestaciones emocionales que son producto también del relato emitido.

Precisa que se realizaron algunas recomendaciones como un proceso de intervención psicoterapéutica para la niña y el acompañamiento de la red de apoyo a la madre para aumentar factores protectores y disminuir situaciones de riesgo que afectaran su integridad física con base a que en la madre se observan sentimientos de confusión frente a la información que daba la niña; la madre estaba en embarazo de su cuarto hijo, no podía ella hacer otras labores para ingresar otros sustentos al hogar debido a su salud apremiante y para ese momento el presunto agresor era el principal proveedor económico del hogar y la principal figura masculina que se presentaba en la dinámica familiar.

Expresa la psicóloga que posterior a la verificación de derechos y un seguimiento al que se somete la familia, se encuentran situaciones que daban cuenta de la presencia del señor Ennuer. Por lo que en ese momento la Defensora de Familia decide ubicar a la menor en medida de protección en hogar sustituto.

En el contrainterrogatorio señala que ha realizado múltiples valoraciones psicológicas iniciales, siendo muchas las realizadas respecto de menores de edad por vulneración de derechos. Su experiencia en valoraciones es bastante, siendo complejo precisar el número de veces en que se ha realizado esta verificación de derechos.

Manifiesta la testigo que durante la entrevista no recuerda si la menor evadía el contacto visual, motivo por el cual la defensa solicita que lea lo que fue consignado en el acápite que cuenta sobre el análisis descriptivo de exploración psicológica del documento que se le puso de presente en el interrogatorio, esto, con el fin de impugnar credibilidad.

En cuanto a la introspección de la menor, precisa la psicóloga que realizó un análisis de las situaciones vividas y que es posible concluir la coherencia de la niña conforme a preguntas sencillas acorde a su edad y nivel educativo que se realizaron dentro del espacio de la atención como preguntas de la cotidianidad, de las actividades desde la familia. Conforme al protocolo empleado y mediante la observación directa resulta probable deducir la parte de la introspección, las consecuencias de los actos con las manifestaciones que afloraron durante la entrevista; por lo que en este caso el relato de la menor está ajustado a la realidad por la capacidad que tenía para evocar información y los datos que estaba suministrando para el momento de la valoración; se habla de que está ajustado a la realidad al momento de ser evaluada porque se le observa ubicaba en tiempo, lugar y espacio, indicando que en lo relatado se advierte el grado de certeza.

Con respecto al grado de confiabilidad que ofrece la entrevista realizada a la menor, refiere que a la menor no se le condicionó para que respondiera; se le pidió que relatara los hechos sin lugar a coacción. Declara la testigo que en la valoración inicial es posible concluir en una hora que un paciente tiene huella psicológica o afectación en estado mental por las manifestaciones emocionales que se pueden observar y dentro de la indagación que se realiza. En cuanto a las conclusiones devienen de lo que se trabajó en la verificación de estado y cumplimiento de derechos.

En el redirecto aduce la testigo que no incurrió en contradicciones y que efectivamente se equivocó, que la menor a la hora de narrar los hechos agachaba la cabeza, evadía el contacto visual, lo cual podía atener a características de vergüenza, timidez e inseguridad. Cuando se hace la indagación se toma el motivo de ingreso, pues se habla de la intimidad y el sano desarrollo integral generándose este tipo de reacciones.

Señala la testigo que las personas que pueden estar inmersas en un drama de abuso sexual, no siempre tienen un rendimiento académico bajo y que todas las personas tienen diferentes formas de reaccionar antes las mismas crisis o ante los mismos dramas y que la capacidad de recuperación es diferente. En cuanto a la sugerencia de iniciar un proceso psicoterapéutico, ello se hace por todas las manifestaciones que se estaban presentando en ese momento de la entrevista, debido a un posible abuso sexual; no se determinó por otro tipo de experticia, ya que el motivo específico por el que ingresó la niña era por la

situación de abuso sexual. Posterior a la verificación del estado y cumplimiento de derechos en medida de protección la niña fue ubicada en un hogar sustituto porque advertían situaciones de riesgo en la familia; y no registra ello en el informe, porque la ubicación de la menor fue posterior a la verificación.

Finalmente, en el recontradirecto, señala que si bien es cierto que se equivocó al indicar que hubo contacto visual por parte de la menor, ello no significa que se haya equivocado en los demás detalles respecto de la valoración que realizó a la menor. Y precisa que, el comportamiento de la menor era compatible con los indicadores de presunto abuso sexual, pues se requiere tener presente que dichos indicadores pueden ser de varios tipos: emocionales, conductuales y comportamentales. En cuanto a la entrevista que le practicó a la víctima, la misma fue semiestructurada, y consistió en consignar datos generales, escuchar el relato de los acontecimientos por parte de la afectada, sin que se ajuste a algún protocolo.

De acuerdo con el testimonio rendido en sede de juicio oral por la psicóloga DIANA MARCELA, quien realizó valoración psicológica a la menor E.D.P.C., encuentra la Sala que de la misma se pudo observar por la profesional condiciones de afectación por presunto abuso sexual, pues la menor le narró a través de entrevista semiestructurada las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrieron los hechos, señalando a su padre con el victimario y ahora acusado. No obstante, no puede pretenderse analizar dicha entrevista tomada en la valoración psicológica como prueba de referencia, cuando incluso la entrevista en mención no ingresó como prueba al

proceso en sede de juicio oral, de cara a contar con elementos periféricos de corroboración respecto a lo expuesto por la menor, máxime cuando la entrevista de ésta tampoco ingresó como prueba de referencia previendo el fenómeno de la retractación como lo avizoró la profesional en psicología, o el uso que en el caso en concreto realizó la presunta víctima de la garantía de no autoincriminación contemplada en el artículo 33 de la Constitución Política.

La Sala desconoce los motivos por los cuales la Fiscalía no solicitó la admisión de esa declaración anterior como prueba de referencia, pues ello nunca fue solicitado y mucho menos sustentado, toda vez que de los audios contentivos de las sesiones de juicio oral y de la foliatura del expediente, no se desprende que el informe rendido por los psicólogos llamados a declarar, la entrevista semiestructurada y menos la entrevista forense rendida previo al juicio oral por la menor E.D.P.C., fuese decretada e incorporada como prueba de referencia, de cara a otorgársele el valor probatorio en atención al principio *pro infans*³ y conforme en lo dispuesto en el artículo 206A del Código Penal; diferente al reconocimiento médico legal que expresamente se desprende de los audios, se introdujo como prueba y obra además en el expediente -pero dentro de un contexto integral en relación con dicha experticia médica-.

³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 20 de mayo de 2020 – Radicado SP934-2020 M.P. José Francisco Acuña Vizcaya.

“En primer término, por la vigencia del principio *pro infans*, de especial aplicación en atención a la corta edad de la víctima y la naturaleza de los delitos investigados, tal y como se destaca en la jurisprudencia atrás referida. Aunque el principal efecto de la aplicación de este principio es que el niño no sea presentado en el juicio oral, el mismo adquiere especial relevancia cuando el menor es llevado como testigo a este escenario, porque una decisión en tal sentido incrementa el riesgo de que sea nuevamente victimizado y, en consecuencia, obliga a los funcionarios judiciales a tomar los correctivos que sean necesarios para evitarlo.

El psicólogo CARLOS MARIO ZULUAGA CHICA, quien manifiesta ser psicólogo, especialista en psicología forense, igualmente ha contado con formación en criminalística y criminología en la Escuela de Cadetes General Santander y en la Escuela de Investigación Judicial y Ciencias Forenses de la Fiscalía. Refiere también haber recibido capacitación no formal por parte de la Embajada Americana y por parte de la Embajada Alemana en la parte de la documentación de los delitos contra la libertad integral sexual y delito violencia de género del conflicto armado en Colombia.

En la actualidad labora con el Cuerpo Técnico de Investigación -CTI-, institución a la cual pertenece hace 22 años, labora en la ciudad de Medellín, en el CAIVAS de San Diego en el Centro de Atención Integral a Víctimas de Abuso Sexual. Como experiencia laboral profesional inició en la Fiscalía General de la Nación desde el año 2003 en el segundo semestre, inició con la sala de atención a usuarios, en donde llegaban usuarios entre ellos víctimas de violencia intrafamiliar y algunos casos de violencia sexual.

Posteriormente, estuvo en la ciudad de Medellín en la Unidad de Justicia y Paz, donde laboraba en la parte de las declaraciones que hacían los postulados a Justicia y Paz en el apoyo a las víctimas. Después, fue asignado al CAIVAS en el 2010 en la ciudad de Medellín en el Centro de Atención Integral a Víctimas de Abuso Sexual donde igualmente se recibían entrevistas forenses a niños, niñas y adolescentes presuntos víctimas de delitos sexuales.

Agrega haber sido trasladado al municipio de Rionegro, Antioquia, también para atender niños, niñas y adolescentes presuntas víctimas de delitos sexuales y en algunos casos específicos apoyar a la misma Fiscalía con la Evaluación Psicológica Forense de algunas víctimas y/o indiciados.

Afirma conocer los motivos por los cuales fue convocado a juicio oral, esto es, por un reconocimiento médico legal practicado a la menor E.D.P.C. La entrevista forense se efectuó a solicitud de la Fiscalía de Rionegro con base a que se había generado una noticia criminal en la que al parecer una niña había sido víctima de abuso sexual. El procedimiento realizado para valorar a la menor es la observación directa, estudio de signos y síntomas que se dan mediante esa observación, una evaluación psicológica forense que permite establecer el estado mental de la persona evaluada antes, durante y después de esos hechos que se están investigando para determinar la coherencia. En este caso, en concreto, la menor gozaba de un adecuado lenguaje, contaba con un buen repertorio acorde para su edad, su discurso fue lógico en el que lograba concadenar de manera adecuada sus ideas, había un hilo conductor, ideas con plena claridad; no se observó ningún tipo de contaminación hacia la niña que denotara un relato inducido, ni algún tipo de capacidad histriónica donde estuviera como actuando. No se evidenció elementos fantasiosos.

Agrega que la entrevista forense cumplió con las formalidades de la Ley 1098, se solicitó apoyo a Bienestar Familiar, y se le pidió a la doctora Gloria Josefa Núñez Ramírez defensora de Familia que acompañara la diligencia; igualmente la menor acudió a las

instalaciones de Infancia y Adolescencia en compañía de la señora Gloria Elsy Álzate quien para esos momentos fungía como sustituta de la niña y una vez previo consentimiento informado se procedió a realizar la respectiva entrevista en Cámara Gesell. La menor señaló que **“desde que estaba en San Cristóbal – Venezuela empezó a ser víctima de unos actos sexuales”** señala de manera directa al señor Ennuer Pico de cometer conductas abusivas según la niña. Aunado a ello, refiere el profesional que la menor indicó que este señor, es decir, el procesado, **la tocaba con la mano en la vagina e igualmente en los senos, que en ocasiones ocurría sin ropa, estando desnuda ella y estando desnudo él y que en otra ocasión ocurría por sobre la ropa; igualmente narra la niña que el señor Ennuer Pico también la tocaba en la cola con el pene y hace la claridad de que en ocasiones ocurría por sobre la ropa y que otras ocasiones ocurría estando desnuda. Que ocurrió igualmente cuando estuvieron en Medellín y que finalmente ocurrió en el año 2016 en el municipio de El Santuario – Antioquia.** La niña refiere que un domingo cuando la mamá junto a sus hermanitos se fue para Rionegro a un culto religioso antes de la 7 am, ella quedó en el municipio El Santuario en la casa, en el inmueble donde residen, que quedó sola con el señor Ennuer Pico y que en efecto recibió tocamientos abusivos precisamente en sus partes íntimas; la niña igualmente refirió que esos hechos ya se los había contado a la mamá.

El especialista declara haber utilizado el protocolo forense SATAC, el cual se busca desarrollar a profundidad el tema de presunto abuso mediante la narrativa libre, en la que se emplean cinco etapas: (I) pretende establecer una simpatía entre el

menor para evaluar la capacidad que tiene en su repertorio, habilidad comunicativa. (II) el entrevistador habla acerca de la anatomía, determinando como se refiere el niño a las partes del cuerpo, si identifica o no las partes íntimas. (III) se indaga a la menor sobre los tocamientos dados, los tocamientos recibidos. (IV) se analizan las circunstancias de tiempo modo y lugar, acerca de donde ocurrieron esos presuntos hechos y el entrevistador va generando una postura respecto a una hipótesis; si esos hechos ocurrieron o no, o si no ocurrieron de esa manera; y en la última etapa que propone el protocolo es el cierre de la entrevista, agradeciéndole al entrevistado por querer compartir una conversación con una persona diferente a su entorno. Igualmente se tuvo en cuenta el método de observación.

Manifiesta que la niña logra diferenciar el concepto de verdad y de mentira y una vez acaba la entrevista se le pregunta si *¿lo expuesto anteriormente obedece a una verdad o a una mentira?* Esto con el fin de que la menor ratifique lo expuesto o por el contrario se retracte, o indique alguna variación. La menor contesta y es coherente su lenguaje verbal y su lenguaje corporal, y durante la entrevista hubo un contacto visual permanente con ésta. En las conclusiones se plasmó que al momento de la entrevista la niña se mostró tranquila, colaboradora, atenta y dispuesta con un discurso lógico; no se observó en la niña presencia de ideas delirantes que dieran a entender que la niña de pronto mentalmente no estaba en capacidad de efectuar un testimonio válido. Igualmente se dejó anotación de que se observó una coherencia interna que alude a un desarrollo hilado de ideas. y una coherencia externa, que

refiere a que lo narrado por esa niña efectivamente concuerda con cada una de las partes de la historia.

Para refrescar memoria en el testigo sobre el comportamiento de la menor en la entrevista, se le pone de presente el informe que realizó, en el que indica que se mostraba temerosa puntualmente; aclarando el testigo que, realizó dicha nota, al avizorar que al futuro podía operar el fenómeno de la retractación de la menor. E indica que dicho fenómeno se presenta cuando esa niña o ese adolescente está sometido a una estigmatización que sucede mucho en Colombia cuando en el niño se descarga de manera absurda y descarada la responsabilidad de la ruptura que se genera desde lo afectivo, entrando el menor a retractarse.

Dice conforme a su conocimiento que, inicialmente es normal encontrar una negación, que la mayoría de los niños no lo revelan así de una, sino que hay un silencio, hay una negación precisamente de lo que ocurrió, después hay una revelación tentativa en donde el niño trata de buscar en quien descargarse emocionalmente esa información que le lastima; viene otra etapa, la de acomodación, porque el niño lo que hace con esa información es dejarla, es guardarla como una postura de defensa ante el dolor. Luego entonces viene una revelación tardía y conflictiva, pues ese niño no quiere por lo general que le pase lo mismo a su hermanito pequeño o a otro menor, y ya una última fase o etapa que es la de la retractación.

En el contrainterrogatorio señala que el rol que cumplió en la entrevista fue como policía judicial, sin embargo, que como psicólogo no puede desprenderse de sus conocimientos, su

formación profesional, en este caso es como psicólogo y policía judicial. Declara que su cargo como funcionario de la Fiscalía es de técnico investigador, que en dicha entidad no existe el cargo de psicólogo; sin embargo, utiliza su conocimiento de psicología para realizar la entrevista. Que firma el informe como servidor y aparece como psicólogo, especialista en psicología forense. Y aclara que la Ley 1652 de 2013 hace alusión a la entrevista forense y que esta Ley procura que el abordaje del niño sea realizado por parte de personal especializado. Si mal no recuerda, la orden de la entrevista fue girada por parte de la Fiscalía Seccional del Santuario.

Manifiesta el testigo que el informe que rindió fue de una entrevista que realizó a la menor presunta víctima conforme al protocolo forense internacional, aplicando además los parámetros exigidos para la misma, y que actuó como psicólogo y policía judicial. Indica que con la entrevista se busca establecer circunstancias de tiempo, modo y lugar de acuerdo al protocolo e igualmente de acuerdo al artículo 206 de la Ley 906, que le exige no solo al psicólogo, le exige al investigador, al policía judicial que entreviste, que deje atenta nota de todo lo que observe en el entrevistado, que fue lo que se hizo para el caso en concreto. El testigo manifiesta que la Ley 1652 va dirigida a investigadores con capacitación especial habilitando a los psicólogos para hacer el tipo de entrevista que se le realizó a la menor afectada.

Refiere que la coherencia de una persona se evalúa respecto a tres situaciones, esto es, si se está hablando de un pensamiento lógico, de un pensamiento prelógico o ilógico. Igualmente, el

pensamiento también se puede valorar conforme al curso; si el curso del pensamiento, maneja un hilo conductor o no, si hay una coherencia, consistencia en el desarrollo de esas ideas e igualmente el pensamiento desde lo psicológico se evalúa en cuanto a su contenido, si en el pensamiento de esa persona existen o no ideas de tipo delirante, alucinaciones o ideas de auto referencia, ya que en esa parte de los pensamientos es donde se logra establecer que existe una coherencia, un hilo conductor del relato.

Ahora bien, para realizar este informe de entrevista forense se utilizaron los conocimientos de psicología, en ningún momento se empleó algún test que le permitiera concluir, determinando que dicha conclusión se da en términos de probabilidad. Reiterando que las conclusiones se circunscriben a lo observado y se puede concluir desde lo metodológico. Aunado a ello, señala que para el caso en concreto empleó el método de observación directa plasmado en el manual de entrevista del DSM-IV y que en absoluto hace alusión al tiempo de duración de la entrevista, que es posible hacer una valoración de las condiciones mentales de una persona con quien haya tenido algún tipo de intervención. Y aclara que se habla de una evaluación completa porque se requiere de otros documentos que puedan darle un asiento obviamente más completo; empero si se habla desde la entrevista, se hace desde lo que se vio en la misma.

Recalca que la Ley 1652 de 2013 limita la entrevista para efectos de no revictimizar, para este caso en concreto, una cosa es la entrevista forense; pero si ya las actividades de campo y de corroboración se supone existen en otro equipo, estos deben encargarse de eso, pues no todo debe descargarse en la

entrevista forense reiterando que las conclusiones emergen de lo visto en la entrevista.

En el redirecto argumenta que al realizar la labor de investigación, también aplica sus conocimientos como psicólogo con base a la Ley 1090 de 1996, pues cuando un psicólogo interviene con un ser humano, se pide de ese psicólogo una total humanización, que informe o que reporte a lo que haya lugar; efectivamente se observó en la menor síntomas compatibles con los hechos conforme a lo que se observó en la entrevista y el motivo de ingreso de la víctima que fue por un presunto abuso sexual, efectivamente se puede ver que estaba el ciclo del abuso presente en la niña. No se detecta en la niña un relato implantado, ya que durante la entrevista se mantuvo una conexión visual, la impúber tenía un lenguaje espontáneo, tranquilo, con ideas argumentadas. No se usó ningún tipo de test porque obviamente no corresponde al caso usar un test; en el desarrollo de ese lenguaje verbal y no verbal hubo una total conexión con la menor, una total coherencia y transparencia, espontaneidad e ideas conexas, no habiendo fantasía en la entrevista.

Señala el deponente que en la entrevista que realizó a la menor afectada, observó que estaba precisamente todo el ciclo que se genera en las víctimas de abuso sexual, por lo que sugiere un proceso clínico psicológico, debido al temor que había en la impúber de que de pronto la fueran a desligar de manera permanente de la mamá.

De acuerdo con el testimonio rendido por el psicólogo CARLOS MARIO ZULUAGA CHICA, quien al momento de su acreditación en la audiencia manifestó haber realizado a la presunta víctima la *entrevista forense*, y logra observar en la menor el mismo ciclo de afectación que se genera en las víctimas de abuso sexual; se encuentra este testimonio huérfano al no haberse incorporado la entrevista de la menor a fin de ser valorada con el testimonio del psicólogo, pues se desconoce el porqué de la Fiscalía no solicitó la admisión de la entrevista de la menor víctima ante la no disponibilidad jurídica de aquella en la audiencia de juicio oral.

En ese sentido, ha sido clara la Jurisprudencia de la Alta Corporación en la Sentencia de Casación del 28 de octubre de 2020 radicado SP4485-2020 (56638), M.P. EYDER PATIÑO CABRERA, al evocar que la incorporación de la declaración de la menor víctima debe cumplir una serie de requisitos, entre ellos, solicitar que la misma se decrete como prueba de referencia manifestando concretamente la *indisponibilidad jurídica* del testigo, veamos lo puntualizado por la jurisprudencia:

(...)

“Las declaraciones de los menores víctimas de delitos sexuales. Su incorporación como prueba de referencia y la imposibilidad de soportar el fallo únicamente en pruebas de esa naturaleza

7. Con independencia del delito del que se trate, la Fiscalía tiene la obligación de incorporar al juicio todas las pruebas orientadas a sacar adelante su teoría del caso. De allí que la Sala ha sido consistente en sostener que, cuando la víctima es un menor de edad, el delegado del ente acusador cuenta con diversas posibilidades para llevar al conocimiento del juez su declaración, ya sea como: (i) prueba anticipada, (ii) la declaración anterior como prueba de referencia o (iii) testigo en el juicio (cfr. CSJ SP2709-2018,

rad. 50637). Así lo reiteró en la sentencia CSJ SP934-2020, rad. 52045:

2.1 La Fiscalía General de la Nación tiene la obligación positiva, derivada del artículo 250 Superior, de «adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito que lleguen a su conocimiento» (con excepción de los eventos en que tiene cabida el principio de oportunidad), y en el curso de tales investigaciones, la de obrar diligentemente en el cumplimiento y ejercicio de los deberes y facultades establecidos en el precepto constitucional citado, a efectos de lograr que sus postulaciones salgan avantes en los asuntos que somete al conocimiento de los jueces.

Tratándose de casos de delitos sexuales cometidos contra menores de edad, la Fiscalía, además de esas obligaciones generales pertinentes al cumplimiento de sus funciones legales y constitucionales, está vinculada por el denominado principio pro infans, el cual, como lo ha señalado la Corte Constitucional, le impone «exigencias reforzadas de diligencia» conforme las cuales debe «ejecutar todos los esfuerzos investigativos necesarios para materializar los derechos fundamentales de los menores víctimas en el marco del proceso, especialmente sus derechos a la verdad, la justicia y la reparación, y las garantía de no repetición».

En esa misma línea, el orden jurídico ha avanzado en la precisión de los derechos y garantías debidas a los niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos sexuales. En particular, la Ley 1653 de 2013 contempla medidas orientadas a que, en el curso de los procesos penales que se adelanten con ocasión de tales ilícitos, se evite su revictimización, la cual puede seguirse de su participación como testigos en los juicios criminales. Incluso desde antes de la promulgación de esa normatividad, la Sala había propendido porque en procesos de tal naturaleza se adoptaran las medidas posibles para evitar el sometimiento de los menores víctimas a las afectaciones que puede conllevar su participación en diligencias judiciales.

De ahí que, en casos como el presente, se hace necesaria la articulación de los deberes especiales de la Fiscalía y los derechos de los menores víctimas, pero desde luego, sin perder de vista el respeto de las garantías que le asisten a toda persona procesada con independencia del delito que se le atribuya. Así, «... la armonización de los derechos del acusado y los de los menores que comparecen en calidad de víctimas de delitos sexuales se ha caracterizado por lo siguiente: (i) evitar que los menores presuntas víctimas de delitos sexuales sean objeto de victimización secundaria; (ii) garantizar, en la mayor proporción posible, los derechos del procesado; (iii) limitar el valor probatorio de las declaraciones frente a las que el acusado no tuvo la oportunidad de ejercer el derecho a la confrontación, (iv) limitar la posibilidad del acusado de estar frente a frente con el testigo (menor) pero brindarle herramientas para que pueda ejercer el contra interrogatorio, (v) la utilización de la grabación de la declaración como una forma de preservar el testimonio y garantizar la defensa, y (vi) cuando deba anticiparse la declaración del menor, debe garantizarse en la mayor proporción posible los derechos del procesado, sin perjuicio de las medidas necesarias para evitar que el menor sea objeto de victimización secundaria».

2.2 Según lo ha aclarado repetidamente esta Corporación y lo reconoció recientemente la Corte Constitucional, la regulación procesal penal confiere a la Fiscalía varias herramientas para que la versión de los menores ofendidos (que muchas veces constituye la única fuente de información indicativa de la ocurrencia de tales conductas punibles) pueda ser utilizada como prueba, con miras a lograr la condena de los responsables por su comisión, materializando, en la mayor medida posible, los derechos de las víctimas y, a la vez, sin restringir irrazonablemente la garantías defensivas de contradicción y confrontación.

(i) En primer lugar, tiene la posibilidad de asegurar el testimonio de la víctima como prueba anticipada, según lo previsto en el artículo 274 de la Ley 906 de 2004:

«Frente a los menores de edad que comparecen a la actuación penal en calidad de víctimas o testigos, desde ahora cabe resaltar que si la finalidad principal de la prueba anticipada es evitar la pérdida o alteración del medio probatorio, su procedencia en este tipo de casos es evidente, no sólo porque la práctica de varios interrogatorios puede dar lugar a la victimización secundaria, sino además porque el medio de conocimiento podría verse afectado en la medida en que el menor “haya iniciado un proceso de superación del episodio traumático, porque su corta edad y el paso del tiempo le impidan recordar, por las presiones propias del escenario judicial (así se tomen las medidas dispuestas en la ley para aminorarlo), por lo inconveniente que puede resultar un nuevo interrogatorio exhaustivo (de ahí la tendencia a que sólo declare una vez), entre otras razones” (CSJ SP, 28 Oct. 2015, Rad. 44056).

La práctica de prueba anticipada no es incompatible con las medidas establecidas en las leyes 1098 de 2006 y 1652 de 2013 para proteger a los niños durante los interrogatorios. Es más, resulta razonable pensar que la intervención de un juez es garantía de que el procedimiento se llevará a cabo con pleno respeto de los derechos del menor.

De otro lado, en este tipo de casos la prueba anticipada puede reportar beneficios importantes, en cuanto: (i) si se le da a la defensa la posibilidad de ejercer la confrontación, con los límites necesarios para proteger la integridad del niño, la declaración no tendrá el carácter de prueba de referencia y, en consecuencia, no estará sometida a la limitación de que trata el artículo 381 de la Ley 906 de 2004; (ii) la intervención del juez dota de solemnidad el acto y, además, permite resolver las controversias que se susciten sobre la forma del interrogatorio; (iii) la existencia de un registro judicial adecuado le permitirá al juez conocer de manera fidedigna las respuestas del testigo menor de edad, así como la forma de las preguntas y, en general, todos los aspectos que pueden resultar relevantes para valorar el medio de conocimiento, y (iv) permite cumplir la obligación de garantizar en la mayor proporción posible la garantía judicial mínima consagrada en los artículos 8 y 14 de la CADH y el PIDCP, respectivamente, reglamentada en el ordenamiento interno en las normas rectoras 8, 15 y 16 de la Ley 906 de 2004 y en los artículos que regulan aspectos puntuales de la prueba testimonial. A lo anterior debe sumarse que la práctica de prueba anticipada no sólo constituye una forma de protección de los

derechos del acusado, sino además una forma de obtener medios de conocimiento más útiles para la toma de decisiones en el ámbito penal, lo que también favorece los intereses de las víctimas y el interés de la sociedad en una justicia pronta y eficaz». (ii) Cuenta también con la opción de llevar la versión de la víctima al juicio como prueba de referencia, incluso si aquélla es convocada como testigo al juicio:

«Tal y como se acaba de indicar, en la decisión CSJSP, 28 oct 2015, Rad. 44056 la Sala analizó la posibilidad de incorporar declaraciones anteriores del menor, a título de prueba de referencia, así la Fiscalía no haya hecho uso de la prueba anticipada o de otras herramientas para evitar la doble victimización del menor y, en consecuencia, haya optado por presentarlo como testigo en el juicio oral.

En esa oportunidad, la Sala analizó el caso de una niña de cuatro años que fue víctima de abuso sexual. Luego de analizar la jurisprudencia de la Corte Constitucional y de esta Corporación, dejó sentado que la incorporación de ese tipo de declaraciones es posible, así el testigo haya sido presentado en juicio (...).

A pesar de la tendencia proteccionista ampliamente desarrollada por la jurisprudencia en las sentencias atrás referidas, es posible que el niño víctima de abuso sexual sea presentado como testigo en el juicio oral, tal y como sucedió en el caso que ocupa la atención de la Sala. Ante situaciones como esta, cabe preguntarse si las declaraciones rendidas por el menor antes del juicio oral son admisibles como prueba para todos los efectos.

La Sala considera que sí, por las siguientes razones:

En primer término, por la vigencia del principio pro infans, de especial aplicación en atención a la corta edad de la víctima y la naturaleza de los delitos investigados, tal y como se destaca en la jurisprudencia atrás referida. Aunque el principal efecto de la aplicación de este principio es que el niño no sea presentado en el juicio oral, el mismo adquiere especial relevancia cuando el menor es llevado como testigo a este escenario, porque una decisión en tal sentido incrementa el riesgo de que sea nuevamente victimizado y, en consecuencia, obliga a los funcionarios judiciales a tomar los correctivos que sean necesarios para evitarlo.

Lo anterior por cuanto es posible que para el momento del juicio oral el niño no esté en capacidad de entregar un relato completo de los hechos, bien porque haya iniciado un proceso de superación del episodio traumático, porque su corta edad y el paso del tiempo le impidan recordar, por las presiones propias del escenario judicial (así se tomen las medidas dispuestas en la ley para aminorarlo), por lo inconveniente que puede resultar un nuevo interrogatorio exhaustivo (de ahí la tendencia a que sólo declare una vez), entre otras razones. Todo esto hace que su disponibilidad como testigo sea relativa, razón de más para concluir que las declaraciones rendidas antes del juicio son admisibles bajo los requisitos y limitaciones propios de la prueba de referencia. Lo contrario sería aceptar que el niño víctima de abuso sexual, presentado como testigo en el juicio oral (en contravía de la tendencia proteccionista ya referida), esté en una situación desventajosa frente a otras víctimas que, en atención a su edad y a la

naturaleza del delito, fueron interrogados una sola vez, generalmente poco tiempo después de ocurridos los hechos, y su declaración fue presentada como prueba de referencia, precisamente para evitar que fueran nuevamente victimizados.

Por lo tanto, la Sala concluye que las declaraciones rendidas por fuera del juicio oral por un niño víctima de abuso sexual, son admisibles como prueba, así el menor sea presentado como testigo en este escenario».

(iii) Por último, la acusación puede optar (idealmente como mecanismo excepcional, según quedó visto, para minimizar el riesgo de revictimización secundaria) por comunicar la narración del menor ofendido a través de la práctica de su testimonio en el juicio oral. Y si en la vista pública sucede que aquél se retracta de los señalamientos incriminatorios que previamente pudo elevar contra la persona investigada, se activa la posibilidad de incorporar su manifestaciones previas como testimonio adjunto.

2.3 Es una facultad de la Fiscalía elegir cuál de los mecanismos referenciados utilizará para llevar al Juez el conocimiento de los hechos y, particularmente de la narración de la persona ofendida. Para tal fin, el funcionario, en la estructuración del caso y de su estrategia de litigio, debe considerar las variables que puedan incidir en la probabilidad de éxito de la pretensión acusatoria, entre ellas, (i) las circunstancias particulares de la víctima y la mayor o menor probabilidad de su revictimización en caso de concurrir al juicio; (ii) la existencia de pruebas, distintas de la narración del ofendido, que puedan demostrar su teoría del caso; (iii) la previsibilidad de que la víctima se retracte de su dicho en la vista pública.

8. Si la Fiscalía resuelve llevar la declaración del menor víctima como prueba de referencia, debe sujetarse a las reglas de procedencia e incorporación ampliamente desarrolladas por la jurisprudencia (CSJ SP14844-2015, rad. 44056) y no desatender la prohibición del artículo 381 del Código de Procedimiento Penal de 2004.

9. De acuerdo con lo previsto en el artículo 437 de la Ley 906 de 2004, la prueba de referencia es toda declaración realizada por fuera del juicio oral, que es utilizada para probar o excluir uno o varios elementos del delito, el grado de intervención en el mismo, las circunstancias de atenuación o agravación punitivas, la naturaleza y extensión del daño irrogado y cualquier otro aspecto sustancial objeto de debate cuando no sea posible practicarla en el juicio.

La Sala, al señalar sus particularidades, ha destacado que debe tratarse de una declaración rendida por fuera del juicio oral, que se utilice o pretenda usar como medio de prueba y que el deponente no esté disponible para testificar en juicio (cfr. CSJ, SP14844-2015, rad 44056 y CSJ AP, 30 sep. 2015, rad. 46153).

Su admisibilidad es excepcional, pues únicamente tiene cabida en los casos descritos en el precepto 438 ibidem y, justamente, uno de ellos es cuando, al tenor del literal e), el declarante sea menor de dieciocho (18) años y víctima de los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales tipificados en el Título IV del Código Penal.

No obstante, ella debe ingresar al juicio respetando todas las garantías procesales y con plena observancia del procedimiento para el efecto, como su oportuno descubrimiento, la indicación de pertinencia, la acreditación de su excepcionalidad y la manifestación de los medios a través de los cuales se demostrará la existencia y contenido de la declaración anterior (CSJ SP14844 rad. 44056).

10. Al tenor de lo dispuesto en el artículo 381 del Código de Procedimiento Penal, la sentencia condenatoria «no podrá fundamentarse exclusivamente en pruebas de referencia». De allí que, en casos de delitos sexuales, en los que normalmente solo se cuenta con la versión del menor víctima y en ciertas ocasiones no es posible que acuda al juicio o, estando allí, puede no ser testigo disponible, la jurisprudencia ha sostenido la necesidad de que la Fiscalía, para superar esa restricción, lleve a la vista pública una prueba complementaria que «permita: (i) alcanzar los estándares de conocimiento requeridos para dictar un fallo de responsabilidad, y (ii) superar la prohibición consagrada en el artículo 381, inciso segundo, de estatuto procesal penal». (cfr. CSJ SP3274-2020, rad. 50587).

(...)"

De acuerdo a los anteriores presupuestos de la jurisprudencia, se observa que la Fiscalía no cumplió con esa carga argumentativa de solicitar la admisión excepcional como prueba de referencia de la entrevista forense de la menor presuntamente afectada, toda vez que la Judicatura y esta Corporación en segunda instancia no pueden suponer la intencionalidad probatoria del sujeto procesal y, mucho menos, darle el valor o peso a un elemento material probatorio como prueba de referencia cuando la Fiscalía no agotó su petición y procedimiento para

que la entrevista hubiese sido decretada con ese fin conforme al procedimiento de formación de la prueba, máxime que tampoco solicitó se ingresara como prueba la entrevista forense al proceso, con el fin de ser valorada por el Juez de Primera Instancia como elemento de corroboración.

Si bien si observa del testimonio del profesional en psicología que la menor indicó quien es su victimario, esto es, el señor ENNUER HANNUER PICO GARCÍA, las partes de su cuerpo que eran violentadas y el lugar de los hechos; no se cuenta con la entrevista forense como prueba, de cara a verificar lo plasmado en el informe suscrito por el deponente como base de opinión pericial, pues de pretender hacerlo de oficio atentaría contra los principios de producción de la prueba.

Es por ello que, del conjunto de testimonios de referencia practicados en el juicio oral y dada la incipiente prueba de corroboración, no es posible por esta Corporación realizar un juicio de reproche jurídico penal, máxime se reitera cuando la entrevista forense de la menor E.D.P.C. no fue solicitada y decretada con el cumplimiento de sus requisitos como prueba de referencia, ni siquiera sus familiares cercanos como su madre declararon en el juicio oral al hacer uso de la inmunidad penal para no declarar en contra de sus familiares.

Para finalizar, si bien el argumento central del recurso elevado por la fiscalía gravito en el sentido de no aceptar la garantía de no autoincriminación consagrado en el artículo 33 de la Constitución Política, pues de ser así, se está fortaleciendo un círculo de violencia al interior de la familia, a la cual se está permitiendo el

regreso del agresor, máxime que en declaraciones iniciales la madre de la víctima señaló que una vez se enteró de lo ocurrido procedió a denunciarlo ante las autoridades, y a separar a su hija del victimario.

Se recordará, entonces, que Claudia Marcela Cataño Betancur, en su doble condición de víctima y denunciante de los hechos, se presentó a la audiencia de juicio oral y público. Después de ser advertida por el juez, conforme al artículo 385 de la Ley 906 de 2004, de su derecho a no declarar por ser el acusado su esposo, manifestó que no estaba interesada en hacerlo, haciendo uso de aquella prerrogativa constitucional.

Para la Corporación, de acogerse el planteamiento de la apelante se estaría incurriendo un juicio ilógico, al desproteger múltiples derechos de las víctimas (a no declarar en contra de sus parientes), con el pretexto de proteger un derecho (acceso a la administración de justicia, verdad material, autonomía de la voluntad, etc) que ha invocado por las supuestas presiones de que ha sido objeto por parte del procesado. Ello, sin duda, podría dar lugar a una nueva victimización en el ámbito judicial, totalmente ajena a las obligaciones contraídas por Colombia en materia de erradicación de toda forma de violencia en contra de las mujeres.

Sobre el particular la Corte Constitucional en la sentencia T-321 de 2017, insistió:

El artículo 33 de la Constitución consagra el principio de no autoincriminación al establecer que “nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo o contra su

cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil". Al respecto, la Corte Constitucional ha explicado que dicho precepto superior reconoce dos garantías claramente diferenciables, a saber:

La garantía de no autoincriminación que es un componente esencial del derecho de defensa, en tanto protege a la persona cuya responsabilidad jurídica se intenta determinar de la posibilidad de ser obligado o coaccionado para declarar contra sí mismo; y
(ii) La garantía de no incriminación del cónyuge, compañero permanente y parientes cercanos que persigue salvaguardar el vínculo entre el autor o cómplice del hecho punible y sus familiares⁴.

En relación con la garantía de no incriminación de los parientes próximos, este Tribunal ha explicado que tiene como fundamento la protección de los lazos de amor, afecto y solidaridad, y en general, el respeto a la autonomía y la unidad de la institución de la familia.

En concreto, la Corte ha expresado que dicha prerrogativa blinda la institución familiar como tal, en la medida en que "el establecimiento de un deber de declarar en contra del cónyuge, compañero o pariente que ha cometido o participado en un hecho punible, generaría un clima de desconfianza entre los miembros de la familia, por el peligro latente de que los asuntos que se conocen en la intimidad sean sometidos al escrutinio público, todo lo cual terminaría por debilitar los vínculos entre ellos y por desestabilizar la familia".

En torno al alcance de la garantía de no incriminación de familiares próximos, este Tribunal ha manifestado que:
(i) Se concreta en prohibición absoluta a las autoridades públicas de forzar declaraciones, ya sea por vías directas o por medios indirectos, de las personas en contra de su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil.
(ii) Resulta inconstitucional establecer sanciones u otras consecuencias adversas para quien se abstiene de

declarar en contra de una persona que se encuentre dentro de los grados de parentesco mencionados, pues estas pueden constituirse como formas de presión para obtener una declaración.

(iii) Comprende cualquier tipo de declaración, como la denuncia, la rendición de testimonios o las manifestaciones juramentadas ante notario o ante funcionario judicial

A la sazón de lo referenciado, no existe atisbo de duda en afirmar que una persona no puede ser obligada a declarar en contra de un familiar- en los términos indicados por la ley -en procesos seguidos por delitos cometidos en contra de terceros. Incluso, si su testimonio es necesario para investigar delitos graves⁵. Aun en estos eventos, prima el derecho previsto expresamente en la Constitución, tal como lo dejó sentado el máximo órgano de la Jurisdicción Constitucional.

También, siguiendo la jurisprudencia al alto tribunal Constitucional el Estado no puede obtener la declaración del testigo amparado por el privilegio, a través de presiones directas o indirectas. Conjuntamente con lo ya expresado, no quedó demostrado en el plenario que sobre sobre la ciudadana Cataño Betancur existían amenazas u otras presiones ilegales expresamente orientadas a que no declarara en el juicio.

Con fundamento en los anteriores argumentos y, ante la deficiente actuación de la Fiscalía en el recaudo de las pruebas para demostrar más allá de toda duda su pretensión punitiva, todo se quedó en una mera intencionalidad o quimera, pues no se demostró con certeza las circunstancias de tiempo, modo y lugar de la consumación del CONCURSO HOMOGÉNEO

⁵ C-848 de 2014. Corte Constitucional.

SUCESIVO DE ACTOS SEXUALES EN MENOR DE 14 AÑOS AGRAVADO donde resultara víctima la niña E.D.P.C., pues no se contó con pruebas directas y/o pruebas suficientes de corroboración que permitieran a la Sala concluir que la Fiscalía cumplió con un estándar mínimo de prueba para emitir un fallo condenatorio.

En ese orden, al no haberse superado con la prueba ofrecida por la Fiscalía la barrera de la tarifa legal negativa dispuesta en el artículo 381 del C.P.P.⁶, **SE CONFIRMARÁ** la sentencia absolutoria emitida el 29 de mayo de 2019 por el Juzgado Penal del Circuito de El Santuario- Antioquia.

Debiendo aclarar esta Corporación, conforme lo ha sustentado a lo largo de la presente decisión judicial, que la confirmación de la sentencia de primera instancia no obedece a los argumentos expuestos por el Juez de Primera Instancia, en cuanto al derecho de la presunta víctima y su progenitora de la garantía de no autoincriminación prevista en el artículo 33 de la Constitución Política; sino ante la deficiente prueba allegada por la Fiscalía al proceso, que no le permiten a la Sala disponer del relato de la menor afectada, y segundo, no se cuenta con suficientes elementos de corroboración periférica para emitir una decisión de carácter condenatoria.

Además, resulta necesario para la Sala advertir, que contrario a la postura adoptada por el Juez de Primera Instancia al no permitir la incorporación de los informes base de opinión pericial;

⁶ La jurisprudencia ha sostenido la necesidad de que la Fiscalía, para superar esa restricción, lleve a la vista pública una prueba complementaria que «permita: (i) alcanzar los estándares de conocimiento requeridos para dictar un fallo de responsabilidad, y (ii) superar la prohibición consagrada en el artículo 381, inciso segundo, de estatuto procesal penal». (cfr. CSJ SP3274-2020, rad. 50587).

debe destacarse que la convocatoria del perito en el juicio oral a suministrar su testimonio integra además su informe base de opinión pericial, al ser este el tema abordado en el interrogatorio y contrainterrogatorio, y su valoración por el juzgador no estriba únicamente en su testimonio sino también en el informe de base de opinión pericial que fue objeto de traslado previo al juicio oral. Pues conforme lo señala el artículo 415 del Código de Procedimiento Penal, *“toda declaración de perito deberá estar presidida del respectivo informe que rindió el mismo”*.

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

6. RESUELVE

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

SEGUNDO: Contra la sentencia procede el recurso de casación para los intervinientes.

TERCERO: Ejecutoriada la presente decisión devuélvase el expediente al juzgado de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

**NANCY ÁVILA DE MIRANDA
MAGISTRADA**

**GUERTHY ACEVEDO ROMERO
MAGISTRADA**

**PLINIO MENDIETA PACHECO
MAGISTRADO**

**ALEXIS TOBON NARANJO
SECRETARIO**

Firmado Por:

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

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

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

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

Código de verificación:
**575fcdbdaa0711bd3c60d6cd9ac06ef482d0eb7a7fd611602bacf3
574ad145b7**

Documento generado en 09/02/2022 04:37:51 PM

**Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la
siguiente URL:**

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

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA DE DECISIÓN PENAL

Radicado	2022-0103-3
CUI	11001220400020220032200
Accionante	Jhon Freyder Arias Espinoza
Accionados	Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Antioquia
Asunto	Tutela de Primera Instancia
Decisión	Concede

Medellín, nueve (09) de febrero de dos mil veintidós (2022)

Aprobada mediante Acta N° 037 de la fecha

ASUNTO

Resuelve la Sala, en primera instancia, la acción de tutela propuesta por **Miguel Ángel Murillo González**, en contra del **Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Antioquia**, por la presunta vulneración de su derecho fundamental de petición y debido proceso.

FUNDAMENTOS DE LA PETICIÓN

Relató el demandante¹ que, el 31 de diciembre de 2021, el Juzgado 28 de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Bogotá, ofició al juzgado accionado con el fin de obtener información y documentación que de cuenta si el accionante estuvo privado de la libertad al comienzo del proceso, empero, a la fecha de presentación de la demanda de tutela el juzgado de conocimiento no ha dado ninguna respuesta.

Por lo anterior, considera que se está vulnerando su derecho fundamental de petición y requiere además de su protección, orden para que el juzgado demandado envíe toda la documentación solicitada en múltiples oportunidades por parte del juzgado ejecutor.

¹ Folios 8 a 11, expediente digital de tutela.

TRÁMITE

Mediante auto adiado el 28 de enero de 2022², se dispuso asumir la demanda y vincular al **Centro de Servicios Administrativos de los Juzgados Penales del Circuito Especializados de Antioquia**, al **Juzgado 28 de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Bogotá**, al **Centro de Servicios Administrativos de los Juzgados de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Bogotá** y al **Establecimiento Penitenciario y Carcelario La Picota**, por encontrarse necesaria su participación en el trámite tutelar, por lo que se les corrió traslado del escrito tutelar para que pudieran ejercer efectivamente sus derechos de defensa y contradicción.

RESPUESTAS

El 1 de febrero hogaño³, el titular del **Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Antioquia**, al descorrer el traslado de la demanda de tutela expuso que, mediante el oficio 014 del mismo 1 de febrero que avanza, dio respuesta a la solicitud del juzgado ejecutor de Bogotá, remitiendo copia del acta de la audiencia realizada el 27 de agosto de 2008, dentro del proceso penal CUI 110016000000200800568, mediante la cual el Juzgado Treinta y cuatro Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Bogotá. Precisó que solamente hasta el 31 de enero de 2022, el **Centro de Servicios Administrativo de los Juzgados Penales del Circuito Especializados de Antioquia** desarchivó las diligencias.

Por su parte, el 2 de febrero que avanza⁴, la titular del **Juzgado 28 de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Bogotá**, al descorrer el traslado de la demanda de tutela confirmó que, el juzgado accionado, había remitido copia de los audios correspondientes a la audiencia de legalización de captura del accionante adiada el 27 de agosto de 2008, pero no informó o allegó piezas procesales que den cuenta de la fecha en que el gestor recobró la libertad por cuenta del proceso penal 110016000000200800568 o se evadió en los albores del caso.

Por lo tanto, tuvo que hacerse un nuevo requerimiento al juzgado accionado mediante oficio No. 014-2022-J de 2 de febrero de 2022.

² Folios 19 y 20, ibídem.

³ Folios 55 a 61, ibídem.

⁴ Folio 24 y 25, ibídem.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia

De conformidad con lo preceptuado en el artículo 86 de la Constitución Política, 37 del Decreto 2591 de 1991 y 1° del Decreto 1983 de 2017, es competente esta Sala para proferir fallo de primera instancia dentro de la presente acción de tutela.

El artículo 86 de la Constitución Política consagra la acción de tutela, cuya razón de ser no es otra que la de conceder a toda persona un procedimiento preferente y sumario para reclamar ante los jueces de la República, la protección inmediata, en cualquier tiempo y lugar, de sus derechos fundamentales, cuando considere que han sido violados o se encuentren amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública siempre que el afectado no cuente con otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice transitoriamente para evitar un perjuicio irremediable. En un Estado social de derecho la protección de tales garantías debe ser real y material, a ello apunta la tutela.

2. Problema jurídico

En esta oportunidad, corresponde a la Sala determinar si en la presente acción constitucional se cumplen los requisitos de procedencia. En caso de que así sea, posteriormente, se deberá establecer si en el caso en revisión, el extremo pasivo, vulneró el derecho fundamental invocado por la parte actora del libelo.

1. Análisis de procedencia de la acción de tutela

En el caso concreto, **Jhon Freyder Arias Espinoza**, reclama la protección de su derecho fundamental de petición, en tanto, manifestó que el **Juzgado 28 de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Bogotá**, ha requerido al **Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Antioquia**, con el fin de establecer si el promotor estuvo privado de la libertad en los inicios del proceso penal CUI 110016000000200800568, por lo que la ausencia de respuesta, necesariamente legítima por activa al peticionario, pues la falta de certeza de aquel dato impide resolver solicitudes de fondo, por lo que podría estar en vilo tanto derecho fundamental al acceso a la administración de justicia como de la libertad en caso de tener derecho a beneficios o subrogados.

De otro lado, se evidencia la legitimación por pasiva del **Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Antioquia**, comoquiera que se acreditó con su respuesta al trámite de tutela⁵, que tenía pendiente por responder, solicitud proveniente del **Juzgado 28 de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Bogotá**, por lo tanto, al ser el juzgado encargado de dar respuesta a lo requerido, le asiste interés para concurrir al presente trámite por pasiva.

En cuanto al requisito de inmediatez, teniendo en cuenta que el juzgado executor ha requerido en diversas oportunidades al juzgado que conoció su causa, para establecer la fecha de la privación de la libertad, esto es, según afirmó al trámite de tutela, la primera vez el 16 de marzo y 31 de diciembre de 2021, reiterada el 29 de enero hogaño⁶, comoquiera que la acción de tutela fue admitida el 28 de enero del año en curso⁷, la ausencia de respuesta en la actualidad, mantendría la vulneración al derecho fundamental de petición como de acceso a la administración de justicia como se relacionó previamente, por lo tanto, dicho presupuesto se encuentra a salvo.

Ahora, frente a la subsidiariedad, en el caso bajo análisis, se tiene que la parte accionante deprecó el amparo constitucional, toda vez que alegó que, a pesar de existir sendos requerimientos para establecer la fecha de su privación de la libertad dentro del proceso CUI 110016000000200800568, en la actualidad no ha recibió respuesta de fondo.

En ese sentido, la Sala considera que se agota el requisito de subsidiariedad, pues el quejoso no cuenta con un mecanismo de protección de la garantía invocada, dado que en el ordenamiento jurídico no está consagrado un medio ordinario que le permita exigirle a la demandada, emitir una contestación de fondo a su requerimiento.

2. Caso concreto

Sea lo primero señalar que, en punto al deber de resolver de fondo las peticiones incoadas, la Corte Constitucional ha sido enfática en señalar:

*“La respuesta de fondo hace referencia al deber que tienen las autoridades y los particulares de responder materialmente a las peticiones realizadas. Según esta Corte, para que no se vulnere el derecho fundamental de petición, la respuesta debe observar las siguientes condiciones: a) **claridad**, esto es que la misma sea inteligible y que contenga argumentos de fácil comprensión; b) **precisión**, de manera que la respuesta atienda directamente a lo solicitado por el ciudadano y que se*

⁵ Folio 19, ibídem.

⁶ Folio 25, ibídem.

⁷ Folios 17 y 18, ibídem

excluya toda información impertinente y que conlleve a respuestas evasivas o elusivas; c) **congruencia**, que hace referencia a que la respuesta esté conforme con lo solicitado; y por último, d) **consecuencia en relación con el trámite dentro del cual la solicitud es presentada**, «de manera que, si la respuesta se produce con motivo de un derecho de petición elevado dentro de un procedimiento del que conoce la autoridad de la cual el interesado requiere la información, no basta con ofrecer una respuesta como si se tratara de una petición aislada o ex novo, sino que, si resulta relevante, debe darse cuenta del trámite que se ha surtido y de las razones por las cuales la petición resulta o no procedente»⁸.

“Ahora bien, este Tribunal ha aclarado que **la resolución de la solicitud no implica otorgar lo pedido por el interesado**, en tanto, existe una diferencia entre el derecho de petición y el derecho a obtener lo pedido. En efecto, la sentencia C-510 de 2004 indicó que «**el derecho de petición se ejerce y agota en la solicitud y la respuesta**. No se decide propiamente sobre él [materia de la petición], en cambio si se decide por ejemplo sobre el reconocimiento o no del derecho subjetivo invocado ante la administración para la adjudicación de un baldío, el registro de una marca, o el pago de una obligación a cargo de la administración».⁹

Adicionalmente, cuando las peticiones se tramitan ante autoridades judiciales, debe analizarse la posible vulneración del derecho fundamental al acceso a la administración de justicia, pues, el alto tribunal constitucional ha mencionado que:

Este derecho, tiene relación directa con el derecho de petición (artículo 23 C.P.), toda vez que esta 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. Al respecto, debe entenderse que dentro de autoridades también se encuentran inmersos los jueces, quienes están obligados a resolver las solicitudes de los peticionarios, en los términos que prescriben la Ley y la Constitución para tal efecto.

No obstante, es de señalar que cuando una persona presenta peticiones frente a los jueces de la República, y su objeto recae sobre los procesos que este funcionario judicial adelanta, el alcance del derecho de petición se encuentra limitado por las formas propias del proceso respectivo. Razón por la cual, aquellas peticiones que refieran a aspectos propios de la Litis están sujetas a los términos y las etapas procesales previstos para el efecto, de manera tal que nos encontramos en presencia del derecho al acceso a la administración de justicia.¹⁰

De manera tal que, una cosa es el deber al que se encuentran sometidas las entidades administrativas de dar respuesta a las peticiones presentadas y, otra, que los solicitantes estén de acuerdo o no con el contenido de la contestación dada. En vista de lo anterior, y en atención al criterio jurisprudencial expuesto, la negativa a una solicitud no conlleva la violación del referido derecho, máxime cuando ésta ha sido aclarada en debida forma y se encuentra amparada en fundamentos legales.

⁸ Cita de la Corte Constitucional Sentencia T-610 de 2008.

⁹ Corte Constitucional. Sentencia C-007 de 2017.

¹⁰ Corte Constitucional. Sentencia T-267 de 2017.

Descendiendo al caso concreto, es menester precisar que, el amparo fue invocado por la ausencia de respuesta a los requerimientos realizados por parte del **Juzgado 28 de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Bogotá**, lo que repercute directamente en los intereses del accionante y a su vez conllevan a la flagrante vulneración de sus garantías fundamentales de petición y al acceso a la administración de justicia.

De los requerimientos realizados por el juzgado que vigila la pena del accionante, si bien solamente se tiene soporte documental del emitido el 31 de diciembre de 2021¹¹, en el mismo se dispuso *“que informen si el condenado estuvo privado de la libertad en los albores del proceso y de ser así remitan copia de las piezas procesales que den cuenta de ello, tales como acta de derechos del capturado, boleta de encarcelación y boleta de libertad o eventuales actas de visita domiciliaria que den cuenta de una eventual evasión, en el caso de haber sido cobijado con medida de aseguramiento de detención domiciliaria”*.¹²

Teniendo en cuenta lo anterior, el juzgado accionado aportó el oficio No. 014-2022-J de 1 de febrero hogaño¹³, en el que se limitó a remitir copia del acta y audios de las audiencias preliminares realizadas en contra del petente dentro de la causa penal 110016000000200800568, de fecha 27 de agosto de 2008, mediante la cual se legalizó la detención del promotor.

Dicha respuesta no conlleva a la satisfacción del requerimiento realizado, pues como lo solicitó el juzgado ejecutor, copia de las piezas procesales que den cuenta de la privación de libertad del accionante, tales como acta de derechos del capturado, boleta de encarcelación y boleta de libertad o eventuales actas de visita domiciliaria que den cuenta de una eventual evasión, en el caso de haber sido cobijado con medida de aseguramiento de detención domiciliaria”.

El 2 de febrero del año que avanza, el **Juzgado 28 de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Bogotá**, hace un nuevo requerimiento al juzgado cognoscente, y precisa que con la información y documentación remitida no se puede establecer *“la fecha en que el señor **ARIAS ESPINOSA** recobró la libertad por cuenta de esta causa penal o se evadió en los albores del proceso”*, por lo tanto, en la actualidad perdura la vulneración al derecho de petición y adicionalmente, de acceso a la administración de justicia, pues se rememora que los datos solicitados son necesarios para tener certeza

¹¹ Folio 12 a 15, ibídem.

¹² Folio 14, ibídem.

¹³ Folio 21, ibídem.

de la situación jurídica del accionante, lo cual puede derivar en la imposibilidad de emitir decisiones de fondo sobre subrogados o beneficios penales, lo que podría conllevar a afectaciones de la libertad, inclusive.

Por lo anterior, se amparan los derechos fundamentales de petición y acceso a la administración de justicia del accionante y se ordenará al **Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Antioquia**, para que en el término de 48 horas contadas a partir de la notificación de esta sentencia, si no lo ha hecho, de respuesta integra a los requerimientos elevados los días 16 de marzo, 31 de diciembre de 2021, 29 de enero y 2 de febrero de 2022, por parte del **Juzgado 28 de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad**, comunicando la respuesta al accionante que se encuentra recluido en el **Establecimiento Penitenciario y Carcelario La Picota de Bogotá**.

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

RESUELVE

PRIMERO: AMPARAR los derechos fundamental de petición y acceso a la administración de justicia de **Jhon Freyder Arias Espinoza**, conforme los motivos expuestos en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: ORDENAR al **Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Antioquia**, que en el término de 48 horas contadas a partir de la notificación de esta sentencia, si no lo ha hecho, de respuesta integra a los requerimientos elevados por el **Juzgado 28 de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad**, comunicando la respuesta al accionante que se encuentra recluido en el **Establecimiento Penitenciario y Carcelario La Picota de Bogotá**.

TERCERO: INFORMAR que contra esta providencia procede su impugnación, dentro del término de tres (3) días hábiles contados a partir de la notificación de la misma. Si no fuere impugnado, **ENVIAR** la actuación a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

(Firma electrónica)
GUERTHY ACEVEDO ROMERO

Magistrada

(Firma electrónica)
PLINIO MENDIETA PACHECHO
Magistrado

(Firma electrónica)
RENÉ MOLINA CÁRDENAS
Magistrado

Firmado Por:

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

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

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:
e3dede4200276d6d04df54274841aca46e33673d09b0e91bf6facc524658d6a1
Documento generado en 09/02/2022 05:03:19 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA DE DECISIÓN PENAL

Medellín, diez (10) de febrero de dos mil veintidós (2022)

Radicado CUI 05761 61 01371 2021 00078
Radicado Interno 2022-0116-3
Delito Violencia intrafamiliar
Procesado León Darío Salas Agudelo

De conformidad con las facultades otorgadas por el Consejo Superior de la Judicatura, a través de los acuerdos PCSJA20-11517 del 15 de marzo y PCSJA20-11518 de 16 de marzo de 2020, y prórrogas establecidas en el PCSJA20-11521 de 19 de marzo, PCSJA20-11526 de 22 de marzo, PCSJA20-11532 de 11 de abril, PCSJA20-11546 de 25 de abril, PCSJA20-11549 de 7 de mayo, PCSJA20-11556 de 22 de mayo y PCSJA20-11567 de 5 de junio de 2020; se fija fecha y hora para la celebración de audiencia de lectura, dentro de la actuación de la referencia para el día **VIERNES DIECIOCHO (18) DE FEBRERO DEL AÑO DOS MIL VEINTIDÓS (2022). A LAS OCHO DE LA MAÑANA (08:00 A.M.).**

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

CÚMPLASE

(firma electrónica)
GUERTHY ACEVEDO ROMERO
Magistrada

Firmado Por:

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

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

Código de verificación:
0257107720b4c20e10462dd477e4848a3a5c8bc6a4ad7ea882f
ef3a617d27f33

Documento generado en 10/02/2022 03:58:08 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico
en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

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

Medellín, diez (10) de febrero de dos mil veintidós (2022)

N° Interno : 2022-0109-4
Sentencia de Tutela - 1ª Instancia.
CUI : **05000-22-04-000-2022-00048**
Accionante : José Wilson Vargas Uribe
Accionado : Juzgado Segundo de Ejecución de
Penas y Medidas de Seguridad de El
Santuario, Antioquia y otro
Decisión : Deniega por hecho superado

Proyecto discutido y aprobado en sesión de la fecha.
Acta N° 016

M.P. PLINIO MENDIETA PACHECO

Procede la Sala a proferir decisión de mérito, en la presente acción de tutela que promueve el señor JOSÉ WILSON VARGAS URIBE, contra el JUZGADO SEGUNDO DE EJECUCIÓN DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD DE EL SANTUARIO, ANTIOQUIA y el JUZGADO CUARTO PENAL DEL CIRCUITO DE BUENAVENTURA, VALLE DEL CAUCA, en procura de la protección de su garantía fundamental al debido proceso, trámite al cual fue vinculado el EPC PUERO TRIUNFO, ANTIOQUIA.

ANTECEDENTES

El señor JOSÉ WILSON VARGAS URIBE, manifestó que el 5 de enero de 2022, solicitó al Juzgado 4º Penal del Circuito de Buenaventura, Valle del Cauca, certificara al Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de El Santuario, Antioquia, si en el proceso en el cual resultó sentenciado fue adelantado o no el trámite de incidente de reparación integral, de lo cual hasta el momento no ha tenido respuesta alguna, convirtiéndose ello en talanquera para acceder al sustituto de la prisión domiciliaria.

Dentro del tiempo otorgado por la Judicatura, y luego de confirmar que vigilaba la sanción penal por la cual se encuentra privado de la libertad el accionante en el EPC PUERTO TRIUNFO, el JUZGADO SEGUNDO DE EJECUCIÓN DE PENAS DE EL SANTUARIO, ANTIOQUIA, señaló que el 3 de febrero de 2022, resolvió en forma positiva la solicitud de prisión domiciliaria elevada por el señor José Wilson Vargas Uribe, decisión en la cual pudo establecerse que el requisito objetivo de ese sustituto, es decir la mitad de la pena impuesta, ya había sido superado , como de igual manera se cuenta con certificado emitido por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Buenaventura, Valle del Cauca, alusivo al no adelantamiento de algún trámite de incidente de reparación integral en el proceso adelantado en contra del aludido señor.

El pasado 7 de febrero se decretó como prueba oficiar al EPC PUERTO TRIUNFO, a fin de que se indicara si la decisión interlocutoria indicada por el despacho executor ya se

había notificado, respondiendo su director que se le notificó al señor Vargas Uribe el 8 de febrero siguiente.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

La jurisprudencia constitucional ha establecido que cuando el hecho que ha dado lugar al ejercicio de la petición de amparo ha desaparecido, el juez de tutela queda imposibilitado para emitir orden alguna para la protección de derechos fundamentales, pues ha dejado de existir el objeto jurídico sobre el cual proveer. Es decir, la decisión que hubiera podido proferir el juez constitucional, en relación con la protección solicitada, resultaría inoficiosa por carencia actual de objeto.

En este orden de ideas, en *Sentencia T-352 de 2006*, la *H. Corte Constitucional* reiteró que si durante el trámite de la acción de tutela, la vulneración o amenaza a los derechos fundamentales desaparece, el amparo constitucional pierde toda razón de ser como mecanismo apropiado y expedito de protección judicial, pues la decisión que pudiese adoptar el juez respecto del caso específico resultaría a todas luces inocua, y por tanto, contraria al objetivo constitucionalmente previsto para dicha acción.

Por supuesto que para evitar que se repitan los mismos hechos, el juez constitucional se encuentra habilitado para señalar cuál ha debido ser el comportamiento adoptado por la entidad o entidades demandadas, para no desconocer los

derechos fundamentales, en cuanto se hubiera constatado una eventual afrenta. Así, según el *artículo 24, Decreto 2591 de 1991*, cuando cesen los efectos del acto impugnado o éste se ha consumado en forma que resulta imposible ordenar el restablecimiento invocado, *“los accionados serán prevenidos para que en ningún caso vuelvan a incurrir en las acciones u omisiones advertidas, y que, si procedieren de modo contrario serán sancionados, en los términos de la misma disposición”*.

Pues bien, en el caso concreto se tiene que el actor reclamaba del JUZGADO CUATO PENAL DEL CIRCUITO DE BUENAVENTURA, VALLE DEL CAUCA remitiera al JUZGADO SEGUNDO DE EJECUCIÓN DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD DE EL SANTUARIO, ANTIOQUIA, constancia acerca del adelantamiento o no del incidente de reparación integral respecto del proceso en el cual fue sentenciado, y así pudiera analizar la procedencia del sustituto de la prisión domiciliaria, información ésta allegada al despacho ejecutor el pasado 3 de febrero.

En efecto, el Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de El Santuario, Antioquia, esa misma fecha – 3 de febrero – resolvió lo pertinente, decidiendo conceder el mencionado sustituto penal; determinación de la cual fue notificado el señor Vargas Uribe el 8 de febrero, según fue acreditado por el EPC PUERTO TRIUNFO.

En ese orden, logra constatarse entonces, para el presente evento, se está ante la configuración de un supuesto de hecho superado, dado que, emitida la decisión interlocutoria ya aludida, tuvo lugar su notificación.

Así las cosas, se declarará que estamos en el presente trámite constitucional frente a la configuración de un hecho superado y, en consecuencia, se denegarán las pretensiones de la parte interesada, acorde a los planteamientos que fueron objeto de análisis en líneas precedentes.

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

RESUELVE

PRIMERO: DENIEGA LA TUTELA solicitada por el ciudadano JOSÉ WILSON VARGAS URIBE, y respecto de la garantía constitucional fundamental al debido proceso y acceso a la administración de justicia; ello, al constatarse la configuración de un supuesto de hecho superado, de conformidad con los fundamentos consignados en la parte motiva.

Nº Interno : 2022-0109-4
Sentencia de Tutela - 1ª Instancia.
CUI : 05000-22-04-000-2022-00048
Accionante : JOSÉ WILSON VARGAS URIBE
Accionado : Juzgado Segundo de Ejecución de
Penas y Medidas de Seguridad de El
Santuario, Antioquia y otro

De no impugnarse la presente decisión, **SE DISPONE** remitir el expediente ante la *H. Corte Constitucional*, conforme se establece para efectos de su eventual revisión, en el *Decreto 2591 de 1991, artículo 31*.

NOTIFÍQUESE.

LOS MAGISTRADOS,

Firma electrónica
PLINIO MENDIETA PACHECO

Firma electrónica
RENÉ MOLINA CÁRDENAS

Firma electrónica
GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME

Firmado Por:

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

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

Rene Molina Cardenas

Nº Interno : 2022-0109-4
Sentencia de Tutela - 1ª Instancia.
CUI : 05000-22-04-000-2022-00048
Accionante : JOSÉ WILSON VARGAS URIBE
Accionado : Juzgado Segundo de Ejecución de
Penas y Medidas de Seguridad de El
Santuario, Antioquia y otro

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:

**145fda1f0cbb4a8328dd9c6ca0926af9282313072bcc73faa535ac6a4
a099f83**

Documento generado en 10/02/2022 10:30:50 AM

**Descargue el archivo y valide éste documento electrónico
en la siguiente URL:**
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

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

Radicación No.0503060001304210198000

NI: 2021-1921

Acusado: OSCAR DE JESUS TILANO ORTIZ

Delito: Acceso carnal abusivo y acato sexual abusivo.

Decisión: Revoca

Aprobado Acta virtual: del febrero 1 del 2022

Sala No.: 6

Magistrado Ponente: **Gustavo Adolfo Pinzón Jácome**

Medellín, febrero de dos mil veintidós

I. ASUNTO A TRATAR

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la defensa contra la sentencia emitida el pasado 25 de octubre del 2021.

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

II. HECHOS

Para lo que resulta de interés de esta decisión imperioso es transcribir la relación fáctica de la acusación que es del siguiente tenor:

“El 26 de Enero del año 2019, fue señalado el señor OSCAR TILANO ORTIZ por la menor con iniciales M.F.C.T, de 11 años de edad quien es su sobrina y se identifica con la tarjeta de identidad xxxxx, quien es hija de una hermana del señor OSCAR TILANO ORTIZ, quien manifiesta que el señor OSCAR TILANO ORTIZ que es su tío, la venia abusando desde muchos meses atrás, que usted le introducida el pene por la vagina, que le decía que se

subiera a una mesa para poder penetrarla con el pene, que esto venia sucediendo desde aproximadamente 7 meses que en ocasiones le dijo que no fuera a decir nada, en otras ocasiones ella se sentía golpeada por usted físicamente. En el análisis, interpretación y conclusión realizada por Medicina Legal cuando la menor fue remitida a valoración sexológica señala que presenta desgarros himenelaes en dirección a las manecitas del reloj. La menor señaló al señor OSCAR TILANO ORTIZ, de haberla abusada de esta manera no simplemente porque se le ocurrió decirlo o contarle por ella, esto ocurrió porque ese 26 de enero cuando el señor padre de la menor, dijo que este día llegó a la casa, llegó del trabajo y que subió al segundo piso cuando lo encontró a usted OSCAR TILANO, subiéndose la bragueta del pantalón ósea el cierre del pantalón donde su hija estaba sentada en una silla al lado del señor OSCAR TILANO, la cual tenía en sus manos el celular del señor OSCAR TILANO, este observó cuando llegó DIEGO, padre de la niña haciendo es el desentendido, colocándose nervioso además disimulando que estaba buscando algo en unas cajas de cartón que habían en el lugar, en ese momento el señor DIEGO le preguntó a la menor ¿que se encontraba haciendo ahí? Y de inmediato le ordenó que se dirigiera al primer piso donde se encontraba la mamá. En la noche llegó don DIEGO y le preguntó ¿ que estaba haciendo, o que le estaban haciendo el señor OSCAR TILANO esa tarde en el segundo piso? La menor decidió contarle a la madre que el señor OSCAR TILANO la estaba sometiendo a abusos sexuales, además de que ese se limpiaba el pene con otros interiores de una niña que vivía ahí en la casa.

La menor desde el 20 de octubre del 2017 estaba pidiendo ayuda, sino era desde antes pero ese 20 octubre del 2017 en la Institución educativa LA ESCUELA NORMAL SUPERIRO del municipio de AMAGA, sede MARIA AUXILIADORA, su comportamiento venía siendo extraño, el docente CANO RODRIGUEZ SERGIO en un informe indicó: "que la menor presentaba problemas para realizar cada una de sus actividades propuestas desde cada una de sus asignaturas", agrega el docente" que la niña se distraía con facilidad, generaba distracción a los compañeros, que era ofensiva, que sus relaciones interpersonales estaban en un punto negativo, que tomaba sin permisos los enseres que no le pertenecían, que desacataba las ordenes y descuidaba el uso de su silla escolar, ese 20 de octubre por parte del docente YENY CANO VASQUEZ y MARIA JULIN CHAVERRA le informan al COMISARIO DE FAMILIA, que la menor vive con sus padres y una hermanita de 7 años y que presenta dificultades de aprendizaje y que por ello recibe atención y que el 20 de octubre del 2017 mientras estaba en clase de Educación Física, le piden a la profesora unos compañeros de la niña que la escuchara que tenía algo que decirle donde manifiestan que la menor M.F.C.T., les había contado que hay un familiar que la está tocando en sus partes íntimas, es entonces que la Coordinadora de la Institución Educativa en un papel con su puño y letra escribe que usted su tío OSCAR TILANO ORTIZ, le da dinero para que se deje tocar la vagina y que eso lo hacía cuando ella estaba sola, usted señor OSCAR DE JESUS de estos elementos materiales de prueba y evidencias se infiere razonablemente que ha venido abusando sexualmente de su sobrina M.C.T.F del año 2017."

III. ACTUACION PROCESAL RELEVANTE.

El pasado 7 de marzo del 2019 ante el Juzgado Promiscuo Municipal de Titiribí, se formuló imputación en contra de OSCAR DE JESUS TILANO ORTIZ, por un concurso de delitos de acto sexual y acceso carnal abusivo agravado.

El 3 de mayo del mismo año se radicó escrito de acusación en el Juzgado Promiscuo del Circuito de Amagá, pero el titular de dicha agencia judicial se declaró impedido señalando que había conocido en segunda instancia de la apelación sobre la solicitud de medida de aseguramiento, por lo que la actuación pasó a conocimiento de Juez Promiscuo del Circuito de Titiribí, donde el 26 de julio del 2019, se materializó la audiencia de acusación y el 13 de febrero del 2020 la audiencia preparatoria, el juicio oral inicio el 21 de mayo del 2021 y culminó con un anuncio de sentido de fallo de carácter condenatorio

Una vez fue emitida la sentencia condenatoria el pasado 25 de octubre del 2021, en la audiencia de lectura el abogado defensor interpuso y sustentó el recurso de apelación en estrados, por su parte la Fiscalía quien también interpuso recurso de apelación y señaló que lo sustentaría por escrito no lo hizo, lo que dio lugar a que el recurso se declarara desierto y por lo tanto solo se concediera la Alzada respecto de la apelación del abogado defensor del procesado.

IV. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

En la sentencia de primera instancia se relacionan los hechos de la acusación, el devenir del proceso y se resumen las pruebas prácticas acto seguido se indica que lo único que está probado es el delito de acto sexual abusivo lo que se desprende del dicho de la menor ofendida y las diferentes valoraciones a las que fue sometida que dan cuenta de los cambios en su comportamiento y la afectación que el abuso sexual a manos de su tío generó en ella.

Señala que, aunque en efecto en declaración anterior la menor referencio que fueron 3 abusos y no 5, en aplicación de principio de *favor reí*, solo se tendrá en cuenta dicha cantidad de delitos de acto sexual y por lo mismo condeno por un concurso de dichas ilicitudes.

Para tasar la pena partió del mínimo establecido en a ley de 144 meses y aumento 12 meses por los otros dos eventos de abuso sexual, arribado en consecuencia a una pena final de 168 meses de prisión. Negó igualmente cualquier beneficio o subrogado y dispuso en consecuencia librar orden de captura en contra del aquí procesado.

V. APELACION

El abogado defensor al sustentar el recurso de apelación inicialmente se duele de la falta de congruencia, pues no hay concordancia entre los hechos de la imputación, en el que se venía hablando de un concurso homogéneo sucesivo de acto y acceso carnal abusivo, de los que no se sabe cuándo fueron ni cuando se presentaron, circunstancia que se mantiene en la acusación, y cuando se arriba al juicio tal situación se mantiene, lo que produce que aun en la sentencia no se sepa porque ellos, es que se le está condenado.

Resalta que de lo consignado en el escrito lo único que claro es el momento en que el padre de la menor supuesta ofendida, encontró a esta con el acusado el pasado 26 de enero del 2019, se estaba subiendo la bragueta, hecho este que no constituye por sí solo uno de los delitos por los que se acusó, luego apareciendo una narración difusa y confusa que impide saber porque este que se está llamado a responder a su representado, y que incluye supuestamente hechos ocurridos desde el 2017, en lo que no se sabe si son actos o acceso.

Ahora en desarrollo del juicio se mencionaron eventos ocurridos en otro momento distinto el año 2018, lo que torna entonces totalmente confuso que se imputó acusó y finalmente cuales son los motivos de condena.

Descendiendo ya a la valoración probatoria, encuentra que la judicatura no analizó dos testigos de la defensa, a saber, DIEGO ARMANDO HEREDIA QUINTANA y ADRIANA PEREZ RIOS, tampoco se hizo ningún análisis de la prueba documental presentada por la defensa que constituía el sustento de la hipótesis alternativa que presentaba la defensa sobre la cual ninguna referencia hizo el fallador de primera instancia., que demostraban que existe una investigación penal en contra del pase de la menor por haberla tocado con fines sexuales para el año 2017 y por lo tanto el aquí denunciante de un abuso sexual en contra de su hija , termina ahora denunciado a un tercero como autor de los mismos.

Procedió a ocuparse del dicho de la joven supuestamente ofendida e indicó que, vista la confusión de la acusación, siempre existió una duda sobre si estábamos frente a un acceso o un acto sexual, resaltó en la acusación se dice que se presentó acceso carnal desde siete meses atrás, es decir el año 2018 sin embargo, eso no se probó ni con el dicho de la menor. Igualmente se indica que el procesado la agredida físicamente y esto ni siquiera se probó con el dicho de la joven.

Ya sobre los hechos del año 2019, se indica en la acusación que el padre vio al procesado subirse la bragueta, pero no refiere ningún evento de acto, por ende, no se sabe que delito hay en ese momento. Ahora la menor declara y dice que lo que pasaba era que el procesado le tocaba la vagina besaba los senos, pero esos hechos no constan en la acusación.

Se ocupa igualmente de las diferentes impugnaciones que se hacen a la declaración de la menor en juicio, con tres declaraciones anteriores de ella. Una del 31 de octubre del 2017 , donde se habla de un comentario que hizo la menor a una compañera de estudio de que el tío la tocaba, si esto es así porque se condena por hechos del 2017 si la acusación se refiere a hechos del 2019, además para ese año quien estaba siendo investigado por abuso sexual era el padre de la menor. Resalta que la menor después informa que los hechos se presentaron en la casa del tío, sin embargo, en la acusación los hechos se presentan en la casa de la niña donde supuestamente el padre la encuentra en el segundo piso.

Posteriormente la menor dice que los hechos se presentaron en la sala de la casa, en la casa del tío OSCAR y en el patio de ropas de la casa.

Resalta además que en entrevista del de abril del 2019, señala que la tocaba en la vagina y en las nalgas, hechos ocurridos en la noche manifestando que su tío estaba vestido, versión que resulta inverosímil, pues agrega que la tocaron en la nalga, además la menor dice que los hechos pasaron en la noche, y en la acusación los hechos ocurren es en la tarde cuando el padre llega, además dice que fueron tres eventos solamente, pero en la acusación que fueron 5. Igualmente, en dicha entrevista tal y como se puso de presente dijo que ese fue el primer evento. Entonces los eventos del año 2018 son inexistentes. En la acusación se dice que los hechos se presentaron en el día, pero en la entrevista que se viene relacionado y que se usó en la impugnación la niña dice que paso a los 8 o 9 de la noche.

Señala además que tal y como consta en las impugnaciones hechas en el conainterrogatorio se le pregunta a la niña que parte del cuerpo la tocaron, y ella indica que en los senos y la vagina. Pero en la entrevista del 6 de febrero del 2019, la menor al preguntarle qué fue lo que paso solo indicó, me chupaba los senos y ya. Se pregunta el defensor, fue la vagina, fueron los senos, solo se los chupaba o la tocaba como dijo antes con el pene, hay una incontrovertible inconsistencia en el dicho de la menor sobre cómo se presentaron los hechos, en la acusación solo se habla de penetración, no de que la tocaran como la menor termina declarando en el juicio. Resalta que la menor no pudo precisar la edad que tenía en el momento de los hechos, esto no es normal, y pone en evidencia que la menor o está siendo direccionada para rendir su versión o está mintiendo.

En la declaración del 2 de abril del 2019 la niña dijo que vivía con sus dos hermanos, pero en el juicio, aunque confirma esto señala que los nombres de sus hermanos son distintos, no se sabe si es VALENTINA o es VIOLETA. En juicio indicó además que solo le contó a su mamá, pero en la entrevista del 31 de octubre del 2017 señaló que los hechos los había contado en la escuela a una amiguita. Cuestiona la defensa, a quien le hizo la revelación

entonces a su mamá o a una compañerita. Igualmente, la menor relata que los hechos se supieron porque su padre le encontró un diario donde constaba todo lo que había pasado y que su papá le contó a su madre, con lo que salta a la vista las múltiples contradicciones que el juez no tuvo en cuenta al valorar la prueba en la sentencia. Lo mismo ocurre con la declaración de 6 de febrero del 2019 donde la menor dice que nunca recibió dinero o regalos por dejar tocar cuando iba al parque, pero dice que cuando iba al parque le sacaba doscientos o trescientos en cositas, pero en juicio dijo todo lo contrario que si recibía dinero.

Indica que este no fue un delito a puerta cerrada sino en presencia de su familia, por lo tanto, se cuestiona porque ellos no o dijeron nada al respecto. Se cuestiona el defensor porque la niña siempre que rinde declaración es acompañada por su padre y no por su madre, es que acaso el padre tiene interés en ocultar su delito buscando se culpe a un tercero.

Indica que igualmente cuando se esta en el recontra interrogatorio la menor manifestó que había dicho la verdad, y se usa entonces la entrevista del 31 de octubre del 2017, donde la menor enfatiza que ella no fue tocada y admite que la historia que le contó a su amiga fue inventada. Si bien es cierto no se debe absolver por una entrevista del 2017 un cargo del 2018 o e 2019, si se debe tener en cuenta que la niña reconoció que ya había mentido cuando hacia acusaciones de haber sido sometido a abuso sexual.

Considera entonces que la versión de la menor rendida en el juicio, y confrontada con las impugnaciones solo arroja duda y duda y con esto no es posible condenar y los hechos que se buscaron probar fueron los del 2017 y 2018 pero la acusación versa sobre hechos ocurridos en el 2019.

VI. CONSIDERACIONES DE LA SALA

El asunto que concita el interés de la Sala lo es el establecer si la sentencia materia de impugnación debe ser revocada, los pilares sobre los cuales el recurrente funda su

impugnación y que serán objeto de estudio por esta sala son los referentes a los hechos jurídicamente relevantes, la credibilidad del dicho de la niña M.F.C.T., el respecto por la congruencia entre la acusación y la defensa, y si en efecto el juez valoró la prueba de descargo presentada por la defensa.

De los hechos jurídicamente relevantes:

De tiempo atrás reiteradamente la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, ha señalado la necesidad de que la acusación contenga una relación clara, precisa y completa de los hechos jurídicamente relevantes, en efecto en la Sentencia SP3168 del 2017, con ponencia de la Magistrada PATRICIA SALAZAR CUELLAR, se indica:

“«Es frecuente que en la imputación y/o en la acusación la Fiscalía entremezcle los hechos que encajan en la descripción normativa, con los datos a partir de los cuales puede inferirse el hecho jurídicamente relevante, e incluso con el contenido de los medios de prueba. De hecho, es común ver acusaciones en las que se transcriben las denuncias, los informes ejecutivos presentados por los investigadores, entre otros. También suele suceder que en el acápite de “hechos jurídicamente relevantes” sólo se relacionen “hechos indicadores”, o se haga una relación deshilvanada de estos y del contenido de los medios de prueba. Estas prácticas inadecuadas generan un impacto negativo para la administración de justicia, según se indicará más adelante. [...] Sí, como suele suceder, en la imputación y/o la acusación la Fiscalía se limita a exponer los medios de prueba del hecho jurídicamente relevante, o los medios de prueba de los datos o hechos indicadores a partir de los cuales puede inferirse el hecho jurídicamente relevante, equivale a que hiciera el siguiente planteamiento: “lo acuso de que María asegura haberlo visto salir corriendo del lugar de los hechos, y de que un policía judicial dice que le encontró un arma, etcétera”. Lo anterior no implica que los datos o “hechos indicadores” carezcan de importancia. Lo que se quiere resaltar es la responsabilidad que tiene la fiscalía general de la Nación de precisar cuáles son los hechos que pueden subsumirse en el respectivo modelo normativo, lo que implica definir las circunstancias de tiempo y lugar, la conducta (acción u omisión) que se le endilga al procesado; los elementos estructurales del tipo penal, etcétera. Tampoco debe entenderse que las evidencias y, en general, la información que sirve de respaldo a la hipótesis de la Fiscalía sea irrelevantes. Lo que

resulta inadmisibile es que se confundan los hechos jurídicamente relevantes con la información que sirve de sustento a la respectiva hipótesis [...]. [...] 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)».

Revisando la acusación que sustenta esta actuación, salta a la vista la falta de técnica en la elaboración de la misma, donde al parecer la representante del Ente Instructor se limitó a transcribir apartes de la formulación de imputación y de algunos elementos materiales de prueba con los que contaba, presentando una confusa redacción de las premisas fácticas que sustentaban su acusación, y transcribiendo piezas procesales en un total desorden cronológico, sin embargo pese a esto la Sala alcanza a desentrañar los siguientes hechos jurídicamente relevantes:

1. Que el 26 de enero del 2019, el señor DIEGO padre de la menor M.F.C.T. al llegar a su casa en horas de la tarde encontró en la zona de ropas de la casa, a su hija sobre una mesa y junto a ella a su cuñado OSCAR TILANO ORTIZ, quien se estaba subiendo la bragueta del pantalón.
2. Que a raíz de esto se indagó con la menor M.F.C.T que estaba sucediendo y ella le manifestó a su progenitora que su tío OSCAR TILANO venia abusando desde hace 7 meses atrás

3. Que dichos abusos consistieron entre otras cosas que OSCAR TILANO ORTIZ “ *introducida el pene por la vagina, - a la menor- que le decía que se subiera a una mesa para poder penetrarla con el pene, que esto venía sucediendo desde aproximadamente 7 meses que en ocasiones le dijo que no fuera a decir nada , en otras ocasiones ella se sentía golpeada por usted físicamente”* y que además “*se limpiaba el pene con otros interiores de una niña que vivía ahí en la casa”*
4. Que la menor presenta desgarro en su himen.
5. Que desde el año 2017 la menor presentabas problemas de adaptación en la institución educativa en la que estudiaba
6. Que para el año 2017 “*YENY CANO VASQUEZ y MARIA JULIN CHAVERRA- docentes de la institución donde estudia la menor – le informan al comisario de Familia que “la menor M.F.C.T., les había contado que hay un familiar que la está tocando en sus partes íntimas , “ y que le da dinero para que se deje tocar la vagina y que eso lo hacía cuando ella estaba sola”.*

Serian estos entonces los hechos en concreto por los que se acusa al procesado, los que entonces deben probarse en el juicio y respecto de los cuales acusado con su abogado debe defenderse.

El señor togado defensor, considera que los hechos presentados no están limitados en el tiempo, no se sabe cuantos episodios se presentaron o mucho menos como fueron los tocamientos, cuestiona si se esta juzgando hechos del 2019, 2018 o 2017 vista las inconsistencias en la acusación, y que la versión rendida por la menor supuestamente ofendida refiere hechos totalmente diversos, además que como quedó demostrado con la impugnación a la credibilidad del dicho de la niña se hizo con unas entrevistas anteriores durante el interrogatorio cruzado se evidenció que ella se contradice en lo que admite sufrió, por lo que el Juez al fallar terminó acomodando los hechos para arribar a una condena por el delito de abuso sexual, desconociendo la congruencia con la acusación.

La representación de la Fiscalía General de la Nación en sus alegatos de conclusión señaló que si bien no pudo probar el delito de acceso carnal pedía condena por el de abuso sexual, en concurso visto que la menor referenció con precisión los diversos eventos de abuso sexual de los que fue objeto por parte del acusado.

Repasando lo consignado en la sentencia de primera instancia apreciamos que el Juez de primera instancia encontró probado los cargos por el delito de acto sexual abusivo señalando que OSCAR TILANO realiza *“actos de tocamiento en el cuerpo de la niña confines sexuales en su sobrina MF.C.T.No se pudo precisar de manera precisa las fechas de ocurrencia de los eventos , pero si se logró establecer que fue en el año 2018 y sucedieron hasta el 26 de enero del 2019 en 5 oportunidades según lo reportado por la niña en el juicio pero impugnado esto en entrevista anterior en donde dijo que fue en 3 oportunidades, debiéndose tomar esta cifra en favor del procesado”*. Igualmente entendió como probado que para ejecutar tales actos el procesado dio a la menor dadas como mecateo o dinero .

Debemos entonces entrar a verificar si en efecto se probaron los hechos incluidos en la acusación, y si estos en efecto concuerdan con los que tomo el juez como probados para emitir sentencia y como la falta de precisión de los hechos de la acusación afecta la conclusión a la que finalmente arribo el fallador.

De lo narrado por la menor ofendida en el juicio y lo ocurrido con las impugnaciones de credibilidad.

Al comparecer la niña MFCT al juicio cuenta con 13 años de edad y al declarar, indica que el tío Oscar toca sus partes íntimas con los dedos, precisando que lo hace en la vagina y en los senos y que además, le chupaba los senos, enfatizando que solo han sido tocamientos en sus partes íntimas, en 5 oportunidades, en la casa del tío Oscar y luego en

su casa, indica que le daba dinero y regalos, y esto se presentaba en la casa en la sala, en el patio de ropas, y que siempre sucedía en el día a cuando su mamá salía a trabajar y el papá también, manifiesta que vive con la hermana y los papás. Y que le contó lo sucedido a su mamá. enfatiza que todo empezó en el año 2018., y que procesado le tocaba la vagina con los dedos fuerte, dice que le daba helado, salchipapas, que cogiera lo que quisiera de alimentos cuando salían al parque dice que le daba dos mil, cinco mil, tres mil pesos, la mamá estaba trabajan afuera de la casa cuando pasaban los hechos, y admite que todo se supo porque su padre en una oportunidad la encontró en compañía de su tío en la zona de ropas.

Lo primero que salta a la vista de la versión a la menor, es que ella en momento alguno indica que el acusado la hubiere penetrado por la vagina, y aunque se allegó valoración médico legal rendida por el galeno SANTIAGO LOPERA CAÑAVERAL, se encontró que el himen de la menor presentaba desgarros y esto es compatible con un acceso carnal, como se viene diciendo en momento alguno de la declaración de la menor en el juicio ella indicó que hubiere sido penetrada o mucho menos que en efecto su tío hubiere ejecutado tal acto sobre ella, con lo evidente es que no concordancia entre los hechos de la acusación esto es que en efecto *“OSCAR TILANO ORTIZ “ introducía el pene por la vagina, - a la menor- que le decía que se subiera a una mesa para poder penetrarla con el pene, que en ocasiones le dijo que no fuera a decir nada, en otras ocasiones ella se sentía golpeada por usted físicamente”,* y lo que la menor esta narrando en el juicio.

En cuanto a los actos sexuales, como ya se reseñó en la acusación fue parca en referirse a los mismos simplemente se indicó que el padre de la menor, encontró un día a su hija en compañía del acusado en la zona de ropas de la casa, a su hija sobre una mesa y junto a ella a su cuñado OSCAR TILANO ORTIZ, quien se estaba subiendo la bragueta del pantalón y que además una profesora de la menor oyó para el año 2017 a la niña decir y así lo apunto en una nota de su propio puño y letra que *a la niña “ le da dinero para*

que se deje tocar la vagina y que eso lo hacía cuando ella estaba sola”, de otra parte se consignó en la acusación que el procesado en presencia de la niña “limpiaba el pene con otros interiores de una niña que vivía ahí en la casa”.

Al revisar la versión de la menor en el juicio, ella nunca afirma a ver visto el pene del procesado, o que este se lo limpiara con los interiores de otra niña por lo que tales hechos contenidos en la acusación tampoco son corroborados con la versión de MLCF en el juicio, ahora bien, ella si indica que el procesado la tocaba con los dedos en la vagina y los senos y además le chupaba los senos, y precisa que esos hechos se presentaron en 5 oportunidades, sin embargo como salta a la vista cuando el defensor buscando impugnar la credibilidad de la niña durante el conainterrogatorio pone a correr parte del registro en audio de la entrevista que esta rindió el día 2 de febrero del 2019 que la menor reconoce haber rendido y en la misma la niña afirmó en ese momento que los hechos se presentaron solo en 3 oportunidades y ya n solo habla de senos y vagina, sino que incluye sus nalgas. Ahora bien la niña en su versión en el juicio afirma que los hechos siempre se presentaban de día, sin embargo la defensa buscando impugnar la credibilidad del dicho de la menor, en desarrollo del interrogatorio cruzado hizo corre otra entrevista en audio del mes de abril del 2019 en la que la niña señaló que alguno de esos eventos se presentaban en la noche, entre las 8 o 9, con lo que aunado a la falta de precisión de la acusación sobre cuando y en que lugar se presentaban los hechos, aparece una contradicción en el dicho de la menor sobre tales aspectos vistas sus declaraciones anteriores al juicio.

Sobre cuando se presentaron esos tocamientos, la acusación no es clara, inicialmente se habla de del evento ocurrido en el mes de enero del 2019, cuando el acusado es sorprendido por el padre de la menor, junto a esta quien se encontraba sobre una mesa en el patio de ropas de la casa, y que al notar su presencia se da cuenta que el ahora

procesado se sube la bragueta del pantalón, tal hecho es narrado en el juicio con precisión por parte del señor DIEGO LEON CASTRO SANTAMARIA, y aunque la niña M.F C,T, admite en el juicio que su padre si la encontró en la zona de ropas, no brinda mayor información de que pasaba en ese momento, visto el deficiente interrogatorio que desplegó la representación de la Fiscalía General de la Nación ,lo que impide saber si en efecto en ese momento del sorprendimiento al procesado este en efecto estaba exhibiendo su pene a a niña o realizaba algún tipo de tocamientos sobre ella, sin embargo tal evento es el que permite posteriormente que la niña hable con su madre y le cuente lo que estaba ocurriendo con su tío , como la mima M. F. C.T lo menciona al declarar en el juicio y allí como luego lo reafirma en el juicio pone d manifiesto que su tipo la toca en la vagina, en los senos y que también se los “ chupa”, eventos estos claramente constitutivos de un abuso sexual .

Sin embargo, en los hechos jurídicamente relevantes, ninguna mención se hace a como fueron los abusos sexuales que la menor referencia se venían presentado desde 7 meses atrás del momento en que es sorprendida por su padre en el patio de ropas con su tío que se presentan para el año 2019, por el contrario los hechos de la acusación se refieren es a unos eventos reportados por una docente de la menor en el año para el año 2017 había sido tocada en la vagina por su tío, en concreto se consigna en la acusación ; *“la menor M.F.C.T., les había contado que hay un familiar que la está tocando en sus partes íntimas , “ y que le da dinero para que se deje tocar la vagina y que eso lo hacía cuando ella estaba sola”*.

Sobre tal evento la niña, no hace mención alguna en el juicio pues como se desprende de sus respuestas ella termina admitiendo que los tocamientos empezaron en el año 2018. Ahora en una entrevista que usa el defensor para impugnar la credibilidad de la niña rendida el 31 de octubre del 2017 y que se oyó durante el interrogatorio cruzado a la menor, esta afirmó que no había sido tocada en momento alguno por el procesado lo que implicaría que esos hechos del año 2017 no se presentaron, sin embargo al

declarar en el juicio la señora MARIA ODILIA CHAVERA OSSA, confirma lo consignado en la acusación de que para el año 2017 *“la menor M.F.C.T., les había contado que hay un familiar que la está tocando en sus partes íntimas, “ y que le da dinero para que se deje tocar la vagina y que eso lo hacía cuando ella estaba sola”*, sin embargo, esta persona que declara sobre lo que oyó decir a la menor no sabe cuál es el familiar que está ejecutando las conductas que la menor le cuenta, por lo que solo puede dar fe de lo que oye decir a la menor sobre el abuso sexual, pero no cual familiar era el que sometía a tales prácticas a la menor.

Igualmente encontramos que la menor en su declaración reconoce que su tío le daba dinero en efectivo cuando salían y aunque no señala como se consigna en la acusación que tales dadas las recibiera para no contar lo sucedido, si pone de manifiesto el hecho de recibir dinero de su tío con frecuencia, además de que le compraba salchipapas y otras viandas cuando salían pero estos hechos la niña los ubica en el año 2018, siete meses antes de ser sorprendida por su padre con su tío, no en el año 2017 como se consigna en la acusación.

Frente a tal panorama, la Sala se pregunta ¿ los hechos que noticia la menor en el juicio, si se presentaron en el año 2018, o en efecto como se consigna en la acusación empezaron en el año 2017?, ¿ cuáles fueron en efecto los eventos de abuso sexual que sufrió?, visto que ella niega cualquier tipo de penetración, a pesar de que en la acusación se consigna que así ocurrió, ¿ los actos sexuales se presentaron en 5 o en 3 oportunidades? ¿ en que consistieron los actos sexuales, pues, aunque ella en el juicio indica que fue tocada en la vagina y en los senos y que el procesado *“ también le chupaba los senos”*, ninguna mención se hizo en la acusación de cómo eran tales tocamientos?, ¿ porqué una educadora oyó decir a la niña en el año 2017 que estaba siendo abusada y está en una entrevista que rindió en el 2017 lo negó, y en el juicio ninguna mención hizo a eventos de ese año?

Igualmente se debe poner y presente que como prueba de la defensa se presentó en el juicio constancia expedida por la Fiscalía que da cuenta de la existencia de una investigación penal en contra del padre de la niña M. F. C. T. iniciada en el año 2017, por presunto abuso sexual contra su hija. Si bien es cierto tal constancia no implica que en efecto el padre hubiere abusado de la menor para dicho año, pues la mentada constancia solo prueba que los hechos se están investigando surge el cuestionamiento que plantea el defensor ¿si en efecto los eventos del año 2017 que se relacionan en la acusación, fueron ejecutados por el procesado, o por el contrario por otra persona?, maxime que como ya se reseñó para el año 2017 M..F.C.T. le comentó a la educadora MARIA ODLIA CHAVERRA OSA, que un familiar venia abusando de ella.

Es cierto que las declaraciones de los menores de edad no pueden valorarse al igual que las de un mayor de edad, pues estos por su corta edad pueden confundirse en fechas, o en referenciar en tiempo modo y lugar los hechos, sin embargo aquí tenemos una joven de 11 años para el momento de los hechos que llega a declarar 3 años después a juicio, y si bien es cierto el paso del tiempo también puede ocasionar mengua en su capacidad de recordar lo ocurrido, lo cierto es que ella cuenta unos hechos que aunque son constitutivos de actos sexuales, no concuerdan con los hechos jurídicamente relevantes de la acusación, ya sea porque niega su ocurrencia, o porque como se pone en evidencia con la impugnación de su credibilidad en declaraciones pasadas manifestó que no se habían presentado.

Ya la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal, sobre la valoración del testimonio de los menores ha indicado que no es posible utilizar el testimonio de estos por fuera del conjunto probatorio en perjuicio del acusado, señalando:

“3.- La Sala ha señalado que la aproximación racional a la verdad, entendida como el conocimiento para condenar, se produce en el juicio, con inmediación y confrontación, y no por fuera de él (artículo 381 de la Ley 906 de 2004).

En ese orden, el conocimiento más allá de toda duda razonable, uno de los más altos valores y que más exigencias de objetividad plantea en el proceso penal, requiere de un juicio sistémico que implica apreciar individualmente cada evidencia –conforme a las reglas de cada medio– y el análisis sistemático con los demás medios de prueba, método legal con el cual se pretende garantizar que la conclusión que se obtiene puede soportar todos los intentos de refutación de un discurso racional.

De manera que el testimonio, que versa sobre hechos que le constan al declarante (artículo 402 de la ley 906 de 2004), se debe apreciar teniendo en cuenta los principios técnico científicos sobre la percepción y la memoria, la naturaleza del objeto percibido, la sanidad de los sentidos por los cuales se tuvo la percepción, las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se percibió, la rememoración, el comportamiento en el interrogatorio, la forma de las respuestas y la personalidad del testigo (artículo 404), y mediante una visión holística o en conjunto con los demás medios de prueba.

Desde este punto de vista, hay que reiterar que en materias tan delicadas como las que afectan la dignidad y la autonomía ética de las personas, como ocurre tratándose de atentados sexuales, la apreciación del testimonio de la víctima que es ya de por sí compleja, es mucho más complicada cuando la ofendida es menor de edad. En tal sentido, como se ha indicado en la jurisprudencia de la Sala, cuando las víctimas de agresiones sexuales son menores, su declaración es de gran relevancia y de preponderante mérito persuasivo¹, pero eso no significa, en modo alguno, que su dicho pueda apreciarse con prescindencia de la crítica testimonial, como al parecer lo entendieron los juzgadores en el presente caso, para quienes la declaración de NLJE y la comprobación de su desfloración, conforman una unidad incriminadora –y eso les basta– con la que se supera el umbral de la duda razonable.

En ese margen hay que convenir en que el testimonio de los menores de edad

¹ CSJ. SP (lo del tema de la jurisprudencia sobre menores)

ha sido tratado con una delicada ductilidad atendiendo la reconocida primacía constitucional de sus derechos (artículo 44 de la Constitución Política)², pero eso no autoriza que su declaración se pueda analizar por fuera del conjunto probatorio, o excluyendo pruebas o mutilando otras, o al margen de toda crítica, en perjuicio de los derechos del acusado, pues como también lo ha expresado la Sala:

“Lo que no puede ser jurídicamente admisible es que, a priori, se pueda privilegiar el valor de una determinada prueba, dejando de lado la imprescindible confrontación que se impone concretar con la integridad de su conjunto, ya que cada una de ellas puede contener una verdad, o más precisamente, dar origen a un criterio de verdad, que como tal debe estar predispuesto a ser confrontado con los demás, para que en su universo, integrados todos, sea dable deslindar los que puedan calificarse de lógicos, no contrarios a la ciencia ni a la experiencia, y descartar aquellos que se escapan a estos cánones exigidos por la ley para efectos de la apreciación probatoria.”³

O, más recientemente:

“Bajo ninguna circunstancia puede entenderse que las personas que comparecen al proceso penal en calidad de víctimas tienen derecho a que, irremediablemente, se emita una sentencia condenatoria, así ello implique la eliminación de los derechos del procesado. Ello negaría la razón de ser del proceso, entendido como escenario dialéctico al que comparecen las partes con el propósito de demostrar las teorías factuales que han estructurado en la fase de preparación del juicio oral, según las reglas definidas previamente por el legislador, que abarcan, entre otras cosas, los requisitos para que una prueba sea admitida, el estándar de conocimiento que debe lograrse para la imposición de la sanción penal...”⁴

² Cfr., por todos, y en detalle, CSJ. SP, del 11 de julio de 2018, Rad, 50637.

³ CSJ. SP del 4 de septiembre de 2002, radicado 15.884, reiterada en SP del 10 de octubre de 2007, radicado 24.110.

⁴ CSJ. SP del 11 de junio de 2018, radicado 50637. En igual sentido, y en detalle, CSJ SP, 16 Mar. 2016, Rad. 43866

Ahora bien, que la menor llegue al juicio y se retracte de su versión previa, que las entrevistas previas si detallan lo que se menciona en la acusación, y que por lo mismo se deban valorar conjuntamente las versiones anteriores al juicio y lo declarado en el mismo, como ocurre siempre que un testigo se retracta al llegar a la audiencia de juzgamiento conforme lo explicita ampliamente la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Sureña de Justicia, indiscutiblemente que es cierto, pero se requiere que esas declaraciones se incorporen en el juicio, o se usen para refrescar memoria, y aquí la Fiscalía no hizo uso de ellas, por el contrario, quien las utilizó fue la defensa, y de ellas solo pudimos conocer los apartes que denotaban contradicción con lo vertido en el juicio, no lo que mencionado en la acusación, no narraba la menor, que no era tarea precisamente del defensor, sino de la Fiscalía, por lo mismo la situación de incertidumbre que parte de confrontar lo narrado por la joven que comparece al juicio y lo que consta en la acusación se mantiene y los apartes traídos por la defensa al impugnar credibilidad solo denotan contradicciones en el dicho de la menor.

Tales circunstancias como se viene diciendo indudablemente generan una situación de duda, que parte no de la simple afirmación de que lo expuesto por la menor en el juicio sea o no digno de crédito, sino a que al construirse indebidamente los hechos jurídicamente relevantes en la acusación, lo que se pretende probar con su dicho resulta ser distinto a lo consignado en tal acusación, y aunque sea cierto que la joven sufrió una afectación en su comportamiento como lo evidencia lo afirmado por MARIA ODILIA CHAVERRA CASTRO, que tuvo mal rendimiento académico, que comentó ante sus compañeras y profesoras que estaba siendo abusada; que lo que declaró ante los psicólogos ADELA MARIA MORENO GALLEGO y YARLEY RODRIGUEZ RIAS, resulte compatible con un evento de abuso sexual, que lo dicho en el juicio igualmente evidencie que fue objeto de conducta sexuales por lo menos constitutivos de acto sexual, lo cierto es ,se itera que esto no concuerda con lo que se consigna en la acusación, y

dicha falencia impide entonces saber si en efecto, la menor esta cambiando su versión para proteger a otro familiar que ejecutó la conducta como lo insinúa la defensa, que en efecto ella no fue abusada, o simplemente que dada las circunstancias de su minoría de edad, el entorno familiar donde se presentó su agresión o el paso de tiempo, influyen en sus contradicciones entre las versiones del juicio y lo indicado en declaraciones pasadas, situación esta que indiscutiblemente como igualmente lo reclama la defensa impide arribar al grado de convencimiento necesario para emitir una sentencia condenatoria.

Indiscutible es que aquí a la representación de la Fiscalía General de la Nación, le faltó no solo presentar en debida forma la acusación, sino también probar las premisas fácticas que expuso en la misma, y si en efecto, la menor estaba cambiando su versión inicial, recurrir a las versiones previas para solucionar tales falencias, ahora que en efecto en el juicio aparecieran probados otros hechos, no permite como terminó haciendo el juez de primera instancia, que se emita una sentencia condenatoria, porque tales hechos también son constitutivos de acto sexual, pues se reitera, esos eventos que se mencionaron en el juicio, no fueron los que se consignaron en la acusación.

No milita entonces en el acervo probatorio expuesto en la prueba que permita demostrar los hechos contenidos en la acusación y no debemos pasar por alto que la presunción de inocencia como baluarte de un proceso democrático exige que la misma sea efectivamente desvirtuada. Al respecto la Sala de Casación Penal⁵ de la Corte Suprema de Justicia ha expuesto:

.....

“La presunción de inocencia en nuestro ordenamiento jurídico adquiere el rango de derecho fundamental, por virtud del cual, el acusado no está obligado a presentar prueba alguna que demuestre su inocencia y por el contrario ordena a las autoridades judiciales competentes la demostración de la culpabilidad del agente. Este derecho acompaña al acusado desde el inicio de la acción penal (por denuncia, querrela o de oficio) hasta el fallo

⁵ Sentencia Sp1234

o veredicto definitivo y firme de culpabilidad, y exige para ser desvirtuada la convicción o certeza, más allá de toda duda razonable, basada en el material probatorio que establezca los elementos del delito y la conexión del mismo con el acusado. Esto es así, porque ante la duda en la realización del hecho y en la culpabilidad del agente, se debe aplicar el principio de la in dubio pro reo, según el cual toda duda debe resolverse en favor del acusado.”

En consecuencia, la providencia materia de impugnación debe ser revocada y en consecuencia lo que procede es la absolución de OSCAR DE JESUS TILANO ORTIZ, de los cargos incluidos en la acusación, y por lo tanto dejar sin efecto la orden de captura que gravita en su contra, visto que, de la carpeta digital de la actuación, no hay constancia que en efecto la misma se hubiere hecho efectiva.

Providencia discutida y aprobada por medios virtuales.

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

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la providencia materia de impugnación, proferida el pasado 25 de octubre del 2021 conforme a las razones expuestas en este proveído, en consecuencia, **ABSOLVER A OSCAR DE JESUS TILANO ORTIZ**, de los cargos por los delitos de acceso carnal y acto sexual abusivo.

SEGUNDO: Consecuente con lo anterior canelar la orden de captura emitida en contra de OSCAR DE JESUS TILANO ORTIZ por el Juzgado de Primer Instancia, y dejar sin efecto las anotaciones que por el inicio de dicho proceso penal existieren.

TERCERO: 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

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:

53872c05c1a28ac58b92ca684757f8573277522ba7bd632f296bc649f1758172

Documento generado en 09/02/2022 05:14:01 PM

Descargue el archivo y valide éste 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°: 050002204000202200049 **NI:** 2022-0113-6

Accionante: REINALDO ANTONIO QUINTERO MONTOYA

Accionados: JUZGADO CUARTO DE EJECUCIÓN DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD DE ANTIOQUIA

Decisión: Niega

Aprobado Acta N°17 de 9 de febrero del 2022

Sala No.: 6

Magistrado Ponente

DR. GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME

Medellín, febrero nueve del año dos mil veintidós

VISTOS

El señor Reinaldo Antonio Quintero Montoya, solicita la protección constitucional a sus derechos fundamentales de petición, buen nombre, libre expresión y al trabajo, presuntamente vulnerados por parte del Juzgado Cuarto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia.

LA DEMANDA

Manifiesta el señor Quintero Montoya, que fue condenado por los delitos de homicidio y porte ilegal de armas de fuego a la pena principal de 412 meses y 15 días de prisión, dentro del proceso penal identificado con el número CUI 053763104001200300078. Asegura que descontó tiempo en centro carcelario de 10 años, 10 meses y 15 días, para un total de 7425 días sumado con el tiempo redimido, su buen comportamiento dentro del centro de reclusión, demuestra un gran avance en su proceso de resocialización.

Así mismo, el día 12 de julio de 2018 el despacho judicial demandado le concedió la libertad condicional, aun así, cuestiona que hasta la fecha no han bajado del sistema las órdenes de captura o antecedentes penales de las autoridades que estuvieron a cargo de su condena.

En su sentir, se le están vulnerando los derechos fundamentales, en especial a la libertad, ya que puede ser aprehendido en cualquier momento al igual que interfiere en sus actividades cotidianas y laborales.

TRÁMITE Y MATERIAL PROBATORIO RECAUDADO

Esta Sala mediante auto del pasado 31 de enero de la presente anualidad, admitió la solicitud de amparo, ordenando notificar al Juzgado Cuarto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia.

El **Dr. German Jaramillo Londoño Juez Cuarto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia**, por medio de oficio N° 0245 calendado el día 1 de febrero de 2021, manifestó que dentro del radicado interno 2015A4-1209 vigila al señor Reinaldo Antonio Quintero Montoya pena privativa de la libertad de 412 meses, 15 días, por acumulación jurídica de penas, por la comisión de los delitos de homicidio y porte de armas de fuego.

Señala que mediante auto interlocutorio N° 1733 calendado el día 12 de julio de 2018, ese Despacho concedió libertad condicional al accionante por un periodo de prueba de 165 meses; por lo que han transcurrido 42 meses 21 días del periodo, sin que a la fecha sea procedente decretar la extinción de la pena.

Asegura que en contra del señor Quintero Montoya no pesa orden de captura, dado que desde que se le concedió la libertad condicional no ha sido puesto a disposición de ese despacho judicial.

Respecto a los antecedentes, son consecuencia de haber sido condenado penalmente, los mismos fueron informados por los juzgados que profirieron

sentencia ante la Procuraduría General de la Nación, Registraduría Nacional y Policía Nacional. Resaltando que a la fecha no ha transcurrido el tiempo de prueba para decretar la extinción de la pena y dar aviso las autoridades respectivas. Además, que son bases de datos públicos.

Asegura además, que el señor Quintero Montoya, no ha elevado solicitud alguna ante ese despacho judicial, por medio de la cual indague sobre lo pretendido por medio de la presente acción de tutela.

Finalmente manifiesta que ese despacho judicial no ha vulnerado derechos fundamentales al accionante. Adjuntó a la respuesta copia del auto interlocutorio N° 1733 del 12 de julio de 2018.

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 y decreto 333 de 2021, respecto de las reglas de reparto de la acción de tutela.

La solicitud de amparo

En el caso bajo estudio el señor Reinaldo Antonio Quintero Montoya, solicitó se ampare en su favor los derechos fundamentales invocados, presuntamente conculcado por parte del Juzgado Cuarto 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, es que, pese a que le fue concedida la libertad condicional, persisten las anotaciones

de antecedentes en la búsqueda pública, situación que afecta su esfera social, y laboral.

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 caso en concreto

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

De esta acción se predica entonces no sólo la subsidiariedad, en virtud de la cual únicamente procede cuando quiera que el ciudadano no cuente con otros mecanismos de defensa judicial o que de existirlos no sean idóneos para evitar la configuración de un perjuicio irremediable; sino que igualmente se deben cumplir algunos requisitos para su procedencia, siendo uno de ellos y sin duda

el más esencial la existencia real de la ofensa o amenaza a uno o varios derechos fundamentales que hagan necesaria la intervención del Juez constitucional en aras de su protección, pues que de lo contrario se tornaría improcedente la solicitud de amparo.

En el presente asunto se puede evidenciar, que el motivo de inconformidad es que señor Reinaldo Antonio Quintero Montoya, insta por la protección constitucional de sus derechos fundamentales de petición, al buen nombre y al trabajo, y en ese entendido se ordene al despacho judicial demandado proceda a ocultar la información judicial que puede ser consultada por terceras personas, considerando que está perjudicando su derecho al trabajo. Interfiriendo en sus actividades cotidianas y laborales, sumado a que puede ser aprehendido en cualquier momento.

Por su parte el titular del Juzgado Cuarto de Ejecución de Penas de Antioquia, manifestó que el día 12 de julio de 2018 por medio de auto N° 1733, dentro del radicado interno 2015A4-1209 concedió la libertad condicional al señor Quintero Montoya, por un periodo de prueba de 165 meses, a la fecha han transcurrido 42 meses 21 días del periodo, por ende, no hay lugar a decretar la extinción de la pena. Asegura que no existe orden de captura en contra del señor Quintero Montoya, pues desde que se le concedió libertad condicional no ha sido puesto a disposición de ese despacho judicial.

Así las cosas, esta Magistratura procedió auscultar en la página web de la Policía Nacional, en la búsqueda de antecedentes penales y requerimientos judiciales, arrojando como resultado que *actualmente no es requerido por autoridad judicial alguna.*

Respecto al tema que nos ocupa la Corte Constitucional sentencia SU 139/21, preceptuó lo siguiente:

“ANTECEDENTES PENALES-Naturaleza

Los antecedentes penales son datos personales de carácter o naturaleza negativa. De un lado, son datos personales en tanto tienen la virtualidad de asociar una situación, circunstancia o característica determinada con una persona natural en concreto. De otro lado, tienen carácter o naturaleza negativa dado que las circunstancias asociadas a una persona natural, por regla general, tienen la potencialidad de ser perjudiciales, socialmente reprobadas o simplemente desfavorables.

ANTECEDENTES JUDICIALES O PENALES-Jurisprudencia constitucional

Aun cuando los antecedentes judiciales encuentran soporte en una providencia judicial en firme y, por ello, tienen en principio una dimensión pública, la información es, en estricto rigor, semi-privada, habida cuenta de que su acceso, incorporación a bases de datos y divulgación se encuentra limitado. Adicionalmente, un tercero solo puede tener conocimiento de la integralidad del dato siempre y cuando medie un interés constitucional y legalmente reconocido.

...

La Corte ha destacado que los antecedentes penales se predicen de la persona en sí misma, de su identidad informática y de la existencia de sentencias judiciales condenatorias en su contra. Por su parte, los requerimientos judiciales atienden a la existencia de órdenes de captura y asuntos pendientes con las autoridades judiciales. Mientras un dato se relaciona con circunstancias del pasado (haber sido condenado), el otro se predica de una situación del presente (ser requerido por la autoridad judicial competente).

...

La administración compartida de ambos datos permite 1) que la información tenga efectos en materia penal y contribuya a la consecución del interés general y a la protección de la moralidad pública; 2) que las autoridades competentes puedan diseñar estrategias en la persecución del delito; 3) que se pueda adoptar decisiones integrales en materia migratoria; y, 4) que se pueda lograr un equilibrio entre la consulta libre y la circulación restringida de la información de contenido negativo.

Por otro lado, además de insistir en que los antecedentes penales son datos personales, esta Corte se ha preocupado por definir su naturaleza. Desde el punto de vista de su fuente u origen, es claro que los antecedentes, prima facie, tienen el carácter de información pública, ya que los datos que reflejan están soportados en una providencia judicial en firme que tiene tal característica.^[100] En todo caso, a la luz del precedente constitucional sobre la materia, se podría concluir que esta información también puede ser calificada como semi-privada, por dos razones. La primera, porque esta Sala ha sido enfática en sostener que “[e]l carácter público de las sentencias no inhibe la fuerza normativa de las reglas y principios que ordenan jurídicamente el tratamiento de información personal contenida en bases de datos”.^[101] O sea, en el tratamiento de esta información, además de respetarse, entre otros, los principios de finalidad, utilidad y circulación restringida, se debe excluir de su acceso a terceros que no estén expresamente autorizados por el titular del dato o que no tengan un interés constitucional o legalmente reconocido.^[102] La segunda, porque en la práctica, cuando una persona ingresa a la página web de la Policía Nacional, digita su número de cédula (o el de un tercero) y consulta los antecedentes judiciales, el sistema no divulga ni hace público el historial judicial asociado al titular del documento.

En síntesis, se tiene que los antecedentes judiciales tienen su sustento en una providencia judicial en firme, por ende, en principio tiene una esfera pública, aun así, la información es restringida, pues el acceso integral a la misma y a la base de datos se encuentra limitado. Así pues, un tercero solo puede tener acceso a la integralidad de la información siempre y cuando influya un interés legal y constitucional.

Ahora, es preciso manifestar que cuando se comprueba judicialmente que se declaró la pena cumplida, prescrita o extinguida por muerte del procesado, se podrán suprimir de la base de datos de acceso abierto las anotaciones judiciales de los condenados, máxime si dicha divulgación ocasiona afectaciones a derechos fundamentales, los cuales resultan perjudicando su esfera social y laboral.

Situaciones en las cuales no se encuentra el señor Reinaldo Antonio Quintero Montoya, pues aún se encuentra en periodo de prueba, ya que a la fecha han transcurrido 42 meses 27 días del periodo, para completar los 165 meses impuestos, sin que a la fecha sea procedente decretar la extinción de la pena.

Por otra parte, conforme al derecho de petición que demanda el actor, una vez auscultado el material probatorio recopilado se tiene que, para este caso es inexistente la evidencia de que el accionante hubiese elevado solicitud en tal sentido ante el juzgado ejecutor, pues no anexó elementos de prueba de la petición que estima vulnerada.

En relación al tema que nos ocupa la atención en esta oportunidad, la Corte Constitucional en sentencia T-571/15, señaló lo siguiente:

...” Si bien uno de los rasgos características de la acción de tutela es la informalidad, la Corte Constitucional ha señalado que: “el juez tiene el deber de corroborar los hechos que dan cuenta de la violación de un derecho fundamental, para lo cual ha de ejercer las facultades que le permiten constatar la veracidad de las afirmaciones, cuando sea del caso”.^[14]

En igual sentido, ha manifestado que: “un juez no puede conceder una tutela si en el respectivo proceso no existe prueba, al menos sumaria, de la violación concreta de un derecho fundamental, pues el objetivo de la acción constitucional es garantizar la efectividad de los derechos fundamentales, cuya trasgresión o amenaza opone la intervención del juez dentro de un procedimiento preferente y sumario.”^[15] Así las cosas, los hechos afirmados por el accionante en el trámite de una acción de tutela, deben ser probados siquiera sumariamente, a fin de que el juez pueda inferir con plena certeza la verdad material que subyace con la solicitud de amparo constitucional.”

De ahí que deba arribarse a la conclusión de que, en materia de acciones constitucionales, aquel que active el mecanismo constitucional, debe demostrar al menos de manera sumaria la vulneración de uno de sus derechos fundamentales.

En consecuencia, resulta que no es evidente el quebrantamiento a los derechos fundamentales invocados por el señor Reinaldo Antonio Quintero Montoya, por ende, no le queda más a esta Sala que NEGAR las pretensiones invocadas en la presente solicitud de amparo.

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 **NIEGA**, la solicitud de amparo elevada por el señor Reinaldo Antonio Quintero Montoya, en contra del Juzgado Cuatro de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia; de conformidad con las consideraciones plasmadas en precedencia.

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:
0408dbe16490625c896ee5d260ce8e2ca3f017301140d216eaae5b4259f758d4

Documento generado en 09/02/2022 05:14:13 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

Accionante: YONAIRO ANTONIO PEÑA BAUTISTA

Demandado: Juzgado 2º Penal Municipal de control de garantías de Quibdó. Establecimiento Penitenciario de Mediana Seguridad y Carcelario Apartadó. Juzgado Penal del Circuito Especializado de Quibdó. Juzgado Cuarto Promiscuo Municipal de Apartadó. Fiscalía 3 Delegado ante Tribunal Superior de Bogotá.

Acción Constitucional: *Habeas Corpus*

Decisión: CONFIRMA.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE ANTIOQUIA

SALA DE DECISION PENAL

Proceso: 050453104001.2022.00018.00

NI:

Accionante: YONAIRO ANTONIO PEÑA BAUTISTA

Demandado: Juzgado 2º Penal Municipal de control de garantías de Quibdó. Establecimiento Penitenciario de Mediana Seguridad y Carcelario Apartadó. Juzgado Penal del Circuito Especializado de Quibdó. Juzgado Cuarto Promiscuo Municipal de Apartadó. Fiscalía 3 Delegado ante Tribunal Superior de Bogotá.

Acción Constitucional: Habeas Corpus

Decisión: CONFIRMA.

Magistrado Ponente: Gustavo Adolfo Pinzón Jácome. -

Medellín, febrero diez de dos mil veintidós.

I. OBJETO DE LA DECISIÓN

Resolver dentro del término previsto en el artículo 7 de la Ley 1095 del 2006 la apelación que se interpone contra la decisión del pasado 5 de febrero del año en curso en el que el Juzgado Primero Penal del Circuito de Apartadó resolvió acción de Habeas Corpus, instaurada por el apoderado judicial de YONAIRO ANTONIO PEÑA BAUTISTA quien se encuentra privado de la libertad en el CENTRO PENITENCIARIO DE APARTADO. Actuación que arribó al despacho del suscrito magistrado el día 9 de febrero del año en curso, a las 9.53 a.m., vía correo electrónico proveniente de la Secretaria de la Sala Penal del Tribunal Superior de Antioquia .

Accionante: YONAIRO ANTONIO PEÑA BAUTISTA

Demandado: Juzgado 2º Penal Municipal de control de garantías de Quibdó. Establecimiento Penitenciario de Mediana Seguridad y Carcelario Apartadó. Juzgado Penal del Circuito Especializado de Quibdó. Juzgado Cuarto Promiscuo Municipal de Apartadó. Fiscalía 3 Delegado ante Tribunal Superior de Bogotá.

Acción Constitucional: *Habeas Corpus*

Decisión: CONFIRMA.

II. ACTUACION PROCESAL -

El señor YONAIRO ANTONIO PEÑA BAUTISTA fue detenido el 24 de noviembre de 2019, e imputado por los delitos de fabricación, tráfico y porte de armas, municiones de uso restringido, de uso privativo de las fuerzas armadas o explosivos, y tráfico, fabricación o porte de estupefacientes y se le impuso medida de aseguramiento en centro de reclusión el día 25 de noviembre de 2019, correspondiéndole el conocimiento al Juzgado 01 Penal Especializado de Quibdó, Chocó.

Al considerar que se había vencido el término de ley para iniciar el juicio oral, el día 27 de enero de 2022 radicó ante los Jueces Municipales con Función de Control de Garantías solicitud de libertad por vencimiento de términos, de conformidad con lo establecido en los artículos 307 párrafo 1, y 317 numeral 5 del C.P.P El día 31 de enero del año en curso, el Juzgado Cuarto Promiscuo Municipal con Funciones de Control de Garantías instaló audiencia de libertad y/o sustitución de medida de aseguramiento por vencimiento de términos, en cuyo desarrollo el fiscal impugnó la competencia del funcionario judicial aduciendo que correspondía a los Jueces ambulantes de control de garantías conocer de la solicitud, tesis que acogió el despacho y remitió el expediente al centro de servicios de Quibdó, Chocó. Por reparto se le asignó la solicitud al Juzgado Segundo Penal Municipal con función de control de garantías de dicha localidad, que fijó como fecha para la celebración de la audiencia el día 04 de febrero de 2022 a las 9 de la mañana, en la que se consideró que no era competente para conocer de la solicitud de libertad, por cuanto “ya

Accionante: YONAIRO ANTONIO PEÑA BAUTISTA

Demandado: Juzgado 2º Penal Municipal de control de garantías de Quibdó. Establecimiento Penitenciario de Mediana Seguridad y Carcelario Apartadó. Juzgado Penal del Circuito Especializado de Quibdó. Juzgado Cuarto Promiscuo Municipal de Apartadó. Fiscalía 3 Delegado ante Tribunal Superior de Bogotá.

Acción Constitucional: *Habeas Corpus*

Decisión: CONFIRMA.

el Juez Cuarto Promiscuo Municipal de Apartadó había fijado la competencia en los Juzgados Penales Municipales Ambulantes Bacín, para conocer de la solicitud, como quedó registrado en el acta”, y ordenó remitir la carpeta al Centro de Servicios para que sea nuevamente repartida a quien corresponde.

III. DE LO SOLICITADO EN LA ACCION CONSTITUCIONAL.

Se mencionan lo ocurrido al interior del proceso penal que se adelanta en el Juzgado 1 Penal Del Circuito Especializado de Quibdó, reseñando la fecha de la audiencia de imputación, de radicación del escrito de acusación y las razones por las que se han malogrado algunas audiencias. Considerando que con la indecisión de los jueces que por disposición legal tienen la competencia para resolver de manera prevalente una solicitud de libertad, el ciudadano YONAIRO ANTONIO PEÑA BAUTISTA sigue privado de la libertad de manera ilegal e injustificada.

Pone de presente lo preceptuado por la Corte Suprema de Justicia en el radicado número 52704 del 11 de mayo de 2018, M.P. JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA, en el que, entre otros aspectos, se indica que el habeas corpus tutela la libertad cuando la persona se encuentre ilegalmente privada de la libertad por vencimiento de los términos legales respectivos, que dicha acción puede promoverse de manera excepcional, aun cuando se encuentre en curso un proceso judicial, en garantía inmediata del derecho fundamental a la libertad, cuando la autoridad judicial omite resolver dentro de los términos legales la solicitud de libertad provisional presentada por quien tiene derecho.

Accionante: YONAIRO ANTONIO PEÑA BAUTISTA

Demandado: Juzgado 2º Penal Municipal de control de garantías de Quibdó. Establecimiento Penitenciario de Mediana Seguridad y Carcelario Apartadó. Juzgado Penal del Circuito Especializado de Quibdó. Juzgado Cuarto Promiscuo Municipal de Apartadó. Fiscalía 3 Delegado ante Tribunal Superior de Bogotá.

Acción Constitucional: *Habeas Corpus*

Decisión: CONFIRMA.

Refiere que ha transcurrido más del término que establece la norma para que el Juez de Control de Garantías decida sobre la libertad, y que sobre ello, indicó la Corte Suprema de Justicia que “no resulta razonable exigirle al accionante que persista en su solicitud ante los funcionarios judiciales competentes, quienes, como se ha visto, de manera reiterada y soslayando la imperativa celeridad que les demanda el ejercicio de su función de protección de garantías de orden fundamental, han postergado la audiencia, en abierta desatención de los términos prescritos en el inciso segundo del artículo 160 de la Ley 906 de 2004 donde se prevé que, tratándose de «decisiones que se refieran a la libertad provisional del imputado o acusado, el funcionario judicial dispondrá máximo de tres días hábiles para realizar la audiencia respectiva”.

Advierte la trasgresión a sus prohijado los siguientes derechos fundamentales:

Derecho a ser llevado sin demora ante un juez u otro funcionario judicial autorizado por la Ley para ejercer funciones judiciales (art. 9º-3).

Derecho a acudir ante Tribunal para que decida brevemente acerca de la legalidad de la detención y ordene la libertad en caso de ilegalidad (art. 9º-4).

Derecho a ser juzgado en un plazo razonable o a ser puesto en libertad (art 9º- 3).

Derecho a tener un trato humano y acorde con la dignidad humana (art. 10º-1).Derecho a que, si se le impone detención preventiva, no sea recluso con los condenados, y por ende a un tratamiento especial y diferente por su condición de persona no condenada (art. 10º-

Solicita que se ordene de manera inmediata la libertad de su representado por prolongación ilícita de la privación de su libertad.

Accionante: YONAIRO ANTONIO PEÑA BAUTISTA

Demandado: Juzgado 2º Penal Municipal de control de garantías de Quibdó. Establecimiento Penitenciario de Mediana Seguridad y Carcelario Apartadó. Juzgado Penal del Circuito Especializado de Quibdó. Juzgado Cuarto Promiscuo Municipal de Apartadó. Fiscalía 3 Delegado ante Tribunal Superior de Bogotá.

Acción Constitucional: *Habeas Corpus*

Decisión: CONFIRMA.

IV. TRAMITE DADO A LA ACCION

En el trámite de la primera instancia El Juzgado Cuarto Promiscuo Municipal de Apartadó reconoció que el 31 de enero del año 2022 en desarrollo de audiencia de solicitud de libertad por vencimiento de términos, dispuso remitir la actuación a los juzgados penales municipales ambulantes de Quibdó, Chocó, al aceptar la impugnación de competencia

El Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Quibdó informó que, por reparto efectuado el día 16 de enero del 2020, les correspondió conocer de la acusación en contra del ciudadano YONAIRO PEÑA BAUTISTA, por los delitos de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, y por fabricación, tráfico, o porte ilegal de armas de fuego, accesorios, partes o municiones de uso privativo de las fuerzas armadas o explosivos; cuyo caso está identificado con el radicado, 05 045 60 00360 2019 80146.

Luego, en detalle precisó los pormenores ocurridos al interior del proceso, reseñando que:

Mediante Orden Judicial Nro. 014 del 17 de enero del 2020, se programó la audiencia de formulación de acusación para el 14 de abril del 2020, pero no se realizó porque el centro de reclusión de Apartadó, no dejó a disposición del despacho, al procesado.

Fue reprogramada la diligencia para el día 11 de mayo del 2021, a las 10:00 am ,no se realizó porque el centro de reclusión de Apartadó no respondió las llamadas para establecer la conectividad, por lo cual se reprogramó para la fecha del 05 de junio del 2020.

Accionante: YONAIRO ANTONIO PEÑA BAUTISTA

Demandado: Juzgado 2º Penal Municipal de control de garantías de Quibdó. Establecimiento Penitenciario de Mediana Seguridad y Carcelario Apartadó. Juzgado Penal del Circuito Especializado de Quibdó. Juzgado Cuarto Promiscuo Municipal de Apartadó. Fiscalía 3 Delegado ante Tribunal Superior de Bogotá.

Acción Constitucional: *Habeas Corpus*

Decisión: CONFIRMA.

El día 5 de junio del 2020, no se realizó la audiencia de Formulación de Acusación debido a que la cárcel de Apartadó informó que el imputado no se encontraba en ese penal, en consecuencia, se reprogramó para el 16 de julio del mismo año.

En la fecha del 16 de julio del 2020, Despacho ofició al INPC, por dificultades con la cárcel de Apartadó, pues informó que no les registraba esa persona en sus bases de datos, pero el fiscal afirmó que si se encontraba en ese reclusorio; por lo cual se reprogramó para el 13 de octubre del 2020.

El 13 de octubre del 2020, antes de iniciar el trámite, acusado indicó que tenía un defensor de confianza. Se instaló la diligencia y fue reprogramada para la fecha del 13 de noviembre del 2020.

El 13 de noviembre del 2020, se realiza la audiencia de Formulación de Acusación y finalizada la misma, el abogado y el procesado en común acuerdo, manifiestan la intención de recordar.

Se fija audiencia de Control Constitucional al Preacuerdo, para el día 05 de febrero 2021, en esa data, se verbaliza el preacuerdo y una vez se procede a dar aplicación al artículo 131 del CPP, interrogatorio al acusado, presentó una serie de inquietudes, por lo cual el defensor solicitó la suspensión de la diligencia y se programó para el 24 de febrero del 2021.

El 24 de febrero del 2021, la cárcel de Apartadó, manifestó no tener fluido eléctrico, para lo cual se reprograma para la fecha del 04 de mayo del 2021, fecha en la cual no se logró contactar al defensor. Se programa para el día 10 de agosto del 2021.

El 10 de agosto del 2021, la cárcel no tenía disponibilidad de sala. Se fija nuevamente para el 23 de noviembre del 2021.

Accionante: YONAIRO ANTONIO PEÑA BAUTISTA

Demandado: Juzgado 2º Penal Municipal de control de garantías de Quibdó. Establecimiento Penitenciario de Mediana Seguridad y Carcelario Apartadó. Juzgado Penal del Circuito Especializado de Quibdó. Juzgado Cuarto Promiscuo Municipal de Apartadó. Fiscalía 3 Delegado ante Tribunal Superior de Bogotá.

Acción Constitucional: *Habeas Corpus*

Decisión: CONFIRMA.

El 23 de noviembre no se realiza porque el despacho se encuentra en otra diligencia, razón por la cual se reprograma para la fecha del 09 de febrero del 2022 a las 11:00. Para esta diligencia se recibe solicitud de aplazamiento del abogado, doctor Oscar David Muestra Bustamante, argumentado que se encuentra en labores investigativas.

Indicó que YONAIRO ANTONIO PEÑA BAUTISTA, se encuentra privado de la libertad en virtud de una medida impuesta por el Juzgado Cuarto Promiscuo Municipal de Apartadó, que adelantó las audiencias preliminares, por lo que estima clara la improcedencia de la solicitud de Habeas Corpus, acorde a lo expuesto por la Honorable Corte Suprema de Justicia, pues cualquier petición de libertad debe tramitarse dentro del mismo proceso y ante los Jueces de Control de Garantías.

Adjuntó copia del expediente y solicitud de aplazamiento de la audiencia elevada por el abogado del accionante, el día 4 de febrero de 2022 con relación a la audiencia del 9 de febrero de 2022.

El Juzgado Segundo Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Quibdó indicó que el 1 de febrero de 2022 le correspondió la actuación con el CUI 05045600036020198014600 con solicitud de audiencia programada de vencimiento de términos y/o Sustitución de Medida de Aseguramiento remitida del Juzgado Cuarto Promiscuo Municipal de Apartadó, Antioquia, radicada por el defensor ÓSCAR DAVID MESTRA BUSTAMANTE, luego de exponer lo sucedido en el Juzgado Cuarto Promiscuo Municipal de Apartadó indicó que el día 04 de febrero a las 9:00 am, advirtió que la solicitud la debía conocer un Juez de Control de Garantías Ambulante de Quibdó, tal como lo dispuso su homólogo de Apartadó.

El Fiscal Primero Delegado, hace un recuento sobre los hechos que dieron origen a la captura de YONAIRO ANTONIO PEÑA BAUTISTA y a la correspondiente investigación penal,

Accionante: YONAIRO ANTONIO PEÑA BAUTISTA

Demandado: Juzgado 2º Penal Municipal de control de garantías de Quibdó. Establecimiento Penitenciario de Mediana Seguridad y Carcelario Apartadó. Juzgado Penal del Circuito Especializado de Quibdó. Juzgado Cuarto Promiscuo Municipal de Apartadó. Fiscalía 3 Delegado ante Tribunal Superior de Bogotá.

Acción Constitucional: *Habeas Corpus*

Decisión: CONFIRMA.

aclarando que el detenido, para la época, fue presentado ante el Juzgado Cuarto Promiscuo Municipal con Funciones de Control de Garantías de Apartadó el día 25 de noviembre de 2019, donde se impone medida de aseguramiento en centro carcelario, y que por competencia funcional y territorial, el día 17 de enero de 2020 a las 07:50 horas presentó escrito de acusación, ante los Jueces penales del Circuito Especializados de Quibdó Chocó.

El establecimiento penitenciario donde se encuentra privado de la libertad YONAIRO ANTONIO PEÑA BAUTISTA, no emitió pronunciamiento alguno a pesar de haber sido oportunamente notificado.

En el decurso de esta segunda instancia se requirió el centro de servicios de la ciudad de Quibdó informó que la solicitud de libertad fue asignada al Juzgado Primero Penal Municipal Ambulante de dicha ciudad, y esa agencia judicial informó que ya se programó para el próximo jueves 17 de febrero a las 9 a.m. para evacuar a respectiva audiencia de solicitud de libertad por vencimiento de términos, visto que por disponibilidad de agenda, resultaba imposible darle trámite a dicha audiencia en fecha previa, dado que todas las actuaciones de ese despacho son perentorias.

V. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

El Juzgado Primero Penal del Circuito de Apartadó, inicialmente señaló que por estar privado de la libertad en la cárcel de esa localidad el señor YONAIRO ANTONIO PEÑA BAUTISTA, conforme a las reglas fijadas por la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia es competente para conocer de la presente acción constitucional, pero

Accionante: YONAIRO ANTONIO PEÑA BAUTISTA

Demandado: Juzgado 2º Penal Municipal de control de garantías de Quibdó. Establecimiento Penitenciario de Mediana Seguridad y Carcelario Apartadó. Juzgado Penal del Circuito Especializado de Quibdó. Juzgado Cuarto Promiscuo Municipal de Apartadó. Fiscalía 3 Delegado ante Tribunal Superior de Bogotá.

Acción Constitucional: *Habeas Corpus*

Decisión: CONFIRMA.

negó el amparo reclamado señalando que si bien es cierto no había lugar a producirse un aparente conflicto de competencias entre las autoridades judiciales que debían conocer de la solicitud de libertad, pues tanto el Juzgado de Apartadó como los de Quibdó eran competentes a prevención, lo cierto es que no se han vencido los términos dentro de la actuación, pues visto que se presentó un preacuerdo al momento de instalarse la audiencia de acusación, la actuación paso del trámite ordinario al abreviado y por expreso mandato legal los términos procesales se suspende mientras el acuerdo es aprobado o no por la judicatura.

Reiteró que, aunque no comparte el supuesto conflicto de competencia suscitado, esto no implica que se este dilatando injustificadamente dar curso a la audiencia de libertad, y por lo mismo improcedente es conceder el *habeas corpus* impetrado.

V.I. APELACION.

El apoderado de YONAIRO ANTONIO PEÑA BAUTISTA, en escrito calendado a 8 de febrero del año en curso ,considera erróneo el planteamiento del Juez de Primera Instancia, pues no se esta en un trámite abreviado , es un proceso ordinario donde se iniciaron unas conversaciones en relación a un eventual preacuerdo, pero como el mismo no se materializó aún, no se puede decir que los términos procesales se encuentren suspendidos.

De otra parte, considera que lo sucedido con la audiencia de solicitud de libertad, implica una dilación injustificada, pues instalada la misma en el Juzgado Cuarto Promiscuo Municipal de Apartadó, el pasado 31 de enero del año en curso, debió dársele trámite a la misma y no dar curso a la impugnación de competencia que ha hecho que a la fecha la

Accionante: YONAIRO ANTONIO PEÑA BAUTISTA

Demandado: Juzgado 2º Penal Municipal de control de garantías de Quibdó. Establecimiento Penitenciario de Mediana Seguridad y Carcelario Apartadó. Juzgado Penal del Circuito Especializado de Quibdó. Juzgado Cuarto Promiscuo Municipal de Apartadó. Fiscalía 3 Delegado ante Tribunal Superior de Bogotá.

Acción Constitucional: *Habeas Corpus*

Decisión: CONFIRMA.

petición de libertad no se resuelva mientras la actuación pasa de un despacho judicial a otro, lo que constituye una evidente dilación injustificada.

En ese orden de ideas, se dan los presupuestos fijados por la jurisprudencia para conceder el *habeas corpus* reclamado visto que los términos judiciales con persona privada de la libertad, se han superado sobradamente y las autoridades antes las que se reclama la libertad no resuelven de fondo el asunto en el término de ley , lo que exige la intervención del juez constitucional.

VII.PARA RESOLVER SE CONSIDERA.

La acción de *habeas corpus* consagrada en el artículo 30 de la Constitución Política y desarrollada en la Ley Estatutaria 1095 de 2006, tiene por objeto proteger de manera efectiva e inmediata el derecho fundamental a la Libertad, cuando quiera que la persona sea privada de la libertad con violación de las garantías constitucionales o legales, o ésta se prolongue ilegalmente.

Este mecanismo de protección ha sido ampliamente reconocido en el ámbito internacional a través de diversos tratados y declaraciones de Derechos Humanos.

Sobre esta acción pública, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en reiteradas jurisprudencias ha sostenido su carácter excepcional, como por ejemplo en la Sentencia dictada dentro del Proceso Ni 31016 Magistrado Ponente Dr. AUGUSTO J. IBÁÑEZ GUZMÁN del 19 de diciembre de 2008, en la cual sostuvo:

“Reiteradamente la Sala ha precisado que la procedencia de esta acción se encuentra supeditada a que el afectado con la privación ilegal de la libertad haya acudido primero a los medios previstos en el ordenamiento legal dentro del proceso, pues de lo contrario

Accionante: YONAIRO ANTONIO PEÑA BAUTISTA

Demandado: Juzgado 2º Penal Municipal de control de garantías de Quibdó. Establecimiento Penitenciario de Mediana Seguridad y Carcelario Apartadó. Juzgado Penal del Circuito Especializado de Quibdó. Juzgado Cuarto Promiscuo Municipal de Apartadó. Fiscalía 3 Delegado ante Tribunal Superior de Bogotá.

Acción Constitucional: *Habeas Corpus*

Decisión: CONFIRMA.

el juez constitucional podría incurrir en una injerencia indebida sobre las facultades jurisdiccionales del operador natural de la causa.

Evidentemente la acción de habeas corpus fue concebida como una garantía esencial cuyo ejercicio de carácter informal, en principio demanda el estudio de cualquier situación de hecho que indique la privación de la libertad sin la existencia de una orden legalmente expedida por la autoridad competente, pero de manera alguna implica su uso indiscriminado, esto es, la pretermisión de las instancias y los mecanismos judiciales ordinarios, pues ella se encuentra instituida como la última garantía fundamental con la que cuenta el perjudicado para restablecer el derecho que le ha sido conculcado.

Sobre el particular, la jurisprudencia de la Sala ha sido consistente en determinar que la procedencia excepcional de la acción de habeas corpus debe responder al principio de subsidiaridad, pues roto éste por acudir primariamente a dicha acción desechando los medios ordinarios a través de los cuales es posible reclamar la libertad con fundamento en alguna de las causales contempladas en la ley, aquella resulta inviable. “

Es entendido entonces el *habeas corpus* con la garantía excepcional para lograr restablecer la libertad, cuando agotadas las instancias al interior del proceso por el cual se está privado de la libertad las mismas no son resueltas o la respuesta que se da a la misma ya sea por su contenido, o por la omisión a resolver las mismas constituya una vía de hecho como igualmente lo ha precisado la jurisprudencia al indicar :

“Un segundo supuesto que habilita la intervención del Juez constitucional, sucede cuando, habiéndose solicitado ante las autoridades judiciales competentes su libertad, el procesado permanece privado de ella consecuencia de una vía de hecho en la decisión proferida por dichas autoridades.”

Sentadas las anteriores premisas y aplicadas al caso en concreto, se tiene lo que sigue:

Considera el peticionario que el señor YONAIRO ANTONIO PEÑA BAUTISTA, se encuentra privado ilegalmente de la libertad, pues privado de la libertad desde el 24 de noviembre

Accionante: YONAIRO ANTONIO PEÑA BAUTISTA

Demandado: Juzgado 2º Penal Municipal de control de garantías de Quibdó. Establecimiento Penitenciario de Mediana Seguridad y Carcelario Apartadó. Juzgado Penal del Circuito Especializado de Quibdó. Juzgado Cuarto Promiscuo Municipal de Apartadó. Fiscalía 3 Delegado ante Tribunal Superior de Bogotá.

Acción Constitucional: *Habeas Corpus*

Decisión: CONFIRMA.

del 2019, aun no se materializa en debida forma la audiencia de acusación ante el Juzgado Penal del Circuito de Quibdó, con lo que se vulnera el término máximo de privación de la libertad, y aunque reclamó ante el Juez de Control de garantías la libertad por vencimiento de términos no se observó lo dispuesto en el 160 de la Ley 906 de 2004 donde se prevé que, tratándose de «*decisiones que se refieran a la libertad provisional del imputado o acusado, el funcionario judicial dispondrá máximo de tres días hábiles para realizar la audiencia respectiva*».

Al respecto se avizora que desde el pasado 27 de enero del año en curso se radicó la solicitud de libertad en los Juzgados Promiscuos Municipales de Apartadó, y el 31 de Enero del año en curso se instaló ante el Juzgado Cuarto Promiscuo Municipal de Apartadó la respectiva audiencia donde el representante de la Fiscalía General de la Nación, impugnó la competencia, por lo que se dispuso entonces remitir la solicitud a los Juzgados Penales Municipales Ambulantes de Quibdó, y el centro de servicios de dicha localidad repartió la solicitud de libertad al Juzgado Juzgado Segundo Penal Municipal con función de control de garantías de dicha localidad, que fijó como fecha para la celebración de la audiencia el día 04 de febrero de 2022 a las 9 de la mañana, en la que se consideró que no era competente para conocer de la solicitud de libertad, por cuanto “ya el Juez Cuarto Promiscuo Municipal de Apartadó había fijado la competencia en los Juzgados Penales Municipales Ambulantes Bacrim, para conocer de la solicitud, como quedó registrado en el acta”, y una vez repartida la solicitud al Juzgado Primero Penal Municipal ambulante de Quibdó, fijó para el 17 de febrero a las 9 a.m., adelantar la respectiva audiencia.

Del recuento hecho de lo ocurrido con a audiencia en la que se debe resolver la libertad, salta a la vista que el termino de 3 días previsto en el artículo 160 de la Ley 906 del 2004, ya se ha superado sin que la referida audiencia se materialice, sin embargo esto obedece a

Accionante: YONAIRO ANTONIO PEÑA BAUTISTA

Demandado: Juzgado 2º Penal Municipal de control de garantías de Quibdó. Establecimiento Penitenciario de Mediana Seguridad y Carcelario Apartadó. Juzgado Penal del Circuito Especializado de Quibdó. Juzgado Cuarto Promiscuo Municipal de Apartadó. Fiscalía 3 Delegado ante Tribunal Superior de Bogotá.

Acción Constitucional: *Habeas Corpus*

Decisión: CONFIRMA.

que la autoridad judicial que inicialmente debió darle trámite a la audiencia, encontró viable admitir la impugnación de competencia que presentó el fiscal, que expuso que otro debía ser el Juez de control de garantías que debía resolver la petición de libertad, situación esta que indiscutiblemente impide entonces que la audiencia se surta dentro del perentorio término previsto en la norma previamente citada, y aunque aun al día de hoy no se materializa la referida audiencia, lo cierto es que ya cuenta con fecha programada, la cual como explica el titular del Juzgado Primero Penal Ambulante de Quibdó no pudo ser anterior por la programación de audiencias previas, que dada la naturaleza de tal despacho que es de control de garantías, implica que todas las audiencias que debe conocer son de trámite perentorio, por lo que no puede arribarse a la conclusión entonces de que se esta frente a una dilación injustificada para celebrar la audiencia de libertad por vencimiento de términos que es el escenario ordinario para dar curso al restablecimiento de la garantía de la libertad que se considera vulnerado por el representante legal del señor PEÑA BAUTISTA, lo que hace entonces inviable el amparo de *habeas corpus* impetrado, pues existiendo un escenario procesal para debatir el asunto al interior del mismo proceso como lo es el trámite ante el Juez de Control de garantías este no se agota aún, y no se puede decir que exista una dilación injustificada en dar curso a la audiencia respectiva.

Ahora bien, el Fallador de primera instancia, al negar el amparo indicó que aunque en su sentir la impugnación de competencia en su sentir no era posible pues era competente a prevención el juez que inicialmente conoció de la solicitud pues PEÑA BAUTISTA esta privado de la libertad en el municipio de Apartadó, lo cierto era que no se podía hablar de vencimiento de términos, pues habiéndose presentado un preacuerdo, los términos se suspendían, posición que repulsa al defensor al considerar que no es cierto que se este frente a un preacuerdo sino ante unas eventuales conversaciones, sin embargo al repasar el trámite dado a la actuación surtida en el Juzgado Penal del Circuito Especializado de

Accionante: YONAIRO ANTONIO PEÑA BAUTISTA

Demandado: Juzgado 2º Penal Municipal de control de garantías de Quibdó. Establecimiento Penitenciario de Mediana Seguridad y Carcelario Apartadó. Juzgado Penal del Circuito Especializado de Quibdó. Juzgado Cuarto Promiscuo Municipal de Apartadó. Fiscalía 3 Delegado ante Tribunal Superior de Bogotá.

Acción Constitucional: *Habeas Corpus*

Decisión: CONFIRMA.

Quibdó, se avizora que en efecto se presentó un preacuerdo el cual aun no es aprobado o improbadado por la judicatura, y en efecto al revisar la actuación con la que se cuenta se aprecia que el día 5 de febrero 2021, al momento de verbaliza el preacuerdo y una vez se procede a dar aplicación al artículo 131 del CPP, interrogatorio al acusado, este presentó una serie de inquietudes, por lo cual el defensor solicitó la suspensión de la diligencia y se programó para el 24 de febrero del 2021, la cual a pesar de diversas citaciones no se ha podido materializar y que tenía como última fecha de celebración el 9 de febrero de la corriente anualidad, pero el 4 de febrero anterior el defensor solicitó se aplazara la respectiva audiencia.

Se esta entonces frente a un preacuerdo presentado ante la judicatura, respecto del cual aún hoy no hay un pronunciamiento sobre su aprobación o no, lo que eventualmente podría dar curso a lo previsto en el párrafo 2 del artículo 317 de la Ley 906 del 2004, sobre suspensión de términos, y precisamente la discusión que debe darse sobre si hay o no lugar aplicar dicha norma tiene como su escenario propio la audiencia que deberá adelantarse ante el Juzgado Primero Penal Municipal Ambulante de Quibdó, por lo que encuentra esta magistratura, que será allí donde deba resolverse el tema, sin que tenga entonces por el momento el Juez de *habeas corpus*, dado el carácter residual de esta instancia, el resolver de fondo sobre el tema, lo que implica entonces que sea o no acertado el planteamiento expuesto por el Juez de Primera Instancia sobre si se suspendían los términos visto el preacuerdo, que aún, no se agota la instancia ordinaria para resolver el asunto, lo que torna entonces inviable el amparo constitucional deprecado, vistas las consideraciones expuestas en párrafos precedentes sobre lo ocurrido con dicha audiencia

Accionante: YONAIRO ANTONIO PEÑA BAUTISTA

Demandado: Juzgado 2º Penal Municipal de control de garantías de Quibdó. Establecimiento Penitenciario de Mediana Seguridad y Carcelario Apartadó. Juzgado Penal del Circuito Especializado de Quibdó. Juzgado Cuarto Promiscuo Municipal de Apartadó. Fiscalía 3 Delegado ante Tribunal Superior de Bogotá.

Acción Constitucional: *Habeas Corpus*

Decisión: CONFIRMA.

y la no presencia por el momento de una dilación injustificada en materializarse la referida audiencia.

Cosa distinta sería que en efecto exista una dilación injustificada en llevarse a cabo la audiencia de libertad ante el Juez de control de garantías, pues allí si el juez de *habeas corpus*, debe entrar a verificar si se ha conculcado o no la garantía de la libertad, y entonces si estudiar si en efecto existió o no suspensión de términos visto lo ocurrido con el preacuerdo que se presentó al Juzgado Penal del Circuito Especializado de Quibdó., pero como eso no ocurre por el momento, resulta improcedente recurrir al mecanismos subsidiario constitucional .

En ese orden de ideas, será por las razones que aquí se exponen que la decison final de negar el amparo de *habeas corpus* deprecado que se confirmara la providencia recurrida .

En mérito de lo expuesto, el suscrito Magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior de Antioquia, administrado justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

Confirmar por las razones expuestas en este proveído , la providencia que niega el *habeas corpus* impetrado por el apoderado judicial del señor YONAIRO ANTONIO PEÑA BAUTISTA

Accionante: YONAIRO ANTONIO PEÑA BAUTISTA

Demandado: Juzgado 2º Penal Municipal de control de garantías de Quibdó. Establecimiento Penitenciario de Mediana Seguridad y Carcelario Apartadó. Juzgado Penal del Circuito Especializado de Quibdó. Juzgado Cuarto Promiscuo Municipal de Apartadó. Fiscalía 3 Delegado ante Tribunal Superior de Bogotá.

Acción Constitucional: *Habeas Corpus*

Decisión: CONFIRMA.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Gustavo Adolfo Pinzón Jácome

Magistrado

Alexis Tobón Naranjo

Secretario

Firmado Por:

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:

3a7e23a1c0d38f8fd4ec2263a73918d39ad2c848952ffc143f3d4cad47c37c64

Accionante: YONAIRO ANTONIO PEÑA BAUTISTA

Demandado: Juzgado 2º Penal Municipal de control de garantías de Quibdó. Establecimiento Penitenciario de Mediana Seguridad y Carcelario Apartadó. Juzgado Penal del Circuito Especializado de Quibdó. Juzgado Cuarto Promiscuo Municipal de Apartadó. Fiscalía 3 Delegado ante Tribunal Superior de Bogotá.

Acción Constitucional: *Habeas Corpus*

Decisión: CONFIRMA.

Documento generado en 10/02/2022 08:09:04 AM

Descargue el archivo y valide éste 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. 05 642 60 00296 2019 00025 **NI:** 2021-1882
Acusado: HUGO ALEXANDER CARDENAS GOMEZ
Delito: Pornografía con menores
Motivo: Apelación sentencia condenatoria
Decisión: Confirma
Aprobado Acta No.: 18 de febrero 10 del 2022 **Sala No:** 6

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

Medellín, febrero diez de dos mil veintidós

1. OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

Resolver el recurso de apelación interpuesto por el abogado defensor contra la sentencia emitida el pasado 16 de noviembre del 2021 por el Juzgado Penal de Circuito de Ciudad Bolívar.

2. HECHOS

Fueron narrados así en la sentencia de primera instancia:

El 09 de septiembre de 2019, la señora Sor Angela María Pulgarín Tabares, se dirigió ante las autoridades de Salgar Antioquia e informó que el teniente del Ejército HUGO ALEXANDER CÁRDENAS GÓMEZ, le solicitó fotografías y videos de una de sus hijas menores "M.A", desnuda en diferentes poses, a lo que ella accedió, porque de lo contrario, dañaría la hoja de vida de un subalterno de aquel, con quien Pulgarín Tabares sostenía una relación

sentimental; las comunicaciones y envíos que se realizaron a través de mensajes de texto, en especial WhatsApp, utilizando sus teléfonos móviles -celulares-. Como las exigencias del teniente iban en aumento, hasta pedirle que le llevara su hija menor a Facatativá Cundinamarca donde él laboraba para ese entonces, decidió denunciar con el fin de hacer cesar la acción ilícita.

3. ACTUACION PROCESAL.

El 27 de febrero de 2020, el Juzgado Promiscuo Municipal de Salgar Antioquia, realizó las audiencias preliminares concentradas de legalización de captura, formulación de imputación por la conducta definida y sancionada en el Art. 218 del Código Penal agravada, en contra del señor HUGO ALEXANDER CARDENAS GOMEZ y otra, en calidad de coautor del delito relacionado, y se decretó medida de aseguramiento de detención preventiva intramural en su contra.

La Fiscalía Novena Seccional delegada, envió escrito de acusación, que se materializó en forma virtual el 28 de agosto de 2020, después de varios aplazamientos invocados por el defensor contractual, se mantuvo vigente el cargo imputado, como autor de la conducta de *“pornografía con personas menores de 18 años, agravada por los numerales 9 y 10 del Art. 58 C. Penal, verbos rectores: poseer, portar, transmitir y almacenar”* frente al señor HUGO ALEXANDER CÁRDENAS GÓMEZ.

La audiencia preparatoria, luego de haberse reprogramado en diferentes fechas también por peticiones de la defensa, se realizó el 20 de enero de 2021. El juicio oral se desarrolló desde del 10 de marzo, y culminó el 27 de septiembre de 2021, con un sentido de fallo de carácter condenatorio.

4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

Mediante sentencia proferida el pasado 16 de noviembre del 2021, La Juez Penal de Circuito de Ciudad Bolívar llegó a la conclusión que contaba con los parámetros señalados por el artículo 381 del Código de Procedimiento Penal que acreditaran más allá de toda duda razonable, la responsabilidad del acusado en los hechos, por lo que debía procederse con una sentencia condenatoria en contra de HUGO ALEXANDER CARDENAS GOMEZ.

Indicó que la Fiscalía en la acusación, la Fiscalía concretó los cargos al envió que hizo la señora MARIA PULGARIN TABARES, al acusado de fotos de su hija, desnuda y en otras posiciones sugerentes y un video tal hecho quedo debidamente acreditada no solo con lo afirmado por esta dama sino con los mensajes de voz texto e imágenes que se pudieron extraer del equipo celular de esta dama y que fueron debidamente expuestos en el juicio, en los cuales se evidencia como a través de la red social *whats app* se enviaron múltiples imágenes de su menor hija desnuda.

Que no hay duda sobre quien es en efecto el destinatario de dichos mensajes pese a que no hubo control posterior a búsqueda en base de datos sobre el número celular del acusado, y que este fue reconocido plenamente por la señora PULGARIN TABARES, quien además ya fue condenada por los hechos que aquí se están juzgado, y que como lo pusieron en evidencias los técnicos del C.T.I que comparecieron al juicio se observaron a cabalidad los protocolos en el análisis de la información que se obtuvo del equipo celular de la prenombrada PULGARIN TABARES.

Hizo destinatario en consecuencia a HUGO ALEXADER CARDENAS GOMEZ, de una pena de prisión de 14 años de prisión, inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones

públicas por el mismo término y multa de 500 S.M.L.M.V. y negó cualquier subrogado o beneficio por expresa prohibición legal.

5. DEL RECURSO

El abogado defensor interpone recurso de apelación en el que solicita la revocatoria de la sentencia condenatoria, fundamenta sus peticiones en las siguientes premisas:

1. No se logró establecer que en efecto el denominado TENIENTE CARDENAS, sea el procesado en el batallón al que está adscrito hay muchos uniformados con el apellido CARDENAS, y puede existir confusión con la identidad del autor de los hechos.
2. Aunque se contaba con mensaje de voz no se hizo cotejo de voces, lo que impide saber si en efecto el acusado es la persona que habla en varios de ellos.
3. No se efectuó por parte de la Fiscalía audiencia de control posterior a la búsqueda en base selectiva de datos de la empresa CLARO y el celular del procesado.
4. No se llevó en debida forma la cadena de custodia respecto al equipo celular que entregó la señora SOR ANGELA MARIA PULGARIN TABARES, y del que supuestamente se extrajeron mensajes de voz, texto y fotografía, por ende, no pueden ser valorados.

5. No se descartó que en efecto el equipo celular del procesado hubiere sido clonado, por ende, no se sabe si en efecto el destinatario de los mensajes, textos y fotografías que remita la señora SOR ANGELA MARIA PULGARIN, fuere el acusado.
6. La menor supuesta ofendida, no identifica a HUGO ALEXANDER CARDENAS GOMEZ, como el destinatario de las fotografías que le tomaron, ella menciona que su madre le dijo que eran para el padrino.
7. Todas estas inconsistencias impiden saber a ciencia cierta si HUGO ALEXANDER CARDENAS GOMEZ, en efecto es el autor del delito imputado, pues o se sabe si en verdad el pidió y recibió las fotografías indebidamente tomadas a la menor.

Frente a tal pedimento al unisonó la abogada representante de víctimas y la Fiscalía, se oponen señalado que la menor relato simplemente que su madre le tomo fotografías y un video desnuda , las que ella creo yo le enviaría a su padrino, sin que ella finalmente supiera a quien le fueron enviado tal material, igualmente indican que no hay duda alguna de la identidad del procesado que fue objeto de estipulación, y que el material extraído de la tarjeta sim cara y el teléfono celular de la señora SOR ANGELA MARA PULGARIN TABARES, pone en evidencia que en efecto si se envió material pornográfico al acusado, por lo que la sentencia recurrida debe ser confirmada.

6. PARA RESOLVER SE CONSIDERA

Conforme lo reglado por el artículo 34 numeral primero de la Ley 906 de 2004, es competente la Sala para conocer el recurso de alzada en tanto es superior funcional del Juzgado Penal del Circuito de Ciudad Bolívar, despacho que profirió la providencia que

ahora se recurre, determinando si le asiste la razón a la defensa de que se debe revocar la sentencia condenatoria emitida.

En relación a los planteamientos hechos por el recurrente se debe indicar que la persona que señala que quien le solicitó y a quien se le enviaron fotografías y videos de la menor M. A. G. P. de 9 años de edad, es la dama SOR ANGELA MARIA PULGARIN TABARES, quien reconoce que entablo conversación por las redes sociales con el acusado que era superior de su novio , ahora bien la niña M. A. G.P. al comparecer a declarar señala que ella no conoce a la persona que se le enviaron las fotografías y videos que le tomó su madre desnuda, simplemente esta le indicó que era inicialmente para su padrino y que luego supo que se las enviaron a un militar de apellido CARDENAS, sin que sepa ella en concreto quien es, pues esta menor no envió las fotografías, sino que lo hizo su madre, por ende no se puede considerar que su dicho ponga entre dicho que el destinatario de las mismas es en efecto el acusado, pues se insiste quien señala que las envió a HUGO ALEXANDER CARDENAS GOMEZ, es la madre de la menor SOR ANGELA MARIA PULGARIN.

Ahora bien, SOR ANGELA MARIA PULGARIN, quien sobra advertir ya fue condenada por estos hechos con precisión indica en su testimonio como entro en contacto con CARDENAS GOMEZ, oficial superior de su novio que estaba adscrito a un batallón de FUSAGASUGA, inicialmente por la red social FACEBOOK y como este uniformado, después de entablar conversación con ella y buscando ayudar a su novio le solicitó el envío de material pornográfico, consistente en fotografías y videos de su menor hija desnuda, los cuales ella tomó con su propio celular y luego remitió al celular de CARDENAS GOMEZ, a través de la aplicación WHATS APP. Esta dama indica que, aunque nunca conversó penalmente con el acusado lo vino a ver y reconocer en la audiencia que realizaron el 27 de febrero de 2020 en el juzgado de Salgar Antioquia, porque es el mismo rostro que aparece en las fotos

y videos que le enviaba por celular¹, con lo que ella confirma que en efecto el destinatario de las tantas veces mentadas fotografías y videos no es otro que el acusado.

Ahora bien es cierto no se hizo cotejo de voces entre el procesado y los registros de mensajes de voz que se extrajeron del celular de la señora SOR ANGELA MARIA PULGARIN, no se llamaron a declarar a los soldados EDWAR MONTERO, y JORGE BENITEZ, que le dieron el contacto inicial del Teniente CARDENAS a esta dama, como lo de resalta el defensor, no se acreditó que se hubiere hecho audiencia de control posterior a base de datos de la información que suministro la empresa CLARO, en el sentido que el abonado telefónico 320-9190069, pertenecía a CARDENAS GOMEZ, sin embargo con fundamento en el dicho de la señora PULGARIN se establece que en efecto el destinatario de las fotografías y videos que envió no es otro que el acusado.

Ahora bien, indica la defensa, que visto el material expuesto en el juicio y que fue extraído del teléfono celular y tarjeta sim card de la señora PULGARIN, los mensajes donde se enviaba las fotografías y videos tenían como destinatario a “*Mi teniente CARDEN*”, y este significa que podía tratarse de cualquier persona de apellido CARDENAS, Máxime que en el batallón donde labora el acusado hay varios uniformados con tal apellido. Al respecto debe precisarse que nunca se aportó en el juicio prueba por parte de la defensa sobre que en efecto en dicha unidad militar de la ciudad de FACATATIVA existan más tenientes de apellido CARDENAS, lo que implica que es solo una especulación de la defensa, de otra parte, no debe llamarnos a extraños que la señora GOMEZ, agregara el contacto del acusado simplemente como “*Mi teniente CARDEN*”, pues precisamente formas abreviadas del nombre, son de común uso cuando se agendan los datos de contactos en los teléfonos móviles.

¹ Récord 0:25.46 y 4ª sesión declaración Sor María Pulgarín récord 0:012.00 “...no cambia prácticamente en nada lo del rostro, y las fotos que me mandó eran muy recientes y el video que le envió masturbándose estaba muy vidente” Récord 0.047.00.

Resulta también ser una simple especulación de la defensa, que no se probó que en efecto el equipo celular del procesado fue clonado, y que por esto no se puede saber si en efecto su prohijado fue quien solicitó las fotografías y videos y finalmente los recibió, pues los técnicos del C.T.I. que revisaron el material extraído del celular y tarjeta *sim* suministrado por la señora GOMEZ, estudiaron fue dicho material e identificaron que mensajes se cruzaron con el contacto” Mi teniente CARDEN”, no podían ni debía hacer estudio sobre si dicho contacto estaba clonado pues precisamente no tenía el equipo celular desde el cual se enviaban y recibían los mensajes a nombre de dicho contacto.

Ahora bien, cuestiona la defensa que el material analizado por los funcionarios de policía judicial y que recopilo una asistente de la Fiscalía al recibir el teléfono móvil de la señora GOMEZ, y que analizó la servidora del C.T.I. YENNY CONSTANZA RAMÍREZ SILVA y PASTOR WILLIAM CANO RUIZ no estuvo debidamente evaluado y con esto no se cumplió con la cadena de custodia.

Sobre la cadena de custodia la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia ²señala:

“La cadena de custodia, la acreditación y la autenticación de una evidencia, objeto, elemento material probatorio, documento, etc., no condicionan – como si se tratase de un requisito de legalidad- la admisión de la prueba que con base en ellos se practicará en el juicio oral; ni interfiere necesariamente con su admisibilidad decreto o práctica como pruebas autónomas. Tampoco se trata de un problema de pertinencia. De ahí que, en principio, no resulta apropiado discutir, ni siquiera en sede casacional, que un medio de prueba es ilegal y reclamar la regla de exclusión, sobre la base de cuestionar su cadena de custodia, acreditación o autenticidad. Por el contrario, si llegare a admitirse una prueba respecto de la cual, posteriormente, en el debate oral se demuestran defectos en la cadena de custodia, indebida acreditación o se pone en tela de juicio su autenticidad, la verificación de estos aspectos no torna la prueba en ilegal ni la solución consiste en retirarla del acopio probatorio. En cambio, los comprobados defectos de la cadena de custodia, acreditación o autenticidad de la evidencia o elemento probatorio, podrían conspirar contra la eficacia, credibilidad o asignación de su mérito probatorio, aspectos éstos a los que tendrá que enfilar la crítica la parte contra la cual se aduce. La última es la solución adoptada por el Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004), al sentar en el artículo 273 los criterios de

² Sentencia 25920 del 2007.

valoración: “La valoración de los elementos materiales probatorios y evidencia física se hará teniendo en cuenta su legalidad, autenticidad, sometimiento a cadena de custodia y grado actual de aceptación científica, técnica o artística de los principios en que se funda el informe.” Lo anterior no obsta para que, si la parte interesada demuestra que se rompió la cadena de custodia o que no se acreditó la procedencia o que una evidencia, objeto o medio probatorio es definitivamente inauténtico, en el momento oportuno pueda oponerse a su admisión o decreto como prueba. En tal hipótesis, el Juez decidirá lo que en derecho corresponda, pues se trata de un proceso dialéctico que avanza hacia la construcción de la verdad con audiencia de los adversarios. Si bajo estos supuestos el Juez no decreta la prueba, su rechazo no será por motivos de ilegalidad, sino porque carecería de poder de convicción, por persistir serias dudas sobre la manera como se produjo la recolección de la evidencia o la forma en que se produjo el elemento probatorio, o la autenticidad del mismo en cuanto de ella dependa la posibilidad de aceptar como cierto su contenido. Con todo, se insiste, si se demuestran defectos en la cadena de custodia, acreditación o autenticidad y, pese a ello, la prueba se practica, dicha prueba no deviene ilegal y no será viable su exclusión; sino que, debe ser cuestionada en su mérito o fuerza de convicción por la parte contra la cual se aduce.

Teniendo claro entonces que la cadena de custodia como lo precisa la jurisprudencia en cita, no tiene que ver con la ilegalidad de la prueba, sino con la fuerza de convicción que pueda tener el elemento material probatorio que se considere no fue debidamente recopilado conservado la cadena de custodia, debe verificarse como fue que se obtuvo el medio en el que se encontraron los videos y fotografías y se probó en el juicio que la señora SOR ANGEL AMARIA PULGARIN TABARES, entregó personalmente su teléfono a la asistente de fiscalía DIANA RESTREPO AGUILAR, quien solicitó la colaboración del servidor del C.T.I. PASTOR WILLIAM CANO para embalar y rotular el equipo y este fue remitido a la sala técnica del C.T.I. en la ciudad de Medellín, donde finalmente lo recibió YENI CONSTANZA RAMIREZ SILVA, que hizo el estudio al equipo y extrajo la información que reposaba en el mismo y la tarjeta *sim*, no encuentra la Sala que en el argumento del impugnante se señale porque no se observó la cadena de custodia en debida forma, pues desde que se entregó por quien tomó, y envió las fotografías al acusado el equipo celular utilizado para tal fin y el momento en que el dichas fotografías, mensajes y videos se expusieron en el juicio, siempre se tuvo la trazabilidad de donde estuvo dicho material, y por lo mismo mal se puede decir que no se observó la cadena de custodia.

En este orden de ideas no existen entonces las dudas que plantea el recurrente sobre quien en efecto fue la persona que solicitó las fotografías y videos de la menor desnuda y que

precisamente tal material finalmente le fue enviado con lo que se configura entonces a cabalidad el punible por el que se acusó a HUGO ALEXANDER CARDENAS GOMEZ, así las cosas, considera la Sala no aparece motivo válido alguno para entrar a revocar la determinación que al respecto se tomó en primera instancia.

Providencia discutida y aprobada por medios virtuales.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia condenatoria proferida por el Juzgado Penal del Circuito de Ciudad Bolívar, el pasado 16 de noviembre del 2021 en contra de HUGO ALEXANDER CARDENAS GOMEZ, conforme a lo expresado en la parte motiva de esta providencia.

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

A la ejecutoria de esta providencia DEVUÉLVASE al Juzgado de origen.

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

Proceso No. 05 642 60 00296 2019 00025 NI: 2021-1882
Acusado: HUGO ALEXANDER CARDENAS GOMEZ
Delito: Pornografía con menores
Motivo: Apelación sentencia condenatoria
Decisión: Confirma

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:

1476188a89e103f2dc9b778663e3a8e308e6f77d19d4911f77d9a38264d40b5a

Documento generado en 10/02/2022 03:34:29 PM

**Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**