

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA SALA PENAL

ESTADO ELECTRÓNICO 207

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
2022-1704-2	Tutela 1º instancia	JHON WILTON ORTIZ OCAÑA	JUZGADO 1º DE E.P.M.S. DE EL SANTUARIO ANTIOQUIA Y OTRO	Concede derechos invocados	Noviembre 17 de 2022
2022-1804-3	Tutela 1º instancia	JUAN PABLO JIMENEZ GOMEZ		Inadmite acción de tutela	Noviembre 17 de 2022
2019-0455-3	Consulta a desacato	HOMICIDIO AGRAVADO	LUIS EDUARDO GUTIERREZ MENESES	Confirma sentencia de 1º instancia	Noviembre 17 de 2022
2019-0705-3	Sentencia 2º instancia	HOMICIDIO AGRAVADO	MIGUEL ANGEL GUERRA TORRES	Confirma sentencia de 1º instancia	Noviembre 17 de 2022
2020-0211-3	Sentencia 2º instancia	ACCESO CARNAL VIOLENTO	GERMAN DAVID GUTIERREZ TRUJILLO	Confirma sentencia de 1º instancia	Noviembre 17 de 2022
2022-1668-3	Sentencia 2º instancia	CONCIERTO PARA DELINQUIR AGRAVADO Y OTRO	ELKIN AUGUSTO CAÑAS HENAO Y OTROS	Confirma sentencia de 1º instancia	Noviembre 17 de 2022
2021-1399-1	Sentencia 2º instancia	HURTO AGRAVADO	JUAN DAVID QUINTERO JIMÉNEZ	Revoca sentencia de 1 instancia	noviembre 15 de 2022
2021-0205-1	Sentencia 2º instancia	ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE 14 AÑOS	MARIO OCARIS SÁNCHEZ GARCÍA	Confirma sentencia de 1º instancia	noviembre 15 de 2022
2022-1715-6	auto ley 906	FABRICACIÓN, TRÁFICO O PORTE DE ARMAS DE FUEGO	GABRIEL BUSTAMANTE DUARTE	confirma auto de 1 instancia	Noviembre 17 de 2022

FIJADO, HOY 18 DE NOVIEMBRE DE 2022, A LAS 08:00 HORAS

**ALEXIS TOBON NARANJO
SECRETARIO**

DESFIJADO EN LA MISMA FECHA A LAS 17:00 HORAS

**ALEXIS TOBON NARANJO
SECRETARIO**

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE ANTIOQUIA
SALA DE DECISIÓN PENAL

M.P NANCY AVILA DE MIRANDA



Radicado: 050002204000202200502
No. interno: 2022-1704-2
Accionante: Jhon Wilton Ortiz Ocaña
Accionado: Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de El Santuario y otro.
Actuación: Fallo tutela de 1ª Instancia No.049
Decisión: Concede

Medellín, diecisiete (17) de noviembre de dos mil veintidós (2022)

Aprobado según acta Nro. 104

1. EL ASUNTO

Dentro del término legal estipulado en el Decreto 2591 de 1991, procede la Corporación a resolver la acción constitucional de tutela incoada por el señor **JHON WILTON ORTIZ OCAÑA** en contra del **JUZGADO PRIMERO DE EJECUCIÓN DE PEMAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD DE EL**

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

SANTUARIO, ANTIOQUIA y el **JUZGADO PENAL DEL CIRCUITO DE GIRARDOTA ANTIOQUIA**, por la presunta vulneración al derecho fundamental del Debido Proceso.

A la presente acción constitucional se vinculó por pasiva, a la **doctora Clara Inés Agudelo Zapata, (Fiscal 211 Seccional), Doctor Edwin Ernesto Marín Waldo (defensor), Representante del Ministerio público dentro de la citada actuación y a las víctimas**, en tanto podían verse afectados con las resultas del presente proceso constitucional.

2.- HECHOS

Manifiesta el accionante que, el 28 de septiembre del 2020 fue condenado por el Juzgado Penal de Circuito de Girardota Antioquia a la pena de 24 meses de prisión, por vía de preacuerdo en la cual se le concedió la suspensión condicional de la pena, tal y como consta en el acta de compromiso fechada el 18/08/2021.

Destaca que, el día 26 de octubre de 2022, el área jurídica del establecimiento penitenciario le informó la corrección del acta antes mencionada, indicando una pena de 50 meses y negando los subrogados penales, situación frente a la cual considera viola la seguridad jurídica y el debido proceso.

Por lo anterior, solicita el amparo de los derechos invocados y, en consecuencia, se ordene juzgados accionados la aclaración y una investigación de fondo, en la que solicite los audios de las audiencias con radicado 2019-00195, 05615 6100000201900015-00, toda vez

que la condena fue de 24 meses y no de 50, ello de conformidad con el preacuerdo realizado.

2. RESPUESTA A LA DEMANDA

Luego del traslado de rigor de la tutela con sus anexos, se recibió vía correo electrónico respuesta del **Juzgado Penal del Circuito de Girardota, Antioquia**, en la que informó:

“En audiencia celebrada el día 29 de noviembre de 2019, el procesado Jhon Wilton Ortiz Ocaña (entre otros) se allanó a los cargos, el Despacho verificó el allanamiento y fijó fecha para la audiencia de individualización de pena y lectura de la sentencia.

La audiencia de lectura de la sentencia se realizó el 23 de septiembre de 2020, donde se constató la presencia del señor Jhon Wilton Ortiz Ocaña, identificado con la cédula de ciudadanía, 1.045.496.908.

Tal como quedó plasmado en la sentencia escrita, Jhon Wilton Ortiz Ocaña fue declarado penalmente responsable, imponiéndole la pena principal de 50 meses de prisión, sin subrogados ni sustitutos (página 25 de la sentencia).

Mediante oficio 511 del 18 de agosto de 2021 dirigido al director de la Cárcel y Penitenciaria de Mediana Seguridad de Puerto Triunfo, Antioquia, se envió formato con los datos del procesado, y donde se lee que la pena impuesta está conforme a la sentencia, esto es, 50 meses.

Por error de digitación en el acta de la audiencia del 23 de septiembre de 2020, quedó la pena en 24 meses, yerro corregido mediante oficio No. 596 del 21 de octubre de 2022, dirigido al Área Jurídica del CPMS Puerto Triunfo.

Por lo anterior, al procesado no se le ha vulnerado ningún derecho fundamental, ya que, desde el momento de la lectura de la sentencia realizada en audiencia pública, le fue comunicado que la pena impuesta es de 50 meses, y que no se le concedieron subrogados ni prisión domiciliaria. El señor Jhon Wilton Ortiz Ocaña, quiere darle valor legal a un error de digitación en el acta de la audiencia de lectura de la sentencia”.

Posteriormente, el Juzgado de Conocimiento mediante complementa la respuesta, anterior indicando lo siguiente:

“Se procede a adicionar la respuesta a la tutela de la referencia, teniendo en cuenta que luego de escuchar los audios de las audiencias de formulación de imputación, de verificación de allanamiento y de lectura de la sentencia, se constata que existen inconsistencias entre los cargos imputados y el delito al que se allanó el señor Jhon Wilton Ortiz Ocaña. Así como también existen inconsistencias entre la sentencia escrita y decidido en la audiencia de lectura de la sentencia, como pasa a explicarse.

En la audiencia, de formulación de imputación celebrada el 11 de junio de 2019, el señor Jhon Wilton Ortiz Ocaña, manifestó allanarse a los cargos de concierto para delinquir, en concurso con hurto calificado y agravado, no obstante, en la audiencia de verificación de allanamiento, realizada el 29 noviembre de 2019, la judicatura, expresó que el referido procesado aceptó la comisión del delito de concierto para delinquir simple (minuto 22:00)

Finalmente, en la audiencia de lectura de sentencia desarrollada el 23 de septiembre de 2020, la Funcionaria Judicial, luego de la lectura de la sentencia, y a petición de la defensa aclaró que el procesado se allanó a concierto para delinquir simple y que la pena a imponer es de 24 meses (minuto 23:20), sin embargo, esta aclaración no quedó plasmada en la sentencia escrita”.

Por su parte el **Juzgado Primero de Ejecución de Pena y Medidas de Seguridad de El Santuario Antioquia**, en respuesta allegada dentro del término legal indica siguiente:

1. El día 18 de agosto de 202, vía correo electrónico, fue recepcionado en este despacho judicial para su conocimiento y vigilancia, el proceso penal identificado bajo cui 056156100000201900015, con sentencia condenatoria fechada el 23 de septiembre de 2020, donde el señor Jhon Wilton Ortiz Ocaña fue condenado por el juzgado penal del circuito de Girardota Antioquia a la pena principal de 50 meses de prisión por hallarlo penalmente responsable de la comisión de los delitos de concierto para delinquir agravado y hurto calificado agravado. Se le negaron sustitutos o subrogados penales.
2. Este despacho asumió conocimiento de las diligencias el 25 de agosto de 2021, y el señor Jhon Wilton Ortiz Ocaña, se encuentra en la calidad de requerido por la aludida causa penal, toda vez que esta actualmente descontando pena al interior de los procesos cui 001600020620144990700 – 05001600000020160008900 (ambas penas acumuladas).

Razón de lo anotado, claro queda que esta oficina no ha conculcado derecho fundamental alguno a accionante, así pues, solicito se desvincule de dicha responsabilidad al despacho el cual detento su titularidad".

Por su parte, el doctor Edwin Ernesto Marin Waldo, quien obró como **defensor público** del accionante en el proceso objeto de esta causa, allega respuesta en la que aduce los siguiente:

“...mi actuación en el proceso con el # CUI: 056156100000201900015 N.I.2019-00195, adelantado en el juzgado penal del circuito de Girardota, para la fecha del hecho, fue como defensor público, el cual se me asignó como usuario por parte del sistema nacional de defensoría al señor Jhon Wilton Ortiz Ocaña, para que lo representara judicialmente, dicha representación y actuación del suscrito en favor del accionante está consignada en las actas y audio de las audiencias en la cual asistí como defensor público, las cuales aporté, como también el escrito de acusación, y el audio de la respectiva audiencia, para que sean tenidos en cuenta acerca de mi actuación en representación de los intereses del señor Ortiz Ocaña para la fecha del hecho”

Por otra parte, La doctora Clara Inés Agudelo Zapata, **Fiscal 211 Seccional de Barbosa**, indicó en su respuesta lo siguiente:

- “1. La investigación en contra de Jhon Wilton Ortiz Ocaña y otros (rompemuros), se inicia con el número de SPOA 056156108501201880093, como quiera que no a todos los indiciados se les captura, opera la ruptura procesal por cuanto el día 12 de junio de 2019 se formuló imputación ante el juzgado primero promiscuo municipal de Barbosa con funciones de garantía, presentándose escrito de acusación con el SPOA 056156100000201900015.
2. al señor Ortiz Ocaña se le formuló imputación por los delitos de concierto para delinquir y hurto calificado agravado, tal como consta en el acta de audiencias emanada por el juzgado antes referido.
3. Teniendo en cuenta que hubo por parte de este y otros de los imputados allanamiento a cargos, el fiscal que adelantó la investigación Pascual Argiro Villa Pérez (QEPD), fiscal 156 seccional, presenta escrito de acusación solicitando al juez de conocimiento que convocara audiencia para verificación de cargos e individualización de la pena y sentencia.
4. Audiencia que se llevó a cabo el 29 de noviembre de 2019, donde se

escucha en e video de la audiencia que, el abogado defensor solicita corrección por cuanto a su prohijado solo se le había endilgado concierto para delinquir, interviene esta delegada donde se lee textualmente la parte del acta donde se indica que delitos se le imputaron al señor Ortiz Ocaña, y cargos a los que se allanó (audiencia 29/11/2019), ante el juzgado penal del circuito de Girardota.

- 5. No puede ahora indicar el señor Ortiz Ocaña, que no tuvo conocimiento de la pena impuesta y leída en audiencia, solo por un error en la redacción del acta de la audiencia (audiencia 23/09/2020).*

Por lo anterior, al procesado no se le ha vulnerado ningún derecho fundamental por que tuvo pleno conocimiento de la sentencia condenatoria proferida el 23 de septiembre de 2020, sobre la cual tuvo la oportunidad de interponer recursos, de haber estado en desacuerdo con la decisión, así las cosas, no puede indica que se le tutele un derecho que no se vulneró”.

Finalmente, se recibió correo electrónico de la señora Claudia Puello- víctima dentro del proceso judicial 2019-00015—, quien señaló no estar interesada en esta actuación constitucional y del señor Frey Arturo Candadosa, quien manifiesta se ratifica en la denuncia interpuesta ante la Fiscalía.

Finalmente, **el representante del Ministerio Público dentro de dicha actuación, así como las demás víctimas**, pese haber sido vinculados a esta acción constitucional, no hicieron ningún pronunciamiento frente a los hechos y pretensiones de la tutela, situación

que no es óbice para resolver a tono con lo dispuesto en el Art. 20 del Decreto 2591 de 1991.

4. CONSIDERACIONES DE LA SALA

4.1 Competencia

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

4.2 Problema Jurídico

Corresponde a esta Sala determinar si es procedente amparar el derecho fundamental al debido proceso invocado por el señor Jhon Wilton Ortiz Ocaña, al señalar que la pena de prisión impuesta por el Juzgado Penal del Circuito de Girardota, Antioquia en audiencia llevada a cabo el 23 de septiembre de 2020, fue de veinticuatro (24) meses de prisión y no cincuenta (50) meses de prisión, pena última informada mediante oficio del 21 de octubre de 2022 por parte del Juzgado de conocimiento.

Frente al amparo de tutela, la Honorable Corte Constitucional colombiana, ha manifestado de manera exhaustiva que el amparo a la tutela es tanto un mecanismo subsidiario regulado para salvaguardar y proteger aquellos derechos fundamentales que están siendo violentados al afectado, de una consumación.

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, de suerte que, debe verificarse en primer lugar, si la acción constitucional cumple con los requisitos de procedibilidad dispuestos por la Corte Constitucional, que, entre otras decisiones, dispuso en la sentencia SU- 332 de 2019, lo siguiente:

(...)

Requisitos generales de procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales

8. La Corte en la **Sentencia C-590 de 2005** buscó hacer compatible el control por vía de tutela de las decisiones judiciales, con los principios de cosa juzgada, independencia y autonomía judicial y seguridad jurídica. Por ello estableció diversas condiciones procesales para la **procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, que deben superarse en su totalidad, a fin de avalar el estudio posterior de las denominadas causales específicas de procedibilidad. Tales condiciones son: (i) que la cuestión sea de relevancia constitucional^[58]; (ii) que se hayan agotado todos los medios de defensa judicial al alcance^[59]; (iii) que se cumpla el principio de inmediatez^[60]; (iv) si se trata de una irregularidad procesal, que la misma sea decisiva en el proceso^[61]; (v) que se identifiquen, de manera razonable, los hechos que generaron la vulneración de derechos fundamentales^[62] y (vi) que no se trate de una tutela contra otra tutela^[63].**

(...)

Causales específicas de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales

10. Ahora bien, frente a las causales específicas de procedibilidad, esta Corporación ha emitido innumerables fallos^[67] en los cuales ha desarrollado jurisprudencialmente los parámetros a partir de los cuales el juez pueda identificar aquellos escenarios en los que la acción de tutela resulta procedente para controvertir los posibles defectos de las decisiones judiciales, para con ello determinar si hay o no lugar a la protección, excepcional y restrictiva, de los derechos fundamentales por vía de la acción de tutela^[68]. Producto de una labor de sistematización, en la **Sentencia C-590 de 2005** se indicó que puede configurarse una vía de hecho cuando se presenta alguna de las siguientes causales:

- **Defecto orgánico** que ocurre cuando el funcionario judicial que profirió la sentencia impugnada carece, en forma absoluta, de competencia.
- **Defecto procedimental absoluto** que surge cuando el juez actuó totalmente al margen del procedimiento previsto por la ley.
- **Defecto fáctico** que se presenta cuando la decisión impugnada carece del apoyo probatorio que permita aplicar la norma en que se sustenta la decisión.
- **Defecto material o sustantivo** que tiene lugar cuando la decisión se toma con fundamento en normas inexistentes o inconstitucionales, o cuando existe una contradicción evidente y grosera entre los fundamentos y la decisión.
- **El error inducido** que acontece cuando la autoridad judicial fue objeto de engaños por parte de terceros, que la condujeron a adoptar una decisión que afecta derechos fundamentales.
- **Decisión sin motivación** que presenta cuando la sentencia atacada carece de legitimación, debido a que el servidor judicial incumplió su obligación de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos que la soportan.

Debe entonces la Sala, previo a estudiar de fondo la presente actuación constitucional, verificar el cumplimiento de los requisitos de procedibilidad generales y específicos de la acción de tutela contra providencias judiciales.

Así las cosas, en lo que atañe a los requisitos generales tenemos que:

- Se está en presencia de una **cuestión de relevancia constitucional** en tanto se discute la vulneración al derecho fundamental debido proceso, como quiera que, según advierte el accionante le fue impuesta una pena de prisión de 24 meses de prisión dentro del proceso con radicación final 2019-00015, y no la pena de 50 meses de prisión informada mediante oficio del 21 de octubre de 2022 por parte del Juzgado Penal del Circuito de Girardota, Antioquia.
- Una vez escuchado el aparte final de la de la audiencia de lectura de fallo llevada a cabo por el Juzgado Penal del Circuito de Girardota Antioquia², se evidencia que la defensa del accionante desiste de la interposición del recurso de apelación una vez se realiza la aclaración por él solicitada, en torno a la precisión sobre el delito por el cual se condena al señor John Wilton Ortiz Ocaña —concierto para delinquir— y la pena a imponer —24 meses de prisión—, advirtiendo que se encontraba conforme con la decisión luego de esta aclaración. En ese sentido, resulta contradictorio **exigir el agotamiento de los recursos** frente ante una decisión con la que se estuvo de acuerdo en ese momento procesal — audiencia de lectura de fallo—

² Record Audio audiencia lectura de fallo minuto 23 y ss

al haberse accedido a la solicitud de aclaración en los términos solicitada por el defensor, quedando ejecutoriada en ese sentido la providencia; pero que, posteriormente ante un comunicado del 21 de octubre de 2022 se informa al accionante que la pena por la cual se condenó en la citada actuación varió, doblando la misma — 50 meses de prisión— por la existencia de un error en el acta de audiencia, decisión última que se emitió bajo el tamiz de un oficio, que no permitió la interposición de recurso alguno.

- En la presente actuación se cumple con el **principio de inmediatez**, como quiera que la comunicación a partir de la cual indica el accionante, conoció sobre la variación de la pena de prisión impuesta tiene fecha del 21 de octubre de 2022 emitida por el Juzgado Penal del Circuito de Girardota Antioquia y, en la que se informa al Área Jurídica del CPMS de Puerto Triunfo, Antioquia la existencia de un error en el acta de la audiencia de lectura de fallo 0291 de fecha 23 de septiembre de 2020, específicamente en la pena impuesta al señor Jhon Wilton Ortiz Ocaña, señalando que esta corresponde a 50 meses de prisión negándosele subrogados penales, y no de 24 meses de prisión y concesión del subrogados de la suspensión condicional de la ejecución de la pena.
- Se trata de una irregularidad procesal, decisiva en la ejecución de la pena del accionante, como quiera que existe divergencia entre la sentencia escrita y la emitida en audiencia de lectura de fallo, relacionada con el delito por el cual se emitió condena y la pena de prisión, así como en la determinación de subrogados penales.

- El accionante de manera suscita identificó el hecho vulnerador de sus derechos fundamentales, consistente en aquella diferencia entre la pena de prisión que le fue impuesta en audiencia de lectura de fallo llevada a cabo el 23 de septiembre de 2020, con el oficio de fecha 21 de octubre de 2022 en la que se informa la existencia de un error en el acta de la audiencia de fecha 23/09/2020, advirtiendo una pena de prisión diferente.
- La providencia judicial atacada no es de tutela.

En lo que atañe al cumplimiento de la causal específica, los hechos advertidos por el accionante se encuadra en un **Defecto procedimental absoluto**, como quiera que, el objeto de la presente actuación se centra en la divergencia entre la decisión emitida en audiencia de lectura de fallo del 23 de septiembre de 2020, luego de la aclaración realizado por el juez de conocimiento en lo que atañe al delito objeto de condena y la pena de prisión impuesta al señor Ortiz Ocaña y el correspondiente fallo escrito, cuya consecuencias derivan en la ejecución de la pena y eventualmente en el derecho fundamental a la libertad.

Verificado entonces que en la presente actuación se cumple con los requisitos generales y específicos de la acción de tutela contra providencia judicial, procede la Sala a estudiar de fondo el objeto de la presente amparo constitucional, cuyo reclamo se centra en la divergencia entre la condena dictada en audiencia de lectura de fallo llevada a cabo el 23 de septiembre de 2020 ante el Juzgado Pena del Circuito de Girardota en contra del accionante Jhon Wilson Ortiz Ocaña, luego de la aclaración requerida por la defensa de éste— concierto simple, pena 24 meses y concesión de la suspensión condicional de la pena—, y la

dispuesta en la providencia escrita de igual fecha — Concierto para delinquir, Hurto Calificado y Agravado, pena 50 meses de prisión sin concesión de subrogados penales—.

A fin de dar respuesta entonces al reclamo planteado por el accionante, pertinente es acudir a lo dispuesto por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia³ en punto de la aclaración de la sentencia, veamos:

“la Ley 906 de 2004, bajo cuyo imperio se surtió este asunto, no reglamenta el tema relativo a las modificaciones de la sentencia, para decidir el punto propuesto debe acudirse, por favorabilidad, a la Ley 600 de 2000, en tanto, como lo tiene decantado la Sala, opera para los dos estatutos procesales coexistentes siempre y cuando se trate de temas análogos y no vertebrales o estructurales del sistema penal acusatorio que impidan su aplicación⁴.

Dicha normatividad regula la situación de la siguiente manera:

“Art. 412. Irreformabilidad de la sentencia. *La sentencia no es reformable ni revocable por el mismo juez o sala de decisión que la hubiere dictado, salvo en caso de error aritmético, en el nombre del procesado o de omisión sustancial en la parte resolutive. ...”.*

Lo anterior, además, porque conforme al criterio expuesto por la Sala sobre el particular, el estatuto procesal penal constituye la normativa aplicable al tema de las aclaraciones y adiciones por regular integralmente esas materias, motivo por el cual no hay lugar a acudir, con esos propósitos, a las disposiciones del Código de Procedimiento Civil⁵.

³ CSJ Rdo. 35293 del 25 de enero de 2012

⁴ Entre muchas, cfr. providencias de abril 13 de 2011 rad. 35946 y de noviembre 14 de 2007, rad. 26190.

⁵ *Cfr. Autos del 12 de mayo de 2004. Rad. 18498; del 18 de mayo de 2006, Rad. 23183; del 24 de julio de 2009, Rad. 30601.*

El tenor literal de esa norma permite colegir la existencia del principio general de irreformabilidad de la sentencia, postulado que sólo puede ser atemperado en los eventos expresamente enlistados allí, es decir, "en caso de error aritmético, en el nombre del procesado o de omisión sustancial en la parte resolutive", porque, en lo demás, el fallo se torna inmodificable por el mismo funcionario que lo profirió."

Establecido a lo anterior, en el presente asunto se tiene que, en audiencia de formulación de imputación dentro del proceso con CUI 056156108501201880093 (matriz) llevada a cabo el 12 de junio de 2019 ante el Juzgado Promiscuo Municipal con Funciones de Control de Garantías de Barbosa, Antioquia, se imputó al señor Jhon Wilton Ortiz Ocaña los delitos de concierto para delinquir y hurto calificado y agravado⁶, imputación frente a la cual el señor Ortiz Cañas aceptó cargos⁷. Posteriormente el conocimiento de tal actuación correspondió al Juzgado Penal del Circuito de Girardota, Antioquia, dentro de la cual se radicó escrito de acusación⁸ en contra del señor Ortiz Ocaña y otros, acusándose a este de la conducta de HURTO CALIFICADO Y AGRAVADO (artículo 240 numerales 1º Y 4º y 241 numerales 10 Y 11) en concurso con el punible CONCIERTO PARA DELINQUIR (ARTÍCULO 340), escrito en el que además, se anunció aquellos procesados que aceptaron cargos así⁹:

"Imputación realizada a cada persona: (LOS IMPUTADOS ACEPTAN CARGOS)

⁶ Audio denominado "0615610850120188009300-2mp3" registro de audios: 3:06:56,3:07:43 y 3:50:00

⁷ Audio denominado "0615610850120188009300-2mp3" registro de audio: 3:50:44

⁸ Ver pagina 80 y siguientes del archivo denominado "008Expedientedigitalizado 056156100000201900015 (2).pdf"

⁹ Ver Ver pagina 98 del archivo denominado "008Expedientedigitalizado 056156100000201900015 (2).pdf"

(...)

JHON WILTON ORTIZ OCAÑA,

Concierto para Delinquir simple Art 340”

El día 29 de noviembre de 2019 la titular del Juzgado Penal del Circuito de Girardota, indaga al señor John Wilton Ortiz Ocaña, sí acepta el cargo de concierto para delinquir simple¹⁰, el cual señala fue el imputado, cuestionamiento frente al cual el señor Ortiz Ocaña manifiesta su aceptación. En la audiencia de lectura de fallo¹¹, al momento de los recursos, la defensa señor Ortiz Ocaña, solicita se aclare el delito por el cual se condena a su prohijado como quiera que, se indicaron los delitos de concierto para delinquir y hurto calificado y agravado, pero el escrito de acusación solo contiene la aceptación por concierto para delinquir simple. Por su parte de la delegada de la Fiscalía aduce que de acuerdo al acta de la audiencia de formulación de imputación le fue imputado al señor John Willton los delitos de concierto para delinquir y hurto calificado y agravado. Ante tal requerimiento la titular del despacho señala lo siguiente¹²:

“ John Wilton tengo notas en la sentencia que te llamas alias negro wilton, se encarga de financiar económicamente el desplazamiento de los miembros de la organización a los lugares donde van hurtar, se le imputan los delitos de concierto para delinquir y hurto calificado y agravado, participó del el siguiente evento: en el del 1 de enero de 2019 en la carrera 2 # 37-97 Montería, Almacén “La Pantaleta” donde se hurtaron \$ 450.000.000 \$, esos son los datos que tengo de los hechos imputados para este procesado...”

¹⁰ Audio denominado “Audio Verificación de Allanamiento del 29-11-2019” registro de audio minuto 22

¹¹ Audio denominado “2019-00195 CUI 056156100000201900015-F211”

¹² Minuto 11:35 y ss del audio denominado “2019-00195 CUI 056156100000201900015-F211”

Posteriormente, al indagar de nuevo la judicatura al defensor de John Wilton Ortiz Ocaña este indica que: “*va interponer el recurso de apelación teniendo en cuenta lo enunciado por este defensor teniendo en cuenta-Sic- que en el escrito de acusación, en la verificación aparece : verifica por el delito de concierto para delinquir, y ahora dice que es concierto para delinquir y hurto calificado y agravado, (...) no se ha superado la aclaración solicitada al despacho*”¹³ ante tal manifestación la titular despacho decide suspender la diligencia para verificar los audios, una vez se reinicia la audiencia realiza la **siguiente aclaración**¹⁴:

“verificado el escrito y el audio a John Wilton solo se le imputó concierto simple, tiene usted toda la razón, en este caso sería la misma pena para los demás 24 meses de prisión y subrogado”

Ante esta aclaración, la defensa advierte estar conforme con la decisión. Quedando así ejecutoriada la sentencia.

Es de advertir que el acta de la audiencia de lectura de fallo quedó consignada de manera incompleta la aclaración realizada por la juez de conocimiento, pues se incluyó en la reproducción de la parte resolutive de la sentencia, el delito de hurto calificado y agravado¹⁵: —delito que había sido excluido, luego de la aclaración—:

¹³ Minuto 16 y ss del audio denominado “2019-00195 CUI 056156100000201900015-F211”

¹⁴ Minuto 23 y ss del audio denominado “2019-00195 CUI 056156100000201900015-F211”

¹⁵ Ver pagina 415 del archivo denominado “008Expedientedigitalizado 056156100000201900015 (2).pdf”

JHON WILTON ORTIZ OCAÑA, concierto para delinquir, hurto calificado y agravado, 24 meses de prisión, se le concede el subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

Por otro lado, en la sentencia escrita, se consignó lo siguiente:

En el acápite denominado: "DE LO SUCEDIDO"

JHON WILTON ORTIZ OCAÑA. Alias "negro wilton", se encarga de financiar económicamente el desplazamiento de los miembros de la organización a los lugares donde van a hurtar. Se le imputa el delito de **concierto para delinquir**.

En el acápite denominado: "DOSIFICACION PUNITIVA Y SUBROGADOS"

JHON WILTON ORTIZ OCAÑA,
Pena de 9 a 24 años y medio de prisión
50 %: 4.5 a 12 años y 3 meses de prisión

En el acápite denominado: "DE LA SUSPENSIÓN
CONDICIONAL DE LA PENA Y LA PRISION DOMICILIARIA"

En este caso vemos que, procede el Subrogado de suspensión condicional de la pena, del artículo 63 del C.P para aquellas personas a las que solo se le imputó el delito de concierto para delinquir simple pues no tiene ninguna prohibición legal y la pena no supera los 4 años de prisión, esto es para **LUIS EMILIO RODRIGUEZ GUERRA, IVAN DARIO MIRANDA VELASQUEZ, JUAN GUILLERMO PALACIOS MAYO, JOSE MARLON PARRA HINCAPIE, JHON WILTON ORTIZ CAÑAS, JHON JAIRO MUÑOZ.**

Y, finalmente, se dispuso en el numeral primero de la parte resolutive de la citada sentencia, lo siguiente:

(...)

JHON WILTON ORTIZ OCAÑA, por el delito de concierto para delinquir, hurto calificado y agravado, 50 meses de prisión, Se le niega cualquier subrogado o sustituto.

De lo expuesto en precedencia, advierte esta Corporación en primer lugar que, tal como lo anunciara en su respuesta el Juzgado Penal del Circuito Penal del Circuito de Girardota, existe varios yerros a partir de la radicación del escrito de acusación, en el que se aduce que, el señor **Ortiz Ocaña se allanó solo al cargo de concierto para delinquir**, cuando en audiencia de formulación de imputación llevada a cabo el 12 de junio de 2019 ante el Juzgado Primero Promiscuo de Barbosa, Antioquia, **aceptó los cargos por los punibles de concierto para delinquir y hurto calificado y agravado**. Pese a lo anterior en su momento la Juez de conocimiento solo verificó la aceptación por concierto para delinquir, situación que se hubiese superado con la verificación de lo sucedido en aquella diligencia.

Asimismo, en la providencia escrita de la sentencia condenatoria como del acta de la audiencia de lectura de fallo, no quedó consignado **las aclaraciones realizadas por la juez de conocimiento antes que quedar ejecutoriada la sentencia** y, en la que se dejó sentado que la condena para el señor John Wilton Ortiz Ocaña solo era por la conducta de **“concierto para delinquir, pena 24 meses con subrogado”**, misma que fue notificada en estrados, tanto al accionante, quien estuvo presente en la citada diligencia— según consta en el acta de audiencia—, como a su defensor, quien advirtió estar conforme con la misma luego de la aclaración realizada por la A quo, es de señalar que, también indicó estar conforme con la decisión la Fiscal 211 Seccional — vinculada a esta actuación—,

quien si bien dejó sentado en la audiencia que, los delitos aceptados por el señor John Wilton Ortiz Ocaña era concierto para delinquir y hurto calificado y agravado, guardó silencio ante la aclaración realizada por la juez de conocimiento y decidió no interponer recurso, permitiendo ello, la ejecutoria de la sentencia condenatoria en esos términos para el señor Ortiz Ocaña; y así fue informado por la juez de conocimiento al director del Establecimiento Penitenciario y Carcelario "El Pesebre" de Puerto Triunfo mediante Oficio AC-477 del 23 septiembre de 2020:

Juzgado Penal del Circuito
Con Funciones de Conocimiento de Girardota, Antioquia
Girardota, veintitrés (23) de septiembre de dos mil veinte (2020)

Oficio AC- 477

Señor
DIRECTOR
Centro Penitenciario y Carcelario "El Pesebre"
Puerto Triunfo- Antioquia
juridica.epcpuertotriunfo@inpec.gov.co

ASUNTO: LIBERTAD
SPOA: 0561561 00000 2019-00015
Radicado interno 2019-00195

Le informo que en audiencia de proferimiento de fallo de la fecha, se condenó a **JHON WILTON ORTIZ OCAÑA** por el delito de concierto para delinquir a la pena de 24 meses de prisión; se le concedió la suspensión condicional de la ejecución de la pena, previa caución juratoria y suscripción de diligencia de compromiso.

Por tanto, previa suscripción de diligencia de compromiso, sírvase dejar en libertad inmediata, siempre que no sea requerido por otra autoridad, al señor **JHON WILTON ORTIZ OCAÑA**, alias (NEGRO WILTON) identificado con la cédula de ciudadanía N° 1045496908 expedida en Turbo (Antioquia), nacido el 07 de noviembre de 1984 en el mismo municipio, con 34 años de edad, hijo de Nancy Ocaña y Pedro Ortiz, residente en la carrera 52A #53 59 Medellín Antioquia, abonados telefónicos 3194312613 sin más datos de filiación.

Hasta otra oportunidad,


JULIA MARIA RIVERA GOMEZ
JUEZ



Ahora, ante la diferencia de pena y la concesión de subrogados consignada en el acta de la audiencia como en la respectiva sentencia, el 22 de septiembre de 2022 el CPMS de Puerto Triunfo solicitó al

Juzgado Penal del Circuito de Girardota, Antioquia, la aclaración como quiera que el Juzgado de Ejecución que vigila la pena lo tiene cargado como un REQUERIMIENTO¹⁶; en respuesta a tal solicitud el Juzgado Penal del Circuito de Girardota, Antioquia, informó mediante oficio N° 56 del 21 de octubre de 2022 que¹⁷ :

"...en audiencia realizada el 23 de septiembre de 2020, condenó, bajo el radicado CUI 056156100000201900015, Radicado interno 2019-00195, por los delitos de HURTO CALIFICADO Y AGRAVADO, HURTO CALIFICADO Y AGRAVADO TENTADO Y CONCIERTO PARA DELINQUIR, al señor JHON WILTON ORTIZ OCAÑA; identificado con la cedula de ciudadanía 1.045.496.908, de Turbo, Antioquia; a la pena principal de 50 meses de prisión, negándosele cualquier subrogado sustituto, y NO, como reposa en el Acta de audiencia 0291, con una condena de 24 meses de prisión y concediéndole el subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

Dejo constancia del error anotado en el acta de audiencia 0291 del 23 de septiembre de 2020."

Respuesta que a todas luces contradice lo sucedido en la audiencia del 23 de septiembre de 2020 y motiva la presentación de este amparo.

Del estudio de la sentencia condenatoria, de cara a la aclaración realizada por la juez de conocimiento en audiencia del 23 de septiembre de 2020, se evidencia que, en el acápite de los hechos **solo se relaciona aquellos que contiene la conducta de concierto para delinquir**, nada se dijo frente al delito de hurto calificado y agravado, en vista de lo

¹⁶ Ver archivo denominado: "014.7AnexoSentenciayOficio".

¹⁷ Ver archivo denominado: "014.OficioCorrección Acta".

cual, **la providencia guarda coherencia** con la emisión de una condena solo por el delito de **concierto para delinquir por vía de allanamiento**. Por manera que, es ese sentido que debió consignarse las aclaraciones en la reproducción escrita de la sentencia condenatoria, específicamente en la parte resolutive, en la que además debió indicarse la fijación de una pena de 24 meses de prisión y la concesión subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena como se avista en el acápite denominado: “*DE LA DE LA SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE LA PENA Y LA PRISIÓN DOMICILIARIA*” de la multicitada providencia, en la que valga la pena reiterar que, **solo es por el delito de concierto para delinquir**, actuación que también debió consignarse de manera fidedigna en el acta de la diligencia.

En conclusión, pese a que el señor John Wilton Ortiz Ocaña, aceptó en sede de garantías la responsabilidad por los delitos de concierto para delinquir y hurto calificado y agravado, la juez conocimiento **solo verificó** la aceptación por la conducta de concierto para delinquir y **emitió condena solo por este delito**, luego de realizar la aclaración incoada por la defensa del señor Ortiz Ocaña, actuación que quedó ejecutoriada.

Visto así las cosas, no se trata entonces de una modificación de la sentencia, sino de la fidelidad de la reproducción escrita de lo sucedido en audiencia de lectura de fallo acaecida el 23 de septiembre de 2020 de acuerdo a las aclaraciones realizadas por la juez de conocimiento, específicamente de lo consignado en la providencia que la contiene y en el acta de la audiencia, primando lo sucedido en la vista pública, conforme lo dispone el principio de la oralidad que rige el Sistema Penal Acusatorio dispuesto en la ley 906 de 2004, veamos:

ARTÍCULO 9º. ORALIDAD. La actuación procesal será oral y en su realización se utilizarán los medios técnicos disponibles que permitan imprimirle mayor agilidad y fidelidad, sin perjuicio de conservar registro de lo acontecido. A estos efectos se dejará constancia de la actuación.

ARTÍCULO 145. ORALIDAD EN LA ACTUACIÓN. Todos los procedimientos de la actuación, tanto preprocesales como procesales, serán orales.

ARTÍCULO 146. REGISTRO DE LA ACTUACIÓN. Se dispondrá el empleo de los medios técnicos idóneos para el registro y reproducción fidedignos de lo actuado, de conformidad con las siguientes reglas, y se prohíben las reproducciones escritas, salvo los actos y providencias que este código expresamente autorice:

1. En las actuaciones de la Fiscalía General de la Nación o de la Policía Judicial que requieran declaración juramentada, conservación de la escena de hechos delictivos, registro y allanamiento, interceptación de comunicaciones o cualquier otro acto investigativo que pueda ser necesario en los procedimientos formales, será registrado y reproducido mediante cualquier medio técnico que garantice su fidelidad, genuinidad u originalidad.
2. En las audiencias ante el juez que ejerce la función de control de garantías se utilizará el medio técnico que garantice la fidelidad, genuinidad u originalidad de su registro y su eventual reproducción escrita para efecto de los recursos. Al finalizar la diligencia se elaborará un acta en la que conste únicamente la fecha, lugar, nombre de los intervinientes, la duración de la misma y la decisión adoptada.
3. En las audiencias ante el juez de conocimiento, además de lo anterior, deberá realizarse una reproducción de seguridad con el medio técnico más idóneo posible, la cual solo se incorporará a la actuación para el trámite de los recursos consagrados en este código.
4. El juicio oral deberá registrarse íntegramente, por cualquier medio de audio video, o en su defecto audio, que asegure fidelidad.

El registro del juicio servirá únicamente para probar lo ocurrido en el juicio oral, para efectos del recurso de apelación.

Una vez anunciado el sentido del fallo, **el secretario elaborará un acta del juicio donde constará la individualización del acusado, la tipificación dada a los hechos por la Fiscalía, la autoridad que profirió la decisión y el sentido**

del fallo. Igualmente, el secretario será responsable de la inalterabilidad del registro oral del juicio.

5. Cuando este código exija la presencia del imputado ante el juez para efectos de llevar a cabo la audiencia preparatoria o cualquier audiencia anterior al juicio oral, a discreción del juez dicha audiencia podrá realizarse a través de comunicación de audio video, caso en el cual no será necesaria la presencia física del imputado ante el juez.

El dispositivo de audio video deberá permitirle al juez observar y establecer comunicación oral y simultánea con el imputado y su defensor, o con cualquier testigo. El dispositivo de comunicación por audio video deberá permitir que el imputado pueda sostener conversaciones en privado con su defensor.

La señal del dispositivo de comunicación por audio video se transmitirá en vivo y en directo, y deberá ser protegida contra cualquier tipo de interceptación.

En las audiencias que deban ser públicas, se situarán monitores en la sala y en el lugar de encarcelamiento, para asegurar que el público, el juez y el imputado puedan observar en forma clara la audiencia.

Cualquier documento utilizado durante la audiencia que se realice a través de dispositivo de audio video, debe poder transmitirse por medios electrónicos. Tendrán valor de firmas originales aquellas que consten en documentos transmitidos electrónicamente.

PARÁGRAFO. La conservación y archivo de los registros será responsabilidad de la Fiscalía General de la Nación durante la actuación previa a la formulación de la imputación. A partir de ella del secretario de las audiencias. En todo caso, los intervinientes tendrán derecho a la expedición de copias de los registros.

ARTÍCULO 165. EXPEDICIÓN DE COPIAS. Las providencias judiciales solo serán reproducidas a efectos del trámite de los recursos.

Podrán expedirse certificaciones por parte de la secretaría correspondiente donde conste un resumen de lo decidido, previa petición de quien acredite un interés para ello. NEGRILLAS Y SUBRAYAS FUERA DEL TEXTO.

Colofón de lo dicho en precedencia, se **CONCEDERÁ** la protección al derecho fundamental al debido proceso deprecado por el accionante Jhon Wilnton Ortiz Ocaña.

En consecuencia, se **ORDENARÁ** al **JUZGADO PENAL DEL CIRCUITO DE GIRARDOTA, ANTIOQUIA**, que, en un término de cuarenta y ocho horas (48) siguientes, contadas a partir de notificación de esta decisión, realice la reproducción de la providencia judicial emitida el 23 de septiembre de 2020 que contenga de manera fidedigna lo sucedido en la audiencia de lectura de fallo de igual fecha, especialmente la aclaración realizada por la juez de conocimiento con relación a la sentencia condenatoria emitida en contra del señor John Wilton Ortiz Ocaña, sin que ello implique un nuevo término de ejecutoria. Tal actuación deberá comunicarse en debida forma a todas las autoridades pertinentes.

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

5. RESUELVE

PRIMERO: TUTELAR el derecho fundamental al debido proceso en favor de **JOHN WILTON ORTIZ OCAÑA**, conforme a las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Se **ORDENA** al **JUZGADO PENAL DEL CIRCUITO DE GIRARDOTA, ANTIOQUIA**, que, en un término de cuarenta y ocho horas (48) siguientes, contadas a partir de notificación de esta decisión, realice la

reproducción de la providencia judicial emitida el 23 de septiembre de 2020 que contenga de manera fidedigna lo sucedido en la audiencia de lectura de fallo de igual fecha, especialmente la aclaración realizada por la juez de conocimiento con relación a la sentencia condenatoria emitida en contra del señor John Wilton Ortiz Ocaña, sin que ello implique un nuevo término de ejecutoria. Tal actuación deberá comunicarse en debida forma a todas las autoridades pertinentes

TERCERO: Contra esta decisión procede el recurso de apelación el cual deberá interponerse dentro del término de ley.

CUARTO: Una vez en firme, se ordena la remisión del cuaderno original ante la Honorable Corte Constitucional para efectos de su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

NANCY ÁVILA DE MIRANDA
MAGISTRADA

(Ausente por incapacidad)
GUERTHY ACEVEDO ROMERO
MAGISTRADA

PLINIO MENDIETA PACHECO
MAGISTRADO

Firmado Por:

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

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

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: **fb421ceb23201883ac161d7c1a1b0ab0231118006348fce9bdccaa80ad2740e2**

Documento generado en 17/11/2022 01:03:41 PM

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

**TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA PENAL**

Medellín, diecisiete (17) de noviembre de dos mil veintidós (2022)

Del estudio de la demanda y sus anexos, se advierte que la misma es interpuesta por el abogado **Juan Pablo Jiménez Gómez** quien al parecer, actúa como apoderado de **María Doralba Hidalgo Betancur** dentro del proceso penal que se adelanta dentro del radicado 050016000206202218736.; sin embargo, no se aportó **Poder Especial** para la interposición de la presente acción de tutela.

De este modo, de conformidad a lo normado en el artículo 90 numeral 5º del Código General del Proceso, 17 del decreto 2591 de 1991, así como a lo dispuesto en las sentencias T-695 de 1998, T-465 de 2010, se dispone **INADMITIR** la demanda, y **REQUERIR** al precitado abogado, para que dentro del improrrogable término de tres (3) días, subsane la omisión referida, y adjunte el poder especial otorgado por la señora Hidalgo Betancur, so pena de rechazar la demanda.

En consecuencia, se **ORDENA** a la Secretaría de la Sala Penal de la Corporación que, de conformidad con los artículos 56 y 60 de la Ley 1437 de 2011, notifique esta decisión al mencionado, sin perjuicio de la notificación personal a que haya lugar.

NOTIFÍQUESE Y 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: **a5af0e9f687e1a7aeb5e04f48007e97afcca2b2b2a21afa12b55cb5df347efed**

Documento generado en 17/11/2022 04:12:33 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 CUI	05154 61 08506 2015 80597
N. I.	2019-0455-3
DELITO	Homicidio agravado
ACUSADO	Luis Eduardo Gutiérrez Meneses
ASUNTO	Sentencia absolutoria
DECISIÓN	Confirma
LECTURA	17 de noviembre de 2022

Medellín (Ant.), nueve (09) de noviembre de dos mil veintidós (2022)
(Aprobado mediante Acta No. 308 de la fecha)

OBJETO DE DECISIÓN

La Sala resuelve el recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía contra la sentencia proferida el 7 de marzo de 2019, mediante la cual el Juzgado Penal del Circuito de Cauca, Antioquia absolvió al señor **Luis Eduardo Gutiérrez Meneses** del cargo de homicidio agravado.

HECHOS

Fueron expuestos en la audiencia de formulación de acusación así¹:

“El 31 de julio de 2015, a eso de las 4:10 horas fueron capturados en flagrancia, en la calle 8 con carrera 18 Cauca, los ciudadanos Luis Eduardo Gutiérrez Meneses y Yuber Amaury Ricardo Coronado, dado que los policiales por voces de auxilio se enteraron que momentos antes en la carrera 20 con calle 7, barrio Asovivienda habían lesionado con un objeto

¹ A partir del minuto 00:07:33

corto-contundente a quien en vida respondía al nombre de Geidis María Pérez Mercado, heridas que le produjeron la muerte en el hospital César Piedrahíta de Caucasia”.

ACTUACIÓN PROCESAL

El 1 de agosto de 2015, ante el Juez Segundo Promiscuo Municipal de Caucasia, se formuló imputación al señor **Luis Eduardo Gutiérrez Meneses** en calidad de coautor de la conducta punible de homicidio agravado según el numeral 7 del artículo 104 del C.P.. Se impuso medida de aseguramiento intramural.

La fase de conocimiento correspondió adelantarla al Juzgado Penal del Circuito de Caucasia. La acusación se formuló oralmente el 23 de junio de 2016.

La audiencia preparatoria se realizó el 17 de agosto de 2016. La fase de juicio oral inició el 24 de octubre de 2016 y culminó el 21 de febrero de 2019, oportunidad en la que se emitió sentido del fallo absolutorio y se ordenó la libertad del procesado.

La lectura del fallo se hizo el 7 de marzo de 2019.

FALLO IMPUGNADO

La primera instancia absolvió al acusado del cargo endilgado. Dijo que, aunque la materialidad de la conducta punible no fue discutida por las partes, de las pruebas practicadas en el juicio no es posible fundamentar la responsabilidad penal de **Luis Eduardo Gutiérrez Meneses** en calidad de coautor del homicidio cometido en contra de Geidis María Pérez Mercado.

Si bien se acreditó la permanencia del acusado en el lugar de los hechos, ello no basta para hacerlo participe en la comisión de la conducta punible.

Las versiones de los testigos de cargo son disímiles y contradictorias entre sí. No quedó claro si en efecto los policías que atendieron el procedimiento de captura observaron el instante en que los aprehendidos estaban agrediendo a la víctima.

Tampoco son consistentes los testimonios en cuanto a la forma cómo se obtuvo la información sobre la comisión de la conducta, en tanto, los miembros de la Policía sostienen haberla adquirido de parte de Palencia Ortega, sin embargo, este niega haber tenido contacto con la Fuerza pública.

Aunque a Palencia Ortega se le impugnó su credibilidad en la medida en que las versiones dadas en etapa de investigación y en el juicio no son concordantes, ambas versiones se contradicen con las proporcionadas por los policías.

No fue posible establecer el número de agresores ni su plena individualización, no siendo suficiente el simple indicio de presencia en el lugar de los hechos.

Además, el coprocesado, quien aceptó su responsabilidad en los hechos, liberó al acusado de compromiso penal, sin que se denote en su testimonio ánimo alguno por beneficiarlo.

Tampoco se demostró que hubo persecución policial tal como lo aseguran los policías, hecho que fue desvirtuado con el testimonio de Palencia - testigo de cargo- y con el del coprocesado.

Concluyó que el accionar del acusado no está vinculado con el resultado muerte. No se determinó más allá de duda una participación activa de **Gutiérrez Meneses** en los hechos.

De otro lado, la Fiscalía no demostró el grado de participación en la conducta punible que le imputó al procesado. No establecido probatoriamente, un propósito común entre el ya condenado por estos hechos y **Gutiérrez Meneses**, no se acreditó que el acusado contribuyó a la realización del punible. No se demostró si asumió como propio el hecho en asocio con el coprocesado. No se logró comprobar que el acusado estuviera en la capacidad de controlar la voluntad de su compañero de causa.

En este caso el dominio del hecho solo lo tenía el coprocesado, pues fue quien causó las lesiones a la víctima. El acusado no hizo aporte necesario e indispensable en la fase ejecutiva para la concreción del resultado.

Afirmó que:

“En el caso concreto, iteramos no existe ninguna prueba directa que determine la autoría y responsabilidad de GUTIERREZ MENESES y las inferencias indiciarias, no tienen la fuerza necesaria para desvanecer su presunción de inocencia, de ahí que emergen dudas frente a los tópicos antes aludidos, y en tal sentido, las hesitaciones presentadas deben resolverse, por mandato constitucional, a favor del acusado”.

LA IMPUGNACIÓN

La Fiscalía afirmó que con la prueba practicada en el juicio se demostró la materialidad de la conducta punible de homicidio cometido en la persona de Geidis María Pérez Mercado, así como la identidad de las personas capturadas y procesadas por esos hechos.

El patrullero Miguel Lora Carrascal manifestó en el juicio que observó a dos personas golpeando a una femenina y reconoció el rostro de uno de ellos a quien capturó, pues nunca los perdió de vista. Las personas que capturó fueron las que golpearon a la víctima.

Cuando el patrullero se acercó al sitio donde estaban golpeando a la femenina pudo observar a los dos agresores, uno de ellos era el señor **Luis Eduardo Gutiérrez Meneses**. Ambos agresores tenían palos o varillas. Este es un testigo que hace un señalamiento directo de lo que percibió el día de los hechos.

El testimonio dado por el patrullero Lora Carrascal fue corroborado con la versión suministrada en juicio por el policía Luis Ángel Peña.

Resaltó que se impugnó credibilidad al testigo Omar Eni Palencia Ortega quien en declaración anterior reconoció al procesado como alias Toto uno de los agresores de la víctima. Este testigo escuchó los quejidos de la víctima a quien conocía, e inmediatamente miró y aunque dijo que no saber quién la golpeó, reconoció en el lugar de los hechos a dos personas entre las cuales estaba el acusado a quien ubica en el lugar y a la hora de los hechos.

El Juez no valoró la prueba en conjunto pese a que hubo señalamiento directo de responsabilidad y captura en situación de flagrancia.

El coprocesado quien aceptó los cargos vía preacuerdo, con una declaración contradictoria y sugestiva pretendió desvincular al procesado del acontecer criminal. No obstante, aceptó que este estaba en el lugar de los hechos y que es su amigo. Reconoció que el procesado no hizo nada para evitar el homicidio.

De la valoración probatoria se puede concluir que el hecho Juzgado fue premeditado por parte del acusado quien contó con tiempo suficiente para detener al coprocesado en su actuar o prestarle primeros auxilios a la víctima y dar aviso a las autoridades como era su deber legal, pero no lo hizo.

Los hechos permiten predicar que hubo división del trabajo, que el comportamiento fue doloso y se realizaron conductas posteriores para encubrir el actuar criminal.

La coautoría del procesado en el hecho se acreditó con el testigo directo Lara Carrascal y el del coprocesado. El acusado tenía dominio del hecho, participó armado de un palo o varilla.

El Juez incurrió en un error de hecho por falso raciocinio, pues desconoció los parámetros de la sana crítica al no dar aplicación a los criterios contemplados en el artículo 404 de la Ley 906 de 2004 para la apreciación del testimonio. Los declarantes de cargo fueron coherentes en sus relatos, ubicados en espacio y tiempo y desprovistos de cualquier tipo de interés o perjuicio respecto al procesado. Por el contrario, el coprocesado, condenado por estos hechos, dejó claro el interés de no perjudicar al acusado, *“al percibirse el intercambio de miradas y gestos que solo podrían tener como finalidad coordinar respuestas en aras a no perjudicar al aquí procesado, situación que incluso fue advertida por el representante del ministerio público”*.

Las dudas planteadas por el Juez, no logran crear incertidumbre sobre la materialidad y existencia del delito y la responsabilidad del acusado.

Pidió que se revoque la sentencia impugnada.

NO RECURRENTE

Dentro del término de traslado, no hubo pronunciamiento alguno.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Corresponde a la Sala decidir el recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía, de conformidad con el numeral primero del artículo 34 de la Ley 906 de 2004.

Por virtud del principio de limitación inherente a los medios de impugnación, está restringida la Sala a la censura elevada y a los aspectos vinculados de manera inescindible.

Del conocimiento para condenar.

En este asunto no hay discusión en relación con la materialidad de la conducta punible de homicidio ni con la identificación e individualización del acusado.

El aspecto central de la controversia planteada por la recurrente, se circunscribe a establecer si la Fiscalía logró demostrar la intervención de **Luis Eduardo Gutiérrez Meneses** como coautor en el hecho juzgado. Al respecto, el Juez señaló que la Fiscalía no demostró el grado de participación en la conducta punible que le imputó al procesado en la medida en que no estableció un propósito común entre él y Yuber Amaury Coronado -condenado anticipadamente por estos mismos hechos-.

Según el artículo 29 del Código Penal son coautores *“los que, mediando un acuerdo común, actúan con división del trabajo criminal atendiendo la importancia del aporte”*.

A modo de introducción, vale la pena retomar el concepto de autoría que en sus diferentes manifestaciones ha fijado la jurisprudencia nacional:

“ En Colombia de acuerdo con la Jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia y en consonancia con los artículos 29 y 30 de la Ley 599 de 2000, es posible identificar las siguientes formas de intervención en el delito:

- i) **Autor.** *Según la Corte Suprema de Justicia “ Se trata de aquella persona que se constituye en el protagonista central del comportamiento delictivo, quien de manera directa y de propia mano lo ejecuta en forma consciente y voluntaria” . Para la Corte Suprema de Justicia, la cuestión de autoría parece radicar en la sumatoria de los elementos volitivo y conductual, lo que se traduce en calificar como Autor a aquel (o aquellos) que tienen el dominio del hecho, y llamar a los demás partícipes.*

*“ [según] la llamada “teoría del dominio del hecho”, de gran utilidad para diferenciar las dos formas de participación, es autor aquél que se encuentra en capacidad “(...) de continuar, detener o interrumpir, por su comportamiento, la realización del tipo. Por lo tanto, cuando son varios los sujetos que pre acordados concurren a la realización de la conducta antijurídica, para que el aporte configure **coautoría** se requiere que sea esencial, y que se materialice durante la ejecución típica. De allí que sólo quien domina el hecho puede ser tenido como autor; ...²”*

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SP9404-2018, se refirió de la siguiente manera:

“Acerca del concurso de personas en la comisión delictiva se ha precisado que existen diferencias entre la coautoría material propia y la impropia. La primera ocurre cuando varios sujetos, acordados de manera previa o concomitante, realizan el verbo rector definido por el legislador, mientras que la segunda, la impropia, llamada coautoría funcional, precisa también de dicho acuerdo, pero hay división del trabajo, identidad en el delito que será cometido y sujeción al plan establecido, modalidad prevista en el artículo 29-2 del Código Penal, al disponer que son coautores quienes, “mediando un acuerdo común, actúan con división del trabajo criminal atendiendo la importancia del aporte”.

Es preciso destacar que en el presente asunto la Fiscalía realizó imputación en calidad de coautor, acusó como autor y solicitó condena en alegatos de clausura como coautor. En la apelación sostuvo el ente acusador que la Fiscalía logró demostrar la división del trabajo criminal en el hecho juzgado.

² Sentencia C-015 de 2018.

De otro lado, en cuanto a la circunstancia de agravación punitiva, se acusó y solicitó condena bajo el entendido de que la víctima fue puesta en condiciones de inferioridad.

Pues bien, para la fiscalía, el testimonio del policía Miguel Lora Carrascal, quien realizó la captura del procesado, es suficiente para concluir que Luis Eduardo Gutiérrez Meneses fue coautor del homicidio cometido en la persona de Geidis María Pérez Mercado.

Escuchado dicho testimonio³ se tiene que narró la forma en que él y su compañero el patrullero Peña conocieron los hechos, refiere que hacían labores de patrullaje, cuando de la central de información de Caucasia se reportó un caso por los lados de la terminal de transporte. Camino hacia el lugar, los abordaron dos sujetos a la altura del puente de la 8, a los cuales distinguían porque los veían todos los días en el sector pues eran habitantes de la calle -esta información la corroboró su compañero de patrulla- y de forma desesperada como alterados les dijeron que debajo del palo de mangos, “*el topo*” y otro estaban golpeando a una muchacha que andaba con ellos. Inmediatamente se dirigieron al lugar indicado, cuando efectivamente vieron dos sujetos, “*se le veía por la silueta que eran dos hombres por lo que estaba oscuro, pues si se alcanzaba a ver, pero no era muy claro*” aunque alcanzó a verle el rostro a uno de ellos, cuando ya se acercaron los sujetos emprendieron la huida.

Afirmó que llegaron al lugar en que se encontraba la víctima, su compañero se quedó con la occisa y él emprendió la persecución de los sujetos, sin perder el contacto con ellos pues iba como a 7 u 8 metros de distancia y vio que llevaban unos objetos “*como un palo, una varilla, un tubo*”.

³ Declaración rendida en la sesión de juicio del 27 de junio de 2017.

Hizo mención a la labor que realizó en la persecución de los dos sujetos sin precisar la actividad de cada uno de ellos, pues en su relato hizo mención a “ellos” y “uno de ellos”, sin que la fiscalía en desarrollo del interrogatorio realizara preguntas tendientes a determinar a quién se refería en concreto. Aspecto importante en el presente asunto toda vez que precisamente alega la figura de la coautoría y ella debió ser demostrada en juicio.

Relató que cuando llegó al lugar señalado observó un cuerpo tirado en el piso y que distinguía a la occisa porque ella era habitante de la calle. Añadió que los dos sujetos se encontraban con elementos contundentes, *“con unos palos una varilla, un tubo”* y emprendieron la huida al notar la presencia de la policía, por eso dedujo que ellos fueron los que le propinaron los golpes a la occisa.

Fue enfático en manifestar que no perdió contacto visual con los capturados, *“no se confundió está bien de la vista, la distancia que ellos le sacaron no fue mucha”* y que tenían los documentos en las billeteras, dieron sus nombres y se constató con la cédula de ciudadanía que portaban en ese momento. Uno de los capturados fue alias “toto” él se identificó como Luis Eduardo Gutiérrez.

Así, se tiene que no obstante afirmar que no perdió de vista a los dos sujetos, incurre en serias contradicciones frente a un aspecto medular como es si percibió directamente, o no, cuando estos golpeaban con palos a la víctima. Pasa de afirmar que no observó dicho momento a decir que lo percibió directamente y de nuevo referir que *“según lo que le comentaron los dos ciudadanos y la experiencia que lleva en la policía, los capturados fueron los que golpearon a la víctima... dedujo que ellos fueron los que le propinaron los golpes a la occisa”*.

El patrullero Luis Ángel Peña⁴ quien lo acompañó en el operativo, informó que dos habitantes de calle les manifestaron que estaban lesionando a una mujer, fueron al sitio y vió a los dos muchachos que agredieron la femenina, pero no los identificó. Él solo se quedó auxiliando a la víctima, no persiguió a los agresores.

También se recibió como testigo de cargo, la declaración de Omar Ení Palencia Ortega, uno de los habitantes de la calle que adujo observó los hechos. Informó que fue testigo de la muerte de “*la tarrito*” refiriéndose a Geidis. Sostuvo que el día de los hechos estaba parado en la esquina de la chatarrería con el otro compañero, “*el pollo*”, era de noche cuando escuchó un chillido, cuando fue a ver, la muchacha estaba tirada allá al frente donde está un palo de mangos, se asomó y observó a varias personas, muchachos mirando a la muchacha que estaba tirada allá, tendida en el piso.

Vio que se fueron encima de ellos los dos muchachos que estaban todos borrachos, venían con unos palos, entonces salieron corriendo y hasta cierta parte los persiguieron, cuando regresaron ya se habían llevado a la muchacha.

Luego, dice que fueron varios muchachos los que los persiguen, no dos, eran unos 5 o 6, todos con palos. Le ha estado colaborando al muchacho a “*toto*” -no dice en qué ni se lo preguntan- a quien conoce porque viven en el mismo lugar y que no observó a “*toto*” el día de los hechos.

Manifestó que rindió una declaración previa y dijo lo mismo que en el juicio. No obstante, por solicitud de la Fiscalía lee la entrevista previa en la que manifestó que Luis estaba en el lugar de los hechos, pero no portaba nada en la mano, estaba con el otro sujeto, el coprocesado, quien tenía un palo y un cuchillo. Conoce a Yuber y a “*toto*”, los describió y al primero es

⁴ Testimonio rendido en la sesión de juicio del 24 de octubre de 2016, segundo registro de audio.

a quien conoce porque mantiene en el sector donde él vive Barrio Pueblo Nuevo-. Señaló que fue Yuber quien le pegó un garrotazo en la cabeza de la señora Geidis quien cayó de forma inmediata al suelo rodando hacia abajo por una falda, después de eso estas dos personas bajaron a donde había caído la señora y Yuber la remató con el mismo palo dándole dos golpes en la cabeza y el que estaba con él se ponía a reír de lo que estaba haciendo su compañero Yuber.

Afirmó el testigo que esa es la misma declaración que rindió a la policía. Reconoció a "toto" en la sala de audiencias. "Toto" y Yuber estaban en el lugar cuando le pasó eso a Geidis, estaban en el puente. En el momento que escucharon el quejido se asomaron y "toto" y Yuber estaban ahí cerca de Geidis estaban parados mirando.

En el conainterrogatorio dijo que cuando la víctima se quejó se acercó al puente y había como 5 o 6 personas. No observó quien le dio los golpes a Geidi. Aunque luego afirmó que fue Yuber quien le dio con el palo y luego a la Fiscalía le respondió que no vio quien le pegó a Geidis, pero en el lugar si estaban "toto" y Yuber. Al ministerio público le dijo que no vio quien agredió a "la tarrito".

Manifestó que él no llamó a la policía como lo dijo el patrullero Lora, le informaron a un mototaxi. La policía llegó después a buscar testigos. Cuando dijo que unos muchachos se le fueron encima persiguiéndolo, no estaba entre ellos "toto".

Es evidente que se trata de un testigo poco creíble quien, dadas sus evidentes contradicciones, debió ser impugnado por la Fiscalía. Sin embargo, ni en la versión previa que dio en la etapa de investigación, ni en el juicio, el señor Omar Ení Palencia Ortega dio cuenta de la presunta intervención del acusado en el hecho Juzgado.

De acuerdo con lo anterior, no queda claro si el procesado agredió a la víctima con un palo porque Palencia Ortega manifestó que Luis estaba en el lugar de los hechos, pero no portaba nada en la mano, contrario al coprocesado quien tenía un palo, mientras que Miguel Lora, pese a que afirmó que no perdió de vista a los dos sujetos, como se resaltó antes, se contradijo en cuanto a si vio o no cuando estos agredieron a la víctima con palos.

Entonces, las versiones de los testigos de cargo no coinciden entre sí. No quedó claro si en efecto los policías que atendieron el procedimiento de captura observaron el instante en que los aprehendidos estaban agrediendo a la víctima. Ello, aunado a que en su declaración en juicio, el coprocesado, quien aceptó su responsabilidad en los hechos, liberó al acusado de compromiso penal.

Los demás testigos presentados por la Fiscalía -Jogar Esneider Navarro, Oscar Julián Rodríguez y Eider de Jesús Flórez- declararon sobre la materialidad de la conducta punible, aspecto que no fue controvertido por las partes.

Es así como en el desarrollo de los interrogatorios cruzados, solo se logró evidenciar un sin número de contradicciones en los dichos de los testigos de cargo. Y si bien la Fiscalía impugnó la credibilidad del testigo Palencia Ortega, como se dijo al momento de valorar la prueba, ni su versión previa ni la rendida en juicio corroboran el dicho dado por el policía que hizo la captura, testigo cuya declaración fundamentó la acusación.

Contrario a lo que sostiene en la apelación la fiscalía, no se acreditó que el acusado actuó de común acuerdo con el coprocesado para cometer el delito de homicidio. No demostró si existió entre los capturados acuerdo previo o concomitante, si hubo división de trabajo que implicara aportes sin

los cuales la acción no se podía llevar a cabo y si la acción de matar fue realizada directamente por los dos capturados.

Para la Sala es claro que el testimonio del patrullero Lora no dio cuenta acerca de la forma de intervención del procesado en el homicidio ni de su aporte al hecho criminal, aspecto de innegable relevancia para emitir sentencia de condena.

Ahora bien, afirma la fiscalía que la primera instancia no tuvo en cuenta que el coprocesado Yuber Amaury Ricardo Coronado era un testigo poco creíble por la amistad que lo une con el acusado y por su comportamiento en desarrollo de la declaración rendida en juicio, pues, tal como lo manifestó en esa oportunidad la delegada del Ministerio Público y la Juez, mientras testificaba miraba al acusado, situación que debe valorarse de forma negativa.

Dijo el testigo⁵ en su declaración que conoció a la occisa en su calidad de habitante de calle y consumidora habitual de estupefaciente. El día de los hechos, él se encontraba ingiriendo licor con un grupo de amigos en la casa de Toto. En la madrugada salieron de la casa con toto hacia María Mulata. En el camino se encontraron con la occisa, quien se le tiró encima pidiéndole una caja de aguardiente que él llevaba, él se negó, la empujó, ella cayó al piso y él cogió un tubo de aluminio y la empezó a golpear. Afirmó que Luis Eduardo estaba al extremo contrario de la carretera y llegó a la escena solo para recogerlo y llevarlo a la casa porque estaba muy embriagado.

El testigo fue categórico en afirmar que Luis Eduardo no participó de las lesiones ocasionadas a la víctima y que, por el contrario, quiso convencerlo para que detuviera la agresión. Añadió que los hechos

⁵ Declaración rendida en la sesión de juicio del 28 de junio de 2017

ocurrieron a bordo de la carretera y luego del ataque empujó a la víctima hacia los bajos del puente.

Es verdad que las delegadas del Ministerio Público y la Fiscalía le pidieron a la Juez llamar la atención del testigo para que no mirara al procesado antes de dar sus respuestas. No obstante, no se estableció que ese comportamiento haya preordenado su testimonio y no sobra mencionar que la credibilidad del testigo no fue refutada por la Fiscalía.

Se tiene entonces que no le asiste la razón a la parte apelante en su apreciación respecto que el Juez incurrió en un error de hecho por falso raciocinio, porque la prueba fue valorada en conjunto y de ese examen surgió la duda en cuanto a la coautoría del procesado en el hecho Juzgado, duda que se originó esencialmente en las contradicciones en que incurrieron los testigos de la fiscalía.

Por último, se resalta que en los alegatos finales la Fiscalía no se ocupó de valorar por qué la presencia del acusado en el lugar de los hechos podría constituir un indicio de responsabilidad grave capaz de fundamentar su compromiso penal, pese a las contradicciones en que incurrieron los testigos de cargo y a que el coprocesado informó que el acusado nada tuvo que ver con la ejecución de la conducta punible. En todo caso, para la Sala ese solo hecho -la presencia del acusado en el lugar de los hechos- no basta por sí solo para endilgarle responsabilidad penal, porque se torna en un dato, si bien, relevante, insuficiente.

No se discute la evidente gravedad de los hechos Juzgados, pero ante la advertida insuficiencia probatoria por parte del ente acusador, debe concluirse que no se cuenta con el grado de conocimiento exigido para emitir sentencia condenatoria y no queda camino distinto a confirmar la sentencia impugnada.

2. De los hechos jurídicamente relevantes.

Como consideración final, la Sala, observa que la Fiscalía no fijó correctamente los hechos jurídicamente relevantes en punto de la coautoría que le atribuyó al acusado en relación con la ejecución del punible de homicidio agravado y en lo que hace a la circunstancia de agravación punitiva por la que lo acusó. Nada se dijo atinente a si el procesado realizó un acuerdo previo o concomitante para la ejecución de la conducta punible y si los dos capturados realizaron directamente el verbo rector del tipo penal o si hubo división del trabajo criminal.

En cuanto a la circunstancia de agravación punitiva, aunque se acusó y solicitó condena bajo el entendido de que la víctima fue puesta en condiciones de inferioridad, en los hechos no se consignaron esas circunstancias que permitan establecer cómo fue que el acusado presuntamente colocó a la occisa en condiciones de inferioridad. Y en los alegatos de clausura, solicitó condena al considerar que en cuanto al agravante se demostró que fue puesta o en aprovechamiento de indefensión e inferioridad(*sic*).

Corresponde al ente acusador, desde su primer contacto con la noticia criminal, realizar una adecuada selección normativa y que las mismas sean interpretadas correctamente con el propósito que le permitan indagar por esos puntuales aspectos que con los respectivos actos de investigación le lleven a estructurar o descartar la hipótesis inicialmente planteada.

En el presente asunto, la falta de claridad en la hipótesis acusatoria llevó a que la Fiscalía manifestara en la sustentación del recurso de apelación que la intervención del acusado en el hecho juzgado se concretó en diversas acciones y omisiones tales como que estuvo presente en el lugar de los hechos y que no hizo nada para evitar el homicidio, o que el hecho

Juzgado fue premeditado por parte del acusado quien contó con tiempo suficiente para detener al coprocesado en su actuar o prestarle primeros auxilios a la víctima o dar aviso a las autoridades como era su deber legal, pero no lo hizo.

Críticas todas que no pasan de ser hipotéticas y no encuentran respaldo en la prueba de cargo pues no se demostró que hubo división del trabajo ni que se realizaron conductas posteriores para encubrir el actuar criminal.

Es evidente que aunque la correcta delimitación de la hipótesis de hechos jurídicamente relevantes es presupuesto natural de la realización de un verdadero proceso, la adecuada presentación de pruebas suficientes que la respalden determina la posibilidad de una respuesta judicial eficiente. Ambos aspectos se encuentran a cargo de la fiscalía de acuerdo con las funciones que le han sido conferidas.⁶

Siendo así, se confirmará la sentencia recurrida.

En mérito de lo expuesto **LA SALA PENAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA**, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia absolutoria de primera instancia, objeto de apelación.

SEGUNDO: Contra esta decisión procede el recurso extraordinario de casación.

⁶ CSJ SP4135- 2019 (52394)

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

(Firma electrónica)
GUERTHY ACEVEDO ROMERO
Magistrada Ponente

(Firma electrónica)
PLINIO MENDIETA PACHECO
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: **71d8a7756ed2bca46286b20d081927301e25f4c94e37d81d2c92247c3bd51523**

Documento generado en 17/11/2022 04:17:02 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 CUI	05001 60 00000 2015 00102
N. I.	2019-0705-3
DELITO	Homicidio agravado
ACUSADO	Miguel Ángel Guerra Torres
ASUNTO	Sentencia absolutoria
DECISIÓN	Confirma
LECTURA	17 de noviembre de 2022

Medellín (Ant.), ocho (08) de noviembre de dos mil veintidós (2022)
(Aprobado mediante Acta No. 307 de la fecha)

OBJETO DE DECISIÓN

La Sala resuelve el recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía contra la sentencia proferida el 9 de mayo de 2019, mediante la cual el Juzgado Promiscuo del Circuito de Santa Rosa de Osos, Antioquia absolvió al señor **Miguel Ángel Guerra Torres** del cargo de homicidio agravado.

HECHOS

Fueron narrados en la sentencia impugnada así:

“Según el escrito de acusación, los hechos se desarrollaron en jurisdicción territorial del municipio de Santa Rosa de Osos, zona rural; concretamente en la vereda Santa Barbara, el día 12 de agosto de 2012, cuando en horas de la noche fue interceptado el señor Cruz Ángel Guerra Torres por personas desconocidas, encontrando su cuerpo con posterioridad en el lugar donde fue exhumado, zona rural distinguida con coordenadas $^{\circ}40'02-075@2r0'3$ Antioquia, 17 meses después.”

Posteriormente, se denunció que su consanguíneo Miguel Ángel Guerra Torres había cancelado la suma de tres millones de pesos (\$3,000,000) para que le causaran su muerte, porque había reclamado legalmente ser reconocido como heredero dentro del proceso sucesoral del padre de ambos, Cruz Ángel Guerra Pérez”.

ACTUACIÓN PROCESAL

El 27 de diciembre de 2014, se formuló imputación al señor **Miguel Ángel Guerra Torres** en calidad de *determinador* de la conducta punible de homicidio agravado según el numeral 1 del artículo 104 del C.P porque la víctima era su hermano y numeral 4 porque la conducta se cometió por motivo abyecto¹. Se impuso medida de aseguramiento intramural.

La fase de conocimiento correspondió adelantarla al Juzgado Promiscuo del Circuito de Santa Rosa de Osos. La acusación se formuló oralmente el 11 de mayo de 2015. Se acusó por homicidio agravado por los numerales 1 y 4 del artículo 104 del C.P., aunque no se especificó cuál de las circunstancias concretas de esas agravantes era por la que acusaba².

La audiencia preparatoria inició el 30 de julio de 2015 y culminó en la sesión del 28 de octubre de 2016. La fase de juicio oral inició el 5 de septiembre de 2018 y culminó el 9 de mayo de 2019, oportunidad en la que se emitió sentido del fallo absolutorio y se dio lectura del fallo.

FALLO IMPUGNADO³

La primera instancia absolvió al acusado del cargo endilgado. Dijo que con el testimonio de Lina María Guerra Torres -hermana del acusado- se demostró que existía desavenencias entre los hermanos por razón de la herencia que dejó el padre.

¹ A partir del minuto 00:30:58 primer registro de audio del 27 de diciembre de 2014.

² A partir del minuto 00:26:19

³ Folios 187 y ss.

Para la Juez, Lina María es testigo directa de las amenazas que recibió en su persona de parte del acusado y *Jorge 18*, pero es testigo de referencia de las presuntas amenazas que recibió el occiso de parte del procesado, pues no estuvo presente en el lugar de los hechos, sino que obtuvo dicho conocimiento a través de su hermano Cruz Ángel, quien según ella le tenía mucha confianza y le contaba todo lo que le ocurría.

El testimonio del señor Roney Mesa poco aporta al proceso. Dijo saber que entre Miguel Ángel y Cruz Ángel el único problema que existía era en razón de la herencia que les dejó su padre. Su testimonio da cuenta de que en la Vereda Santa Barbara de Santa Rosa de Osos operaba un grupo al margen de la Ley comandado por Jorge 18.

No aportó ningún elemento que permita inferir con probabilidad de verdad, que el señor Miguel Ángel Guerra Torres fue el determinador del homicidio de Cruz Ángel Guerra Torres. El hecho de que existía una enemistad entre los dos hermanos, no es prueba de la determinación para la comisión de la conducta punible.

Dijo la Juez que Edilma Yaneth Pérez Alarcón es una importante testigo dentro del proceso porque para la fecha de los hechos que se Juzgan, era integrante activa del grupo armado al margen de la ley que se hacía llamar “los paisas, los rastrojos o renacentistas”, y además era la compañera sentimental del jefe de dicho grupo armado Jorge o Fredy 18. No obstante se trata de una testigo de referencia. No existe prueba dentro del expediente que permita corroborar la información por ella suministrada, ni de si se configuró o no tal determinación, pues la testigo expresó: “iba a mandar desaparecer a su hermano...”, *“lo que no da cuenta de si efectivamente le dio la orden o simplemente le manifestó algo que presuntamente pensaba hacer”*. Este testimonio genera una duda. No presencié el momento en que presuntamente el acusado determinó la muerte de su hermano.

Su testimonio se contrapone al del acusado quien afirmó que estando en prisión, la testigo se comunicó con él para extorsionarlo, sin perder de vista que la misma testigo aceptó estar condenada por extorsión.

También el testimonio del señor Alvis Marmolejo lo calificó como prueba de referencia. Claramente señaló que escuchó una conversación entre Juancho y Jorge 18, en la que se decía que **Miguel Ángel Guerra Torres** había mandado desaparecer a su hermano Cruz Ángel porque le había embargado la finca.

Adujo que la prueba testimonial presenta dificultades en lo que se refiere a su confiabilidad o poder persuasivo

A su turno, el testimonio del señor **Miguel Ángel Guerra Torres** da cuenta de que presuntamente él fue víctima del grupo delincencial denominado “Paisas, renacentistas o rastrojos”, a quienes debía permitir dormir y desplazarse en su finca con el fin de proteger su vida y la de su familia, entre otras actividades, también fue víctima de extorsión. De hecho, le pagó una vacuna a la señora Edilma, dinero que contrario a lo que ella mencionó, no era para pagar la muerte de su hermano.

Afirmó que: “si bien en el presente proceso los testimonios allegados constituyen indicios sobre la responsabilidad penal del procesado (...) en la conducta punible de homicidio agravado en la persona de Cruz Ángel Guerra Torres, en calidad de determinador; estos no son suficientes para proferir una sentencia condenatoria, puesto que para ello se requiere que exista congruencia entre los diversos indicios y las demás pruebas allegadas, que con una inferencia lógica y un adecuado proceso de valoración conjunta, convergencia y concordancia de los indicios entre sí y de estos con los demás medios probatorios, que en conjunto lleven al convencimiento pleno, originando así la certeza subjetiva; lo que aquí brilló por su ausencia en tanto que no existen medios probatorios adicionales que analizar”.

Como no hay prueba suficiente ni contundente, no es posible desvirtuar la presunción de inocencia del procesado.

LA IMPUGNACIÓN

La Fiscalía⁴ afirmó que de las pruebas incorporadas y practicadas en el juicio oral se logró demostrar con certeza que el acusado es autor determinante del delito por el que fue llamado a juicio.

Se probó la muerte del Cruz Ángel Guerra Torres quien era el hermano del acusado y que entre ellos existían problemas relacionados con el proceso de sucesión de su padre.

En sentir de la Juez, los testigos de cargo son prueba de referencia. No obstante, los dichos de los testigos fueron valorados de forma sesgada y subjetiva. No se valoró la prueba con el fin de establecer si se cumplieron los requisitos legales para que se configure la conducta punible de homicidio agravado.

Sostuvo que en este proceso la prueba practicada no es de referencia sino indiciaria; se demostró el problema que existía entre el occiso y el acusado por el proceso de sucesión de su padre y que el acusado amenazó a su hermano por motivos de la herencia. Así mismo, la testigo Edilma Pérez quien escuchó de su esposo *Jorge 18* que el procesado mandó a desaparecer a su hermano por problemas con una herencia y que ella recibió de parte del procesado la suma de \$3.000.000 como pago por el “trabajo”.

Resaltó *“el testimonio del señor Francisco Manuel Alvis Marmolejo, escolta personal de Jorge 18 y escuchó en varias oportunidades de parte de alias Jorge 18, a alias Juancho integrante de la organización (...) de como Miguel Ángel había mandado a*

⁴ Folios 201 y ss.

desaparecer a Cruz Ángel por desavenidas de tipo herenciales en la jurisdicción del municipio de Santa Rosa de osos, inclusive el mismo Francisco Manuel Alvis, había dado la información de donde se encontraba el cuerpo de quien en vida correspondía al senior Cruz Ángel Guerra Torres”.

Concluyó que se demostró un hecho indicador -la muerte- que ocurrió por no reconocer un derecho herencial, que la persona que señaló donde estaba inhumado el occiso está vinculado con el jefe de la organización que operaba en el municipio de Santa Rosa de Osos.

Así mismo, que el dinero que pagó el acusado por la muerte de su hermano, fue recibido por la esposa del jefe de la organización criminal y el vínculo de éste con el procesado. No existía otro móvil ni otra persona que supiera donde estaba el cuerpo del occiso.

De acuerdo con las reglas de la experiencia, *“el móvil de desconocer derechos herenciales del hoy occiso, por su calidad de hijo extramatrimonial ha sido causa porcentual en hechos muerte con circunstancia de agravación punitiva por el grado de parentesco”.*

NO RECURRENTE

La defensa⁵ adujo que los testigos de cargo no conocieron en forma personal y directa todos los hechos que integran la determinación como forma de intervención en la conducta punible.

No basta, como asegura el Fiscal, haber demostrado la muerte del señor Cruz Ángel Guerra Torres y las desavenencias con el acusado con ocasión de la muerte de su padre. Debía demostrarse que el procesado determinó la muerte de su hermano, pero ello no ocurrió. No hay prueba directa de que el acusado pagó por la muerte de su hermano.

⁵ Folios 204 y ss.

Concluyó manifestando que la Fiscalía pretende que la condena de su representado se fundamente en indicios, sin haber probado el pago, la determinación de ordenar matar en virtud del pago, la relación entre el determinador y el autor material, ni la identidad del autor material y su relación con el determinado, esto es, si este obró por motivo de su pertenencia a la estructura de poder o por móviles personales.

Pidió que se confirme la decisión apelada.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Corresponde a la Sala decidir el recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía, de conformidad con el numeral primero del artículo 34 de la Ley 906 de 2004.

Por virtud del principio de limitación inherente a los medios de impugnación, está restringida la Sala a la censura elevada y a los aspectos vinculados de manera inescindible.

Del conocimiento para condenar.

El apelante afirmó que con las pruebas incorporadas y practicadas en el juicio oral se logró demostrar que el acusado es el determinador de la muerte de Cruz Ángel Guerra Torres.

El problema jurídico que abordará la Sala de Decisión Penal consiste en establecer si la valoración probatoria realizada por la Juez de primera instancia fue correcta en vía de la exoneración de responsabilidad penal de **Miguel Ángel Guerra Torres** en el delito de homicidio agravado.

La tesis principal que propone la Fiscalía es que en el proceso hay prueba indiciaria que acredita el compromiso penal del procesado en el hecho Juzgado como determinado del mismo, al tiempo que niega que la prueba practicada en juicio sea de referencia.

Para respaldar su pretensión, el apelante afirma que en el juicio se probaron los siguientes hechos:

- 1- La muerte del Cruz Ángel Guerra Torres quien era el hermano del acusado.
- 2- Que entre ellos existían problemas relacionados con el proceso de sucesión de su padre.
- 3- Que el acusado amenazó a su hermano por motivos de la herencia.
- 4- Que la testigo Edilma Pérez escuchó de su esposo Jorge 18 que el procesado mandó a desaparecer a su hermano por problemas con una herencia y que ella recibió de parte del procesado la suma de \$3.000.000 como pago por el “trabajo”.
- 5- Que el testigo Francisco Manuel Alvis Marmolejo, escuchó en varias oportunidades de parte de alias Jorge 18 a alias Juancho cómo **Miguel Ángel** había mandado a desaparecer a Cruz Ángel por desaveniencias de tipo herenciales y que fue el mismo Francisco Manuel Alvis quien dio la información de donde se encontraba el cuerpo de Cruz Ángel Guerra Torres.

Concluyó que el hecho indicado -la muerte de Cruz Ángel Guerra- ocurrió por no reconocer un derecho herencial.

En el proceso, en efecto, se acreditó la muerte de Cruz Ángel Guerra Torres quien era el medio hermano del acusado. Ese hecho no fue materia de controversia por las partes. Tampoco admite discusión que entre el

occiso y el acusado existieron inconvenientes relacionados con la herencia que dejó su padre.

En ese sentido, aunque el acusado en su declaración en el juicio⁶ informó que con nadie ha tenido problemas, lo cierto es que los testigos Roney Guerra Mesa⁷ -primo del procesado- y Lina María Guerra Torres⁸ -hermana del acusado- manifestaron de forma unánime que entre **Miguel Ángel** y el occiso existía tal desavenencia.

Lina María hermana de **Miguel Ángel** y de Cruz Ángel dio cuenta que entre ellos existían problemas por motivos de la herencia, pues su padre dejó propiedades y **Miguel Ángel** se quedó con ellas, a ella no le dio nada. Se resalta que la defensa no objetó dicho aspecto en desarrollo del interrogatorio cruzado.

Ahora bien, el recurrente afirma que con el testimonio de Lina María Guerra Torres demostró en el juicio que el acusado amenazó a su hermano Cruz Ángel por motivos de la herencia, pues éste le comentaba los problemas que tenía con **Miguel Ángel** y que lo había mandado a amenazar porque él no tenía derecho a reclamar la herencia. La testigo precisó que no escuchó las amenazas que le hizo **Miguel** a su hermano fallecido.

Es decir, ella no escuchó directamente que el acusado amenazara al occiso con motivo de la disputa por la herencia del padre, dicha afirmación que se refiere a la responsabilidad del procesado no fue parte de su conocimiento personal sino de lo que dice escuchó de Cruz Ángel, lo que constituye prueba de referencia en la medida en que con ella se pretende demostrar la veracidad de su contenido sin que la defensa pudiera confrontar al testigo que la emitió.

⁶ A partir del minuto 00:09:46 audio del 6 de febrero de 2019

⁷ A partir del minuto 00:22:40, sesión de juicio del 11 de diciembre de 2018

⁸ A partir del minuto 00:04:17 sesión de juicio del 11 de diciembre de 2018

Lo mismo sucede con los dos últimos hechos que aduce la fiscalía encontró probados y que guardan estrecha relación con la determinación que se le atribuyó al acusado en la muerte de su medio hermano, pues surgen de dos testimonios rendidos en el juicio que constituyen prueba de referencia inadmisibles.

La testigo Edilma Yaneth Pérez Alarcón⁹ contó en el juicio que está condenada por concierto para delinquir, porte y extorsión. Delinquiró en Santa Rosa de Osos en el año 2012, pertenecía al grupo renacentistas del nordeste cuyo máximo cabecilla era *Jorge 18*, se dedicaban al cobro de extorsión en la zona. Fue capturada con *Jorge 18* y Francisco Alvis más conocido como el negro. Ella era la compañera sentimental de *Jorge 18* y trabajaba con él, Jorge está privado de la libertad.

Dijo que no conoció personalmente a Cruz Ángel Guerra Torres, sabía que era medio hermano de **Miguel Ángel Guerra** y que entre ellos dos había un problema por una herencia de una tierra que Miguel Ángel no le quería entregar. Manifestó era la compañera sentimental de *Jorge 18* y escuchó una conversación que él tenía acerca de que **Miguel Ángel Guerra** mandó a desaparecer a Cruz Ángel por no hacerle entrega de unas tierras que le tocaba -por desaparecer entiende que lo mandó a matar- fue en el mes de agosto 2012 en la Vereda Santa Bárbara. Que *Jorge 18* le contó que el señor Miguel Ángel Guerra iba mandar desaparecer su hermano por no entregarle una herencia que le tocaba y que **Miguel Ángel** le ofreció el pago de \$3.000.000 más una novilla para desaparecerle al hermano.

Lo cierto es que *Jorge 18* no testificó en juicio y que Edilma Yaneth Pérez Alarcón da cuenta de lo que le dijo *Jorge 18*. No conoció el trámite de la herencia. No estuvo presente cuando según éste **Miguel Ángel** mandó a desaparecer a su hermano. Finalizó afirmando que recibió ella misma el

⁹ A partir del minuto 00:19:09, sesión de juicio del 5 de febrero de 2019

pago de los \$3.000.000 pero no estuvo presente en la negociación, supo por *Jorge 18* el trabajo que **Miguel Ángel** había pedido.

A pregunta complementaria realizada por la Juez, respondió que los \$3.000.000 los recibió de **Miguel Ángel Guerra**, directamente de él y que en ese acto que recibió el dinero **Miguel** no le dijo de qué era, solamente le dijo, llévele a su patrón “*y más nada*”.

No queda duda que esta testigo no hizo parte ni presencié la presunta conversación en la que el acusado le pedía a **Jorge 18** que desapareciera a su hermano. En cuanto a que ella recibió de parte del procesado la suma de \$3.000.000 como pago por el “trabajo”, tampoco es una situación que recibió corroboración alguna ni quedara plenamente demostrada. La testigo dijo que **Miguel** solamente le dijo, llévele a su patrón “*y más nada*”, es decir, con ella no se demostró que el dinero que recibió de manos del acusado tenía como finalidad pagar por la desaparición de su medio hermano.

Por su parte, se escuchó el testimonio de Francisco Manuel Alvis Marmolejo¹⁰ recluso en la cárcel de Montería. Delinquiró en Santa Rosa de Osos para el 2012, en la Vereda La Mina y para los lados de Carolina del Príncipe. Perteneció al grupo los paisas o renacentistas. Era compañero de Edilma Yaneth alias la Guajira y de *Jorge 18* o *Fredy 18*, era su escolta personal. Cuando él llegó el escolta de *Jorge 18* era un señor que le decían Juancho y él, Alvis, se dedicaba al cobro de extorsión, cuando mataron a Juancho, como mes y medio antes de sus capturas, el testigo se convirtió en el escolta personal de *Jorge 18*, eso fue más o menos en octubre de 2012.

Manifestó que no conoció a Cruz Ángel Guerra Torres, pero al hermano **Miguel Ángel** sí porque ellos prácticamente vivían allá, en la finca de propiedad de aquél quien tenía una relación muy estrecha con *Jorge 18*.

¹⁰ A partir del minuto 00:41:16 sesión de juicio del 5 de febrero de 2019.

Miguel era el que prácticamente hacía todas las vueltas, comprar mercados, viven en la misma casa.

Se enteró de la muerte del señor Cruz Ángel por una conversación en la finca de Miguel Ángel que tuvo Juancho con *Jorge 18*, en la que él no estuvo presente, y comentaron que éste había recibido la herencia para él y sus dos hermanas pero que no había incluido al señor Cruz y lo había mandado a matar porque el señor le demandó la tierra y le habían embargado la finca con ganado y todo.

Adujo que tiene entendido que el señor **Miguel** pagó una plata -no sabe cuánto- al señor *Jorge 18* para que le desapareciera al hermano. No tiene muy claro quién realizó el hecho, “según eso”, un muchacho que le dicen el *niche*, pero él no estaba presente en ese tiempo, no podría afirmar quien lo hizo.

Reconoció a **Miguel Ángel** en la sala de audiencias, no tiene enemistad con él, nunca tuvo discusiones con él ni problemas.

Dicho testimonio constituye prueba de referencia en la medida en que narra unos hechos que no percibió directamente, relacionados con la demostración de uno de los elementos estructurales de la conducta punible como es que el procesado **Miguel Ángel** por razón de la herencia amenazaba de muerte a su hermano Cruz Ángel y ofreció dinero para que *Jorge 18* cometiera el homicidio de éste. Conocimiento que obtuvo no de manera personal sino a través de terceras personas que no fueron convocadas al juicio -como es el caso de Jorge 18- sin que se diera las razones de tal omisión. En el proceso -ni en la audiencia preparatoria ni en juicio- se agotó el debido proceso probatorio¹¹ para que las versiones de terceros

¹¹ En la sentencia SP14844-2015, oct. 28, rad. 44056, reiterada por la SP2709-2018, jul 11, rad. 50637, y por la SP5295-2019, dic. 4, rad. 55651, se describieron los pasos que deben seguir las partes para la incorporación de la prueba de referencia» así: (...): (i) realizar el descubrimiento probatorio en los términos previstos por el legislador; (ii) solicitar que la prueba sea decretada, para lo que deberá explicar la pertinencia de la declaración rendida por fuera del juicio oral, sin perjuicio de los debates que puedan suscitarse frente a su conducencia y utilidad; (iii) demostrar la causal excepcional de

que no comparecieron a declarar en la vista pública ingresarán como prueba de referencia admisible.

De otro lado, si bien la hermana del procesado testificó de su conocimiento personal respecto de las amenazas que, después de la muerte de Cruz Ángel, le fueron realizadas por parte de *Jorge 18* quien fue a su casa en compañía del *mono* y le dijo que si no le quitaba todas las demandas y las denuncias le hacía lo mismo que al hermano pues a él no le gustaba que entre las familias hubiera problemas, que hiciera las paces con **Miguel**, con su dicho no se demuestra que el procesado hubiese incidido en *Jorge 18* para que cometiera el homicidio o para que lo ordenara.

Es importante mencionar que los testigos no dieron cuenta acerca del autor material del homicidio de Cruz Ángel Guerra, sobre ese asunto no fueron indagados en el interrogatorio cruzado. Y, contrario a lo afirmado por la fiscalía Francisco Alvis Marmolejo no dijo en su testimonio haber sido la persona que sabía dónde estaba enterrado el cuerpo del señor Cruz Ángel Guerra.

Así, estima la Sala que del debate probatorio surgen dos hechos de los cuales podría inferirse la responsabilidad penal del acusado en la muerte de Cruz Ángel Guerra: las desavenencias que existían entre ellos por la herencia de su padre y la amenaza que recibió la hermana del acusado por parte de este y de *Jorge 18* en el entendido de que si no le quitaba las demandas y las denuncias le hacía lo mismo que al hermano.

El recurrente afirma la existencia de indicios en el proceso. La prueba indiciaria se construye a partir de hechos probados que permiten establecer otros hechos, a través de la aplicación de reglas de la experiencia o principios técnicos o científicos.

admisibilidad de la prueba de referencia (iv) explicitar cuáles medios de prueba utilizará para probar la existencia y contenido de la declaración anterior al juicio oral, y (iv) incorporar la declaración anterior al juicio oral durante el debate probatorio.

El indicio, es una prueba que se edifica con apoyo en la lógica por eso, puede afirmarse que se integra con los siguientes elementos:

(i) Los hechos indicadores o indicantes: son los hechos conocidos, los rastros o huellas que se dejan al actuar, la motivación previa, etc., son las partes circunstanciales de un suceso, el cual debe estar debidamente probado en el proceso.

(ii) Una regla de experiencia, de la técnica o de la lógica, es el instrumento que se utiliza para la elaboración del razonamiento.

(iii) Una inferencia mental: el razonamiento, la operación mental, el juicio lógico crítico que hace el juzgador; la relación de causalidad entre el hecho indicador y el hecho desconocido que se pretende probar.

(iv) El hecho que aparece indicado, esto es, el resultado de esa operación mental.

De tal suerte, la fiscalía para referirse a la demostración de los indicios, no puede limitar su argumentación en los alegatos conclusivos a señalar los hechos que considera probados y pretender que sea la judicatura la que realice el racionamiento lógico que relacione esos hechos para determinar si esas inferencias o deducciones confluyen en el mismo hecho que se pretende probar. La petición de condena realizada por la fiscalía en las alegaciones finales es un acto de postulación que, al igual que la planteada por la defensa y demás intervinientes, puede ser acogida o desechada por el juez de conocimiento quien decidirá exclusivamente con la valoración de las pruebas aducidas en el juicio oral¹².

En este caso, los hechos que el Fiscal estima probados y que permiten inferir el compromiso penal del acusado no son suficientes. Ello, aunado a que las versiones que dieron los testigos de cargo sobre la presunta

¹² CSJ SP6808-2016 Radicado 43837

determinación de la muerte de Cruz Ángel Torres son de referencia inadmisibles.

No sobra recordar que el acusado testificó en el juicio y reveló en su declaración que *Fredy 18* iba a su finca por vacunas, a que le hiciera favores, a cargar celulares. Que para el grupo criminal era estratégico ese predio porque desde ahí se podía ver todas las fincas, toda la zona y se podía hacer llamadas porque había señal.

Dijo que les pagaba extorsiones, que se desplazaba en su carro con integrantes del grupo porque lo amenazaban. Manifestó que luego de las capturas de los miembros de la organización, Edilma Yaneth, a quien conocía como Patricia y Marmolejo lo siguieron llamando para extorsionarlo. Aseguró que no denunció por miedo.

Este testimonio, que no fue desvirtuado por la Fiscalía, presenta una justificación del por qué el acusado tenía contacto con los miembros y el líder de la banda criminal de los rastros que operaba en Santa Rosa de Osos para el año 2012.

Nótese que el acusado afirma haber sido extorsionado por Edilma Yaneth y por Francisco Javier y que estos testigos manifestaron estar condenados precisamente por realizar extorsiones en el municipio de Santa Rosa de Osos.

Esta situación, sumada a la deficiencia probatoria de la Fiscalía, genera una duda en cuanto a la responsabilidad penal del acusado en el hecho juzgado que debe resolverse a su favor.

Entonces, no es cierto que los dichos de los testigos fueron valorados de forma sesgada y subjetiva. Lo que ocurre es que la Fiscalía no llevó a juicio prueba directa, ni de referencia admisible ni construyó en debida

forma indicios que permitieran respaldar el compromiso del acusado en calidad de determinador del homicidio de Cruz Ángel Guerra.

Por último, el apelante afirmó que de acuerdo con las reglas de la experiencia, *“el móvil de desconocer derechos herenciales del hoy occiso, por su calidad de hijo extramatrimonial ha sido causa porcentual en hechos de muerte con circunstancia de agravación punitiva por el grado de parentesco”*.

Según la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia¹³, *“las reglas de la experiencia son conclusiones empíricas de hechos comunes susceptible de adquirir validez general, las que se construyen a partir de la costumbre, prácticas culturales y usos cotidianos, desarrollados por un grupo humano en un contexto específico, los que al tener pretensiones de carácter universal o de alta probabilidad se identifican en el esquema “siempre o casi siempre que ocurre A entonces sucede B, por lo que su construcción lógica no puede devenir de juicios sensoriales o particulares vivencias”*.

Las máximas de la experiencia hacen relación a fenómenos cotidianos, y el caso expuesto por el Fiscal como regla de la experiencia no constituye un fenómeno reiterado o un comportamiento uniforme o generalizado, o al menos lo contrario no fue demostrado por el apelante como era su deber.

Siendo así, con fundamento en las anteriores consideraciones, la Sala no tiene otro camino que confirmar la sentencia apelada.

Cabe señalar que la imposibilidad de proferir un fallo de condena se fundamenta en que la prueba practicada en el juicio no permite superar el estándar de conocimiento necesario con tal fin. Ello no implica que la conducta punible no haya existido, sino que la deficiencia probatoria que

¹³ Sentencia radicado 58.301 del 23 de marzo de 2022, M.P. Fernando León Bolaños Palacios.

se presentó por el ente acusador, obliga resolver las dudas en favor del procesado.

En mérito de lo expuesto **LA SALA PENAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA**, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: **CONFIRMAR** la sentencia absolutoria de primera instancia, objeto de apelación.

SEGUNDO: Contra esta decisión procede el recurso extraordinario de casación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

(Firma electrónica)
GUERTHY ACEVEDO ROMERO
Magistrada Ponente

(Firma electrónica)
PLINIO MENDIETA PACHECO
Magistrado

(Firma electrónica)
RENÉ MOLINA CÁRDENAS
Magistrado

Firmado Por:

Guerty Acevedo Romero
Magistrada
Sala 004 Penal
Tribunal Superior De Medellín - 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: **2b9eca56f2a52d842f44b41d2e8e70e7f3438d11cf7e7576a78a01db3a81b511**

Documento generado en 17/11/2022 04:16:53 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 CUI	05154 61 08506 2013 80309
N. I.	2020-0211-3
DELITO	Acceso carnal violento
ACUSADO	Germán David Gutiérrez Trujillo
ASUNTO	Sentencia absolutoria
DECISIÓN	Confirma
LECTURA	17 de noviembre de 2022

Medellín (Ant.), nueve (09) de noviembre de dos mil veintidós (2022)
(Aprobado mediante Acta No. 309 de la fecha)

OBJETO DE DECISIÓN

La Sala resuelve el recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía y el apoderado de víctimas contra la sentencia proferida el 30 de enero de 2020, mediante la cual el Juzgado Penal del Circuito de Cauca Antioquia, absolvió a **Germán David Gutiérrez Trujillo** del delito de acceso carnal violento.

HECHOS

Fueron reseñados en la sentencia impugnada, así:

“Los hechos jurídicamente relevantes, se circunscriben al 26 de abril de 2013 en el municipio de Cauca Antioquia, cuando el señor GERMAN DAVID GUTIERREZ TRUJILLO, arribó a la discoteca "Bora Bora" donde se encontraba CANDELARIA CONTRERAS MACHADO departiendo con unos amigos y consumiendo licor, establecimiento del cual salió

aproximadamente a la 1:20 am, percatándose horas después que se encontraba en un sitio despoblado con el jeans sucio, determinándose posteriormente que fue accedida sexualmente tras hallarle fluido de semen en las partes íntimas y prendas de vestir”.

ACTUACIÓN PROCESAL

El 21 de junio de 2017 se formuló imputación al señor **Germán David Gutiérrez Trujillo** en calidad de autor del delito de acceso carnal violento. Se impuso medida de aseguramiento no privativa de la libertad.

La fase de conocimiento correspondió adelantarla al Juzgado Penal del Circuito de Cauca Antioquia. La acusación se formuló oralmente el 9 de noviembre de 2017.

La audiencia preparatoria se realizó el 22 de marzo de 2018. El juicio oral inició el 24 de octubre de 2018 y culminó el 1 de octubre de 2019 cuando se anunció el sentido del fallo absolutorio.

La lectura de la sentencia se hizo el 30 de enero de 2020.

FALLO IMPUGNADO

El Juez absolvió al procesado del cargo por el que fue llamado a juicio. Sostuvo que se demostró el elemento objetivo del tipo penal de acceso carnal. No obstante, no se probó la responsabilidad penal del acusado en el hecho juzgado.

La acusación se fundamentó en los testimonios de la víctima y de su hermano los cuales no resultan suficientes, el hecho de que acusado y víctima estuvieron juntos en el mismo lugar el día de los hechos no basta para afirmar el compromiso penal de **Germán David Gutiérrez Trujillo** en el delito acusado.

Adujo que la construcción de la escena criminal es confusa entre el momento en que la víctima consumió el último trago de licor y su traslado hacia el lugar despoblado en la vía Caucasia - Ayapel donde recobró sus sentidos. Aunque la víctima dijo en el juicio que recordaba parcialmente una discusión con **Germán** al interior de un vehículo, se trata de un hecho del que no informó a su hermano ni al profesional de la medicina que la valoró en horas posteriores al hecho, a quienes les manifestó que no recordaba nada de lo sucedido.

La rememoración que de los hechos realizó la víctima no fue espontánea. Por el contrario, surge de lo que le manifestó Camilo quien le contó que observó el momento en el cual ella se fue del establecimiento de comercio en compañía de Germán. Resalta que fue la madre de Camilo Quiroz la que le informó esta situación al hermano de la víctima. No obstante, la Fiscalía desistió del testimonio de Camilo Quiroz.

En esas condiciones, el testimonio de la víctima no es suficiente para establecer más allá de duda la responsabilidad penal del acusado. Los hechos narrados son producto de una construcción fundada en conjeturas a las cuales llegó su hermano Alfonso dadas las manifestaciones de Camilo.

Lo anterior, aunado a que el acusado fue encontrado en una finca ubicada donde presuntamente ocurrieron los hechos, no permite determinar que se ha configurado un indicio serio de responsabilidad, con mayor razón si se tiene en cuenta que el acusado es propietario de una parcelación en ese sector, lo que explica que estuviera en ese predio.

Por último, dijo que la Fiscalía no demostró la hora de llegada de Germán a la propiedad o si durmió allí con la finalidad de establecer concordancia con el momento de los hechos, se desconoce el momento en el cual

Candelaria abandonó la discoteca y con quien y en qué medio se desplazó.

Las falencias investigativas por parte de la Fiscalía no permiten proferir condena en contra del acusado.

Concluyó que la Fiscalía no cumplió con lo prometido al inicio del juicio, quedando dudas en la prueba que necesariamente deben resolverse a favor del acusado conforme al Inciso segundo del artículo 7 del C.P.P.

LA IMPUGNACIÓN

La Fiscalía¹ estimó que el Juez restó importancia al contexto en que se desarrollaron los hechos. La víctima -principal testigo de cargo- reconoció en el juicio a su agresor a quien siempre se refirió como el aquí presente, y aunque es cierto que la víctima dijo tener recuerdos parciales por haber consumido licor, ella misma aclaró en el conainterrogatorio que no es que no se acuerde de nada, sino que tiene vacíos.

La víctima refirió situaciones muy puntuales que solo pudo conocer de forma directa, esto es, no se trata de vivencias inducidas por terceros que no declararon en el juicio.

Si bien la víctima no sabe explicar cómo terminó en el carro con el acusado, siempre ha referido que cuando iba con él en el vehículo forcejearon porque trató de llamar a un familiar para avisar que este se la había llevado. En el forcejeo el acusado le arrebató el celular y lo lanzó por la ventana. Afirma que el hecho de que al momento de dar su relato inicial al médico y al hermano no hubiera hecho alusión a lo que ocurrió en el carro, no quiere decir que no ocurrió. “resulta lógico teniendo en cuenta la traumática experiencia que acababa de vivir”.

¹ Folios 83 al 87

El Juez acepta que el acusado tiene una finca en la zona, pero no estima que se trate de un indicio serio. Si bien la presencia del acusado en el lugar puede ser frecuente, la de la víctima no. Lo que explica su presencia en la madrugada afuera de la finca del procesado es que fue llevada allí por **Germán David Gutiérrez Trujillo** para tener un encuentro sexual que ella ni propició ni aceptó.

En fin, afirmó que la víctima hizo en el juicio un relato pormenorizado de la forma cómo fue violentada, y explicó cada una de sus lesiones las cuales quedaron referidas en el dictamen, situación que no mereció ningún señalamiento del Juez.

Concluyó manifestando que la prueba recaudada es suficiente para que el acusado sea condenado como autor de acceso carnal violento.

El apoderado de la víctima² presentó los mismos argumentos que la Fiscalía.

NO RECURRENTE

Dentro del término de ley, no hubo pronunciamiento.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Corresponde a la Sala decidir el recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía, de conformidad con el numeral primero del artículo 34 de la Ley 906 de 2004.

² Folios 88 y 89

Por virtud del principio de limitación inherente a los medios de impugnación, está restringida la Sala a la censura elevada y a los aspectos vinculados de manera inescindible.

Como son similares los argumentos de alzada presentados por la Fiscalía y el apoderado de la víctima, la Sala resolverá las apelaciones de manera conjunta.

Del conocimiento para condenar.

De acuerdo con la apelación, la acusación se fundamentó en el testimonio de la víctima respecto del cual se afirma es suficiente para que el acusado sea condenado como autor de acceso carnal violento.

No obstante, para la Sala el testimonio rendido por Candelaria Contreras Machado no alcanza a transmitir el conocimiento necesario y suficiente para demostrar más allá de duda la responsabilidad penal del acusado. Del interrogatorio cruzado que se le hizo a la víctima se logró extraer una versión incompleta respecto del contexto en el que inició y culminó la noche del 26 de abril de 2013, fecha para la cual Candelaria fue accedida carnalmente, sin que se tenga certeza que, en efecto, Germán David Gutiérrez Trujillo fue su agresor.

Aunque la víctima no narró el momento en el que fue accedida carnalmente, ese hecho fue demostrado en el juicio con el testimonio del médico sexólogo Humberto Gutiérrez³, cuya declaración no fue desacreditada por la defensa. Por lo tanto, la discusión se centró en establecer si el responsable de tal acceso carnal fue el acusado.

³ Sesión de juicio del 24 de octubre de 2018 a partir del minuto 00:22:00

Es cierto que la víctima reconoció en el juicio al acusado como su presunto agresor a quien se refirió como *“el aquí presente”*. Acerca de los hechos, dijo que *“no es que no recuerde nada, sino que tiene vacíos”*.

Candelaria contó⁴ que la noche del 26 de abril de 2013 se reunió con varias amigas. A las 9:30 p.m fueron a la discoteca Bora Bora Johana, Kelly, Catherine, Gleider y ella. Hablaron, tomaron aguardiente. Ella consumió licor, varios tragos. Recuerda que a las 12 de la noche llegó Camilo, la invitó a un trago y desde ahí su memoria se borró. Dijo la testigo *“tengo vacíos pero el día de hoy he recordado muchas cosas”*.

Lo único que narró Candelaria a partir de su conocimiento directo de los hechos -la víctima dijo que consumió bastante licor y tiene recuerdos parciales- es que tomó las llaves de su moto y le dijo a un primo de Kelly que se iba porque tenía que madrugar. Luego recuerda que iba en un carro, empieza a buscar su celular y *“el señor aquí presente me lo bota”* por la ventana del carro, que empezaron a discutir a pelear, llegaron a una finca donde la entrada es como de piedras, ella salió corriendo, en una de esas la chancla se revienta ella cae, se raspa la rodilla izquierda, empieza a manotear con él y pierde la conciencia, cuando reacciona sale corriendo como una loca, no sabe cuanto tiempo pasó luego se cayó y cuando se levantó estaba tirada como en un monte eran como las 4:00 a.m estaba lloviendo, se recostó como en especie de un muro a esperar que amaneciera porque no sabía donde estaba, a las 5 de la mañana cuando empezó a aclarar empezó a tocarse no notó que parte de su interior estaba por encima del short y el botón no estaba, simplemente se tocó.

Lo que relata posteriormente la víctima se relaciona con lo que pasó después de llegar a su casa, que fue llevada por su hermano al médico donde se enteró que su ropa interior estaba por fuera del short que llevaba

⁴ A partir del minuto 00:05:20 sesión de juicio del 12 de agosto de 2019

puesto y el pantalón rasgado y que la habían penetrado *“por delante y por detrás”*.

Sin embargo, Candelaria afirmó que no sabía explicar cómo terminó en el carro con el acusado. Una cosa quedó clara en el juicio, la víctima fue categórica en señalar que nunca antes de la fecha de los hechos había compartido con el acusado.

A pregunta realizada en el interrogatorio directo acerca de si en el establecimiento donde estaba la noche de los hechos recuerda si *“el señor estaba ahí”* ella contestó que no y luego agregó *“pues ahí al lado de nosotras había varios, él nunca nos dio la cara, siempre fue dando la espalda porque después de que pasó empezó a encajar fichas, tenía un pantalón negro, camiseta blanca y gorra negra pero nunca nos dio la cara”*.

De cualquier manera, lo que sí es relevante es que la testigo no compartió en ningún momento con el acusado al interior de la discoteca. Ella manifestó que las personas que la acompañaban ese día le dijeron que varias de ellas se fueron para el baño, cuando llegaron ella, Candelaria, no estaba, empezaron a buscarla y todo el mundo decía que se había montado en un carro. Camilo Quiroz manifestó en varias ocasiones que no se preocuparan porque ella estaba en buenas manos.

En el conainterrogatorio dijo que Germán no le dio trago, no recuerda si dentro de la discoteca se encontraba con Germán.

Según la víctima, fue Camilo el que dijo que ella se había ido con Germán para una finca por Ayapel, les dijo a los papás cuando fueron a buscarla donde él que no se preocuparan, que era una persona que tenía mucha plata y que no iba a pasar nada.

No obstante, aunque la Fiscalía pidió que se escuchara como testigo de cargo a Camilo Quiroz, desistió de ese testimonio sin explicar debidamente las razones de su proceder y aunque se trata de un acto de parte que ata al Juez, conllevó que su teoría del caso se debilitara.

De igual manera el ente acusador renunció a los testimonios de Kelly García, Katherine López y Orlando Villalba, personas que acompañaban a la víctima el día de los hechos. Orlando Villalba fue la persona que acompañó al hermano de Candelaria al día siguiente hasta la finca donde esta señaló fue accedida carnalmente por el acusado, y aunque podía corroborar ciertas circunstancias reveladas por la víctima y su hermano que eran de interés para el proceso, como el hallazgo de una prenda de vestir que presuntamente llevaba el acusado y se encontraba tirada en el pasto cerca de su finca, la Fiscalía desistió de su declaración.

El hermano de la víctima Alfonso Contreras Machado declaró en el juicio que fue a la finca que le describió su hermana con Orlando y encontraron en el pasto una gorra negra y se la dio al “*doctor en el hospital*” -no dijo a quien se refería-. Sin embargo, no se sabe el destino de esa gorra, aunque se trata de una evidencia de indiscutible relevancia para esclarecer los hechos, no se tiene noticia dentro del proceso si se realizó por parte de la Fiscalía algún acto investigativo tendiente a corroborar si esa prenda era del procesado y si en efecto la llevaba puesta el día de los hechos.

Esto es importante porque la víctima dijo que el acusado presuntamente tenía una gorra negra, sabe que la cachucha que encontró el hermano era de Germán porque era negra y era la que él tenía ese día, pero no se pudo corroborar, si la gorra encontrada cerca de la finca de su propiedad le pertenecía.

⁵ A partir del minuto 00:13:44 sesión de juicio del 24 de octubre de 2018.

Por otra parte, aunque Candelaria dijo que el hermano cuando fue a la finca vio a Germán arañado y agregó que ella siempre ha sido de uñas largas, esa situación no fue tema a tratar por la Fiscalía en el interrogatorio que le realizó al hermano de la víctima. No obstante, fue en el contrainterrogatorio que la defensa le preguntó al testigo por qué en declaración previa rendida ante la Fiscalía dijo que los arañazos en la cara del acusado no se los vio cuando fue a la finca -el testigo dijo que vio al acusado, pero en ese momento no sabía que era él- sino cuando aquel estaba en la Sijn.

Como testigo de descargo acudió Mónica Andrea Maso⁶ esposa del acusado. Manifestó que su compañero sentimental llegó a su casa el día de los hechos a eso de las 2:30 o 3:00 de la mañana, demasiado borracho y que no tenía ningún tipo de arañños ni manchas de sangre en su ropa. Valga la pena señalar que la Fiscalía no desacreditó la versión dada por la testigo en el interrogatorio cruzado.

La parte apelante hizo hincapié en que la víctima explicó cada una de sus lesiones las cuales quedaron referidas en el dictamen sexológico.

El médico sexólogo dijo que Candelaria llegó con vestigio de haber tenido agresiones, tenía escoriaciones en brazo y en rodilla. Candelaria manifestó que la lesión de la rodilla se la hizo al caer cuando estaba huyendo. No refirió nada sobre la lesión en el brazo.

La Sala no discute el hallazgo de esas lesiones, lo que no quedó claro es que se las haya ocasionado el procesado. La víctima dijo que no sabe si Germán la cogió a la fuerza.

⁶ A partir del minuto 00:51:35 sesión de juicio del 12 de agosto de 2019

Por último, critican los apelantes que el Juez no valoró como un *indicio serio (sic)* que si bien la presencia del acusado en la finca donde ocurrieron los hechos puede ser frecuente, la de la víctima no, por tanto lo que explica su presencia en la madrugada en las afueras de esa finca es que fue llevada allí por Germán David Gutiérrez Trujillo para tener un encuentro sexual que ella ni propició ni aceptó.

El acusado declaró en el juicio⁷ que para el 26 de abril de 2013 llevaba 3 días tomando trago con sus amigos Jhon Jairo y Maicol, estaba en Bora Bora, pero a él se le “borra el casete” con el trago no se acuerda de nada ni en qué momento salió de la discoteca, se encontraba muy borracho sentado con los amigos en la barra no conoció a nadie, nunca había llegado a ver a la víctima. Reconoció ser el propietario de la finca donde la víctima señaló haber sido accedida por él en el exterior.

No hay duda que el acusado estuvo en la misma discoteca donde estaba la víctima compartiendo con sus amigas el 26 de abril de 2013. No obstante, ni él ni ella recuerdan cómo ni con quién salieron de la discoteca esa noche. Aunado a ello, Candelaria no recuerda el momento en el que fue accedida carnalmente. Ella dijo que al llegar a la finca salió corriendo, cayó al piso, empezó a manotear con el acusado y es cuando pierde la conciencia, cuando reacciona sale corriendo como una loca, no sabe cuánto tiempo pasó.

Pese a que la víctima estaba en la discoteca en compañía de varios amigos, por desistimiento hecho por la Fiscalía, ninguno compareció al juicio para corroborar si entre ella y el acusado existió algún tipo de acercamiento o si salieron juntos de la discoteca.

⁷ A partir del minuto 01:02:36 sesión de juicio del 12 de agosto de 2019

La Fiscalía tampoco se ocupó de demostrar la hora de llegada de Germán a su propiedad, si durmió allí o no. Por el contrario, la esposa del acusado adujo que éste llegó a eso de las 2:30 o 3:00 de la madrugada. Ello, sumado a que tampoco se sabe la hora en la que Candelaria abandonó la discoteca ni con quien y en qué medio se fue.

En este caso, el testimonio dado por la víctima es insuficiente, con su sola versión no fue posible recrear cómo ocurrieron los hechos el día 26 de abril de 2013 pues su rememoración es débil y en varios episodios no da cuenta de lo percibido por ella, sino lo que le fue manifestado por Camilo Quiróz, a cuyo testimonio se reitera renunció el ente acusador.

Si bien un solo deponente de cargo puede perfectamente afianzar la certidumbre de una sentencia de condena dado que según el artículo 373 del Código de Procedimiento Penal, lo que es esencial y determinante es que proporcione credibilidad y certeza en virtud del rigor e imperioso de las reglas de la sana crítica⁸, para el presente asunto y dadas las falencias advertidas, era necesario que la información dada por Candelaria Contreras se corroborara con los testimonios de las personas que la acompañaban previo a ser accedida carnalmente, pero ello no ocurrió.

Siendo así, la falta de claridad y coherencia en el testimonio de la víctima, sumada a la evidente deficiencia probatoria auspiciada por la Fiscalía, genera duda en cuanto a la responsabilidad penal del acusado en el hecho juzgado que debe resolverse a su favor.

Por lo tanto, la Sala no tiene otro camino que confirmar la sentencia apelada.

⁸ CSJ, SP, 1 jul. 2017, rad. 46165.

Se resalta que la imposibilidad de proferir un fallo de condena se fundamenta en que la prueba practicada en el juicio no permite superar el estándar de conocimiento necesario con tal fin. Ello no implica que la conducta punible no haya existido, sino que la deficiencia probatoria que se presentó por el ente acusador, obliga resolver las dudas en favor del procesado con fundamento en el principio de in dubio pro reo consagrado en los artículos 7 y 381 de la Ley 906 de 2004.

En mérito de lo expuesto **LA SALA PENAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA**, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: **CONFIRMAR** la sentencia absolutoria de primera instancia objeto de apelación, con fundamento en el principio de in dubio pro reo.

SEGUNDO: Contra esta decisión procede el recurso extraordinario de casación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

(Firma electrónica)
GUERTHY ACEVEDO ROMERO
Magistrada Ponente

(Firma electrónica)
PLINIO MENDIETA PACHECO
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: **b270e5efeb7cbd76adadac33afb3db6b12232bf1cb41c2b1011732465c20415f**

Documento generado en 15/11/2022 03:49:38 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 CUI	11001 60 00000 2021 01449
N. I.	2022-1668-3
DELITO	Concierto para delinquir agravado y otro
ACUSADO	Elkin Augusto Cañas Henao y otros
ASUNTO	No modifica pena, niega sustituto y subrogado penal
DECISIÓN	Confirma
LECTURA	17 de noviembre de 2022

Medellín (Ant.), nueve (09) de noviembre de dos mil veintidós (2022)

(Aprobado mediante Acta No. 311 de la fecha)

OBJETO DE DECISIÓN

La Sala resuelve el recurso de apelación interpuesto por la defensa contra la sentencia proferida el 7 de octubre de 2022, mediante la cual el Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Antioquia condenó al señor **Elkin Augusto Cañas Henao** a la pena de 58 meses de prisión y le negó la prisión domiciliaria del artículo 38 B del C.P.

HECHOS

Se consignaron en la sentencia impugnada así:

“El 17/01/2019 en atención a indagación penal adelantada por la Fiscalía bajo radicado 11001 60 00 100 2019-00010 a través de información aportada por un funcionario del servicio diplomático de la embajada de Estados Unidos en Bogotá, dando cuenta de la existencia de una

organización criminal dedicada al tráfico de estupefacientes hacia ese país valiéndose del tráfico de migrantes.

Se logra establecer así, la existencia del grupo criminal denominado “EXODOS” dedicada al tráfico de migrantes en la modalidad de “coyotes” quienes facilitan el paso ilegal de migrantes de diferentes nacionalidades (cubanos, ecuatorianos, haitianos, nigerianos, entre otros) utilizando rutas desde Ecuador hacia el Urabá Antioqueño, donde finalmente se paga una remuneración económica a integrantes del Clan del Golfo para obtener aprobación y protección para salir hacia Panamá y países de centro américa para llegar finalmente a los Estados Unidos y Canadá, por lo que se cobraba entre 3000 y 5000 dólares por migrante, por lo que se estima que la organización criminal recaudaría alrededor de 7.500.000 USD.

Esta organización delictiva GDO viene desarrollando sus actividades al margen de la Ley, afectando LA SEGURIDAD PÚBLICA Y DELITOS CONTRA LA LIBERTAD INDIVIDUAL Y OTRAS GARANTIAS, ESPECIFICAMENTE LA AUTONOMIA PERSONAL, teniendo como fachada el albergue irregular en los distintos departamentos ya identificados, como son NARIÑO, VALLE DEL CAUCA, ANTIOQUIA y NORTE DE SANTANDER, logrando con ello un tránsito ilegal por el territorio nacional, que en ultimas busca la salida de personas del país, sin el cumplimiento de los requisitos legales, ello con el ánimo de lucrarse.

Hace referencia a la operatividad de la organización criminal y su respectiva coordinación desde diferentes ciudades como Ipiales, Cali, Medellín y el Urabá Antioqueño, refiriendo específicamente las labores realizadas en Medellín y el Urabá Antioqueño de los hoy acusados así:

“Ciudad de MEDELLÍN – ANTIOQUIA, como lo es el señor JOHNATAN ANDRES ZAPATA ZAPATA alias “JONATHAN” coordinador en la ciudad de Medellín este a su vez delega a los señores URIEL DE JESUS TAMAYO GALEANO alias “TAMAYO”, WILFER SUNCE REINOSO alias “WILFER”, JULIAN DAVID ZAPATA ZAPATA alias “JULIAN” para que recojan a los migrantes les den hospedaje, alimentación y realizar los trámites de salvoconducto ante migración, es de anotar que este salvoconducto solo tiene validez para que los migrantes regresen a su lugar de origen, pero se aprovechan para seguir la ruta migratoria al Urabá y si son requeridos por autoridades ampararse en el documento adquirido, de igual manera los señores SANDRO ALBERTO LAVAO alias “ELKIN” y ELKIN AUGUSTO CAÑAS HENAO alias “ELKIN CAÑAS” son transportadores de servicio público y en varias ocasiones son contactados para transportar a los migrantes en la ruta Medellín – Urabá, es así que obtenido los datos de la persona que va a transportar a los migrantes el señor JOHNATAN ANDRES ZAPATA ZAPATA le comunica al señor NEGUSSIE YOHANNES ELFNEH y este se comunica con los integrantes de la organización:

URABÁ ANTIOQUEÑO como lo es el señor REINEL FRANCISCO PALENCIA TORRES alias “JUNIOR O CHARLY” coordinador Urabá y Choco, quien recibe instrucciones del líder de la organización y este a su vez coordina con HENRY ORTIZ MACHUCA alias “BOLO” y YUBER YARLEY MOLINA PEREZ alias “YUBER” y estos se encargan de recoger a los migrantes darles alimentación, hospedaje, coordinar transporte marítimo, dotarlos de elementos y prepararlos para el paso de la selva del Darién, posteriormente entregarlos a los demás integrantes de la

organización en el país de Panamá para que sigan la ruta migratoria para así llegar a los Estados Unidos e ingresar de manera ilegal, de igual manera se logra evidenciar que esta organización delincuenciales tienen el control de los migrantes ya que se los estarían pasando en los diferentes departamentos.”

Prosigue ahondando acerca de la estructura organizacional de la referida organización criminal y su despliegue criminal por todo el territorio nacional. Hasta aquí lo relatado por el ente acusador como fundamentación fáctica (sic).

ACTUACIÓN PROCESAL

Del 16 al 19 de junio de 2021, se formuló imputación, entre otros, al señor **Elkin Augusto Cañas Henao**, como presunto autor de las conductas punibles de concierto para delinquir agravado y tráfico de migrantes.

La fase de conocimiento correspondió adelantarla al Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Antioquia. En audiencia del 18 de julio de 2022 la Fiscalía presentó los términos del preacuerdo al que llegó con los procesados¹. Consistió en que estos aceptaron su responsabilidad en los cargos imputados y a cambio se modificó la forma de participación en la conducta de autores a cómplices.

Para determinar la pena se partió del delito de concierto para delinquir agravado que tiene una pena de 8 a 18 años, con la degradación de la forma de intervención en la conducta punible, la pena se pactó en 48 meses de prisión. Por el concurso con el delito de tráfico de migrantes, se sumaron 10 meses de prisión para un total de 58 meses de pena de prisión a imponer.

Los defensores manifestaron que los anteriores fueron los términos del preacuerdo al que llegaron con la Fiscalía y sus defendidos².

¹ A partir del minuto 00:08:26

² A partir del minuto 00:57:35

El Juez verificó el preacuerdo y lo aprobó³. Les advirtió a los procesados que por expresa prohibición legal relacionada con la naturaleza de las conductas punibles imputadas, no tienen derecho a la libertad ni a la prisión domiciliaria.

Las partes no se opusieron a la aprobación del preacuerdo.

Inmediatamente se realizó el trámite previsto en el artículo 447 del C.P.P. La defensa de Elkin Augusto Cañas Henao⁴ pidió que se conceda a su representada la prisión domiciliaria del artículo 38 B del C.P.

DECISIÓN IMPUGNADA⁵

El Juez negó el sustituto de la prisión domiciliaria. Recordó que de conformidad con la modificación introducida por el art. 32 de la ley 1709 de 2014 en su inciso 2 al artículo 68 A, las conductas punibles de concierto para delinquir agravado y tráfico de migrantes están expresamente excluidas para la concesión del beneficio de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria.

LA IMPUGNACIÓN⁶

La Defensa de Elkin Augusto Cañas apeló la decisión con los siguientes argumentos:

³ A partir del minuto 00:58:40

⁴ A partir del minuto 01:30:36

⁵ PDF Preacuerdo 2021 01449

⁶ PDF Sustentación apelación 1100016000000202101449 Elkin Augusto Cañas Henao

- 1- El Juez desconoció los términos del preacuerdo en cuanto a que su representado aceptó los cargos imputados no como autor sino como cómplice.
- 2- En ese sentido, debe aplicarse la disminución punitiva contemplada en el artículo 30 del C.P., es decir, debe realizarse una rebaja punitiva de una cuarta parte.
- 3- No aplicar el descuento punitivo previsto para el cómplice, resulta violatorio del principio de tipicidad. No podría optarse por la pena establecida para el autor cuando lo preacordado fue aplicar la complicidad la cual disminuye las penas.
- 4- En la tasación de la pena solo se tuvo en cuenta la rebaja del 50% por sentencia anticipada (Art. 351 C.P. P).
- 5- Citó la sentencia Rad. 46.101 de la CSJ donde se dijo que *“cuando el implicado acepta su responsabilidad a cambio de que la Fiscalía degrade a cómplice la forma de concurrencia en la conducta punible, al juzgador le corresponde, además de condenarlo a ese título, examinar la pena sustitutiva de prisión intramural conforme a los extremos punitivos, mínimo y máximo, previstos para el cómplice”*.
- 6- Agregó que su asistido no tiene antecedentes penales, durante el proceso mostró arraigo familiar y las circunstancias de tiempo, modo y lugar de la comisión del delito demuestran que no representa peligro para la sociedad. Al momento de la conducta punible, se desempeñaba en la conducción de vehículo de servicio público.
- 7- Concluyó afirmando que si se hace la variación de la pena aplicando la rebaja para el cómplice, su defendido podría acceder a la suspensión condicional de la ejecución de la pena o a la prisión domiciliaria, pues la pena a imponer sería inferior a los 4 años de prisión.

Su pretensión es que se modifique la pena impuesta concediéndose la rebaja de una cuarta parte por el reconocimiento de la complicidad y

que se conceda al condenado la suspensión condicional de la ejecución de la pena o, en su defecto, la prisión domiciliaria.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Según el artículo 33 numeral 1 de la Ley 906 de 2004, la Sala es competente para desatar la alzada, limitada al estudio de los argumentos de inconformidad expuestos por el apelante y de aquellos que estén ligados de manera inescindible a ellos.

La Sala expondrá las razones por las cuales las solicitudes realizadas por el apelante en cuanto a la modificación de la pena impuesta vía preacuerdo y la concesión de la prisión domiciliaria del artículo 38 B, no están llamadas a prosperar, motivo por el que la decisión recurrida será confirmada.

1. En cuanto a la modificación de la pena.

Al exponer los términos del preacuerdo, la Fiscalía manifestó que con la degradación de la forma de intervención en la conducta punible, la pena se pactó en 48 meses de prisión. Por el concurso con el delito de tráfico de migrantes, se sumaron 10 meses de prisión para un total de 58 meses de pena de prisión a imponer.

Los defensores manifestaron que esos fueron los términos del preacuerdo al que llegaron con la Fiscalía y sus defendidos y no se opusieron a su aprobación.

No obstante, en sede de apelación de la sentencia, la defensa de Elkin Augusto Cañas Henao pretende que la pena pactada sea modificada. Esa solicitud realizada por la defensa con posterioridad, constituye una retractación prohibida en tema de preacuerdos.

En relación con este asunto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha dicho lo siguiente⁷:

“Como lo ha indicado la Corte en reiterados pronunciamientos, la aceptación de cargos, como una modalidad de terminación anticipada del proceso, obedece a una política criminal cifrada en el objetivo de lograr eficacia y eficiencia en la administración de justicia, con miras a que el imputado o acusado, según el caso, resulte beneficiado con una sustancial rebaja en la pena que habría de imponérsele si el fallo se profiere como culminación del juicio oral, de una parte y, de otra, que el Estado ahorre esfuerzos y recursos en su investigación y juzgamiento.

En tales condiciones, dentro del marco del principio de lealtad que las partes deben acatar, por surgir la aceptación de cargos de un acto unilateral del imputado o acusado o, de un comportamiento pactado o acordado con el fiscal, no hay lugar a controvertir con posterioridad la misma respecto de la existencia de la conducta punible, así como tampoco la responsabilidad del procesado. Es decir, cuando el juez de control de garantías o el de conocimiento acepta el allanamiento o aprueba el acuerdo, en la medida en que colige que el mismo fue un acto oral, voluntario, libre, espontáneo, informado y asistido, surge en el procesado la improcedencia de retractarse de lo que ha admitido. En consecuencia, resulta incompatible con el principio de lealtad toda impugnación que busque deshacer los efectos de la aceptación de la responsabilidad.”

En la sentencia con radicado 25389 del 10 de mayo de 2006, manifestó la Corte:

*“El preacuerdo, para hacer referencia únicamente a la situación planteada en la demanda, tiene como objeto fijar “los términos de la imputación” (artículo 350 ídem), lo cual implica la admisibilidad por parte del imputado, en forma libre, consciente, espontánea y voluntaria, de situaciones que, además de gozar de amparo legal y constitucional, cuentan con un mínimo de respaldo probatorio, por lo que el acuerdo debe determinar sin duda alguna la imputación fáctica y jurídica por la que se ha de proferir condena. En consecuencia, deben ser objeto de convenio, habida consideración de los elementos de prueba y evidencias recaudadas, entre otros aspectos, el grado de participación, la lesión no justificada a un bien jurídico tutelado, una específica modalidad delictiva respecto de la conducta ejecutada, su forma de culpabilidad **y las situaciones que para el caso den lugar a una pena menor**, la sanción a imponer, los excesos en las causales de ausencia de responsabilidad a que se refieren los numerales 3, 4, 5, 6 y 7 del artículo 32 del C.P, los errores a que se refieren los numerales 10 y 12 de la citada disposición, las circunstancias de marginalidad, ignorancia o pobreza extremas (artículo 56), la ira o intenso dolor (artículo 57), la comunicabilidad de circunstancias (artículo 62), la eliminación de casuales genéricas o específicas de agravación y conductas posdelictuales con*

⁷ Radicado 32.032 del 14 de septiembre de 2009. M.P. Jorge Luis Quintero Milanés.

incidencia en los extremos punitivos, pues todas estas situaciones conllevan circunstancias de modo, tiempo y lugar que demarcan los hechos por los cuales se atribuye jurídicamente responsabilidad penal y por ende fijan para el procesado la imputación fáctica y jurídica.

2.3. De esta forma, y en virtud de las características y requisitos que establece la Ley 906 de 2004, para el derecho premial por la vía de los preacuerdos, una vez aprobado éste, resulta inmodificable, si se respetaron las garantías constitucionales y los derechos fundamentales en la actuación.

*La prohibición de la retractación implica la imposibilidad de controvertir la aceptación, los términos y alcances de la imputación, para negar o modificar la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad que fue objeto del preacuerdo o trocar las circunstancias convenidas sobre tales elementos, sin que haya existido ilegalidad en la calificación jurídica de los hechos admitidos, todo con el fin de buscar beneficios que no fueron materia del preacuerdo y que por ende tampoco condicionaron al consentimiento que condujo a la terminación anticipada del proceso, **como el aducir en la audiencia de individualización de la pena cualquiera de las situaciones a que se hizo alusión en el número 2.2., para efectos penales, pues son ajenas al compromiso adquirido por el fiscal y el imputado.**"
*Negrillas de esta Sala.**

Siendo así, no es procedente la retractación que pretende la defensa, respecto del monto de la pena pactada vía preacuerdo.

2. Procedencia de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria del artículo 38 B del C.P.

Aun si se modificara la pena impuesta vía preacuerdo, hay una razón de orden legal que impide reconocer al sentenciado la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria.

El artículo 68 A del C.P. dispone lo siguiente:

“No se concederán; la suspensión condicional de la ejecución de la pena; la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión; ni habrá lugar a ningún otro beneficio, judicial o administrativo, salvo los beneficios por colaboración regulados por la ley, siempre que esta sea efectiva, cuando la persona haya sido condenada por delito doloso dentro de los cinco (5) años anteriores.

Tampoco quienes hayan sido condenados por (...) concierto para delinquir agravado; (...); tráfico de migrantes (...)”.

Elkin Augusto Cañas Henao aceptó su responsabilidad en las conductas punibles de concierto para delinquir agravado y tráfico de migrantes, de modo que por expresa prohibición legal no es procedente reconocerle la suspensión condicional de la ejecución de la pena ni la prisión domiciliaria.

Se resalta que el Juez, previo a la aprobación del preacuerdo les informó a los procesados que por expresa prohibición legal relacionada con la naturaleza de las conductas punibles imputadas, no tienen derecho a la libertad ni a la prisión domiciliaria.

En consecuencia, la Sala confirmará la sentencia de primera instancia en lo que fue objeto de apelación.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de naturaleza, fecha y origen, en lo que fue objeto de apelación, acorde con lo expuesto en precedencia.

SEGUNDO: NOTIFÍQUESE a las partes, significándoles que contra la presente procede el recurso extraordinario de casación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

(Firma electrónica)
GUERTHY ACEVEDO ROMERO
Magistrada Ponente

(Firma electrónica)
PLINIO MENDIETA PACHECO
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: **b5e503ac0c9c212b64cbe6ce74ccb80fd7543fe8ed1e520bba868bd01e7f2ae3**

Documento generado en 15/11/2022 03:49:47 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, cuatro (04) de noviembre de dos mil veintidós (2022)

Proyecto discutido y aprobado en sesión de la fecha, Acta 241

PROCESO: 05 697 60 00280 2019 80008 (2021 1399)

DELITO: HURTO AGRAVADO

ACUSADO: JUAN DAVID QUINTERO JIMÉNEZ

PROVIDENCIA: SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

La Sala procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por la defensa del procesado en contra de la sentencia proferida el 12 de agosto de 2021, por el Juzgado Promiscuo Municipal de Granada (Antioquia), mediante la cual CONDENÓ al señor JUAN DAVID QUINTERO JIMÉNEZ, al hallarlo responsable del delito de HURTO AGRAVADO.

ANTECEDENTES

Se dice en las diligencias que el 18 de marzo de 2019 el señor JUAN DAVID QUINTERO JIMÉNEZ fue capturado en las instalaciones del supermercado D1 ubicado en la plaza principal del municipio de El Santuario (Antioquia) porque trató de apoderarse de 8 bolsas de camarones marca Captai Ay y 4 paquetes de Nuggets, todo valorado en \$153.800.00.

Las audiencias preliminares fueron celebradas el 19 de marzo de 2019 ante el Juez Promiscuo Municipal de El Santuario (Antioquia).

El proceso pasó al Juzgado Promiscuo Municipal de Granada (Antioquia) en donde el 12 de agosto de 2021 se dictó sentencia condenatoria.

LA DECISIÓN OBJETO DE ALZADA

El A quo encontró demostrada la materialidad de la conducta y la responsabilidad del acusado con el material probatorio que fue practicado en el juicio oral.

Sostuvo que no tenía ninguna incidencia sobre la tipicidad y antijuridicidad de la conducta, el hecho de que el actor fuera sorprendido por las cámaras de seguridad y tampoco detalles como que los vigilantes estuvieran avisados en contra de Juan David, quien tenía comportamientos de esta clase de manera recurrente, pues la escena tuvo lugar cuando verifican que el procesado alcanzó los Nuggets y los camarones y en la zona de empaques supera la caja registradora y no los paga. Que lo tuvieran identificado y que de él se hablara algo no tiene relevancia.

Se pregunta quién sabe cuántas veces habrá ingresado con ese propósito y de ellas cuántas veces habrá logrado su cometido.

Si bien los artículos para la venta estaban bajo la custodia de los encargados de vigilar, ello no obsta para demeritar esta tarea, bajo el pretexto de que las razones ajenas a la voluntad del agente no tienen la posibilidad de enervar la tentativa, porque en verdad estaba vigilado aquél y los artículos del almacén. En estos almacenes hay vigilantes, hay mecanismos de seguridad, justamente para luchar contra las mañas de los inescrupulosos que en verdad en muchos casos logran su cometido.

LA IMPUGNACIÓN

La señora defensora del procesado, inconforme con la decisión, interpuso y sustentó oportunamente el recurso de apelación.

Sus argumentos pueden sintetizarse de la siguiente forma:

- No se acreditó la existencia de los objetos hurtados. Si bien en el sistema penal no hay tarifa legal, no significa que se pueda acreditar de cualquier manera, es decir con los dichos de los testigos, quienes por lo demás no fueron unánimes al indicar la cantidad, marca entre otras cosas para determinarlos. No hay acta de incautación, ni destrucción, no fue por tanto probada la existencia.

- La Fiscalía no se ocupó de acreditar la antijuridicidad material de la conducta, esto es que se hubiese lesionado o puesto en peligro el patrimonio económico de Tiendas D1, no existiendo en consecuencias el punible como tal.

- La tentativa fue inidónea, en el entendido en que nunca, ni siquiera en el grado tentado se puso en peligro el patrimonio de Tiendas D1. Cómo quedó demostrado con el conainterrogatorio realizado a la testigo Jazmín Zuluaga, hubo seguimiento a través de las cámaras de seguridad desde el momento en que el procesado ingresó a la tienda, dato que fue reconocido por los trabajadores del establecimiento. Lo que significa que siempre estuvo vigilado, que los bienes objeto del punible, en consecuencia, nunca estuvieron por fuera de la esfera de protección del dueño, pues estando prevenidos y los bienes vigilados, la conducta no puso en peligro el patrimonio de la tienda.

- Solicita se haga prevalecer la presunción de inocencia que cobija al sentenciado.

CONSIDERACIONES

El problema jurídico presentado en esta oportunidad a la Sala se limita a determinar si existe o no prueba que conduzca a un conocimiento más allá de toda duda sobre la materialidad de la conducta endilgada al procesado, especialmente en cuanto a la acreditación de la existencia de los objetos hurtados y la idoneidad de los actos realizados para la consumación del delito.

Para el A quo, la existencia de los elementos objeto de la ilicitud podía demostrarse con los testimonios de los vigilantes del almacén agraviado y no tiene incidencia alguna que el personal de dicho establecimiento estuviese avisado sobre el señor Juan David y le hiciera seguimiento por las cámaras, pues el hecho es que pasó las cajas de pago sin cancelar bienes de la tienda.

Con el fin de adoptar una determinación, la Sala escuchó atentamente lo ocurrido en el debate público y pudo establecer que al recurrente le asiste razón en lo que tiene que ver con la falta de idoneidad de la conducta desplegada por el acusado para lograr su cometido. Es que si el propósito de cometer un determinado delito no se traduce en actos que tengan la potencialidad suficiente para la obtención del resultado propuesto, no es posible hablar de tentativa frente al explícito texto del artículo 27 del C. P.

Frente al tema de la idoneidad de los actos para estructurar el tipo atenuado de la tentativa, la Honorable Corte Suprema de Justicia, en

Sala de Casación Penal, decisión del 10 de junio de 2020, M.P. Dr. José Francisco Acuña Vizcaya, ha enseñado:

2.3.1 La tentativa es un instituto amplificador del tipo penal que permite anticipar las barreras de protección del derecho punitivo criminal a conductas que, por circunstancias ajenas a la voluntad del agente, no alcanzan a producir el resultado típico previsto en las respectivas normas penales sustantivas. En el orden jurídico colombiano (y en lo que resulta pertinente para los actuales fines, es decir, con abstracción de la denominada tentativa desistida, sobre la cual nada resulta pertinente considerar ahora) aparece consagrada en el artículo 27 del Código Penal:

«El que iniciare la ejecución de una conducta punible mediante actos idóneos e inequívocamente dirigidos a su consumación, y ésta no se produjere por circunstancias ajenas a su voluntad, incurrirá en pena no menor de la mitad del mínimo ni mayor de las tres cuartas partes del máximo de la señalada para la conducta punible consumada».

De acuerdo con ese precepto, el delito tentado se configura cuando el agente (i) *inicia la ejecución* de una conducta punible (ii) mediante actos *idóneos e inequívocamente* dirigidos a su consumación, (iii) pero por circunstancias ajenas a su voluntad no logra su realización.

(i) La exigencia de que el actor *inicie la ejecución* del delito sustrae de la órbita del derecho penal aquellos fenómenos subjetivos que no tienen manifestación alguna en la realidad (la ideación del ilícito) como también los actos preparativos de la conducta punible, los cuales, aunque sí trascienden al mundo material, están aún, en un curso causal hipotético, muy lejanos de la amenaza o lesión del bien jurídico como para suscitar respuesta alguna del derecho penal (desde luego, salvo que constituyan, en sí mismos, un comportamiento penado autónomo).

La distinción entre los actos preparativos y los de ejecución puede resultar, en algunos casos, problemática, tanto en el campo teórico como en la práctica judicial. De ahí que la doctrina especializada haya propuesto distintas metodologías y construcciones conceptuales orientadas a lograr la disociación satisfactoria de unos y otros, verbigracia, la solución objetivo-formal y las teorías de la peligrosidad y la acción intermedia, entre otras.

La Sala, de tiempo atrás, ha optado por aplicar un criterio mixto, que atiende, por una parte, al examen de la adecuación social de los actos realizados por el actor para amenazar el bien jurídico tutelado y, por otra, a su plan criminal (con la admitida dificultad de que éste no siempre puede conocerse o inferirse a partir de la información recabada en el proceso):

«... es a partir de la ponderación del plan del autor y de los actos socialmente adecuados para poner en peligro el bien jurídico, que se impone analizar en cada caso concreto si se está en presencia de actos preparatorios o ejecutivos y, con ello, constatar si se presenta o no la figura de la tentativa como dispositivo amplificador del tipo».

(ii) Para que la tentativa se configure, los actos realizados por el sujeto activo, además de implicar verdadera ejecución del delito pretendido y no su simple preparación, deben ser *idóneos* para lograr su consumación y estar *inequívocamente dirigidos* a ese fin.

(a) Lo primero - la verificación de que los actos desplegados por el actor son idóneos para lograr la consumación del delito - es una condición que se deriva de las lógicas subyacentes a un derecho penal orientado a la protección de bienes jurídicos. Por ello, su relevancia variará si al sistema de represión criminal del Estado se la atribuyen finalidades diversas, como la garantía de la vigencia de las normas.

Esta comprobación es de naturaleza objetiva (entendida la expresión no en términos literales, sino como *intersubjetividad* que trasciende al agente) y se sustenta en la apreciación que, con apoyo en las máximas de la experiencia (y las reglas de la ciencia, en cuanto resulten relevantes), se haga del peligro que para el bien jurídico conlleva el comportamiento. Así, a efectos de discernir si los actos son o no idóneos para lograr la consumación del delito, resulta necesario examinar los presupuestos fácticos de su ejecución con atención a las circunstancias modales que los rodean y establecer si, en un curso causal *ordinario*, tenían la aptitud de provocar el resultado típico que define la infracción consumada.

La no idoneidad de los actos ejecutivos puede ser *relativa* o *absoluta*, según se les repute tales por razón de las circunstancias de modo en que se producen o con independencia de ellas.

Por ejemplo, será *relativamente inidóneo* para matar el acto de quien dispara con una pistola de balines a una persona que se desplaza en un vehículo blindado, en tanto la experiencia enseña que dicho comportamiento, en esas específicas circunstancias, carece de la entidad para provocar la muerte del segundo. Es posible, sin embargo, que en otras condiciones modales (por ejemplo, si con idéntica arma le dispara directamente en un ojo) la valoración sea diferente.

En cambio, si los actos desplegados por el sujeto activo son *siempre*, con abstracción de las circunstancias modales del caso concreto, incapaces de producir el resultado pretendido (como sucede, según la recurrente hipótesis académica, cuando se pretende derrumbar un avión en vuelo con una flecha o, más aún, con rezos o invocaciones) habrá de concluirse que aquellos son *absolutamente inidóneos*.

No sobra anotar, en particular de cara a la controversia puntual que formula la demandante, que el estudio de idoneidad de los actos debe realizarse desde una perspectiva anterior a su ejecución – *ex ante* – y

no posterior. La razón es evidente: con apoyo en una valoración *ex post*, toda tentativa *concreta* habrá de reputarse inidónea, pues de no serlo, habría culminado con la consumación del delito pretendido.

(b) La exigencia de que los actos realizados por el agente estén *inequívocamente dirigidos* a lograr la consumación del delito, en cambio, alude a su órbita subjetiva, tanto volitiva como cognoscitiva. Se trata, entonces, de la constatación -directa o inferencial – de que lo pretendido por aquél al iniciar su ejecución era justamente lograr la producción del resultado típico.

(...)

(iii) Finalmente, la tentativa reclama que el resultado típico pretendido por el sujeto activo no se configure «*por circunstancias ajenas a su voluntad*», por ejemplo, por la intervención obstructiva de un tercero o circunstancias fortuitas. Si lo que impide la efectiva consumación del delito es la voluntad del agente, el curso causal carecerá de relevancia penal a menos que, en su desarrollo, haya incurrido en comportamientos revestidos de tipicidad autónoma.

Con la prueba practicada, fácilmente se puede concluir que, en el presente caso, miradas las cosas desde una perspectiva anterior a la ejecución de la conducta reprochada al señor Juan David Quintero, los actos por él realizados conforme con su plan criminal, resultan relativamente inidóneos, examinados los presupuestos fácticos de su ejecución y con atención de las circunstancias modales que rodearon la conducta.

La señora Yazmín Zuluaga Hernández, empleada de las Tiendas D1 afectada, en su declaración en el juicio oral señaló:

“El 18 de marzo cerca a las 4:50 ingresa un cliente a la tienda D1 anteriormente el día 14 una de las clientes nos dice que en la plaza de mercado un joven estaba vendiendo pechugas de D1 muy baratas que ella creía que él se las estaba robando, con las especificaciones que nos dio la señora pues nosotros procedimos a verificar en cámara para obtener un perfil del ladrón o de la persona que los hurtó. El 18 de marzo el joven ingresa a la tienda al validar por cámaras efectivamente que era él, procedimos como a guiarnos por las cámaras a ver el joven que hacía, al ver que el joven cogió las pechugas y unos camarones y los

ingresó a una bolsa esperamos si él al llegar al puesto de pago los pagaba, pero como no lo hizo procedimos pues a llamar a las autoridades o a la policía (...) porque al ingresar a la tienda nosotros ya teníamos el perfil identificado o la cara pues del joven por medio de las cámaras, que hicimos, hacerle seguimiento a ver si en realidad iba a volver hurtar (...) Porque el pasó por el puesto de pago sin cancelarlos al preguntarle que donde tenía la factura él nos manifiesta que los compró en el municipio de Rionegro yo le dije que si era tan amable y me regalaba la factura y me dijo que no que sí que él los había hurtado”.

Igualmente, el empleado Stivent Alejandro Castrillón Quiceno explicó:

“Me puse a mirar cámaras que novedad había encontré que el señor presente había tomado unas pechugas del establecimiento y se las había llevado sin pagarlas por ende ya habíamos identificado a la persona entonces estábamos pendientes de cuando él ingresara otra vez, el 18 de marzo identificamos al individuo dentro de la tienda, entonces le hicimos seguimiento para ver si iba a hacer otro hurto, ese día el cogió unos productos de la tienda específicamente unos camarones y unos Nuggets se acercó a la caja registradora los empacó en una bolsa y en la caja registradora solo pagó un paquete de pan, en la zona de empaque un compañero lo aborda le dice que si le puede verificar la bolsa él nos hace conocer que esos productos los había comprado en un establecimiento de Rionegro yo en ese momento me acerqué y le dije que para poder verificar eso tenía que revisar las cámaras entonces él me dice que no que esos productos los había tomado de la tienda”

Salta a la vista que el señor Juan David Quintero Jiménez ya había sido individualizado antes de ingresar al almacén y los empleados de éste estaban alertas a su llegada por lo cual inmediatamente ingresó fue objeto de un seguimiento estricto para determinar qué iba a realizar en esa ocasión. Igualmente, quedó claro que el único acto de ejecución del plan criminal dirigido al apoderamiento de los bienes de la tienda D1 fue pasar por la caja y no cancelar esos objetos, lo cual fue también percibido por los vigilantes, quienes inmediatamente actuaron y sin que el señor Juan David Quintero Jiménez realizara

nada más para lograr su cometido. Inmediatamente se le requirió, después de dar alguna explicación pueril, aceptó que no había pagado esos bienes que había tomado de los estantes del establecimiento.

Sin necesidad de mucho esfuerzo, se puede afirmar que los actos realizados por el acusado no alcanzaron a poner en peligro el bien jurídico tutelado, dadas las circunstancias que rodearon los hechos, esto es, que ya había sido individualizado, los empleados estaban alertados, observaron su ingreso y le hicieron un seguimiento estricto, actuando inmediatamente después de ver que no pagó los bienes, y sin que el agente realizara algún otro acto, como intentar evadir, correr, engañar u otro que le diera alguna posibilidad razonable de lograr su cometido.

En consecuencia, se revocará la sentencia condenatoria y en su lugar se absolverá al señor JUAN DAVID QUINTERO JIMÉNEZ, por tratarse de una tentativa inidónea que no es punible.

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: REVOCAR la sentencia de fecha, naturaleza y origen atrás indicados.

SEGUNDO: En su lugar, **ABSOLVER** al señor JUAN DAVID QUINTERO JIMÉNEZ quien fuera acusado por el delito de TENTATIVA DE HURTO AGRAVADO.

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

CÓPIESE, CÚMPLASE Y DEVUÉLVASE

EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA
Magistrado

NANCY ÁVILA DE MIRANDA
Magistrada

GUERTHY ACEVEDO ROMERO
Magistrada

Firmado Por:

Edilberto Antonio Arenas Correa
Magistrado
Sala 001 Penal

Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

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

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

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

Código de verificación: **6b334d9f806f043e8542e63ef94d9b44d571e60400e097452870b3c23d780b74**

Documento generado en 08/11/2022 04:12:42 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 noviembre de dos mil veintidós (2022)
Proyecto discutido y aprobado en sesión de la fecha, Acta 242

PROCESO: 05 837 60 00367 2013 00278 (2021 0205)
DELITO: ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR
ACUSADO: MARIO OCARIS SÁNCHEZ GARCÍA
PROVIDENCIA: SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

La Sala procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por la defensa del procesado en contra de la sentencia proferida el 07 de diciembre de 2020, por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Turbo (Antioquia), mediante la cual CONDENÓ al señor MARIO OCARIS SÁNCHEZ GARCÍA, al hallarlo responsable del delito de ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE CATORCE AÑOS.

ANTECEDENTES

Se dice en las diligencias que el 13 de agosto de 2013 en el corregimiento Pueblo Bello del municipio de Turbo (Antioquia) en su residencia, el señor MARIO OCARIS SÁNCHEZ GARCÍA abusó sexualmente de la menor CISH hija de su compañera y reconocida por éste como hija. La accedió carnalmente introduciéndole su pene por el ano y sus dedos por la vagina, lo cual se hizo en repetidas ocasiones.

Por estos hechos, el 29 de octubre de 2019 fueron celebradas las audiencias de legalización de captura, formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento.

El proceso pasó al Juzgado Primero Penal del Circuito de Turbo (Antioquia) en donde el 23 de enero de 2020 la Fiscalía formuló la acusación. La audiencia preparatoria tuvo lugar el 4 de marzo de 2020 y el juicio oral se desarrolló los días 21 de abril, 17 de julio, 12 y 31 de agosto, 14 y 26 de octubre, 3 y 10 de noviembre de 2020. La sentencia condenatoria fue leída el 7 de diciembre de 2020.

LA DECISIÓN OBJETO DE ALZADA

El A quo manifestó que analizada la prueba pudo concluir que la Fiscalía alcanzó a demostrar la ocurrencia de los hechos y la responsabilidad del acusado, pese a las diversas manifestaciones de retractación por parte de la víctima en el juicio.

Tuvo en cuenta el dictamen médico legal practicado el 20 de agosto de 2013, en donde se encontró que la menor presentaba desgarro antiguo pero que su evolución no superaba los 10 días.

El juzgador no dio credibilidad a la retractación de la menor, porque en el juicio guardaba silencio por tiempo prolongado, respondía en tono bajo, con actitudes que denotaban inseguridad y evasión de respuestas, empleando la misma tesis de su abuelo, esto es perder la memoria.

Consideró que tanto el abuelo como la menor presentaron igual comportamiento ante el estrado, fundado en la necesidad de la presencia del señor Mario en el hogar, ante las precarias condiciones que se encuentran los hermanos menores de la víctima, pues el proveedor del hogar era el procesado. Allí encuentra explicación a los constantes olvidos en aspectos relevantes. Además, para el momento de los hechos indicó no haber tenido encuentros de ningún tipo de carácter sexual y en sus manifestaciones iniciales dio a conocer que su padrastro la penetró en su ano con el pene y le introdujo los dedos en la vagina, lo que corroboró el médico legista al hallar un desgarró en el himen.

Igualmente, se refirió al dictamen de la sicóloga, quien encontró a la menor sin ninguna alteración y con buena memoria, por lo que pierde fuerza las expresiones de olvido de la víctima.

LA IMPUGNACIÓN

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

Sus argumentos pueden sintetizarse de la siguiente forma:

1. La Juez fundamenta la sentencia en la anamnesis que aparece rendida por la víctima CISH en el reconocimiento médico legal y en la entrevista psicológica. Desconoce toda la línea jurisprudencial sobre las declaraciones anteriores y con base en ello trae a colación la

sentencia de la Honorable Corte Suprema de Justicia con radicado 26128 del 11 de abril de 2007 M.P. Jorge Luis Quintero Milanés.

2. Toda la argumentación dada por el A quo en relación con las declaraciones anteriores dadas por la menor CISH para edificar la sentencia condenatoria no se ajustan a la legalidad, ni a toda la línea jurisprudencial, por tanto, no podían ser valoradas por el Juez.

3. La Fiscalía no solicitó la declaración anterior como prueba de referencia, tampoco cumplió con los requisitos de la prueba de referencia, mucho menos se le dio traslado a la defensa para que tuviera la posibilidad de oponerse a esa incorporación y el Juez tampoco señaló que dicha declaración se admitía como prueba de referencia.

4. En el juicio oral la Fiscalía en algunos momentos hablaba de refrescar memoria, en otros momentos hablaba de impugnar credibilidad, en otros momentos hablaba de utilizar el testimonio adjunto y también hablaba de la prueba de referencia. En ningún momento dijo con claridad que figura iba a utilizar, tampoco señaló que requisito aducía, como tampoco desarrolló dichos requisitos y, por último, tampoco pidió que dicha entrevista se tuviera en cuenta como impugnación de credibilidad, como documento o testimonio adjunto o como prueba de referencia. Por tanto, la judicatura no podía valorar dicha declaración anterior.

5. De acuerdo con la jurisprudencia aun cuando una declaración anterior se lea en el juicio, la información contenida en ella, no puede tomarse como una prueba por no haber sido practicada con sujeción al contrainterrogatorio de las partes y ésta no es una prueba autónoma e independiente, sino que busca debilitar la credibilidad de las

afirmaciones del testigo. Luego de la lectura que se haga de una declaración anterior, la parte que impugna la credibilidad del testigo debe hacer el interrogatorio, para que dicho testigo explique la diferencia o contradicción que se observa con lo dicho en el juicio oral, cosa que no ocurrió en este proceso y, por consiguiente, no habilitó a la defensa para conainterrogar en relación a la incriminación que se hizo en esa declaración anterior. En ningún momento el fiscal hizo uso de la impugnación de credibilidad, ni de la figura del testimonio adjunto. Lo único que hizo fue ponerle de presente la entrevista y la presunta víctima fue enfática siempre en señalar que esos hechos no habían ocurrido. Luego que se produce la lectura, el señor fiscal no cumple su labor de interrogar sobre los apartes incriminatorios de esa entrevista o de esa declaración anterior. Se requiere además que la parte exteriorice una solicitud en ese sentido y frente a tal postulación se profiera una decisión favorable del juez de conocimiento.

6. En el juicio oral no compareció el médico que realizó el dictamen sino otro galeno quien dijo que el doctor Carlos Oquendo se equivocó al decir que el desgarro era antiguo, pretendiendo entonces en el juicio realizar otro dictamen. El médico no dio explicaciones científicas en este caso, habiéndose hecho un reconocimiento médico legal vigente y descubierto, en el cual se señala que hay un desgarro antiguo y que conlleva a una evolución superior a los 10 días. La única explicación que dio es que no todas las personas cicatrizan igual, pero esto no tiene ninguna fundamentación legal. En cuanto al ano de la joven, el doctor Oquendo no le encontró ninguna fisura, ninguna escoriación, ni edema, de lo cual se pudiera concluir una lesión, pero si encontró el tono y forma del ano normales. El médico expresa sin ninguna base científica que eso no quiere decir que no haya existido una penetración. Por ley de la naturaleza el pene de un hombre

introducido en el ano de una niña de 10 años debe alterar esa parte debido a la desproporción.

7. La sicóloga no respondió si la sicología era una ciencia de certeza. No explicó los puntajes que dio al CBCA. Igualmente señala que el testimonio de CIHS es creíble pero nunca indica por qué es creíble. No se cumplieron los lineamientos jurisprudenciales para tener a la psicóloga como perito, por lo que no puede dársele valor. Además, los hechos enunciados no hacen parte del escrito, no hacen parte de los hechos jurídicamente relevantes del escrito de acusación, pues allí se recoge: le toca los senos, la beso y le metió el pene en la vagina.

8. Se demostró que entre el abuelo de la menor y su defendido había problema, mala relación ya que el señor Hubensio responsabilizaba a su prohijado de haberle hecho brujería a su esposa y a 2 de sus hijos.

9. Si bien el A quo dice que la menor CISH guardaba silencio prolongado, responde en tono bajo, con actitudes que demostraban inseguridad y evasión de respuestas, no dice cuáles son las reglas de la experiencia donde se pueda basar para poder decir que la menor no estaba señalando las cosas como en realidad ocurrieron.

Solicita se revoque la decisión y se conceda la libertad inmediata de su defendido.

CONSIDERACIONES

El problema jurídico presentado en esta oportunidad a la Sala se limita a determinar si existe o no prueba que conduzca a un conocimiento más allá de toda duda sobre la ocurrencia de los hechos y la responsabilidad penal del señor Mario Ocaris Sánchez García.

Para el A quo, la Fiscalía cumplió con su cometido de demostrar la responsabilidad del acusado y pese a la retractación de la víctima, le dio credibilidad a las manifestaciones inculpatorias anteriores. En cambio, la defensa sostiene que el A quo no podía valorar las manifestaciones anteriores, porque la Fiscalía no cumplió con los presupuestos para ello. Igualmente, critica los dictámenes tanto médico legal como el psicológico frente a los cuales sostiene que existen errores que no permiten su valoración.

Para resolver, la Sala escuchó atentamente los registros de lo ocurrido en el juicio oral y pudo constar que:

Si bien el A quo se refiere a la anamnesis que consta en el dictamen médico legal y a la entrevista tomada por la psicóloga a la menor víctima, lo cierto es que durante el interrogatorio que en el juicio oral rindió la joven CISH la Fiscalía logró introducir adecuadamente las manifestaciones anteriores de la declarante que constan en la entrevista realizada por la psicóloga y, por tanto, puede la judicatura valorar tanto la declaración rendida en el juicio como lo vertido anteriormente en entrevista para determinar cuál de las dos versiones es a la que debe dársele credibilidad.

El señor defensor sostiene que, durante el interrogatorio en juicio, no se cumplieron con los parámetros legales y jurisprudenciales para tener la entrevista leída como testimonio adjunto. Pero la Sala observa

que contrario a esa apreciación sí puede afirmarse que la Fiscalía cumplió con los requisitos para ello.

Sobre el testimonio adjunto la Honorable Corte Suprema de Justicia en decisión del 24 de agosto de 2022, radicado 61078, M.P. Dr. Hugo Quintero Bernate, recordó:

El testimonio adjunto, también llamado *declaración complementaria*, ha sido desarrollado por la jurisprudencia, al amparo de los artículos 271, 272 y 347, entre otros, de la Ley 906 de 2004, según los cuales, las partes tienen la facultad de recibir entrevistas y declaraciones para preparar el juicio y su teoría del caso; no obstante tratándose de la prueba testimonial, pueden suceder eventos en los que los testigos que concurran al debate público, se retracten de cuanto expusieron anteriormente, introduzcan modificaciones sustanciales a su declaración o incluso nieguen haber realizado tales aserciones; proceder en ocasiones determinado por causas como amenazas, sobornos, miedo, el propósito de no mantenerse en una mentira, etcétera.

Variación en lo expuesto por el declarante que puede impedir a la parte que solicitó la prueba acreditar su teoría del caso, precisamente porque la fundó total o parcialmente en las versiones recogidas antes del juicio.

(...)

La Corte ha dispuesto un conjunto de reglas orientado a superar en el juicio aquellas situaciones de retractación o modificación trascendente de lo declarado por el testigo, en orden a procurar los mecanismos para que en el marco de un debido proceso garantista de las exigencias de confrontación y contradicción –artículo 16 de la Ley 906 de 2004– **la parte interesada pueda integrar como testimonio adjunto, susceptible de ponderación judicial, aquellas manifestaciones anteriores al debate oral.**

Las reglas jurisprudenciales, para incorporar al juicio una declaración previa como testimonio adjunto, precisan:

(i) *El declarante debe **retractarse** en la vista pública de lo narrado antes, es decir, ofrecer un relato sustancialmente diverso al que ya había expuesto.*

(ii) *El testigo debe estar **disponible** para declarar en el juicio, oportunidad en la cual expondrá los hechos, será confrontado respecto de sus declaraciones anteriores y responderá las preguntas que sobre el particular le sean formuladas, con el objeto de permitir al juez ponderar la credibilidad de lo dicho antes del debate oral y lo manifestado luego en su desarrollo. La demostración de que el testigo se ha retractado o cambiado la versión atañe al fundamento del instituto.*

La disponibilidad del testigo para ser conainterrogado desarrolla el derecho a la confrontación, siendo la principal diferencia entre la

prueba de referencia y el testimonio adjunto, y uno de los principales fundamentos para su admisión, en cuanto asegura el equilibrio entre la eficacia de la administración de justicia y la materialización de las garantías debidas al procesado.

*(iii) La declaración anterior debe ser incorporada a través de su lectura, a solicitud de la parte interesada, **para que el juez, contando con las dos versiones, pueda valorarlas y definir la credibilidad de una y otra, o inclusive, de apartes de la anterior y fragmentos de la última, o descartarlas.***

*(iv) Es necesario que la parte interesada solicite en el desarrollo del juicio la incorporación de la declaración anterior, como prueba, **al percatarse de la retractación del testigo o de la modificación sustancial de su atestación pretérita.** En un derecho de partes le está vedado al juez incorporar oficiosamente tal versión anterior.*

Solicitud de parte que cumple dos funciones importantes:

En primer lugar, le permite a la contraparte oponerse, pues no puede olvidarse que la incorporación de una declaración rendida por fuera del juicio oral, como prueba, constituye una excepción a lo dispuesto en el artículo 16 de la Ley 906 de 2004, además, puede afectar derechos de la contraparte en el ámbito de la contradicción y la confrontación. Finalmente, por tratarse de una decisión trascendente en el ámbito probatorio, debe contar con la garantía de oposición a que sea incorporada.

En segundo término, brinda claridad sobre las pruebas que pueden fundamentar el fallo, pues en el proceso no puede haber incertidumbre acerca de los medios de convicción practicados o incorporados con vocación para sustentar la sentencia; finalidad desarrollada por el legislador al establecer las reglas del descubrimiento probatorio, la enunciación, solicitud y decreto de pruebas en la audiencia preparatoria, así como en la regulación de la prueba sobreviniente.

Como puede colegirse fácilmente, la Fiscalía sí logró la incorporación de la declaración anterior de la testigo en el juicio oral durante el interrogatorio que hiciera y lo hizo a través de la lectura a viva voz por parte de la propia menor CISH, lo que fue aceptado por el A quo, quien permitió que se hiciera la correspondiente lectura.

En un inicio, como la menor afirmaba que no había concurrido a ninguna entidad a dar declaración o por lo menos que no lo recordaba (siempre acudió a la falta de memoria para evadir las preguntas que se le hacían), en la diligencia celebrada el 14 de octubre de 2020, el señor Fiscal anunció que previo a agotar el procedimiento de

impugnación de credibilidad, y agotar el procedimiento para la aducción de la declaración anterior para que fuera valorada como documento adjunto (minuto 38:33 y ss del registro) iniciaría con la utilización del documento para refrescar memoria. Efectivamente el procedimiento se hizo y se le permitió a la testigo leer privadamente el contenido de la entrevista. A las preguntas que le hiciera el Fiscal reconoció su nombre y su firma, pero continuó con sus manifestaciones evasivas afirmando no recordar. Se le insistió para que manifestara con sus palabras lo que en esa oportunidad había expresado, pero guardó silencio. A partir del minuto 1:07:49 del registro, el Fiscal comenzó a sentar las bases para solicitar la lectura de la versión anterior. Y si bien mencionó aspectos de la prueba de referencia aclaró que eso sería una petición posterior con testigo de acreditación. En el traslado dado al defensor se presentó controversia sobre el procedimiento utilizado y el Fiscal al minuto 1:13:20 mencionó el testimonio adjunto y la impugnación de credibilidad. Solicitó la lectura de la entrevista y la Juez accedió a ello. La Fiscalía comenzó haciendo le preguntas sobre lo allí consignado y luego la invitó a leer el texto.

En la lectura de la declaración anterior, se pudo conocer que la joven fue enviada por la madre para obtener una cita al puesto de salud que requería su hermanita enferma. Luego la niña enferma y su madre tuvieron que ir a Turbo y ella se fue para la casa de su abuelo materno. Después regresó a su casa y su padrastro Mario estaba sembrando maíz cerca a la casa y ella se puso a cocinar para sus hermanos. Su padrastro le dijo que no cocinara la cena y que se fuera con él para el cuarto. Allí le quitó la ropa y la empezó a tocar la vagina con el pene y le metió los dedos en la vagina, haciéndola sangrar. La amenazó con ahorcarla si le decía a la madre. Por la noche su

padraastro le dijo que se acostara en la cama de la mamá y ella salió corriendo y se fue para donde los abuelos paternos a quienes les contó lo sucedido y al otro día se fue para la casa a terminar de hacer los oficios aprovechando que su padraastro no estaba y luego se fue para la casa de su abuelo materno. También en esa declaración dijo que esos hechos habían sucedido en varias ocasiones, cuando la mamá no estaba la violaba y cuando la mamá estaba dormida se metía en la pieza a molestarla con el pene en la vagina. Terminada la lectura el Fiscal realizó preguntas y le pidió explicación sobre la contradicción que existía entre lo declarado antes y lo manifestado ahora en el juicio. A ello contestó que lo escrito era mentiras. Al minuto 1:32:20 el Fiscal insiste en su solicitud para que se tenga la lectura y la versión dada en el juicio como pruebas. La Juez permite las preguntas a las otras partes. En el contrainterrogatorio el señor defensor insistió en la versión que fue manifestada en el juicio, esto es que lo dicho en la entrevista era mentiras y que fue el abuelo por enemistad con el padraastro de la joven quien se inventó la historia y la aleccionó para que así lo afirmara.

Para la Sala, si bien en algún momento de las intervenciones de las partes y la Juez pudo advertirse alguna confusión frente a la figura que estaba utilizando el señor Fiscal para hacer valer la declaración anterior de la menor por la situación que se estaba presentando con la testigo, en últimas, en lo sustancial, el procedimiento para la incorporación de las manifestaciones anteriores de la testigo como testimonio adjunto se llevó a cabo. La Fiscalía logró establecer que existía una clara contradicción entre lo que la menor decía en el juicio, esto es, que no había sido abusada por su padraastro y por nadie y que fue el abuelo quien decidió inventar la historia de abuso y denunciar, con las manifestaciones anteriores contenidas en una entrevista

rendida ante la sicóloga de la comisaría de familia, en donde claramente declaró una situación de abuso sexual realizado por su padrastro Mario Ocaris Sánchez. La testigo estaba disponible para el interrogatorio y contrainterrogatorio. El Fiscal hizo la solicitud de introducir las manifestaciones anteriores con la lectura por la propia víctima, como testimonio adjunto. Se le permitió a la defensa la oposición y la contradicción. La juez permitió la lectura y frente a ella las partes tuvieron la oportunidad de interrogar y contrainterrogar a la testigo.

Ahora, es cierto que la Fiscalía no solicitó las manifestaciones anteriores de la testigo como prueba de referencia y no se daban los requisitos para ello, porque la testigo estaba disponible, por ello no es posible tener la anamnesis que consta en el dictamen médico legal como prueba autónoma en el juicio. Pero eso no impide que el A quo haga referencia a las manifestaciones que otras personas escucharon de la joven víctima como elementos de corroboración, esto es, que, efectivamente una vez ocurrido el hecho, la joven se fue de la casa y contó su historia a otras personas de la familia y a funcionarios que la evaluaron.

En cuanto a que no compareció en el juicio el médico que realizó el dictamen sexológico, tal situación ha sido ya decantada, pues en casos en que el profesional ya no pertenezca a la institución con respecto a la cual se rindió el dictamen, y no esté disponible, puede ser reemplazado por otro profesional como sucedió en este caso.

Lo cierto es que la joven CISH manifestó en el juicio que no había sostenido relaciones sexuales con nadie en la época en que ocurrieron los hechos y que tampoco había sido abusada por nadie, pero en la

declaración tenida como testimonio adjunto aseveró que fue abusada por su padrastro con tocamientos con el pene en la vagina e introducción de los dedos en ella. Hechos que ocurrieron en varias ocasiones (siendo ello concordante con los hechos jurídicamente relevantes anunciados en la acusación). Por tanto, ninguna inquietud genera el dictamen médico legal que observó un desgarramiento antiguo en el himen, esto es, con una evolución superior a los diez días.

Este hallazgo desdice las afirmaciones de la joven que hizo en el juicio oral, tratando de retractarse de sus manifestaciones anteriores. Además, concuerda y es compatible con las declaraciones anteriores y la versión del abuso sexual. Por ello, no tiene importancia la discusión presentada con el perito que introdujo el dictamen, pues si bien pudo presentarse un sangrado cuando ocurrieron los hechos objeto de este proceso, también es factible lo dicho por el galeno en cuanto a la cicatrización rápida de heridas pequeñas. Como se expresó en el dictamen, el no hallazgo de vestigios en la parte anal no implica la imposibilidad de la ocurrencia del hecho y el señor defensor pretende contradecir el concepto médico sin ningún fundamento, ni elemento suasorio que permita restarle credibilidad a quien tiene el conocimiento científico para emitir apreciaciones de esa índole.

Por último, para la Sala es claro que acertó el A quo al no darle credibilidad a la versión de la menor suministrada en el juicio en la que pretendió retractarse de las acusaciones que lanzó claramente en contra de su padrastro, pues pudo apreciarse que durante el interrogatorio en forma extraña la joven presentó olvidos de puntos importantes y recuerdos frente a otros inexplicables, dejando claro su intención de no referirse a nada que pudiera incriminar a su padre. Igualmente, la excusa fue bastante infantil, pues no es creíble que una

niña de 10 años a quien el padre la trababa bien, sin golpearla, ni reprenderla, y acostumbrada a realizar los oficios de la casa por ser la mayor, de un momento a otro cuando sus hermanitos realmente la necesitaban ante la ausencia de la madre, se enoje y corra para la casa de su abuelo porque simplemente su padre le pidió realizar algún oficio. Tampoco es creíble su versión, pues no se entiende cómo pudo ser influenciada por su abuelo para que sostuviera una mentira tan grave en contra de su padre con las consecuencias que ello acarrea para sí misma, su madre y sus hermanos. De otra parte, tampoco es creíble que, si una mentira de esas se hubiera fraguado, al momento del juicio no conociera los detalles de ella y en cambio al observar las manifestaciones anteriores se aprecie que los detalles contados en la entrevista frente a las circunstancias en que ocurrió el abuso solamente podían ser conocidos por ella misma y no por su abuelo.

En la valoración psicológica no se detectó que la menor pudiera estar influenciada por otra persona para contar hechos contrarios a la verdad, y las críticas del defensor al dictamen, ninguna importancia tiene, pues es claro que la menor sí rindió una entrevista en la que realizó acusaciones graves en contra de su padrastro, su narración fue clara, coherente, hilvanada y circunstanciada. En cambio, en la retractación la menor se apoyó en el silencio, la supuesta falta de memoria o mejor a la memoria selectiva, para evadir las preguntas y no dar claridad sobre el por qué de la retractación. Por otra parte, su historia además de inverosímil no encuentra apoyo en ningún elemento de conocimiento, por lo que no es posible atender la retractación. Incluso la supuesta enemistada alegada entre el padrastro y el abuelo es hasta infantil, mencionando situaciones de supuestos actos de brujería.

Visto lo anterior la Sala confirmará la sentencia impugnada por encontrarla acorde con la realidad procesal.

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

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

CÓPIESE, CÚMPLASE Y DEVUÉLVASE

EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA
Magistrado

NANCY ÁVILA DE MIRANDA
Magistrada

GUERTHY ACEVEDO ROMERO
Magistrada

Firmado Por:

Edilberto Antonio Arenas Correa
Magistrado

Sala 001 Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

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

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

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

Código de verificación: **9cf918edbf4166e184dd5bcf1da7f2ecc0ac6b5c4519fe9d01e7d2df8cc15b0**

Documento generado en 09/11/2022 02:05:15 PM

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

Proceso No: 050016000000202100704 NI: 2022-1714
Acusado: GABRIEL BUSTAMANTE DUARTE
Delito: Fabricación, tráfico o porte de armas
Origen: Juzgado Quinto Penal del Circuito Especializado de Antioquia
Motivo: Apelación auto niega nulidad

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

Proceso No: 050016000000202100704 NI: 2022-1714
Acusado: GABRIEL BUSTAMANTE DUARTE
Delito: Fabricación, tráfico o porte de armas
Origen: Juzgado Quinto Penal del Circuito
Especializado de Antioquia
Motivo: Apelación auto niega nulidad
Acta Nro.179 de noviembre 9 del 2022

Decisión. Confirma.

Aprobado por medios virtuales mediante acta No.

Sala No: 6

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

Medellín noviembre nueve de dos mil veintidós.

1. Objeto del pronunciamiento. -

Resolver el recurso de apelación interpuesto por la defensa contra auto emitido por el Juzgado Quinto Penal del Circuito Especializado de Antioquia del pasado 19 de octubre del año en curso que negó petición de nulidad elevada por la defensa,.

2. Hechos.

Fueron narrados así en la acusación¹ conforme a lo expuesto en la imputación² así:

¹ Audiencia del 5 de diciembre del 2021.

² Audiencia del 16 de agosto del 2021 .

“En la vereda Esmeralda zona rural del municipio de CAREPA en las coordenadas N 7-44-24 W 76-35-12-20 el día 14 de agosto del 2021 en diligencia de allanamiento y registro en el inmueble ubicado en las coordenadas ya referenciadas en la habitación que fue demarcada como número 4 el ciudadano GABRIEL BUSTAMANTE, tenía sin permiso de autoridad competente dentro de unos cajones del nochero costado derecho de la cama numero 1 un proveedor para pistola con 15 cartuchos calibre 9 mm y 2 bolsas transparentes con 15 cartuchos calibre 9 ms. Sobre el costado derecho y debajo de la almohada un arma de fuego pistola color negro marca BARRETTA ...”

3. Actuación procesal relevante.

En desarrollo de la audiencia preparatoria, el abogado defensor del procesado GABRIEL BUSTAMANTE solicita la nulidad de la actuación desde el auto en el que el Juez de Control de Garantías avaló la imputación formulada por la Fiscalía, pues al revisar los hechos jurídicamente relevantes que enunció la Fiscalía se avizora que los mismos fueron indebidamente presentados dando lugar a una imputación anfibológica e inflada, pues se consideró que por haberse ejecutado la conducta de porte ilegal de armas en el municipio de Carepa procedía la agravación prevista en la Ley 1908 del 2018, por ejecutarse la conducta en un territorio PET cuando este no es el alcance de la ley en mención conforme a lo dispuesto por la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre la aplicación de dicha agravante que no se circunscribe a que la conducta se ejecute simplemente en dichos territorios, sino que se requiere que la persona que ejecuta la conducta haga parte de grupos armados que operen en dichos territorios, y en los hechos jurídicamente relevantes no se indica en parte alguna la pertenencia del procesado a grupo ilegal alguno.

A la petición se opusieron los representantes de la Fiscalía y Ministerio Público, señalando que los planteamientos del defensor no son acertados, pues ese no es el alcance de la Ley 1908 del 2018 y no existe ninguna presentación anfibológica o errónea de los hechos.

4. Auto de Primera Instancia.

El Juez *A quo* consideró que no había lugar a la nulidad planteada, pues en primer lugar la sentencia de la Corte Constitucional citada por el señor defensor, esto es la C 434 del 2021 no resolvió nada de fondo pues se declaró inhibía para resolver, y de otra parte la Corte Suprema de Justicia en pronunciamiento STP 2631 del 2021 refiere con claridad que la agravante contemplada en la Ley 1908 del 2018, se aplica cuando las conductas punibles se cometen en territorios PET sin que se exija de manera alguna la pertenencia a un grupo ilegal. En consecuencia la presentación de los hechos jurídicamente relevantes y la adecuación típica que la Fiscalía hace de los mismos no tiene reparo, ya si el defensor considera que en efecto no se configura la agravante, es un aspecto a debatir en el juicio, no un motivo de nulidad.

5. Apelación.

Inconforme con la determinación el defensor, solicita la revocatoria del auto de primera instancia lo que fundamenta en las siguientes premisas.

La Corte Suprema de Justicia, de tiempo atrás ha señalado la necesidad de que las imputaciones contenga hechos jurídicamente relevantes y una adecuada tipificación de los mismos sin que sean admisibles las imputaciones infladas o anfibológicas, que es lo que ocurre aquí pues se interpreta erróneamente por parte no solo de la fiscalía, sino del juez que avala la imputación que es el auto que se solicita nulitar, el contenido y alcance de la Ley 1908 del 2018 y se termina concluyendo que la agravación prevista para el delito de porte ilegal, aplica simplemente cuando la conducta se ejecute en un territorio PET cuando lo cierto es que se requiere acreditar que el sujeto activo de la conducta es integrante de

un grupo armado que opere en dichas regiones, por ende se realizó en errónea forma la imputación y es nulo el auto emitido por el Juez de Control de garantías que la avaló.

Censura que se utilice una simple sentencia de tutela que no es un criterio interpretativo fuerte para resolver el asunto, y se desconoce que la Fiscalía infló la imputación con una agravante que no se presenta y esto genera la nulidad del auto que emitió el Juez de Control de Garantías que lo avaló.

Al descorrer el traslado tanto la representante de la Fiscalía General de la Nación como la del Ministerio Público reclaman la confirmación de la providencia recurrida al considerar acertados los planteamientos del Juez de Primera instancia, y ser lo propuesto por el defensor un tema a discutir en el juico.

6. Para resolver se considera

Procederá la Sala a ocuparse de los planteamientos de la defensa, esto es si la actuación debe anularse por la indebida presentación de los hechos jurídicamente relevantes y ser la imputación anfibológica e inflada y por hacerse una errónea interpretación de la causal de agravación prevista en el artículo 8 de la Ley 1908 del 2018.

Evidente es como lo ha decantado la jurisprudencia³ que el núcleo fáctico de la imputación

³ En la sentencia del Magistrado EUGENIO FERNANDEZ CARLIER, del pasado 14 octubre del 2020 radicación 55440 al respecto se precisa lo siguiente *“La Corte de tiempo atrás ha insistido en los requisitos objetivos mínimos con que debe contar la Fiscalía al momento de formular tanto la imputación, como la acusación, así como la coherencia que en ese sentido se debe mantener a lo largo del diligenciamiento. En principio, para que a través del juez de control de garantías le comunique a una persona la calidad de imputada al estar siendo investigada por su posible participación en una conducta punible, el artículo 288 de la Ley 906 de 2004 tiene*

debe ser respetado en la acusación, igualmente que la imputación debe también incluir una presentación clara de los hechos jurídicamente relevantes, y estos no pueden ser adicionados en la acusación, igualmente se debe resaltar que la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, ha trazado una amplia línea sobre la necesidad de que los hechos jurídicamente relevantes se presenten en debida forma ⁴, evitando la

como exigencias el expresar oralmente la concreta individualización, identificación y ubicación del imputado, así como hacer una «relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes.

Aunque en ese estadio no es necesario descubrir los elementos materiales probatorios ni la evidencia física, sí debe el representante del ente investigador ofrecerle al juez de control de garantías elementos de juicio tendientes a acreditar la índole penal del comportamiento y la relación del imputado con el mismo, a fin de que pueda inferir razonablemente la autoría o participación en el delito que se investiga, tal y como lo dispone el artículo 287 de la normativa en comento. Por ello, se ha enfatizado en que la formulación de imputación ha de ser fáctica y jurídica, fase embrionaria ubicada en los terrenos de posibilidad, que luego, en virtud del principio de progresividad, permitirá allegar elementos materiales probatorios y evidencia con miras a sustentar la formulación de acusación con un grado de probabilidad de verdad, momento culminante de la investigación que la reviste de un halo definitivo delimitando así el marco factual y jurídico dentro del cual habrá de surtir el debate oral. Bajo esa perspectiva, la formulación de imputación se constituye en un condicionante fáctico de la acusación —o del allanamiento o del preacuerdo—, sin que los hechos puedan ser modificados, estableciéndose así una correspondencia desde la arista factual, lo cual implica respetar el núcleo de los hechos, sin que ello signifique la existencia de un nexo necesario o condicionante de índole jurídica entre tales actos.

Esa precisión que debe tener la Fiscalía desde la formulación de imputación de informar al imputado de los hechos y circunstancias, con las consecuencias jurídicas que aparejan, habilita el ejercicio pleno de derecho de defensa a fin de planear la estrategia tendiente a morigerar el poder punitivo estatal, al punto que le permite optar de manera libre, consciente y voluntaria por aceptar los cargos con miras a lograr una sustancial rebaja de la pena o continuar el trámite ordinario para discutir en el juicio los hechos o su responsabilidad, allegando pruebas en su favor o contravirtiendo las que se aducen en su contra. Pero cuando surgen nuevas aristas fácticas que conllevan la configuración de otras hipótesis delictivas será necesario ampliar la formulación de imputación o incluso practicar otra diligencia de esa índole a fin de no sorprender al inculcado, limitante que subsiste aun en la audiencia de formulación de acusación, en la que, si bien el Fiscal puede corregir la acusación, no está facultado para alterar el aspecto fáctico. El límite, entonces, son los hechos registrados en la imputación, sin que se puedan considerar supuestos fácticos no incluidos en ella, máxime cuando tal modificación agrava la situación jurídica del inculcado. Esto significa que tales modificaciones serán posibles si se adelanta una audiencia de garantías adicional a la imputación para tales efectos y se realiza antes de la presentación del susodicho escrito.”

⁴ 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

transcripción de apartes de elementos de prueba, o simplemente la enunciación de hechos indicadores.

Igualmente, el alto Tribunal⁵ ha censurado lo que considera imputaciones anfibológicas o infladas en los siguientes términos:

“La Corte estima necesario significar la manera facilista con la que aún hoy, después de varios años de implementación del sistema acusatorio y cuando los funcionarios ya deberían tener claro qué es una teoría del caso, siguen utilizando fórmulas ambiguas, cuando no contradictorias,

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 inadmisibles 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)».

⁵ Sentencia 1613 del 2016

anfibológicas u oscuras, para delimitar un aspecto capital de la imputación y la acusación, cual debe entenderse la definición de los hechos de manera clara, precisa y detallada. Se ha vuelto práctica común de algunos fiscales, que, sin abrazar una teoría del caso específica, deciden mejor, en la imputación y acusación, hacer una relación de medios probatorios, en ocasiones contradictorios, a la espera de que de allí sean las demás partes las que extraigan su particular concepción de lo que quiere atribuirse. Desde luego que una tal manera de referenciar lo que se entiende hecho jurídicamente relevante, se evidencia indeterminada y ambigua, por entero alejada de la claridad y precisión de que debe estar investida la relación fáctica en cuestión. Del Fiscal se reclama, a tono con el concepto de teoría del caso, que en el componente fáctico de la imputación -desde luego, también en la acusación sintética, sin referenciarlos, todos los medios de conocimiento recogidos y de allí extraiga una hipótesis plausible, que se traduce en la narración neutra de lo que, estima, sucedió, detallando las circunstancias de tiempo, modo y lugar que gobiernan los hechos y, obviamente, discriminando a la víctima o víctimas, a partir de lo que particularmente padeció cada una de ellas. Se tiene claro que en el concepto antecedente consecuente de que se encuentra imbuido el proceso penal, la formulación de imputación se erige en hito fundamental e insustituible -en el entendido que marca el comienzo formalizado del procedimiento en sentido estricto-, a la manera de entender que los errores trascendentes ocurridos allí afectan de forma insoslayable el debido proceso y reclaman de la condigna nulidad, pues, ya todo lo actuado a partir de este momento se encuentra afectado. Pero, además, la formulación de imputación representa un mecanismo básico de defensa material, pues, ha sido legalmente instituido como el primer momento formalizado en el que la Fiscalía da a conocer a la persona que se le está investigando, a efectos de que adelante su particular tarea defensiva. Esa tarea, huelga anotar, necesariamente está mediada por los hechos concretos que en criterio de la Fiscalía conforman el delito o delitos por los cuales se investigará a la persona.

Solo si se determina, con las indispensables características de tiempo, modo y lugar, qué es lo que se atribuye haber ejecutado al imputado, este podrá adelantar eficientemente su labor de contradicción o controversia, las más de las veces con el acopio de elementos materiales probatorios o evidencia física que digan relación con estos hechos. Y, cabe agregar, la definición específica de qué, dónde, cómo, cuándo y por qué se ejecutó una específica conducta punible, exige del mayor cuidado, no solo por las connotaciones que, se dijo atrás, apareja la formulación de imputación, sino en consideración a que el principio de congruencia demanda que esos hechos delimitados en la imputación -en su componente fáctico, debe relevarse para evitar confusiones-, permanezcan invariables en su núcleo esencial, ya suficientemente decantado que lo autorizado para el Fiscal en la audiencia de formulación de acusación, es la variación del nomen iuris o denominación jurídica. Por último, en lo que al tema general compete, únicamente cuando la Fiscalía precisa los hechos con claridad y suficiencia, es posible para el imputado, con conocimiento informado, decidir si acepta o no esos cargos y, consecuentemente, acceder a la condigna reducción punitiva que por justicia premial ofrece la normatividad consignada en la Ley 906 de 2004

Sin embargo, al repasar el registro de la audiencia de imputación y de acusación se observa que los hechos jurídicamente relevantes que ya fueron transcritos en esta providencia en

el acápite de los hechos no aparecen confusos, o indebidamente formulados pues se presentan debidamente circunstanciados en tiempo, modo y lugar como fue el hallazgo de un arma de fuego y unos proveedores en la habitación en la que se encontraba el ahora procesado GABRIEL BUSTAMANTE DUARTE.

Ahora bien, el señor recurrente censura que la Fiscalía al realizar la imputación jurídica y lanzar cargos por el delito de porte ilegal de armas descrito en el artículo 365 del Código Penal, lo agrave conforme a lo dispuesto en el artículo 8 de la Ley 1908 del 2008 por ejecutarse la conducta en un territorio PET, pues en su sentir tal causal de agravación solo se configura cuando el sujeto activo es integrante de un grupo armado, planteamiento este que no tiene que ver con una errónea o indebida formulación de la imputación, sino como lo resaltó el señor Juez y los no recurrentes a una consideración de tipo jurídica, sobre cómo debe entenderse y demostrarse la real ocurrencia de la referida causal de agravación, aspecto este que sin lugar a dudas no tiene que ver con la falta del cumplimiento de los requisitos que debe tener una imputación, sino a un aspecto que se debe probar y discutir en el juicio, a fin de establecer si la causal planteada opera por la simple ocurrencia de la conducta punible en un determinado territorio, o si es necesario tener en cuenta otras consideraciones, como las expuestas en el fallo de tutela que mencionó el juez de Primera Instancia, como contraposición al planteo del abogado defensor.

La imputación que se formuló en el mes de agosto del año 2021 y que concuerda con la que se hizo en la acusación, no presenta entonces yerros en su construcción fáctica, ya que se pretenda controvertir que la adecuación típica dada a los hechos jurídicamente relevantes en especial sobre la causal de agravación sea diversa a la postulada por la Fiscalía, y se deba demostrar no la simple ocurrencia de la conducta en un territorio, sino otros aspectos adicionales como lo plantea el recurrente no es un aspecto que afecte la legalidad del acto de imputación, ni mucho menos la acusación, ni tampoco resulta posible como lo plantea

Proceso No: 050016000000202100704 NI: 2022-1714
Acusado: GABRIEL BUSTAMANTE DUARTE
Delito: Fabricación, tráfico o porte de armas
Origen: Juzgado Quinto Penal del Circuito Especializado de Antioquia
Motivo: Apelación auto niega nulidad

el defensor que el juez de control de garantías frente a la imputación, o el de conocimiento ya en la acusación o en una etapa posterior entre a controlar esa adecuación jurídica, ya precisar cómo debe entenderse la causal de agravación, ya si en efecto se configura o no la aludida agravante, es un asunto que se debate en el juicio, y finalmente resuelve el juez en la sentencia o providencia que pone fin al proceso, señalando si está debidamente probada y en efecto se configura, por lo tanto imposible es como se viene diciendo adelantar dicha discusión para que la judicatura en esta instancia, termine diciendo cual es el alcance de la causal de agravación, por lo mismo la petición de nulidad no está llamada a prosperar, y como se viene diciendo será en desarrollo del juicio que la defensa podrá controvertir si en efecto se configura la causal de agravación de marras.

En consecuencia, la providencia recurrida debe ser confirmada.

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

RESUELVE

PRIMERO: Confirmar la providencia materia de impugnación al no tener vocación de prosperar los motivos de nulidad que presenta la parte recurrente.

SEGUNDO: Contra lo aquí resuelto no procede recurso alguno.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Proceso No: 050016000000202100704 NI: 2022-1714
Acusado: GABRIEL BUSTAMANTE DUARTE
Delito: Fabricación, tráfico o porte de armas
Origen: Juzgado Quinto Penal del Circuito Especializado de Antioquia
Motivo: Apelación auto niega nulidad

Gustavo Adolfo Pinzón Jácome
Magistrado Ponente

Edilberto Antonio Arenas Correa
Magistrado

Nancy Avila 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: **626ea878f8bc1a68fd1e4533137d07cf8f32d1242c923221766131dbc9e066f3**

Documento generado en 09/11/2022 10:49:43 AM

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