

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA SALA PENAL

ESTADO ELECTRÓNICO 136

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
2023-1387-2	Tutela 1º instancia	CHARLY DAVID CADAVID MORA	FISCALIA GENERAL DE LA NACION Y OTROS	Remite por competencia	Agosto 03 de 2023
2018-1542-4	auto ley 906	HOMICIDIO AGRAVADO Y O	JOSÉ GREGORIO MOSQUERA CHIMA	Fija fecha de publicidad de providencia	Agosto 03 de 2023
2020-0282-4	auto ley 906	HOMICIDIO AGRAVADO Y O	JOSÉ GREGORIO MOSQUERA CHIMA	Fija fecha de publicidad de providencia	Agosto 03 de 2023
2022-0007-4	auto ley 906	ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE 14 AÑOS	ÁNGEL MAURICIO GÓMEZ ARANGO	Declara desierto recurso de casación	Agosto 03 de 2023
2023-1301-5	auto ley 906	CONCIERTO PARA DELINQUIR AGRAVADO Y OTRO	LUS ÁNGELA CEBALLOS VAHOS	Remite por competencia	Agosto 03 de 2023
2023-0925-5	auto ley 906	ACTOS SEXUALES CON MENOR DE 14 AÑOS	ELIVER DE JESÚS SALDARRIAGA GALEANO	Fija fecha de publicidad de providencia	Agosto 03 de 2023
2023-1303-5	auto ley 906	ACTOS SEXUALES CON MENOR DE 14 AÑOS	DIEGO LUIS OCAMPO CEBALLO	Revoca lo ordenado por el juez de instancia	Agosto 03 de 2023
2023-1114-5	auto ley 906	HURTO CALIFICADO Y AGRAVADO	YENIFER MAZO PINO Y OTRAS	Fija fecha de publicidad de providencia	Agosto 03 de 2023
2022-1858-5	auto ley 906	LESIONES PERSONALES	JORGE MARIO FRANCO CARDONA	Fija fecha de publicidad de providencia	Agosto 03 de 2023
2022-0442-5	auto ley 906	HOMICIDIO AGRAVADO Y O	JOSÉ MIGUEL ALBÁN SÁNCHEZ Y OTRO	confirma auto de 1º Instancia	Agosto 03 de 2023
2023-1123-5	auto ley 906	TRAFICO, FABRICACION O PORTE DE ESTUPEFACIENTES	PEDRO RÍOS BARRIENTOS	Decreta nulidad	Agosto 03 de 2023
2023-0544-5	auto ley 906	HOMICIDIO Y OTRO	JOHN FREDY RODRÍGUEZ ALONSO	Fija fecha de publicidad de providencia	Agosto 03 de 2023

2023-1280-6	Tutela 1º instancia	WILDER PALACIO MOSQUERA	JUZGADO 1º PROMISCOO MUNICIPAL DE TURBO ANTIOQUIA Y OTROS	niega por improcedente	Agosto 03 de 2023
2023-1094-5	sentencia 2º instancia	TRAFICO, FABRICACION O PORTE DE ESTUPEFACIENTES	FABIO ANDRÉS ORTIZ SOSA	Confirma sentencia de 1º Instancia	Agosto 03 de 2023
2023-0727-2	auto ley 906	CONCIERTO PARA DELINQUIR AGRAVADO Y OTRO	ELKIN VIANNEY GALVIS GARCIA Y OTROS	Modifica auto de 1º instancia	Agosto 03 de 2023
2023-0947-2	auto ley 906	ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE 14 AÑOS	NELSON MINOTTA GARCÍA	confirma auto de 1º Instancia	Agosto 03 de 2023

FIJADO, HOY 04 DE AGOSTO DE 2023, A LAS 08:00 HORAS

**ALEXIS TOBÓN NARANJO
SECRETARIO**

DESEFIJADO EN LA MISMA FECHA A LAS 17:00 HORAS

**ALEXIS TOBÓN 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: 050002204000202300437

NO. INTERNO: 2023-1387-2

ACCIONANTE: Charly David Cadavid Mora
apoderado judicial de Carlos
Alberto Ázate Henao

ACCIONADO: Fiscalía General de la Nación y otro

DECISIÓN: Se remite por competencia

Medellín, tres (03) de agosto de dos mil veintitrés (2023)

Aprobado según acta No.081

1. ASUNTO A DECIDIR

El día 02 de agosto se recibe la actuación arriba citada, remitida por el Juzgado Penal del Circuito de El Santuario, Antioquia, ello al considerar que la competencia para conocer de la misma radicaba en cabeza de la Sala Penal de esta Corporación arguyendo lo siguiente:

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

(...)

De acuerdo con el Auto 124 de 2009 de la Corte Constitucional, las únicas normas que determinan la competencia en materia de tutela son el artículo 86 de la Constitución y el artículo 37 de Decreto 2591 de 1991, este último establece la competencia territorial.

El artículo 2.2.3.1.2.1 numeral 3 del Decreto 333 del seis (6) de abril de 2021, que establece reglas de reparto; indica: "Las acciones de tutela dirigidas contra las actuaciones del Contralor General de la Republica, del Procurador General de la Nación, del Fiscal General de la Nación, del Registrador Nacional del Estado Civil, del Defensor del Pueblo, del Auditor General de la Republica, del Contador General de la Nación, del Consejo Nacional Electoral, así como, las decisiones tomadas por la Superintendencia Nacional de Salud relacionadas con medidas cautelares y de toma de posesión e intervención forzosa administrativa para administrar o liquidar, de cesación provisional, o de revocatoria total o parcial de habilitación o autorización de funcionamiento, con fundamento en los artículos 124 y 125 de la Ley 1438 de 2011, serán repartidas, a los Tribunales Superiores de Distrito Judicial o a los Tribunales Administrativos."

Encuentra el Despacho que la acción de tutela tiene como fin la protección al derecho fundamental al debido proceso referente a un procedimiento irregular por parte de la POLICIA NACIONAL y la FISCALIA GENERAL DE LA NACION, por así considerarlo el accionante. Es por ello que, de acuerdo a la regla de reparto ya enunciada, corresponde conocer de la presente acción constitucional a la SALA PENAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA (REPARTO)"

Bajo este panorama, advierte esta Corporación que el Juzgado Penal del Circuito de El Santuario interpretó de manera errada lo dispuesto en el numeral 3° del artículo

2.2.3.1.2.1 del Decreto 1069 de 2015, modificado por el artículo 1° del Decreto 333 de 2021, como quiera que, la actuación constitucional está dirigida en contra de la Fiscalía General de la Nación y la Policía Nacional, entidades públicas del orden nacional. Pero además, resulta imperioso destacar que, la acción constitucional no se dirige en contra del Fiscal General de la Nación y, menos puede extractarse ello, de los hechos explicitados en el escrito tutelar.

Así las cosas, refulge con nitidez que, la competencia recae en cabeza de los Jueces del Circuito tal como lo dispone el numeral 2° del artículo 2.2.3.1.2.1 del Decreto 1069 de 2015, modificado por el artículo 1° del Decreto 333 de 2021, veamos:

2. Las acciones de tutela que se interpongan contra cualquier autoridad, organismo o **entidad pública del orden nacional serán repartidas, para su conocimiento en primera instancia, a los Jueces del Circuito o con igual categoría.** NEGRILLAS FUERA DEL TEXTO.

En idéntica situación a la planteada en procedencia, dispuso la Corte Constitucional², lo siguiente;

(...)

3. El proceso correspondió por reparto al Juzgado Quince Administrativo Oral del Circuito de Medellín, autoridad judicial que, mediante auto del 5 de mayo de 2022, declaró que no tenía competencia para conocer el

² Auto 845/22

proceso. Expuso que, según el numeral 3° del art. 1° del Decreto 333 de 2021, las acciones de tutela dirigidas contra «las actuaciones del [...] Fiscal General de la Nación [...] serán repartidas a los Tribunales Superiores de Distrito Judicial o a los Tribunales Administrativos»^[11]. De esta manera, como la presunta vulneración de los derechos fundamentales de la accionante tuvo origen en una resolución emitida por la FGN, el expediente debe ser remitido «nuevamente a la Oficina de Apoyo Judicial para que proceda de conformidad ante los H. Tribunales Superiores de Distrito Judicial o a los Tribunales Administrativos»^[12].

4. La tutela fue remitida al Tribunal Superior de Medellín – Sala Penal. Esta autoridad judicial, mediante auto del 9 de mayo de 2022, indicó que el Juzgado Quince Administrativo Oral del Circuito de Medellín interpretó mal las reglas de reparto. A su juicio, la acción de tutela había sido asignada correctamente desde un principio, pues era claro que la aparentemente vulneración de los derechos fundamentales de la señora Lucio Torres fue ocasionada por la Dirección Ejecutiva de la FGN y no por el fiscal general de la Nación. En consecuencia, suscitó un conflicto negativo de competencia y ordenó remitir el proceso a la Corte Constitucional.

(...)

1. La Corte Constitucional ha sostenido que, por regla general, la solución de los conflictos de competencia en materia de tutela corresponde a las autoridades judiciales establecidas en la Ley 270 de 1996.^[13] Así mismo, ha determinado que la competencia de esta Corporación para conocer y dirimir esta clase de conflictos debe ser interpretada de manera residual.^[14] En consecuencia, la Corte ha establecido, según las reglas compiladas en el Auto 550 de 2018,^[15] que su competencia solo se activa en aquellos casos en que la Ley Estatutaria de Administración de Justicia no prevea cuál es la autoridad encargada de asumir el trámite; o cuando, a pesar de encontrarse prevista, deben aplicarse los principios de celeridad y sumariedad que rigen la acción de tutela, con el fin de brindar a los ciudadanos un acceso oportuno a la administración de justicia y, de esta forma, evitar la dilación en la adopción de una decisión de fondo que garantice la protección efectiva de sus derechos fundamentales.^[16]

2. De conformidad con los artículos 86 de la Constitución y 8° transitorio de su título transitorio adicionado por el Acto Legislativo 01 de 2017, y los artículos 32 y 37 del Decreto 2591 de 1991, existen tres factores de asignación de competencia en materia de tutela, a saber:

(i) El factor territorial, en virtud del cual son competentes “a prevención” los jueces con jurisdicción en el lugar donde (a) ocurre la vulneración o la amenaza que motiva la presentación de la solicitud, o (b) donde se producen sus efectos, los cuales pueden o no coincidir con el lugar de domicilio de alguna de las partes.^[17]

(ii) El factor subjetivo, que corresponde al caso de las acciones de tutela interpuestas en contra de (a) los medios de comunicación, cuyo conocimiento fue asignado a los jueces del circuito de conformidad con el factor territorial y (b) las autoridades de la Jurisdicción Especial para la Paz, cuya resolución corresponde al Tribunal para la Paz.^[8]

(iii) El factor funcional, que debe ser verificado por las autoridades judiciales al momento de asumir el conocimiento de una impugnación de una sentencia de tutela y que implica que únicamente pueden conocer de ella las autoridades judiciales que ostentan la condición de "superior jerárquico correspondiente" en los términos establecidos en la jurisprudencia.^[9]

3. El Decreto 333 de 2021 consagra en el parágrafo 2 del artículo 1 que las reglas de reparto contenidas en esa norma "no podrán ser invocadas por ningún juez para rechazar la competencia o plantear conflictos negativos de competencia". Por su parte, la Corte Constitucional ha reiterado que los conflictos que se suscitan en aplicación de reglas de reparto son "aparentes" porque estas reglas administrativas "en ningún caso definen la competencia de los despachos judiciales".^[10]

4. Asimismo, esta Corporación ha determinado que cuando "dos autoridades judiciales promuevan un conflicto de competencia por este motivo, **el expediente será remitido a aquella a quien se repartió en primer lugar con el fin de que la acción de tutela sea decidida inmediatamente, sin que medien consideraciones adicionales**".^[11]

III. CASO CONCRETO

1. Como cuestión previa, es importante señalar que la Sala Plena de la Corte Constitucional está facultada para resolver el conflicto de la referencia porque las autoridades judiciales involucradas en la controversia, a pesar de integrar funcionalmente la Jurisdicción Constitucional, carecen, desde una perspectiva orgánica, de una autoridad designada por la Ley 270 de 1996 que esté autorizada para solucionar la colisión suscitada.

2. Ahora bien, la Sala Plena encuentra que en el presente proceso se configuró un conflicto aparente de competencia fundado en la aplicación de reglas de reparto.

3. El Juzgado Quince Administrativo Oral del Circuito de Medellín aplicó indebidamente la regla de reparto contenida numeral 3º del art. 1º del Decreto 333 de 2021, que no desplaza su competencia y, con ello, afectó la celeridad y eficacia en la administración de justicia, así como la protección de los derechos fundamentales.

4. La Corte concluye que el Juzgado Quince Administrativo Oral del Circuito de Medellín es la autoridad judicial competente para resolver en primera instancia la acción de tutela de la referencia. Lo anterior, por tratarse de la primera autoridad judicial con competencia a la que se le asignó el proceso. SUBRAYAS FUERA DEL TEXTO.

Corolario de lo anterior y, atendiendo que la presente actuación se repartió en primer lugar al **JUZGADO PENAL DEL CIRCUITO DE EL SANTUARIO ANTIOQUIA**, y que, se reitera, la acción constitucional no está dirigida en contra del **Fiscal General de la Nación**, la Sala Penal del Tribunal Superior de Antioquia, carece de competencia para conocer la presente actuación, debiendo remitirse al despacho que **inicialmente conoció** de la misma, conforme lo dispuesto **numeral 2° del artículo 2.2.3.1.2.1** ibidem.

Con fundamento en lo expuesto, **EL TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA, SALA DE DECISIÓN PENAL, ORDENA** la remisión de la presente **ACCIÓN PÚBLICA CONSTITUCIONAL**, por competencia al **JUZGADO PENAL DEL CIRCUITO DE EL SANTUARIO, ANTIOQUIA**.

En caso de que no sean de recibo los argumentos expuestos por esta Sala de Decisión, se propone desde ahora el **conflicto de competencia** a que haya lugar.

Entérese de esta decisión al actor.

C Ú M P L A S E

**NANCY ÁVILA DE MIRANDA
MAGISTRADA**

**MARIA STELLA JARA GUTIÉRREZ
MAGISTRADA**

**ISABEL ÁLVAREZ FRNÁNDEZ
MAGISTRADA**

Firmado Por:

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

**Maria Stella Jara Gutierrez
Magistrada
Sala Penal
Tribunal Superior De Antioquia**

**Isabel Alvarez Fernandez
Magistrada
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: **25a44db4ac3fd056771fd7614ce3ed4072fab407d897d600674560b8c47eb0d6**

Documento generado en 03/08/2023 04:35:00 PM

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



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA DE DECISIÓN PENAL

Medellín, dos (2) de agosto de dos mil veintitrés (2023)

Radicado : 2018-1542-4
Sentencia (Ley 906) - 2ª Instancia.
CUI : 058376000353201580502
Acusado : José Gregorio Mosquera Chima
Delito : Homicidio agravado y Homicidio
Tentado agravado

El 01 de agosto de 2023 se aprobó dentro del proceso identificado con el CUI 058376000353201580502 que se adelanta contra José Gregorio Mosquera Chima, por la Sala decisión de segunda instancia, la sentencia que revocó la providencia condenatoria de primer grado y en su lugar se absolvió al procesado.

En tal sentido, se fija como fecha y hora para la LECTURA DE SENTENCIA dentro del proceso de la referencia, el día **JUEVES DIEZ (10) DE AGOSTO DEL AÑO DOS MIL VEINTITRÉS (2023). A LAS CUATRO DE LA TARDE (04:00 P.M.).**

Se ordena a la Secretaría común, **LIBRAR LA RESPECTIVA BOLETA LA LIBERTAD** del citado José Gregorio Mosquera Chima, sin esperar a la fecha de la lectura de la sentencia, ello, con el fin de que se haga efectiva de forma **INMEDIATA**.

De igual forma, se ordena a la Secretaría común, por el medio más expedito, se cite a las partes e intervinientes procesales a través de sus correos oficiales, confirmando su asistencia a la diligencia

CÚMPLASE

(firma digital)
Isabel Álvarez Fernández
Magistrada

Firmado Por:
Isabel Alvarez Fernandez
Magistrada
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: **4d7c3756da5a08bffe33efab13917b646de180467058abfc5843e2cd65fba7**

Documento generado en 02/08/2023 05:16:24 PM

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



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA DE DECISIÓN PENAL

Medellín, dos (2) de agosto de dos mil veintitrés (2023)

Radicado : 2020-0282-4
Sentencia (Ley 906) - 2ª Instancia.
CUI : 051426100198201580057
Acusado : Miguel Ángel Morales Morales
Delito : Actos sexuales con menor de 14 años

El 27 de julio de 2023 se aprobó, dentro del proceso identificado con el CUI 051426100198201580057 que se adelanta contra Miguel Ángel Morales Morales, por la Sala decisión de segunda instancia, la decisión que revocó la sentencia condenatoria de primer grado y en su lugar, se absolvió al procesado.

En tal sentido, se fija como fecha y hora para la LECTURA DE SENTENCIA dentro del proceso de la referencia, el día **VIERNES ONCE (11) DE AGOSTO DEL AÑO DOS MIL VEINTITRÉS (2023), A LAS CUATRO DE LA TARDE (04:00 P.M.).**

Se ordena a la Secretaría común, **LIBRAR LA RESPECTIVA BOLETA LA LIBERTAD** del citado Miguel Ángel Morales Morales, sin esperar a la fecha de la lectura de la sentencia, ello, con el fin de que se haga efectiva de forma **INMEDIATA**.

De igual forma, se ordena a la Secretaría común, por el medio más expedito, se cite a las partes e intervinientes procesales a través de sus correos oficiales, confirmando su asistencia a la diligencia

CÚMPLASE

(firma digital)
Isabel Álvarez Fernández
Magistrada

Firmado Por:
Isabel Alvarez Fernandez
Magistrada
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: **26402dacc8eb9083aeac98b16c367bfc61fed862409a05ee070fc6aaf0e8aef3**

Documento generado en 02/08/2023 05:16:43 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, primero (1º) de agosto de dos mil veintitrés (2023)

Nº Interno : 2022-0007-4
Sentencia (Ley 906/04) - 2ª Instancia.
CUI : 05-837-60-00353-2020-00003.
Acusado : Ángel Mauricio Gómez Arango.
Delito : Acceso carnal abusivo con menor de 14 años, en concurso homogéneo, sucesivo y heterogéneo con Actos sexuales con menor de 14 años y Acceso carnal violento, Agravados.
Decisión : Declara desierto recurso de casación promovido por la defensa.

Proyecto discutido y aprobado en sesión de la fecha.
Acta N° 239.

M.P. Isabel Álvarez Fernández

En Sala de Decisión Penal, presidida por el Magistrado en Descongestión José Ignacio Sánchez Calle del Honorable Tribunal de Medellín, se profirió sentencia de segundo grado, calendada el día 28 de abril de 2023 y en la cual se confirmó la decisión condenatoria de instancia, en contra del señor Ángel Mauricio Gómez Arango; sin embargo, dado que el expediente estaba originalmente asignado a esta Sala y teniendo en cuenta que la medida de descongestión establecida para este Despacho

Nº Interno	:	2022-0007-4 Sentencia (Ley 906/04) - 2ª Instancia.
CUI	:	05-837-60-00353-2020-00003.
Acusado	:	Ángel Mauricio Gómez Arango.
Delito	:	Acceso carnal abusivo con menor de 14 años, en concurso homogéneo, sucesivo y heterogéneo con Actos sexuales con menor de 14 años y Acceso carnal violento, Agravados.

en el Acuerdo PCSJA22-1205 del 14 de diciembre de 2022¹, sólo esta instituida para el proferimiento de sentencias, de acuerdo al artículo 2º del citado Acuerdo, procederá la Sala presidida por la suscrita Magistrada a pronunciarse acerca del recurso extraordinario de casación interpuesto por la defensa al momento de la notificación.

Al respecto, el término dispuesto por el artículo 183 de la ley 906 de 2004, modificado por el artículo 98 de la ley 1395 de 2010, el acusado interpuso el recurso extraordinario de casación² frente a la aludida decisión; no obstante, el término subsiguiente de treinta (30) días, previsto en la referida normativa para efectos de la presentación de la respectiva demanda de casación, venció el día 24 de julio de 2023³, sin que se procediera de conformidad.

En tales circunstancias y de conformidad con la anunciada preceptiva, lo pertinente entonces es declarar desierto el recurso extraordinario de casación que el acusado frente a la sentencia de segundo grado proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior de Medellín con funciones de descongestión y en esa medida, disponer que por Secretaría de la Sala se notifique a la parte recurrente la presente providencia, con miras a que una

¹ *“Los despachos que reciben procesos, según lo dispuesto en el presente acuerdo, los tramitarán hasta su culminación e igualmente, resolverán lo concerniente a la aclaración, corrección y adición del fallo. PARÁGRAFO PRIMERO. Una vez proferido el auto o fallo, se remitirá al despacho de origen para su notificación, con el apoyo de la Dirección Seccional de Administración Judicial de Medellín.”*

² PDF.12

³ PDF 13-14.

Nº Interno : 2022-0007-4
Sentencia (Ley 906/04) - 2ª Instancia.
CUI : 05-837-60-00353-2020-00003.
Acusado : Ángel Mauricio Gómez Arango.
Delito : Acceso carnal abusivo con menor de 14 años, en concurso homogéneo, sucesivo y heterogéneo con Actos sexuales con menor de 14 años y Acceso carnal violento, Agravados.

vez la misma surta ejecutoria, se proceda con la remisión de las diligencias ante el Juzgado de origen.

En mérito de lo brevemente expuesto, **EL TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA, SALA DE DECISIÓN PENAL,**

RESUELVE.

PRIMERO: DECLARAR DESIERTO el recurso extraordinario de casación interpuesto por la defensa del acusado, frente a la sentencia de segundo grado, proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior de Medellín con funciones de descongestión, y en la cual se confirmó la decisión de condena proferida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito con funciones de conocimiento de Turbo, en contra del señor Ángel Mauricio Gómez Arango, conforme a los fundamentos consignados en la parte motiva.

SEGUNDO: SE DISPONE que por Secretaría de la Sala se efectúe notificación de la presente providencia a la parte recurrente y en cuanto la misma surta ejecutoria, se proceda con la remisión de las diligencias ante el Juzgado de origen, a fin que se continúe con los trámites de ley.

NOTIFÍQUESE Y CUMPLASE,

Nº Interno : 2022-0007-4
Sentencia (Ley 906/04) - 2ª Instancia.
CUI : 05-837-60-00353-2020-00003.
Acusado : Ángel Mauricio Gómez Arango.
Delito : Acceso carnal abusivo con menor de 14 años, en concurso homogéneo, sucesivo y heterogéneo con Actos sexuales con menor de 14 años y Acceso carnal violento, Agravados.

LOS MAGISTRADOS

ISABEL ÁLVAREZ FERNÁNDEZ

RENÉ MOLINA CÁRDENAS

GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME

Firmado Por:

Isabel Alvarez Fernandez
Magistrada
Sala 001 Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

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

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: **a69de2ec3034be123b38106da6726217a29ceded7503ee5a1c1c74ed5a8883ce**

Documento generado en 02/08/2023 03:16:07 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, dos (2) de agosto de dos mil veintitrés

Magistrado Ponente:
RENÉ MOLINA CÁRDENAS

Aprobado en Acta 78 de la fecha

Proceso	Auto Interlocutorio – Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad
Asunto	Apelación contra decisión que resolvió solicitud de traslado de centro de reclusión a una comunidad indígena
Radicado	05-001-60-00000-2022-00230 (N.I. TSA 2023-1301-5)
Decisión	Se abstiene de resolver y remite al competente

ASUNTO

La Sala se pronuncia sobre el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de LUS ÁNGELA CEBALLOS VAHOS contra el auto interlocutorio Nro. 2125-CARA del 22 de junio de 2023, mediante el cual el Juzgado Cuarto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Medellín negó la solicitud de traslado del complejo carcelario y penitenciario El Pedregal a la comunidad indígena del resguardo Katio – Dokerazavi, ubicada en Turbo – Antioquia, para continuar allí con el cumplimiento de la pena de prisión impuesta.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad

Procesada: Lus Ángela Ceballos Vahos
Delito: Concierto para delinquir agravado y otro
Radicado: 05-001-60-00000-2022-00230
(N.I. TSA 2023-1301-5)

Para lo que interesa a esta decisión, CEBALLOS VAHOS se encuentra privada de su libertad en la Cárcel de El Pedral de la ciudad de Medellín, cumpliendo un fallo de condena emitido por el Juzgado Sexto Penal del Circuito Especializado de Antioquia el 21 de octubre de 2022, el que fue confirmado por esta Sala el 9 de diciembre del mismo año.

Conforme a lo anterior, la vigilancia de la pena correspondió al Juzgado Cuarto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Medellín, autoridad que el 22 de junio de 2023 resolvió negarle una solicitud de traslado a un resguardo indígena. Inconforme con esta decisión, el apoderado de la sentenciada la apeló.

Ahora, como en este evento no se trata de la apelación contra una providencia que verse sobre mecanismos sustitutos de la pena privativa de la libertad o la rehabilitación, casos en los que debe aplicarse el artículo 478 del C.P.P., lo acertado es atender lo dispuesto en el numeral 6 del artículo 34 *ibídem*, de modo que la apelación contra el citado auto es competencia de la Sala Penal del Tribunal del distrito al que pertenece el Juzgado que vigila la condena, para el caso, la Sala Penal del Tribunal Superior de Medellín. A propósito, en reciente pronunciamiento la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia reiteró la que ha sido una pacífica línea sobre este tipo de asuntos, así:

*“El artículo 478 ibidem hace alusión a una competencia especial y excepcional, pues le atribuye al juez que profirió la condena el conocimiento de los recursos de apelación interpuestos únicamente contra las decisiones que versen sobre «mecanismos sustitutos de la pena privativa de la libertad y la rehabilitación»; mientras que la alzada impetrada contra autos que resuelvan temas distintos es competencia de **la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito al cual haga parte el juzgado de ejecución de penas y medidas de seguridad** (CSJ AP2074, 18 may. 2022, Rad.: 61376), esto en*

atención a la competencia general y residual del numeral 6° del artículo 34 ejusdem”¹

Sin embargo, de manera equivocada, el recurso de apelación fue enviado y repartido a esta Sala.

Siendo así, esta Sala se abstendrá de resolver el recurso planteado y ordenará remitir el expediente a la **SALA PENAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN** para que, de acuerdo con lo antes expuesto, adelante el trámite correspondiente. Además, se informará de esta decisión al Juzgado Cuarto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Medellín, a la sentenciada y a su apoderado, para lo pertinente.

Por lo expuesto, **EL TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA, EN SALA DE DECISIÓN PENAL,**

RESUELVE

PRIMERO: ABSTENERSE DE DECIDIR el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de LUS ÁNGELA CEBALLOS VAHOS contra el auto interlocutorio Nro. 2125-CARA del 22 de junio de 2023 proferido por el Juzgado Cuarto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Medellín.

SEGUNDO: REMITIR el expediente a la **SALA PENAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN** para que proceda conforme a su competencia.

TERCERO: INFORMAR de esta decisión al Juzgado Cuarto de Ejecución de Penas y Medidas de Medellín, a la sentenciada y a su apoderado.

CÚMPLASE

¹ CSJ SP radicado 63024 del 1 de febrero de 2023, AP176-2023, M.P. Luis Antonio Hernández Barbosa.

RENÉ MOLINA CÁRDENAS

Magistrado

GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME

Magistrado

EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA

Magistrado

Firmado Por:

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

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

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

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

Código de verificación: **527fb4f2b1b5c22e81046013895a5a4e0c8e3b11e651f75f987d303e56d4816d**

Documento generado en 03/08/2023 08:29:48 AM

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, tres (3) de agosto de dos mil veintitrés

Sentencia de segunda instancia

Acusado: Eliver de Jesús Saldarriaga Galeano Delito: Actos sexuales con menor de 14 años agravado

Radicado: 05-034-61-00141-2021-80042

(N.I. TSA 2023-0972-5)

De conformidad con las facultades otorgadas por el Consejo Superior de la Judicatura, a través del acuerdo PCSJA22-11972 del 30 de junio de 2022, se fija fecha y hora para la lectura de sentencia dentro del proceso de la referencia para el día **MARTES OCHO (8) DE AGOSTO DE DOS MIL VEINTITRÉS (2023), A LAS NUEVA Y TREINTA (09:30) HORAS.**

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

COMÚNIQUESE Y CÚMPLASE

RENÉ MOLINA CÁRDENAS

Magistrado

Firmado Por:

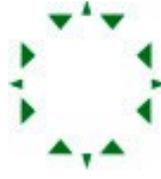
Rene Molina Cardenas
Magistrado
Sala 005 Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

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

Código de verificación: **9c149d56c9c07f199c0dd153e5f661ba6cec9ce1ce7cc11716cc1c129fd22ec7**

Documento generado en 03/08/2023 09:36:30 AM

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



TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA

SALA PENAL DE DECISIÓN

Medellín, dos (2) de agosto de dos mil veintitrés

Magistrado Ponente:

RENÉ MOLINA CÁRDENAS

Aprobado en Acta 78 de la fecha

Proceso	Penal
Instancia	Segunda
Apelante	Ministerio público y fiscalía
Radicado	05 001 60 99150 2019 80083 (N.I. TSA 2023-1303-5)
Decisión	Dejar sin efectos la orden emitida por el Juez

ASUNTO

La Sala resuelve el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio público y la Fiscalía en contra de la decisión proferida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Rionegro – Antioquia en el curso de la audiencia de Juicio oral.

ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

Para lo que interesa a la presente providencia, en sede de juicio oral del 17 de julio de 2023, se interrogó al acusado Diego Luis Ocampo Ceballos quien manifestó su interés en declarar en juicio, no obstante, la defensa expuso su preocupación y solicitó se reprogramara la diligencia, debido a que su prohijado es un paciente que consume medicamentos psiquiátricos y requiere concepto médico para determinar si es viable escuchar su testimonio.

El Juez interrogó al acusado sobre el estado anímico en que se encontraba, indicó que el procesado tiene una valoración con medicina legal en otro proceso el 7 de septiembre de 2023, por lo que era viable suspender la diligencia hasta esa fecha para examinar la conclusión del dictamen. Brindó traslado a las partes para que se manifestaran al respecto.

La fiscalía expresó su preocupación al observar un posible aplazamiento de la diligencia, indicó que el procesado se ve bien para emitir su declaración. El representante de víctimas accedió a que se aplase la diligencia por una sola vez. El ministerio publico informó que ninguna de las partes tiene la calidad de perito para hacer indagaciones al respecto del estado actual del procesado; no comprende hasta qué momento se va definir el asunto; se va trasladar una prueba de otro proceso sin tener en cuenta que en este sistema no se puede presentar prueba trasladada; no encuentra causal en la ley donde se indique que se puede suspender el juicio para preguntarle a un perito si el procesado puede o no declarar.

El Juez concluye que no es posible certificar que el procesado pueda estar en capacidad para declarar en este momento. Afirma que es necesario garantizar la declaración del procesado, por tanto, advirtió que oficiaría al INPEC para que informe cuál es el medicamento que está consumiendo el procesado, y con ello solicitar al Medicina legal para que defina si el señor Diego Luis se encuentra en capacidad para rendir declaración en juicio.

EL ministerio publico consideró que el Juez está decretando una prueba de oficio. Solicitó dar traslado a las partes para presentación de recursos.

El Juez dio traslado para presentación de recurso.

IMPUGNACION

El ministerio público informó que es evidente el decreto de una prueba de oficio, y aunque no esté determinado que frente a la decisión le procedan recursos es una situación *sui géneris* siendo necesario corregir el error del Juez. Afirma que no ha existido una petición probatoria dentro del proceso para probar la inimputabilidad de Diego Luis Ocampo Ceballos. El Juez de conocimiento no puede decretar esa prueba. Solicita se prohíba el decreto de esa prueba y se defina la situación dentro del proceso.

La fiscalía expuso que las víctimas no pueden cargar con la dilatación del proceso, mucho menos porque no se cuenta con una prueba sobreviviente que dé cuenta del estado de salud el procesado. Reitera que el procesado debe rendir declaración de inmediato pues al momento de que fue entrevistado por el Juez se observó coherente, respondiendo a las preguntas de forma clara en todas sus facultades.

El apoderado de víctimas compartió lo informado por la fiscalía.

El defensor público solicitó se conserve la decisión. Indica que la defensa desconocía que el procesado consumía esos medicamentos. El juez no está decretando ninguna prueba de oficio, esta realizando actos tratando de solucionar la particularidad que data en la actuación.

CONSIDERACIONES

Podría plantearse que la Sala debe abstenerse de resolver el recurso presentado, puesto que la Sala de Casación Penal en forma pacífica ha sostenido que las decisiones que se susciten en materia probatoria en desarrollo del juicio oral, por norma general, tienen el carácter de órdenes al tenor de lo reglado en el artículo 161 de la Ley 906 de 2004, por tanto, carecen de recursos y son de inmediato cumplimiento.

Las órdenes que cita el artículo 161 ibídem corresponden a las decisiones del funcionario judicial que disponen un trámite establecido por la ley para agilizar la actuación.

No obstante, se evidencia que el trámite ordenado por el Juez Segundo Penal del Circuito de Rionegro Antioquia afecta las garantías mínimas del proceso y va en contra de los principios de concentración, celeridad e inmediación.

En aras de preservar el derecho sustancial la Sala deberá corregir la actuación irregular del Juez. Veamos:

El procesado solicitó ser oído en juicio, pero informó no sentirse preparado psicológicamente en ese momento para rendir declaración, pues actualmente está consumiendo un medicamento psiquiátrico que le genera sensación de sueño y estado de *levitación*. El Juez, sin que ninguna de las partes lo solicitara, emitió una orden para que se valorara el testigo por el Instituto de Medicina Legal previo a rendir declaración, lo que conllevó a la suspensión de la diligencia, afectando los principios procesales de concentración, celeridad, inmediación, e imparcialidad del juzgador al decretar una prueba de oficio.

La Sala de Casación Penal¹ advirtió que la prohibición de decretar pruebas de oficio, consagrada en el artículo 361 del Código de Procedimiento Penal de 2004, es una garantía de la imparcialidad del juzgador que, desde el

¹ AP130-2017 Radicación No. 43879 de 18 de enero de 2017.

punto de vista del diseño institucional del proceso, está estrechamente relacionada con la forma en que las funciones judiciales están estructuradas. En efecto, la neutralidad que se exige de quien debe desatar la listis procesal, **impide que éste intervenga en la contienda jurídica por medio del decreto de pruebas de oficio**, puesto que, excepción hecha de aquellos supuestos en que el juez en función de control de garantías las decreta para garantizar la eficacia de los derechos que son objeto de su control judicial, una intervención de tal envergadura desbalancearía el equilibrio entre las partes.

En efecto, con el cumplimiento de la orden emitida por el Juez Segundo Penal del Circuito de Rionegro Antioquia destinada a que se valore al procesado por parte de Medicina Legal, se incorporaría una información que no fue allegada ni mucho menos solicitada en debida forma por la parte.

El Juez al verificar la renuncia al derecho a guardar silencio del procesado en cumplimiento del artículo 131 del C.P.P., realizó una serie de preguntas con el fin de determinar el estado cognitivo de Diego Luis Ocampo Ceballos, para finalmente ordenar una valoración que no fue solicitada. El acusado fue claro en expresar su deseo de renunciar al derecho a guardar silencio, la preocupación del procesado y de su defensa es con la práctica del interrogatorio, debido al presunto estado actual que le genera el medicamento que se encuentra consumiendo actualmente. Situación que se escapa de la órbita de la dirección del Juez, es la defensa técnica y material la encargada de encaminar la estrategia defensiva. Si el testigo no está en disponibilidad para declarar, es del resorte de la parte emplear las herramientas necesarias para incorporar la información que necesita en juicio.

Frente a la declaración del acusado en juicio y su valor suasorio, la Sala de Casación Penal indicó²:

² AP6357-2015 Radicación N° 41.198 28 de octubre de 2015

“La declaración del procesado, al menos en lo que a su práctica respecta, es reputada como un testimonio y, en tal condición, en principio debería llevarse a cabo «de acuerdo con las reglas previstas en este código» (...). Podría decirse, que el artículo 382 *ibídem* establece como «medios de conocimiento **la prueba testimonial**”, de tal suerte que, cuando menos desde la perspectiva estrictamente normativa, **no cabe duda que el dicho del procesado es una prueba y de esta manera debería entenderse que la declaración del inculpado estaría sometida a las condiciones generales de todos los medios probatorios**”. (negritas y subrayas propias)

Aunque la declaración del acusado como testigo tiene particularidades ³ comparado con la del testigo ordinario, tal particularidad no incide en, esencial, en la valoración probatoria que debe de realizar el Juez. Se equivoca el Juez a *motu proprio* al ordenar valoración médico legal de DIEGO LUIS OCAMPO CEBALLOS previo a su declaración. Se entendería que en todos los casos en que un testigo que consume un medicamento psiquiátrico, deba ser valorado por medicina legal antes de declarar en juicio. Es labor del Juez valorar la prueba de forma íntegra previo a emitir sentido de fallo y sentencia.

Por tanto, el Juez en lugar de respetar los principios de concentración, celeridad e inmediación en el juicio, suspendió la diligencia y decretó una prueba de oficio afectando el principio de imparcialidad.

En consecuencia, se deja sin efectos la orden emitida por el Juez Segundo Penal del Circuito de Rionegro Antioquia. Será decisión del acusado declarar o no en juicio. Se devolverá la actuación al Juzgado de origen para que se continúe con el trámite legal sin dilaciones según lo expuesto en este proveído.

³ Renunciar a guardar silencio es un derecho que compete exclusivamente al procesado, quien puede ejercerlo en los términos y con el alcance y extensión en que voluntariamente decida hacerlo; en consecuencia, aunque resuelva declarar, persiste para él la posibilidad de “i) **abstenerse de contestar una o más preguntas; ii) responder parcialmente los cuestionamientos que se le hagan; iii) desistir de su 2 CSJ AP, 11 dic. 2013, rad. 41.661. testimonio, incluso si ya ha iniciado, e incluso; iv) faltar a la verdad sin consecuencias adversas para él, siempre que no comprometa la responsabilidad de terceros, todo lo cual está fundado en los derechos a no auto incriminarse, guardar silencio y de defensa material.**” AP6357-2015, Radicación 41198

Sin necesidad de otras consideraciones, **EL TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA,**

RESUELVE

PRIMERO: Dejar sin efectos la orden emitida por el Juez Segundo Penal del Circuito de Rionegro Antioquia el 17 de julio de 2023.

SEGUNDO: REMITIR la actuación al Juzgado de origen para que se continúe con el trámite legal sin dilaciones, de acuerdo con lo establecido en esta providencia.

Contra esta decisión no proceden recursos.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

RENÉ MOLINA CÁRDENAS

Magistrado

GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME

Magistrado

EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA

Magistrado

Firmado Por:

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

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

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

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

Código de verificación: **a10b3855cd0dab92d6cec12739e3667268c67cbee89772ab6ec413b3a4f992ce**

Documento generado en 03/08/2023 08:29:22 AM

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, tres (3) de agosto de dos mil veintitrés

Sentencia de segunda instancia

Acusado: Yenifer Mazo Pino y otras

**Delito: Hurto Agravado Radicado: 05 44040890012022 00001
(N.I.2023-1114-5)**

De conformidad con las facultades otorgadas por el Consejo Superior de la Judicatura, a través del acuerdo PCSJA22-11972 del 30 de junio de 2022, se fija fecha y hora para la lectura de sentencia dentro del proceso de la referencia para el día **MARTES OCHO (8) DE AGOSTO DE DOS MIL VEINTITRÉS (2023), A LAS DIEZ (10:00) HORAS.**

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

COMÚNIQUESE Y CÚMPLASE

RENÉ MOLINA CÁRDENAS

Magistrado

Firmado Por:

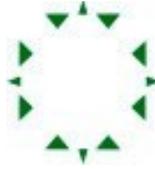
Rene Molina Cardenas
Magistrado
Sala 005 Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

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

Código de verificación: **37b9c9cc8111060b4a227e705e0a05509671d8a44863d1bbdb0bf01636a5700e**

Documento generado en 03/08/2023 09:39:31 AM

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



TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA PENAL DE DECISIÓN

Medellín, ocho (8) de agosto dos mil veintitrés (2023)

Magistrado Ponente
RENÉ MOLINA CÁRDENAS

Aprobado en Acta N° 78 del 2 de agosto de 2023

Proceso	Penal – Ley 1826 de 2017
Instancia	Segunda
Apelante	Defensa
Tema	Valoración probatoria
Radicado	05 690 60 00309 2020 00084 (N.I.:2022-1858-5)
Decisión	Confirma

ASUNTO

La Sala resuelve el recurso de apelación interpuesto por la defensa en contra de la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Promiscuo Municipal de Santo Domingo Antioquia.

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

HECHOS¹

La presente investigación se inició a raíz de la denuncia que interpusiera Duberney Márquez Serrano, quien indica que el día 22 de mayo de 2019, a eso de las 17:30 horas, en la zona rural del Municipio de Santo Domingo-Antioquia, vía que de este conduce a la ciudad de Medellín, sector Raudal; el señor JORGE MARIO FRANCO CARDONA conductor del vehículo tipo camión, marca FORD, línea cargo 815, color blanco, modelo 2007 y de placas TJA-571, causó lesiones de manera culposa al señor DUBERNEY MÁRQUEZ SERRANO, conductor del vehículo tipo motocicleta, marca Yamaha RX 115, color rojo, modelo 2005, de placas ZHD38A, quien impactó contra el vehículo tipo camión el cual se encontraba estacionado en contravía, por lo cual el señor DUBERNEY cae al suelo, sufriendo fracturas en miembro inferior derecho (tibia y peroné); lesiones que le que le derivaron una incapacidad médico-legal definitiva de CIENTO OCHENTA (180) días y secuelas con deformidad física que afecta el cuerpo de carácter permanente; perturbación funcional de miembro inferior derecho de carácter permanente; perturbación funcional de órgano de la locomoción también de carácter permanente.

LA SENTENCIA

El 11 de octubre de 2022, luego de finalizada la audiencia de juicio oral y de conformidad con el sentido de fallo anunciado, el Juez Promiscuo Municipal de Santo Domingo Antioquia, profirió fallo condenatorio en contra de Jorge Mario Franco Cardona por haberlo encontrado responsable como autor del delito de lesiones culposas previsto en los artículos 111, 112, 113, 114 y 117 del Código Penal, en donde resultó lesionado Duberney Márquez Serrano. Como consecuencia de ello se

¹ Así fueron presentados los hechos jurídicamente relevantes en el escrito de acusación.

impuso pena de nueve (9) meses y 18 días de prisión y multa de seis punto nueve (6.9) salarios mínimos legales mensuales vigentes y privación del derecho a conducir vehículos automotores y motocicletas por un periodo de dieciséis meses (16) meses.

IMPUGNACIÓN

En contra de esta decisión el defensor presentó oportunamente recurso de apelación en vía de obtener la absolución de su representado. La inconformidad se basa de manera esencial en lo siguiente:

El Juez desconoció la declaración del señor DUBERNEY MÁRQUEZ SERRANO quien aceptó que transitaba a una velocidad de más de 60 kilómetros por hora, sin contar lo informado por el inspector de policía CARLOS ANDRÉS AREIZA quien indicó que el lugar donde ocurrió el accidente la velocidad permitida era de 30 kilómetros por hora.

Refiere que según lo anterior, el despacho desconoció testimonios de la defensa donde indicaron que el señor Duberney el día del accidente iba a una velocidad superior a los 60 k/h, por tanto, se debe absolver a su prohijado por culpa exclusiva de la víctima.

Indica que hay una violación directa de la ley sustancial. Según como ocurrieron los hechos frente a la imputación objetiva, el resultado lesivo no fue solo producto del actuar de su prohijado, como se informó obedeció al exceso de velocidad de DUBERNEY MÁRQUEZ SERRANO y de un tercero que tenía la puerta del vehículo abierta, tal y como lo indicó la víctima.

Afirma que, en el ámbito de la imputación objetiva, la realización del tipo objetivo se predica cuando el hecho causado por una persona crea un riesgo jurídicamente desaprobado y el mismo se concreta en

un resultado, siempre y cuando exista relación de causalidad entre el riesgo creado y el resultado. Por tanto, para imputar el resultado al tipo objetivo no es suficiente que un sujeto produzca un riesgo que pueda formar parte de la cadena de causalidad natural que conduce al resultado nocivo; sino que, es necesario, además, que ese riesgo no permitido creado por el autor, y no otro, sea el mismo que se materialice en el resultado.

Advierte que, la imputación al tipo objetivo por un resultado final, podría excluirse para el autor original, cuando el riesgo creado por éste habría producido un efecto distinto, de no ser por la intervención de otro sujeto; quien, a su vez, genera otro riesgo que concurre con el anterior o lo incrementa, con entidad suficiente para desviar significativamente el curso causal original o para crear otro nexo causal diverso.

Por último, refiere que el despacho desconoce lo dicho por los testigos, en relación a la costumbre que existe en el municipio, referente a que los vehículos de carga se orillan para descargar, lo que es una práctica usada en la región por las condiciones de la vía y ello lo ha denominado la jurisprudencia como error de prohibición culturalmente condicionado y de esta manera la pena a imponer se reduce a la mitad.

Por lo anteriormente expuesto peticona se reemplace la decisión y se absuelva a su prohijado por tratarse desde la óptica de la imputación objetiva, la responsabilidad exclusiva de la víctima. De manera subsidiaria, de no ser procedente se conceda la rebaja establecida por tratarse de un error de tipo culturalmente condicionado.

La Fiscalía como no recurrente Informó que no es posible afirmar que porque la víctima se desplazaba a un límite superior o aproximado a los

60 k/h haya sido el responsable de sus propias lesiones. Los testimonios valorados en conjunto, fueron claros en indicar que se trataba de una vía de doble sentido, que la velocidad no influyó en la ocurrencia del accidente, más sí el hecho de haberse parqueado un camión conducido por FRANCO CARDONA en contravía y en una curva, con lo cual obstaculizó por completo la visibilidad de la víctima y de otros potenciales usuarios de la vía.

De los testimonios de los peritos expertos de la Unidad de Criminalística de la Policía de Carreteras, quedó claro que el hecho del vehículo estar estacionado en ese lugar, bajo las condiciones ya conocidas, fue lo que produjo el resultado de las lesiones, siendo esta entonces la causa determinante del suceso.

Además, el INT. VARGAS BAQUERO informó que según el artículo 107 del Código Nacional de Tránsito en una vía secundaria como esta (intermunicipal rural) la velocidad permitida es de 60 km/h, concluyendo que cuando se habla de un factor determinante se refieren al factor principal, descartando entonces de plano y técnicamente que el obrar de la misma víctima hubiese sido la causa de sus propias lesiones.

Solicita se confirme la decisión de primera instancia.

CONSIDERACIONES

Procederá la Sala a resolver las inconformidades del impugnante con la decisión de primera instancia. Se anticipa que la decisión será confirmada.

Indicó el recurrente que el Juez se equivocó en valorar la prueba respecto a los testimonios de: DUBERNEY MÁRQUEZ SERRANO quien

informó que se movilizaba a 60 klm/h; y del inspector de Policía CARLOS ANDRÉS AREIZA quien indicó que en la vía solo se podía transitar a un máximo de 30 klm/h; afirmando que la causa del accidente fue por culpa exclusiva de la víctima por el exceso de velocidad en la vía.

Cotejadas las declaraciones realizadas por los testigos anteriores, se tiene lo siguiente:

- En realidad Duberney Márquez Serrano indicó que se movilizaba aproximadamente en un máximo de 60 Klm/h, advirtió que no había señalización que indicara a qué velocidad se podía transitar en ese sector.²
- Ahora, respecto a la declaración del inspector de Policía CARLOS ANDRÉS AREIZA quien informó que en la vía solo se podía transitar a un máximo de 30 klm/h, se estableció que lo que específicamente informó el testigo fue lo siguiente: *“para la vía de la motocicleta solo había una señalización de transito de - curva preventiva-. Para el sentido del camión no se tuvo en cuenta las señales. Sin embargo, había una que regulaba la velocidad a 30 klm/h, pero solo aplica para la vía que llevaba el camión y no la motocicleta”*.³

El defensor mal interpretó lo informado por el inspector de Policía para indicar que el Juez realizó una indebida valoración probatoria. El testigo es claro en informar que no había señalización de prevención de disminución de velocidad en la vía que llevaba la víctima.

Se denota que la teoría que pretende plantear la defensa carece de pruebas. En primer lugar, no fue posible probar a qué velocidad

² Record 36:50 en adelante “38AudienciaJuicioOralParte1”

³ Record 47:25 en adelante “41AudienciaJuicioOralParte5” Misma información aportó el intendente VARGAS BAQUERO, Record 00:17:20 en adelante “44Audiencia JuicioOralParte7”

especifica iba la víctima⁴ y, por otro lado, tampoco demostró cual era la velocidad permitida en la vía que llevaba Duberney Márquez Serrano al momento de los hechos.

Por el contrario, según declaración del Intendente Elver Moncada Parra Funcionario de Policía de Carreteras, al no existir señalización que regule la velocidad, según el artículo 107 del Código Nacional de Tránsito en una vía secundaria como esta (intermunicipal rural) la velocidad permitida es de 80 km/h.⁵

Además de lo anterior, no se encuentra trascendencia en el presunto exceso de velocidad en el que se desplazaba la víctima, con el accidente ocurrido. La percepción de la velocidad a la que se desplazaba la motocicleta que conducía la víctima no es objeto de consideración.

De conformidad con los hechos de la acusación y según lo expuesto por el Juez de primera instancia luego de la valoración integral de la prueba, el accidente devino de la falta de deber objetivo de cuidado que tuvo JORGE MARIO FRANCO CARDONA por estar estacionado en contravía, muy cerca de la curva, ocupando la mayor parte del carril contrario, sin señalización alguna, infringiendo las normas de tránsito, artículos 55, 76 y 77 de la ley 769 del 2002 Código Nacional de Tránsito.

Es así, que la causa determinante del accidente fue estacionarse en lugar prohibido e invadir el carril contrario y no el exceso de los límites de velocidad como lo quiso hacer ver la defensa.

Tampoco es cierto lo informado por el recurrente al proponer que el resultado lesivo no fue solo producto del actuar de su prohijado, sino

⁴ Los testigos de la defensa se centraron en indicar que Duberney Márquez Serrano iba a exceso de velocidad (a más de 60 km/h – a 100 km/h) sin establecerse porque medio especial o tecnológico se determinó el nivel de velocidad.

⁵ Record 01:08:00 en adelante “41AudienciaJuicioOralParte5”

que obedeció al exceso de velocidad de Duberney Márquez Serrano y de un tercero que tenía la puerta del vehículo abierta, queriendo plantear una concurrencia figura que no procede en este caso. Para ello citó la sentencia SP1369-2022 Radicación N° 52728⁶ donde se habló de *la imputación objetiva e interferencia en los cursos causales y concurrencia de riesgos*. Aunque la figura no fue desarrollada por el recurrente, la hipótesis que pretendió presentar es desacertada. La concurrencia de riesgos presupone un hecho inicial por parte del sujeto activo, debe existir relación de causalidad entre el riesgo creado y la influencia de otros riesgos desaprobados concurrentes, creados por terceros o la víctima. Aquí el riesgo creado por el sujeto activo se concretó por sí solo, estacionó un camión de forma indebida, hecho que provocó que Márquez Serrano resultara lesionado al transitar por la vía, posterior a ello, no existió otra causa u otro riesgo, pues el daño fue creado por el acto inicial ocasionado por el procesado.

De la practica probatoria no se infiere una narración en contra de lo realmente sucedido, es más, el recurrente no cuestiona el actuar de Jorge Mario Franco Cardona en los hechos, pues, su reparo se centra en una posible "culpa exclusiva de la víctima", o, una concurrencia de culpas o de riesgos (como se informó, esto último no fue desarrollado). La defensa pretende desdibujar el grado de responsabilidad de Jorge Mario Franco Cardona con otras teorías que no fueron probadas y no proceden en este caso. Lo cierto es que de la valoración probatoria realizada por el Juez de primera instancia no cabe duda que Jorge Mario Franco Cardona realizó la causa determinante del hecho al infringir el deber objetivo de cuidado ya mencionado.

Por tanto, solo el actuar del implicado creó el riesgo jurídicamente desaprobado. Con su actuar aumentó el riesgo que lleva implícito la

⁶ Frente a la concurrencia de riesgos se presentó el siguiente ejemplo "*cuando el autor inicial, con la intención de matar a una persona, le causa graves heridas que ponen en serio peligro su existencia; y, no obstante, la víctima fallece más adelante, adicionalmente por: i) fallas relevantes del personal médico en el diagnóstico o tratamiento; o ii) comportamiento contraindicado del mismo paciente frente a su proceso de curación*"

actividad peligrosa de conducción de vehículos. Aunque el ejercicio de ésta, pese a su peligrosidad, se considera socialmente permitida, el legislador, al autorizarlo (riesgo jurídicamente permitido), fija determinados y concretos parámetros de forzoso acatamiento. Uno de éstos, es el de tomar todas las medidas necesarias para evitar poner en riesgo a los demás. Dicha disposición pretende evitar, justamente, que el desempeño de una actividad esencialmente peligrosa pueda causar peligro a todos los que intervienen en el tráfico vial.

En consecuencia, se observa que, en el asunto bajo juicio, lo decisivo desde una óptica normativa para la concreción del resultado lesivo, fue que el conductor del vehículo imprudentemente, se estacionó en contravía (antes de iniciar una curva), ocupando el carril contrario, sin ningún tipo de señalización. Tal actitud llevó a que su vehículo fuera obstáculo para los demás rodantes que se movilizaban en la vía invadida, como ocurrió con Duberney Márquez Serrano. Nada obligaba a la víctima a predecir que otro sujeto del tráfico, violara una norma tan básica de este ámbito. En efecto, con una conducción reglamentaria por parte del acusado, atendiendo las citadas normas de tránsito, el resultado lesivo no se hubiese producido.

De manera que conforme al artículo 9º de la ley 599 de 2000, ese nexo causal fue ocasionado en virtud de la infracción del deber objetivo de cuidado, en cuanto que desconoció las normas de tránsito que disciplinan la conducción del vehículo y que fue determinante para la producción del resultado.

De esta manera se cumple con la carga argumentativa que impone la demostración de que el resultado haya sido producto de la concreción del riesgo creado y que ha sido expuesto por la Corte Suprema de Justicia.⁷

⁷ "Básico y fundamental en orden a la declaración de responsabilidad penal tratándose de la imputación de delitos culposos, lo constituye la posibilidad demostrada de atribuir al sujeto agente el incumplimiento del deber objetivo de cuidado, con lo cual se introduce un elemento

Con lo expuesto queda claro que, la conducta realizada por el procesado, frente a la falta del deber objetivo de cuidado, infringiendo las normas de tránsito, afectó la salud de la víctima Duberney Márquez Serrano.

Por último, respecto al *error de prohibición culturalmente condicionado*, aunque la defensa en los alegatos de conclusión informó que era costumbre que los habitantes del sector estacionaran vehículos en ese lugar, tal error de prohibición no fue objeto de discusión ante el Juez de primera instancia, no se desarrolló, ni se probó nada al respecto.

Se procederá, entonces a confirmar la decisión proferida en primera instancia, en los términos precisados, en relación con el objeto de la apelación.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de naturaleza y origen conocidos, en cuanto fue materia de apelación.

normativo en esta clase de delitos que debe ser valorado en el propio momento de constatarse la tipicidad de la conducta, quedando la posibilidad de actuar de diversa manera para ser estudiada en sede de culpabilidad. Por lo tanto, no tiene hoy cabida entre nosotros el criterio original de causalidad que posibilitaba cualquier clase de imputación, sino que un resultado lesivo sólo puede ser objetivamente imputado, siempre y cuando dicho resultado sea previsible y viole el deber objetivo de cuidado y esa vulneración sea a la postre la que materialice el evento producido". CSJ Penal.30 de nov de 2011 e 37249 M.P. Salazar Otero.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

RENÉ MOLINA CÁRDENAS

Magistrado

GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME

Magistrado

EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA

Magistrado

Firmado Por:

Rene Molina Cardenas

Magistrado

Sala 005 Penal

Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Edilberto Antonio Arenas Correa

Magistrado

Sala 001 Penal

Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Gustavo Adolfo Pinzon Jacome

Magistrado Tribunal O Consejo Seccional

Sala 007 Penal
Tribunal Superior De Antioquia - Antioquia

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

Código de verificación: **bedc4c05b6cc8230fe608bf18f4bfcffcfabfca6ff415a42072357ec6a8ca56**

Documento generado en 03/08/2023 08:28:24 AM

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

SALVAMENTO DE VOTO.

Interlocutorio penal de 2° instancia

Radicado: 2022-0442

Con todo respeto, me aparto de la decisión adoptada de manera mayoritaria por la Sala Penal, en la que se confirmó la decisión adoptada por el Juez 3° Penal del Circuito de Rionegro (Ant.) que improbo el preacuerdo presentado por la Fiscalía con el procesado JOSÉ MIGUEL ALBÁN SÁNCHEZ, asistido por su defensor, al interior de la actuación que se sigue en contra del mencionado, por el supuesto delictivo de Homicidio Agravado en condición de cómplice.

Como presupuesto resulta importante señalar, que, aunque el Juez A quo consideró admisible que en virtud del preacuerdo y sólo para efectos punitivos, se le impusiera al procesado, a quien ya la Fiscalía le había degradado unilateralmente el grado de participación de coautor a cómplice, la pena prevista para quien había obrado en estado de ira.

Sin embargo, consideró el Juez de primera instancia, que la pena fijada por las partes (de 96 meses de prisión) desconocía la jurisprudencia que indicaba que a efectos de analizar si la pena pactada en un preacuerdo es razonable, debía tenerse en cuenta el momento procesal en el que se presentaba el preacuerdo. Así las cosas entonces, aunque el A quo consideró que era legítimo reconocer por el preacuerdo, la rebaja prevista para el Cómplice del delito de Homicidio Agravado había obrado con ira, estableció que ese nuevo margen punitivo derivado del preacuerdo, entre 33.33 meses de prisión (1/6 parte de la pena mínima) y 250 meses de prisión (mitad del máximo) debía dividirse en 3, y dentro de esos nuevos “tercios”, debían las partes fijar las penas, atendiendo al momento procesal en el que se presentara el preacuerdo.

Así las cosas, consideró el Juez A quo, que como el preacuerdo se había presentado después de radicado el escrito de acusación y antes del juicio, la pena por el preacuerdo, debía fijarse “en el segundo tercio”, esto es entre 105.55 meses y 177.77 meses de prisión. Improbando entonces el preacuerdo presentado por las partes, en el que se fijaba una pena de prisión de 96 meses para JOSÉ MIGUEL ALBAN SÁNCHEZ, quien según la Fiscalía obró como cómplice del delito de Homicidio agravado.

Frente a la decisión de primera instancia objeto del recurso de alzada, me aparto de lo resuelto mayoritariamente por la Sala, de confirmar la decisión recurrida, porque estimo que el Juez A quo, sin ningún fundamento legal ni jurisprudencial, creó “el sistema de tercios” que pretende imponerle a las partes en los preacuerdos.

Siendo importante señalar que, aunque en efecto en la decisión 52.227 la C.S.J. señaló que, de cara a determinar la pena a imponer en virtud de un preacuerdo sin base fáctica, debían considerarse entre otros aspectos, el momento procesal en el que se presentaba la aceptación acordada de cargos, eso bajo ninguna circunstancia puede entenderse, como que la Corte Suprema de Justicia ordenó que los jueces desconocieran el sistema de cuartos de movilidad, establecido en el artículo 61 del C.P.

Y en este punto es importante señalar, que si bien el ordenamiento jurídico establece que en materia de preacuerdos no rige el sistema de cuartos, esta disposición se creó para favorecer los preacuerdos, para que las partes, en el evento en el que existieran circunstancias de mayor punibilidad, no tuvieran que situarse necesariamente en los cuartos medios o en el máximo de cara a individualizar la pena, e incluso para que de cara a la respuesta social, y atendiendo a la naturaleza del delito, en los eventos en los que no existieran circunstancias de mayor punibilidad, las partes pudieran fijar una sanción por encima del cuarto mínimo.

Sin embargo, cuando las partes no fijan la pena, el juez necesariamente debe acudir a los criterios establecidos en el artículo 61 del C.P., y si es que no se atribuyeron circunstancias genéricas de mayor punibilidad, debe en todos los casos, fijar la pena dentro del cuarto mínimo, teniendo en cuenta los criterios fijados por la ley y la jurisprudencia (oportunidad procesal, indemnización a las víctimas, daño causado, entre otros) para fijar la pena definitiva a imponer. Y si es que las partes en virtud del preacuerdo fijaron la sanción, de cara a analizar si concurren las exigencias fijadas por la ley y la jurisprudencia, y teniendo en cuenta los límites del cuarto correspondiente, podría improbar el preacuerdo, solo si en el cuarto que legalmente le correspondería, la pena resulta irrisoria y desaprestigia a la administración de justicia.

Considerando esta funcionaria, que a efectos de individualizar las penas o declarar improbados los preacuerdos, los jueces deben ceñirse a lo establecido por la ley y a las pautas que ha fijado la jurisprudencia; por ello estimo, que contrario a lo resulto mayoritariamente por la Sala, que la decisión de primera instancia debió revocarse, y en su lugar debió aprobarse el preacuerdo.

Finalmente, también me aparto del planteamiento indicado en la decisión mayoritaria de la Sala, en el sentido que, como el procesado fue capturado en flagrancia, le resultaba aplicable el párrafo del artículo 57 de la Ley 1453, y por ello la rebaja a reconocer en virtud del preacuerdo no podía ser superior al 8.33%; y me aparto, por cuanto estimo que en los preacuerdos en los que no se pacta un porcentaje de rebaja a reconocer por la aceptación temprana de cargos, sino que se acude, como ficción, a la rebaja que correspondería si se hubiera obrado bajo alguna modalidad de participación o una atenuante de responsabilidad que implique una menor pena, entre otras, la ira, la marginalidad, el exceso, la complicidad, la tentativa, etc., no es aplicable el párrafo del artículo 57 de la Ley 1453. Lo que resulta compatible con lo decidido por la Corte Suprema de Justicia, en el radicado 45736, en el que señaló:

*"...Entonces, hay que tener en cuenta que todo dependerá de lo que las partes acuerden, pues –se insiste- una cosa es que convengan disminución en la cantidad de pena imponible, caso en el cual queda indemne el grado de participación imputado y no se podrá pactar una disminución distinta a la del párrafo del artículo 301, en concordancia con los preceptos 351 y 352 del Código de Procedimiento Penal. **Y, otra desemejante es si, como acaeció en esta oportunidad, se hizo un negocio en punto de la tipicidad, degradando el título de la participación, en cuanto la pena será la prevista para el cómplice, con todas sus consecuencias, y ninguna injerencia tiene el límite de rebaja por razón de la captura en flagrancia...**"»*

Por ello considero, itero, que debió revocarse la decisión recurrida y en su lugar debió impartirse aprobación al preacuerdo.

Atentamente,

Isabel Álvarez Fernández
Magistrada

Firmado Por:

Isabel Alvarez Fernandez

Magistrada

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: **464200aa275b80480aac2908e46d1c2942262d6de04f2a1c0bf7924d17a6e0e2**

Documento generado en 02/08/2023 11:18:45 AM

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

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

Auto interlocutorio de Segunda Instancia Ley 906 de 2004

Acusado: José Miguel Albán Sánchez y otro

Delito: Homicidio agravado

Radicado: 05 615 60 00000 2021 00052

(N.I. TSA 2022-0442-4-5)



TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA DE DECISIÓN PENAL

Medellín, dos (2) de agosto de dos mil veintitrés

Magistrado Ponente:
RENÉ MOLINA CÁRDENAS

Aprobado en Acta 78 de la fecha

Proceso	Auto Interlocutorio
Sistema	Ley 906 de 2004
Instancia	Segunda
Apelante	Defensa
Tema	Preacuerdos – proporcionalidad de la rebaja – criterios jurisprudenciales.
Radicado	05 615 60 00000 2021 00052 (N.I. TSA 2022-0442-4-5) ¹
Decisión	Confirma

ASUNTO

La Sala resuelve el recurso de apelación interpuesto por la defensa de José Miguel Albán Sánchez frente el auto del 31 de marzo del año 2022, mediante el cual se improbió el acuerdo celebrado entre las partes para la terminación del proceso que se adelanta en el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Rionegro – Antioquia.

¹ Esta ponencia fue cedida, debido a que el proyecto presentado por el Despacho 4 de esta Corporación fue derrotado.

Auto interlocutorio de Segunda Instancia Ley 906 de 2004

Acusado: José Miguel Albán Sánchez y otro

Delito: Homicidio agravado

Radicado: 05 615 60 00000 2021 00052

(N.I. TSA 2022-0442-4-5)

Es competente la Sala Penal del Tribunal Superior de Antioquia en atención a lo previsto en el numeral 1° del artículo 34 de la Ley 906 de 2004.

HECHOS

Según la acusación²:

“El día 20 de junio de 2021, siendo aproximadamente las 01:30 horas, mientras los señores patrulleros Julio Cesar Casarubia Espitia y Ronald Cardona realizaban actividades de registro y control a personas, son informados por el radio operador en turno del CMC, que a una persona masculina la estaban agrediendo tres jóvenes con armas corto punzantes en la calle 48 con carrera 50, sector La Convención y que mediante paneo y monitoreo de cámaras observan a estas personas correr de este sitio con armas corto punzantes, con características cada uno de ellos así: el primero vestía un buso manga larga negro, pantalón corto gris, zapatos negros y gorra negra, el cual llevaba un machete en la mano; el segundo vestía un buso manga larga color negro, jean azul oscuro y tenis color gris con blanco, llevando unos cuchillos en las manos; y el tercero, quien vestía chaqueta negra, jean azul oscuro y gorra negra, llevando un cuchillo en la mano; quienes iban corriendo desde la calle 48 con carrera 50, hacia la calle 51, más exactamente por la calle de las carnicerías, donde abordan un vehículo color negro de placas RIG981, de inmediato se dirigen los policiales al lugar indicado y observan a tres jóvenes con esas características suministradas, los cuales al notar la presencia policial emprenden la huida por el sector de la calle 48, llegando a la calle 47 con carrera 52, sector Belchite y comenzando una persecución al vehículo en mención, dándole alcance en la carrera 56 con calle 46, barrio El Hoyo; al solicitarles que se bajaran del vehículo de placas RIG981, marca Chevrolet Aveo, color negro titán, modelo 2008, estos hacen caso omiso tratando de evadir el procedimiento, donde se tuvo que utilizar el uso proporcional de la fuerza y al registrarlos a cada uno; el conductor se identifica como JOSÉ MIGUEL ALBÁN SÁNCHEZ c.c. 1.036.964.248 de Rionegro, al cual se le halla 01 machete de empuñadura color negro plástico, con sangre; el copiloto JHONATAN AGUDELO HENAO quien se identifica con cédula 1.146.441.070 de Medellín, se le halla en su poder 02 cuchillos con sangre, y un adolescente quien se hace llamar MARLON TOVAR AGUDELO identificado con Tarjeta de identidad 1.007.374.123 de Rionegro, al cual se le encuentra en su poder un puñal con sangre; seguidamente informan a los policías de la central de monitoreo de seguridad que, el ciudadano a quien agredieron estaba ya sin vida. (...)”

² Record 00:18:10 en adelante “14Acusacion20092021”

ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

El 21 de junio 2021 ante el Juzgado Primero Penal Municipal de Rionegro, se formuló imputación a José Miguel Albán Sánchez y a otro, por el delito de homicidio agravado, cargo al que no se allanó.

El 20 de septiembre de 2021 ante el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Rionegro Antioquia se formuló acusación al procesado por el delito de homicidio agravado por la sevicia y aprovecharse de la condición de indefensión o inferioridad de la víctima, artículos 103 y 104 numerales 6 y 7 del Código penal.

Luego de instalada la audiencia preparatoria, el 30 de noviembre de 2021 se varió el objeto de la audiencia con la finalidad presentar un preacuerdo realizado por fiscalía y defensa. Expone la fiscalía que la defensa allegó unos elementos importantes que llevan a colegir lo siguiente: (i) incumplimiento de la víctima a un beneficio de prisión domiciliaria al momento de la ocurrencia de los hechos en vía pública (ii) dificultades anteriores entre el occiso y la familia de los acusados por tres puñaladas que le causó la víctima al menor, que ahora es procesado por esta causa en cuerda separada (iii) la persecución que tenía la víctima sobre la familia de los acá acusados y (iv) se cuenta con evidencia que permite concluir que el señor José Miguel Albán Sánchez, llevó a los jóvenes al centro de la ciudad donde ocurrieron los hechos y posteriormente realizó maniobras para escapar del control policial, es decir, obró como cómplice y no como autor, ya que no fue participe de las lesiones que se la causaron a la víctima, pues es claro que quienes agredieron físicamente fueron Jhonatan, Duvan y su hermano menor.

Auto interlocutorio de Segunda Instancia Ley 906 de 2004

Acusado: José Miguel Albán Sánchez y otro

Delito: Homicidio agravado

Radicado: 05 615 60 00000 2021 00052

(N.I. TSA 2022-0442-4-5)

Concluye el Fiscal que José Miguel Albán Sánchez no puede vincularse como autor de esos hechos, sino que habría un ajuste de legalidad donde se le consideraría como “Cómplice”.

De acuerdo a la variación jurídica de José Miguel Albán Sánchez, el preacuerdo consistió en lo siguiente:

José Miguel Albán Sánchez acepta su responsabilidad penal por el delito homicidio agravado, en virtud de ello, se le reconoce para efectos rebaja de pena el estado de *ira e intenso dolor* de que trata el artículo 57 del Código Penal. Por tanto, en condición de cómplice y por el reconocimiento del estado de ira e intenso dolor se le tasa una pena de 96 meses de prisión.

El Juez interrogó al procesado y su defensor frente a los términos de la negociación quienes respondieron en forma positiva. El Ministerio Público manifestó estar de acuerdo. La apoderada de víctimas después de que le fueron resueltos varios interrogantes, no ofreció oposición alguna.

El Juez no aprobó el preacuerdo.³ De relevancia para sustentar su decisión adujo que:

Como la negociación de dio en audiencia preparatoria, el descuento punitivo debía ser de hasta la tercera parte, claro está al modificar los extremos punitivos en aplicación de la condición de ira e intenso dolor, esto es, entre 105 meses a 177,6 meses de prisión, teniendo en cuenta que no hay reparación, garantía de no repetición, ni contribución probatoria.

La tasación de la pena se realizó por debajo del rango señalado, lo que de ninguna manera podía ser aceptado pues no respetó los límites discrecionales fijados por la Corte Suprema de Justicia.

³ Record 00:37:39 a 00:41:22 “47AudioImpruebaPreacurdo”

IMPUGNACIÓN

En contra de esta decisión la fiscalía y defensa interpusieron recurso de apelación con la finalidad de que se revoque y en consecuencia se apruebe el acuerdo.

La Fiscalía

El preacuerdo se puso de presente al Despacho antes de realizar la audiencia de formulación de acusación, pero se requería de tiempo para recolectar los elementos que permitían sustentar el preacuerdo y fue por ello por lo que se solicitó el aplazamiento, al cual no se accedió. Reconoce que en el caso bajo análisis José Miguel Albán no participó de los hechos y solo hace presencia cuando los agresores tratan de escapar, es sorprendido por la policía y adelanta acciones para evadir a la policía, comportamiento que lo vinculó al presente trámite, por lo que la Fiscalía hizo el ajuste de legalidad en condición de cómplice.

Informó que quien responde por cómplice tiene derecho a que la pena sea disminuida hasta la mitad frente a aquella que se le impuso a quien obró en la calidad de autor y fue por ello que 96 meses de prisión corresponde a la mitad de los 192 meses que se le impuso al otro acusado Jhonatan Agudelo Henao en calidad de autor material, debiéndose aplicar entonces el principio que reza "*igual sustento, igual decisión*"; y es por ello que, insiste que la rebaja es de una sexta parte a la mitad, de conformidad con el artículo 30 del Código Penal y por tanto hay lugar a aprobar el preacuerdo celebrado con José Miguel Albán. Solicita revocar la decisión del fallador de primer grado.

La defensa

Informa que, el artículo 31 del Código Penal, señala que los partícipes, en este caso, "cómplice" tiene una pena que puede ser equivalente al 50% de la pena impuesta al autor y tal sentido, resulta incomprensible que la pena del autor este bien en 192 meses y no esté bien la del cómplice cuando es exactamente la mitad, por tanto, a su juicio, la rebaja no fue ilegal.

Cuestiona que el Juez indique el presente preacuerdo es sin base fáctica, cuando se cuentan con unos elementos que permiten colegir que, en efecto, la víctima pese a que estaba en prisión preventiva por homicidio, estaba dedicado al expendio de estupefacientes. Adicional a ello, causó su propia desgracia porque pretendió utilizar un menor de edad para la venta de estupefacientes, menor que es allegado de dos de los procesados. Advierte que, todo ello constituye un comienzo de base fáctica, hay elementos materiales probatorios que constituyen un mínimo de prueba de un comportamiento injusto y grave por parte de la víctima que desató comportamientos que acabaron con su vida.

Finalmente explica que, como el cómplice obró en estado de ira, debe aplicarse una regla jurisprudencial, que está siendo desconocida por parte del fallador de primera instancia. Entre el mínimo y el máximo en los casos de preacuerdos, no se aplica el sistema de cuartos, por tanto, sin sistema de cuartos las partes se pueden mover en el rango de 33 meses y diez días a 150 meses, pero era una decisión de las partes y por todas las circunstancias adicionales anotadas por el fallador, fue que se resolvió tasar 96 meses.

Solicita que se revoque la decisión de primera instancia y se apruebe la negociación arribada entre las partes frente a José Miguel Albán Sánchez.

Representantes de víctimas como no recurrente

Argumentan que, adicional a la degradación de la conducta por ira e intenso dolor, se reconoce la condición de cómplice y solo se tuvo en cuenta la temporalidad para conceder el beneficio, dejándose a un lado que la imposición de la pena debe ser coherente con el hecho que se está sancionando.

CONSIDERACIONES

Se determinará si fue correcta la decisión del Juez de no aprobar el acuerdo puesto a su consideración. La Sala anuncia desde ya que confirmará el auto. Las razones son las siguientes:

La modalidad de preacuerdo celebrada por las partes fue analizada por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en reciente pronunciamiento⁴. Se trata de la posibilidad de valerse de normas penales no aplicables al caso, con el solo propósito de establecer el monto de la rebaja a que accederá el procesado en virtud de preacuerdo. Explica la Corte:

*“(i) las partes no pretenden que el juez le imprima a los hechos una calificación jurídica que no corresponde, tal y como sucede en la modalidad de acuerdo referida en el párrafo precedente; (ii) así, a la luz de los ejemplos anteriores, el autor es condenado como tal, y no como cómplice, y no se declara probado que el procesado actuó bajo la circunstancia de menor punibilidad –sin base fáctica-; (iii) la alusión a una calificación jurídica que no corresponde solo se orienta a establecer el monto de la pena, esto es, se le condena en calidad de autor, pero se le asigna la pena del cómplice –para continuar con el mismo ejemplo-; (iv) **el principal límite de esta modalidad de acuerdo está representado en la proporcionalidad de la rebaja**, según las reglas analizadas a lo largo de este*

⁴ Corte Suprema de Justicia, sentencia de casación 52227 del 24 de junio de 2020 M.P. Patricia Salazar Cuéllar.

Auto interlocutorio de Segunda Instancia Ley 906 de 2004

Acusado: José Miguel Albán Sánchez y otro

Delito: Homicidio agravado

Radicado: 05 615 60 00000 2021 00052

(N.I. TSA 2022-0442-4-5)

proveído y que serán resumidas en el siguiente párrafo; y (v) las partes deben expresar con total claridad los alcances del beneficio concedido en virtud del acuerdo, especialmente lo que atañe a los subrogados penales.”

En punto de la proporcionalidad la Corte fijó unos criterios para determinarla:

“ (i) el momento de la actuación en el que se realiza el acuerdo, según las pautas establecidas por el legislador; (ii) el daño infligido a las víctimas y la reparación del mismo, (iii) el arrepentimiento del procesado, lo que incluye su actitud frente a los beneficios económicos y de todo orden derivados del delito; (iv) su colaboración para el esclarecimiento de los hechos, y (iv) el suministro de información para lograr el procesamiento de otros autores o partícipes, para lo que debe abordarse sistemáticamente el ordenamiento jurídico, en orden a establecer en qué eventos se justifican las mayores rebajas o beneficios.”

Véase que contrario a lo manifestado por la defensa y el fiscal, lo dispuesto por la Corte en dicha decisión sí se aplica al caso bajo análisis.⁵ Ahora, como la negociación en este caso se produjo al inicio de la instalación de la audiencia preparatoria, es cierto que el acuerdo debe atender este criterio para fijar el monto de la rebaja.

Además, en vista de que la captura del procesado se produjo en flagrancia, la disminución de la pena que se puede conceder vía preacuerdo en este momento procesal es de 8.33% de la pena a imponer, situación que pasó por alto el Juez al momento de decidir.

En atención a que no se pusieron de presente circunstancias adicionales que permitieran ir más allá de esta rebaja de conformidad con los criterios que regulan la proporcionalidad de la rebaja para este tipo de

⁵ Esta posición ha sido reiterada por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en diversas providencias, entre ellas, radicado 59529 del 23 de febrero de 2022, AP744-2022, M.P. Fabio Ospitia Garzón, donde se analizó un caso en el que las partes acordaron, para fines exclusivamente de la pena, degradar la modalidad de participación de autor a cómplice.

preacuerdos, el descuento punitivo propuesto por las partes no podrá ser acogido.

No obstante, la rebaja eventualmente pueda exceder el guarismo antes señalado. Es posible que la rebaja sea mayor si se justifica con el cumplimiento de los criterios de proporcionalidad enunciados por la Corte u otros que sean relevantes en el caso. La Jurisprudencia dejó claro que tales pautas no tienen carácter taxativo ya que la rebaja puede atender otras que incidan en su monto.

La decisión del juez fue correcta de conformidad con los criterios expuestos, en tanto que la rebaja no atendió la única pauta de proporcionalidad evidenciada en este asunto: que el acuerdo se presentó al iniciar la audiencia preparatoria. En estas condiciones se confirmará la decisión apelada.

A propósito de la decisión 47732 de 2016 es cierto que en esta y otras dos decisiones⁶ de ese mismo año la Sala Penal de la CSJ perfiló una solución como la que propuso el Juez al desconocer el parágrafo del artículo 301 del C.P.P. No obstante, es criterio de esta Sala que la Sentencia 52227 de 2020, posterior a la referida, recogió este tipo de concesiones que se apartaban de la proporcionalidad y del principio de legalidad. Al efecto, en la sentencia que sirve de apoyo a esta decisión se acudió a la comprensión de la Corte Constitucional en las decisiones C- 1260 de 2005, C-645 de 2012 y SU 479 de 2019 acerca de los límites de la fiscalía para la negociación de preacuerdos y los límites que involucran al Juzgador. Y es que ateniéndose a una lectura respetuosa del principio de legalidad el parágrafo del artículo 301 remite al artículo 351 en su integridad y no solo al inciso primero como se presentó en aquellas decisiones de 2016.

⁶ 45736 y 47588 de 2016

Auto interlocutorio de Segunda Instancia Ley 906 de 2004

Acusado: José Miguel Albán Sánchez y otro

Delito: Homicidio agravado

Radicado: 05 615 60 00000 2021 00052

(N.I. TSA 2022-0442-4-5)

La interpretación que se acoge también fue afirmada en una reciente decisión de la Sala Penal de la CSJ.⁷

En consecuencia, se confirmará la decisión emitida por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Rionegro Antioquia.

En mérito de lo expuesto, **EL TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA**, en Sala de Decisión Penal,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la decisión apelada.

Contra esta decisión no proceden recursos.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

RENÉ MOLINA CÁRDENAS

Magistrado

⁷ 47675 de 2019 “ **La captura en flagrancia limitaba las rebajas punitivas en los términos del artículo 301 de la Ley 906 de 2004 —modificado por el artículo 57 de la ley 1453 de 2011—**, toda vez que luego de ingresar en compañía de dos sujetos más a hurtar en un local comercial, lugar en el cual hirieron gravemente a uno de los dependientes, RINCÓN BERNAL fue aprehendido en la Avenida la Esperanza con carrera 87, en el vehículo taxi de placas VDK-867 que se movilizaba, hallando en su poder un revólver marca Smith & Wesson, **la fiscalía en el preacuerdo le atribuyó jurídicamente una participación accesoria como cómplice.**

A pesar del yerro de la Fiscalía por no haber tenido en cuenta la flagrancia en la celebración del preacuerdo, lo cierto es que tal circunstancia no es un problema de estricta tipicidad de las conductas ejecutadas y por las que se juzga al procesado.

De otra parte, adicional a lo señalado anteriormente, **la legalidad y eficacia del preacuerdo no se puede desconocer en esta sede ni admitirse su cuestionamiento porque la Fiscalía no tuvo en cuenta para el preacuerdo la captura de flagrancia, pues quienes tenían interés jurídico en reclamar no lo hicieron en su oportunidad**, además, como el procesado y su defensor son los únicos recurrentes, **no es admisible desconocer la prohibición de la no reformatio in peius, garantía constitucional** en favor del procesado que en este caso resulta inquebrantable y que la jurisprudencia de esta Sala ha reconocido en forma pacífica y uniforme, ejemplo de ello, entre otras, es la SP 10362018 (43533) de abril 11 de 2018.”

Auto interlocutorio de Segunda Instancia Ley 906 de 2004

Acusado: José Miguel Albán Sánchez y otro

Delito: Homicidio agravado

Radicado: 05 615 60 00000 2021 00052

(N.I. TSA 2022-0442-4-5)

GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME

Magistrado

Salvamento de voto

ISABEL ÁLVAREZ FERNÁNDEZ

Magistrada

Firmado Por:

Rene Molina Cardenas

Magistrado

Sala 005 Penal

Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Gustavo Adolfo Pinzon Jacome

Magistrado Tribunal O Consejo Seccional

Sala 007 Penal

Tribunal Superior De Antioquia - Antioquia

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

Código de verificación: **cb40ef9310cc7438bf09be2ce6f312f0960a07bdec022949b124b5f2c91d1435**

Documento generado en 03/08/2023 08:27:59 AM

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

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



TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA PENAL DE DECISIÓN

Medellín, dos (2) de agosto de dos mil veintitrés

Magistrado Ponente:
RENÉ MOLINA CÁRDENAS

Aprobado en Acta 78 de la fecha

Proceso	Auto interlocutorio Ley 906
Instancia	Segunda
Apelante	Ministerio público
Tema	Doble instancia – extinción de la pena – pérdida del proceso
Radicado	05-615-61-08501-2019-80129 (NI TSA 2023-1123-5)
Decisión	Nulidad

ASUNTO

En atención a lo previsto en el numeral primero del artículo 34 del C.P.P., Ley 906 de 2004, debería proceder la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el ministerio público en contra del auto proferido el 8 de junio de 2023 por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Rionegro – Antioquia, mediante el cual decidió declarar la extinción de la pena impuesta a PEDRO RÍOS BARRIENTOS, de no ser porque se ha podido establecer la existencia de una nulidad que afecta de manera trascendente el debido proceso.

ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

Para lo que interesa a esta decisión, conforme a los elementos con los que se cuenta, en audiencia de lectura del fallo del 5 de noviembre del año 2020,¹ como consecuencia de un acuerdo con la fiscalía, el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Rionegro profirió sentencia condenatoria en contra de RÍOS BARRIENTOS al declararlo penalmente responsable, como autor, del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, en las modalidades de *llevar consigo y transportar*, inciso 3 del artículo 376 del C.P., en consecuencia, le impuso las penas de cuarenta y cinco (45) meses de prisión y multa de cincuenta y ocho punto once (58.11) S.M.M.L.V., además, le negó la prisión domiciliaria y la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

En contra de esta decisión la defensa interpuso el recurso de apelación, el que sustentó de forma escrita en los días siguientes con la finalidad exclusiva de obtener la modificación de la sentencia y se concediera a su representado la prisión domiciliaria.² Ante la apelación presentada, el Juez decidió en la audiencia que el procesado continuara privado de la libertad en su domicilio hasta que se resolviera la segunda instancia. Pese a lo anterior, no se dio ningún trámite a la apelación, situación que solo se advirtió debido a que el 10 de abril del año 2023 la defensora indagó en el Juzgado sobre el resultado de la impugnación.

Debido a que, aun cuando el acusado no estuvo en prisión, ni la pena adquirió firmeza, sí estuvo privado de la libertad en su residencia desde el 26 de julio de 2019, situación que el Juez tuvo en cuenta para establecer que la pena de prisión impuesta se cumplió el 26 de mayo del año 2023. Así que el 8 de junio de la anualidad en curso emitió auto mediante el cual declaró extinguida la pena.³

¹ Archivo “018AudienciaLecturaSentencia”.

² Archivo “004SustentaciónRecursoApoderada”.

³ Archivo “009AutoExtinciónSanción”.

Inconforme con tal determinación, el ministerio público la apeló aduciendo que la pena no estaba en firme, ni se ha presentado la prescripción de la acción penal. De modo que el Juez de Conocimiento no es el competente para declarar la extinción de la pena por cumplimiento, decisión que corresponde a los jueces de ejecución de penas. Adicionalmente, porque se omitió dar el debido trámite al recurso de apelación presentado en contra de la sentencia condenatoria, al punto que no se dio traslado a los no apelantes ni se remitió el asunto a esta Sala. En consecuencia, solicita se revoque el auto que declaró la extinción de la pena y se ordene la corrección de la actuación.⁴ No se advierte pronunciamiento de los no recurrentes.

Revisados los archivos remitos a esta Sala, se advirtió que no se contaba con la totalidad del expediente, motivo por el que se requirió en varias oportunidades al Juzgado de Conocimiento a fin de que corrigiera la situación. En respuesta, mediante constancia secretarial del 19 de julio de 2023, el Juzgado informó que no se cuenta con el expediente de manera íntegra y que se encuentran en labores de reconstrucción.⁵

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Como se anticipó, la Sala decretará la nulidad de la decisión del Juez, como pasará a explicarse.

La primera precisión que se impone es respecto a la falta de competencia del Juez de Conocimiento para declarar la extinción de la pena. A propósito, es claro que esa decisión requiere que la pena se encuentre en firme, de modo que no es posible efectuar el análisis de extinción de la pena si en curso hay un recurso de apelación en contra de la sentencia condenatoria.

⁴ Archivo “011ApelaciónMinisterioPúblico”.

⁵ Archivo “026RtaTribunal (2)”.

Véase que el fallo condenatorio adquiere firmeza ya sea porque no se recurre o una vez sean resueltos los recursos interpuestos, en cualquier caso, la firmeza de la decisión implica que el asunto debe salir de la competencia del Juez de conocimiento, luego de tramitado el recurso.

Aunque eventualmente el Juez de Conocimiento puede pronunciarse sobre asuntos de libertad mientras la condena no este en firme, conforme al artículo 40 del C.P.P.,⁶ ello no lo habilita para pronunciarse respecto de la extinción de la pena, precisamente porque esta no se encuentra en firme. Véase que el artículo 41 *ibídem* establece que, ejecutoriado el fallo, es el Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad el competente para los asuntos relacionados con la ejecución de la pena.

Pareciera que el Juez entendiera que podía adoptar tal decisión teniendo en cuenta que la apelación apunta únicamente a la concesión de la prisión domiciliaria y que el procesado estuvo detenido en su residencia por un término igual al monto de la condena (45 meses). Con tal proceder olvida que la eventual libertad no implica necesariamente la extinción de la pena. En esos términos es evidente que el Juez Segundo Penal del Circuito de Rionegro no podía declarar la extinción de la pena.

Adicionalmente, se reitera, la razón por la que la pena no está en firme es que la sentencia se apeló por parte de la defensa, sin embargo, no se le dio el trámite pertinente. Nótese que, el ministerio público en su apelación contra la decisión de extinción y el propio Juez en tal auto, aseguran, en relación a la apelación contra la sentencia, que no se dio traslado a los no recurrentes, tampoco se concedió el recurso. Por lo tanto, nunca se remitió a este Tribunal, lo que produjo la indefinición del tal asunto, en clara

⁶ Sobre el tema, la CSJ SP ha reiterado: “*Empero, una vez proferida condena, así no se encuentre en firme, lo atinente a la libertad del sentenciado le compete decidirlo al juez de conocimiento, según lo prevé el artículo 40 del mismo compendio normativo*”. Entre otros, en los radicados 129650 del 30 de marzo de 2023, STP3543-2023, M.P. Myriam Ávila Roldán, y 122169 del 7 de abril de 2022, STP4795-2022, M.P. Gerson Chaverra Castro, en donde ha dejado presente que tal postura es pacífica tanto en las Salas de Tutela como en la Sala Penal.

vulneración a la doble instancia.

El error advertido, según informó el Juzgado, se debió a la pérdida del expediente en manos de uno de los empleados del Despacho. Aun así, esta situación no habilitaba al Juez para arrojar competencias que no tiene, como la de declarar la extinción de la pena. Además, porque pese a conocer sobre la pérdida de expediente, no lo reconstruyó. Incluso, remitió la apelación contra el citado auto con unos escasos documentos que en no sirven para corregir la falencia detectada.

A propósito, hasta este momento no se cuenta con registro de la audiencia de imputación e imposición de medida de aseguramiento, tampoco con la acusación, el preacuerdo celebrado entre las partes, el respectivo control a la aceptación de responsabilidad preacordada, ni la sentencia escrita. Sobre esta última, aunque se aportó registro de la audiencia de lectura del fallo, en dicha diligencia el Juez expresamente aseguró que no leería de manera íntegra la providencia, al punto que pasó de corrido cuando abordó los términos del preacuerdo, en el que debió informarse al procesado sobre las consecuencias de la terminación anticipada y las condiciones para la ejecución de la pena de prisión.

Nótese que todos los elementos referidos son básicos para verificar la legalidad de la pena, objeto imprescindible tanto para abordar la apelación de la sentencia, como la del auto de extinción. Al respecto, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia ha señalado:

"(...) procederá la nulidad si al menos una de las piezas extraviadas, a partir de una valoración ex ante, resultase necesaria para dirimir el objeto del asunto o como soporte de la legalidad de la actuación?"

El panorama advertido imposibilita a la Sala para adoptar una decisión de fondo respecto a la extinción de la pena y del recurso de apelación contra

⁷ CSJ SP, 22 jul. 2016, rad. 42930.

Auto interlocutorio segunda instancia

Acusado: Pedro Ríos Barrientos

Delito: Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes

Radicado: 05-615-61-08501-2019-80129

(NI TSA 2023-1123-5)

la sentencia, la que ni siquiera se conoce íntegramente y depende de un preacuerdo de las partes. Adicionalmente, se debe destacar que los términos prescriptivos continúan corriendo sin que a la fecha se advierta la estructuración de tal fenómeno.

En consecuencia, se decretará la nulidad del auto proferido por el Juez el 8 de junio de 2023, mediante el cual declaró la extinción de la pena, para que en su lugar, reconstruya en lo esencial y de manera urgente el expediente, además, imparta el trámite correspondiente a la apelación interpuesta por la defensa contra la sentencia condenatoria, sin perjuicio de que la recurrente eventualmente haga uso de la potestad que le da el artículo 179F del C.P.P.

Pese a lo anterior, conforme a la audiencia de lectura de sentencia, PEDRO DÍAS BARRIENTOS fue privado de su libertad desde el 25 de julio de 2019, mediante la imposición de la medida de aseguramiento de detención preventiva en su residencia, además, fue condenado en primera instancia a 45 meses de prisión, de modo que a la fecha se supera el término de duración de dicha condena,⁸ por lo que, pese a la nulidad decretada se mantendrá vigente la orden de libertad, pero por las razones aquí expuestas y no por la extinción de la pena.

Por lo anterior, el **TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA**, en Sala de Decisión Penal,

RESUELVE

⁸ Conforme a la causal de libertad prevista en el numeral 1 del artículo 317 del C.P.P.: “*ARTÍCULO 317. CAUSALES DE LIBERTAD. Las medidas de aseguramiento indicadas en los anteriores artículos tendrán vigencia durante toda la actuación, sin perjuicio de lo establecido en el párrafo 1o del artículo 307 del presente código sobre las medidas de aseguramiento privativas de la libertad. La libertad del imputado o acusado se cumplirá de inmediato y solo procederá en los siguientes eventos: 1. Cuando se haya cumplido la pena según la determinación anticipada que para este efecto se haga, o se haya decretado la preclusión, o se haya absuelto al acusado.*”.

Auto interlocutorio segunda instancia

Acusado: Pedro Ríos Barrientos

Delito: Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes

Radicado: 05-615-61-08501-2019-80129

(NI TSA 2023-1123-5)

PRIMERO: DECRETAR LA NULIDAD del auto proferido por el Juez el 8 de junio de 2023, mediante el cual declaró la extinción de la pena, para que en su lugar reconstruya urgente y en lo esencial el expediente, además, imparta el trámite correspondiente a la apelación interpuesta por la defensa contra la sentencia condenatoria, sin perjuicio de las potestades que el artículo 179F del C.P.P. otorga a la recurrente.

SEGUNDO: Mantener vigente la orden de libertad de PEDRO DÍAS BARRIENTOS, pero por las razones expuestas en esta providencia.

TERCERO: Remítanse de inmediato las diligencias al juzgado de origen para lo de su cargo.

Contra esta decisión no proceden recursos.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

RENÉ MOLINA CÁRDENAS

Magistrado

GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME

Magistrado

EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA

Magistrado

Firmado Por:

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

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

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

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

Código de verificación: **f381db05004ddd3ecbecbb8b9f1eb3bacf58c95b8c0c88977d9bc7a1f0f3d1fc**

Documento generado en 03/08/2023 08:28:13 AM

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, tres (3) de agosto de dos mil veintitrés

Acusado: John Fredy Rodríguez Alonso

Delito: Homicidio y otro

Radicado: 05 615 60 00364 2020 00382

(N.I. TSA 2023-0544-5)

De conformidad con las facultades otorgadas por el Consejo Superior de la Judicatura, a través del acuerdo PCSJA22-11972 del 30 de junio de 2022, se fija fecha y hora para la lectura de sentencia dentro del proceso de la referencia para el día **MARTES OCHO (8) DE AGOSTO DE DOS MIL VEINTITRÉS (2023), A LAS ONCE (11:00) HORAS.**

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

COMÚNIQUESE Y CÚMPLASE

RENÉ MOLINA CÁRDENAS

Magistrado

Firmado Por:

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

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

Código de verificación: **74de482232bb8575e6ddd180d4e5c0f36b776fed0a969cbadd095f86764eab9c**

Documento generado en 03/08/2023 09:42:12 AM

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

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE ANTIOQUIA

SALA DE DECISIÓN PENAL

Proceso No: 050002204000202300399

NI: 2023-1280-6

Accionante: Wilder Palacio Mosquera

Accionados: Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Turbo (Antioquia)

Decisión: Niega

Aprobado Acta No.: 114 de agosto 2 de 2023

Sala No.: 06

Magistrado Ponente

DR. GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME

Medellín, agosto dos del año dos mil veintitrés

V I S T O S

El señor Wilder Palacio Mosquera, solicitó protección Constitucional a sus derechos fundamentales al debido proceso y acceso a la administración de justicia, presuntamente vulnerados por parte del Juzgado Promiscuo Municipal de Turbo (Antioquia).

LA DEMANDA

El señor Palacio Mosquera, quien se encuentra recluso en el Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Apartadó, reclama ante el Juzgado Promiscuo Municipal de Turbo, la resolución del recurso de apelación interpuesto en contra del auto proferido por el Juzgado Primero de Ejecución de Penas de Apartadó que le negó la libertad condicional.

Como pretensión constitucional insta por la protección a sus derechos fundamentales, en ese sentido se ordene al juzgado fallador proceda a pronunciarse conforme a la apelación del auto que negó la libertad condicional, y en su lugar se revoque y se conceda dicha gracia.

TRÁMITE Y MATERIAL PROBATORIO RECAUDADO

Admitida la demanda el pasado 18 de julio de la presente anualidad, se dispuso notificar al Juzgado Promiscuo Municipal de Turbo (Antioquia), en el mismo auto se ordenó la vinculación del Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Apartadó, del Centro de servicios de los Juzgados de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Medellín y Antioquia y el Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Apartadó (Antioquia).

El asesor jurídico del Establecimiento Penitenciario de Apartadó, reclama la incompetencia para atender las pretensiones de la acción de tutela pues las mismas van dirigidas al juzgado de ejecución de penas y al juzgado fallador.

El Juzgado Tercero Promiscuo Municipal de Turbo (Antioquia), manifestó que ante ese despacho judicial se llevaron a cabo las audiencias preliminares en contra del señor Palacio Mosquera, el día 21 de julio de 2021 ordenó expedir orden de captura en contra del actor, la cual se hizo efectiva. Posteriormente el proceso fue remitido a la etapa de conocimiento, por lo que pregona por la incompetencia resolver el recurso de apelación objeto del presente trámite.

El Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Turbo (Antioquia), en principio asevera que el 23 de junio de 2023 recibió escrito de apelación en contra de los autos 381 y 382 proferidos el día 16 de junio de 2023 por el Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Apartadó, la cual remitió al juzgado executor para darle el trámite correspondiente. Posteriormente ante nuevo requerimiento de esta Sala informó el pasado 1 de agosto que ya recibió desde el 21 de julio nuevamente el proceso para desatar la alzada la cual se encuentra pendiente de resolver.

El Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Apartadó (Antioquia), aseveró que, por medio de auto del 22 de mayo de 2023 avocó conocimiento. Posteriormente por medio auto 381 y 382 del 13 de junio

de 2023, redimió 41.5 días y le negó la libertad condicional y la prisión domiciliaria al actor.

Estos autos interlocutorios 381 382 fueron notificados personalmente al sentenciado el día 14 de junio de 2023, el representante del Ministerio Público el día 13 del mismo mes y año, ante la ausencia de defensa se notificó por estados 029 del 22 de junio de 2023, el tiempo para recurrir se extendió hasta el día 27 de junio de 2023, presentando el recurso el 23 de junio de 2023.

Después de los traslados respectivos, el 11 de julio de 2023 pasó el expediente a Despacho para la resolución. Así fue como ese despacho el 21 de julio de 2023 por medio de auto 125 concede el recurso de alzada ante el Juzgado Promiscuo Municipal de Turbo.

Adjunta a la repuesta, constancia de envió del expediente seguido en contra del actor junto a la apelación al juzgado fallador.

El Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Turbo (Antioquia), informó que de la búsqueda en los libros radicadores, arrojó que ese despacho no conoce ni ha conocido proceso penal en contra del señor Palacio Mosquera, por lo cual no es el despacho competente para emitir pronunciamiento alguno.

El Centro de Servicios Administrativos de los Juzgados de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Medellín y Antioquia, señaló que, conforme al proceso penal seguido en contra del actor, el Juzgado Tercero de Ejecución de Penas y Medidas de Antioquia vigilaba la pena. Pero el 8 de mayo de 2023, remitió el expediente por competencia al Juzgado de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Apartadó, para continuar con la vigilancia de la pena impuesta.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia

Esta Corporación es competente para conocer el mecanismo activado, de conformidad con el artículo 1º numeral 2º del Decreto 1382 del 2000, así como del artículo 1º numeral 5º del Decreto 1983 de 2017, que modificara el Decreto 1069 de 2015 y el decreto 333 de 2021 respecto de las reglas de reparto de la acción de tutela.

2. Solicitud de amparo

El señor Wilder Palacio Mosquera solicitó el amparo Constitucional de sus derechos fundamentales, presuntamente vulnerados por parte del Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Turbo (Antioquia).

3. De la naturaleza de la acción

La acción de tutela se ha establecido como el mecanismo por excelencia ágil y eficaz de defensa de los derechos constitucionales fundamentales, frente a las amenazas o agresiones de las que sean objeto por acción u omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares, en los casos específicamente contemplados en la ley.

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

4. Del caso en concreto

En el caso bajo estudio se tiene que el señor Wilder Palacio Mosquera, propende por la protección de sus derechos fundamentales, por la resolución del recurso de apelación interpuesto en contra del auto que le negó la libertad condicional.

Por su parte, el Juzgado Primero de Ejecución de Penas de Apartadó, informó que por medio de auto interlocutorio 125 del 21 de julio de 2023 concedió el recurso de alzada en contra de los autos 381 y 382 del 16 de junio de 2023, ante el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Turbo, efectuando la remisión en la misma fecha del expediente con destino al juzgado fallador.

Lo anterior fue confirmado por el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Turbo (Antioquia), despacho judicial que, en respuesta al requerimiento efectuado por esta Magistratura, informó que efectivamente el juzgado executor remitió el recurso de apelación el pasado 21 de julio de 2023, recurso de alzada que se encuentra en trámite para adoptar la correspondiente decisión.

Ahora, conforme a las respuestas aportadas por los despachos judiciales encausados se puede derivar que el demandante se encontraba inconforme dado que no se había surtido el recurso de alzada interpuesto en contra de los autos 381 y 382 del 16 de junio de 2023. No obstante, en caso de mora, se constituiría en cabeza del Juzgado Primero de Ejecución de Penas de Apartadó, pues los autos recurridos se profirieron el 16 de junio y solo hasta el 21 de julio concedió el recurso de alzada y remitió al juzgado fallador el expediente para surtir el recurso de apelación. Lo que es evidente es que el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Turbo, se encuentra dentro del término para pronunciarse.

No puede en el caso concreto hablarse de mora judicial, por tanto, el recurso de apelación solo fue remitido al Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Turbo el 21 de julio de 2023, es decir, el juzgado fallador no ha superado el término para la resolución del recurso de apelación.

Así las cosas, esta Sala, entrará a definir si se cumplen con los requisitos para la procedencia de la acción constitucional.

La acción de tutela fue creada para que toda persona puede reclamar ante los jueces de la República en todo momento y lugar, bajo un procedimiento preferente y sumario la protección de los derechos fundamentales que consideren vulnerados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública, no obstante, se debe de cumplir con los siguientes requisitos: (I) legitimación en la causa por activa; (II) trascendencia iusfundamental del asunto; (III) subsidiariedad; e (IV) inmediatez.

Respecto a la *trascendencia iusfundamental del asunto*, este requisito se demuestra cuando se encuentra involucrado una controversia en torno al contenido, alcance y goce de algún derecho fundamental. Pues se tiene que el juez constitucional no puede inmiscuirse en asuntos que no denoten una clara importancia constitucional, de lo contrario se involucra en asuntos que les competen a otras jurisdicciones.

Consecuente con los argumentos que expone el actor en su escrito de tutela no evidencia la Sala, se configure algún defecto, que haga evidente la vulneración de derechos fundamentales y que en esa medida sea necesaria la intervención del Juez de tutela para conjurar tal situación, máxime si el despacho judicial demandado se encuentra dentro del término para pronunciarse respecto a las solicitudes que demanda, quien conforme al efectivo cumplimiento de sus deberes organiza los procesos por orden de llegada, a fin de no vulnerar derechos fundamentales de los demás procesados que esperan como el demandante la resolución de su proceso.

Así las cosas, resulta que no es evidente el quebrantamiento a los derechos fundamentales invocados por el señor Wilder Palacio Mosquera, por ende, no le queda más a esta Sala que NEGAR por improcedentes las pretensiones invocadas.

Sentencia discutida y aprobada por medios virtuales conforme lo dispuesto en el PARÁGRAFO SEGUNDO del ACUERDO PCSJA22-11972 del 30 de junio de 2022.

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

R E S U E L V E

PRIMERO: Se **NIEGA POR IMPROCEDENTE** el amparo de los derechos fundamentales invocados por el señor Wilder Palacio Mosquera en contra del Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Turbo (Antioquia); de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: La notificación de la presente providencia se realizará de conformidad con el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

TERCERO: Frente a la presente decisión procede el recurso de impugnación, el cual se deberá de interponer dentro los tres días siguientes a su notificación.

CUARTO: En caso de no ser apelada, envíese a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Gustavo Adolfo Pinzón Jácome
Magistrado

Edilberto Antonio Arenas Correa
Magistrado

Nancy Ávila de Miranda
Magistrada

Alexis Tobón Naranjo
Secretario.

Firmado Por:

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

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

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

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

Código de verificación: **b353b18276a5610e35e8f5af968c7cae149d25e243191f27c0c285e9d58f2b60**

Documento generado en 02/08/2023 04:10:59 PM

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



TRIBUNAL SUPERIO DE ANTIOQUIA
SALA PENAL DE DECISIÓN

Medellín, tres (3) de agosto de dos mil veintitrés

Magistrado Ponente
RENÉ MOLINA CÁRDENAS

Aprobado en Acta 77 del 25 de julio de 2023

Proceso	Penal
Instancia	Segunda
Apelante	Defensa
Radicado	050016000000202200479 (N.I. 2023-1094-5)
Decisión	Confirma

ASUNTO

La Sala resolverá el recurso de apelación interpuesto por la defensa en contra de la sentencia de preacuerdo del 25 de mayo de 2023 proferida por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Jericó Antioquia que negó a Fabio Andrés Ortiz Sosa la suspensión de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria.

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

ACTUACIÓN PROCESAL

En audiencia del 31 de mayo de 2022 la Fiscalía presentó los términos del preacuerdo al que llegó con el procesado, consistió en que FABIO ANDRES ORTIZ OSSA aceptara de manera libre, consciente y voluntaria su responsabilidad como AUTOR del delito de TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES previsto en el artículo 376 inciso 2° del C. Penal, pactándose como único beneficio o única rebaja compensatoria, los efectos punitivos de la figura de la complicidad, estableciendo la pena a imponer de treinta y dos (32) meses de prisión, y multa de un (1) salario mínimo legal mensual vigente.

En el trámite de la audiencia del artículo 447 del C.P.P. la defensa pidió que se concediera a su representado la suspensión de la ejecución de la pena según el artículo 63 del Código penal. Subsidiariamente solicitó la prisión domiciliaria de acuerdo con el artículo 38 ibídem.

El 25 de mayo de 2023 se dio a conocer la sentencia condenatoria proferida en contra de Fabio Andrés Ortiz Sosa a quien se declaró responsable del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes; se le impuso una pena principal de 32 meses de prisión y se le negó el subrogado de ejecución condicional de la pena y la prisión domiciliaria.

IMPUGNACIÓN

La defensa interpuso y sustentó el recurso de apelación. Soporta su pretensión de la siguiente manera:

FABIO ANDRES ORTIZ OSSA fue condenado a la pena de 32 meses de prisión en centro carcelario, sin beneficio de subrogados penales por expresa prohibición del artículo 68ª del Código penal, requisito objetivo para negar la prisión domiciliaria.

Afirma que de acuerdo con el artículo 38 del Código Penal, la prisión domiciliaria es un mecanismo sustitutivo de la prisión, que implica la restricción efectiva del derecho de libertad del condenado en su lugar de residencia o morada. El numeral 2º del artículo 38 **original del Código Penal** exigía que el juez para conceder el subrogado referido, debe de tener en cuenta lo siguiente: "(...) el desempeño personal, laboral, familiar o social, del sentenciado permita al Juez deducir seria, fundada y motivadamente que colocará en peligro a la comunidad y que no evadirá el cumplimiento de la pena." requisito que se mantuvo en la vigencia de las leyes 1142 de 2007 y 1453 de 2011.

Advierte que la Juez realizó una falsa motivación para negar el sustituto de prisión domiciliaria, no hizo ninguna argumentación sobre las circunstancias personales o familiares de Fabio Andrés Ortiz Sosa. La pena impuesta vía preacuerdo fue de 32 meses, esta puede ser suspendida de dos (2) a cinco (5) años, es decir los 32 meses no sobrepasa los 4 años, dejando claro que el legislador indica que es la IMPUESTA, mas no el quantum punitivo del delito. Indicó la Juez que el quantum punitivo del delito de tráfico, fabricación o portes estupefacientes es de 64 meses, quantum que supera los 4 años, por tal evento no cumple con el presupuesto del numeral 1º del artículo 63 modificado por la ley 1709 de 2014.

Refiere que la Juez se concentró en negar el sustituto sin tener en cuenta que el quantum mínimo de la pena del delito de estupefacientes no supera los 8 años del numeral 1º del artículo 38B. Citó la sentencia SP 500-2020 Radicación N° 54332 donde la Sala de Casación Penal de la Corte

concede el sustituto de la prisión domiciliaria a una mujer condenada por el delito de omisión de agente retenedor.

Indica que, de cara al actual régimen penitenciario y carcelario se han venido variando normas y reglas jurisprudenciales de rango constitucional, por tanto, los jueces están obligados a realizar un juicio de proporcionalidad para definir la sanción a imponer. No está de acuerdo con que la Juez realice valoraciones ceñidas a una sola posición o contexto, pues se demostró el arraigo familiar y social del procesado.

Advierte que, en la negociación y la declaración de responsabilidad se partió de unos elementos materiales probatorios, pero no se probó la finalidad del delito. Fabio Andrés Ortiz Sosa es un consumidor de estupefacientes y el verbo rector aplicado de OFRECER se aceptó solo con el ánimo de preacordar debido a que el ofrecimiento no se realizaba con el ánimo de lucrarse sino de satisfacer los deseos de personas en igual condición de drogadicción que la del procesado. Indica que se debe brindar el subrogado de acuerdo con los principios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad desarrollados por la Corte Constitucional.

CONSIDERACIONES

En atención a la naturaleza del recurso se limitará el estudio del asunto que fue objeto de disenso. El recurso es desatinado, inicialmente solo pretendía controvertir la negativa de la prisión domiciliaria, sin embargo, en el trascurso del escrito, se cuestionó la negativa de la suspensión condicional de la pena; la modalidad del preacuerdo aceptado por Ortiz Sosa; y advirtió que no fue probada la responsabilidad del procesado en el delito imputado.

Procederá la Sala analizar los dos últimos puntos en concreto, previo a determinar si procede la suspensión condicional de la pena o la domiciliaria. Se anuncia desde ya la confirmación de la sentencia:

- **Del mínimo probatorio.**

Sea lo primero indicar que, sumada a la aceptación voluntaria de responsabilidad de Fabio Andrés Ortiz Sosa, la fiscalía dio traslado de varias entrevistas que soportan el mínimo probatorio para definir la responsabilidad del procesado de forma anticipada en el delito de tráfico, fabricación y porte de estupefacientes artículo 376 inciso 2° del Código penal, con el verbo recto de ofrecer.

Entre los elementos aportados, se observa entrevista de Juan Carlos Ossa Ossa (tío del procesado) quien informó que su sobrino utilizaba la casa que su madre que les dejó de herencia para la venta de estupefacientes (*marihuana y perico*), además, informó que aprovechaba su trabajo de transportador para vender estupefacientes en su motocicleta.¹

Por otro lado, Alejandro López Albaharan (consumidor) reconoció en álbum fotográfico a Fabio Andrés Ortiz Sosa como la persona que vende vicio (*marihuana, perico y bazuco*) desde hace dos o tres años en el pueblo de Caramanta Antioquia, las ventas las hace a domicilio.²

Contrario a lo informado por el recurrente, entre estas y otras entrevistas trasladadas por la fiscalía, sumada la aceptación voluntaria de cargos del procesado, existe mínimo probatorio para condenar a Ortiz Sosa por la conducta imputada.

¹ Folio 8 en adelante “14ElementosMaterialesProbatorios”

² Folio 14 en adelante. *Ibidem*.

- **De la modalidad del preacuerdo aceptado.**

Informó la defensa que en el preacuerdo se reconoció la participación a título de cómplice, sin que se sostuviera que la rebaja solo era para efectos punitivos, afirmando una falsa motivación de la Juez quien negó suspensión condicional de la pena a pesar de que se emitió condena por 32 meses, tiempo que no supera los 4 años según el numeral 1° del artículo 63.

Se constató que, en el acuerdo celebrado, las partes fueron claras y precisas en cuanto a los términos en que el procesado aceptaba su responsabilidad y el beneficio que se le reconocía. La fiscalía advirtió que la degradación a cómplice operaba sólo para la determinación de la pena a imponer³.

La Juez previa verificación de los presupuestos contenidos en el artículo 131 del C.P.P., reiteró lo enunciado por la fiscalía: el imputado acepta su responsabilidad como autor del delito de: tráfico, fabricación o porte de estupefacientes; con la degradación de la participación a cómplice pactada, orientada solo a establecer el monto de la pena. Además, hizo claridad de manera detallada que el delito por el cual sería condenado cuenta con prohibición para conceder algún tipo subrogado penal.⁴ Finalmente, tanto la defensa como el procesado aceptaron los términos del acuerdo. Fabio Andrés Ortiz Sosa fue claro en reconocer que el único beneficio que se derivó de la aceptación de responsabilidad fue la rebaja de pena a 32 meses de prisión.⁵ De

³ Minuto 30:19 en adelante del registro virtual "05001609915420180002500_L053683189001CSJVirtual_01_20220531_080000_V 05_31_2022 03_21 PM UTC"

⁴ Minuto 06:44 en adelante del registro virtual "Minuto 30:19 en adelante del registro virtual "05001609915420180002500_L053683189001CSJVirtual_01_20220531_080000_V 05_31_2022 03_21 PM UTC"

⁵ ibídem

tal situación se observa que la defensa pretende desconocer la integridad de lo pactado para reclamar en favor de su prohijado la suspensión condicional de la pena o la prisión domiciliaria, sin que esto implicara una retractación a los términos del acuerdo aprobado por la Juez de instancia.

La Sentencia 52227 de 2020 de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, dejó claro que el reconocimiento por vía de preacuerdo de la complicidad a quien ha actuado en la realización de la conducta punible en calidad de autor, no puede ser entendido como una calificación jurídica que pretende variar la hipótesis factual aceptada por el sujeto. Por el contrario debe responder y ser condenado como tal y el reconocimiento debe estar orientado solo a establecer el monto de la pena.⁶

El legislador diferenció expresamente entre aceptación de culpabilidad por “el delito imputado” y la responsabilidad por el “delito base de la negociación”⁷. Si para las modalidades de preacuerdo simple o degradado, el legislador autorizó la condena por el “delito imputado”, no se encuentra razón atendible para que se varíe esa regla y se opte por la declaración de responsabilidad por el delito en los términos del preacuerdo celebrado. La forma de participación que surge de la readecuación o de la eliminación de un cargo en el preacuerdo, no puede conllevar beneficios que estén excluidos por el legislador en la norma, tampoco en la forma de ejecución de la pena. Esto, en virtud del principio de legalidad de los delitos y de las penas, es una garantía fundamental que constituye el poder sancionatorio del Estado, en la medida que

⁶ Sentencia SP2073-2020 52227 “bajo esta modalidad, la alusión a normas penales favorables al procesado, que no corresponden a la hipótesis factual aceptada, tiene como única finalidad establecer el monto de la rebaja. Así, por ejemplo, las partes aceptan que quien ontológicamente es autor sea condenado como tal, pero se le atribuya la pena que le correspondería si fuera cómplice. Asimismo, y también a manera de ilustración, no se pretende que el juez incluya en la calificación jurídica la circunstancia de menor punibilidad prevista en el artículo 56, sino que rebaje la pena en la proporción que correspondería si la misma se hubiera demostrado.”

⁷ inciso 2º del Art. 350 CPP: “el fiscal y el imputado, a través de su defensor podrán adelantar conversaciones para llegar a un acuerdo, en el cual el imputado se declarará culpable del delito imputado, o de uno relacionado de pena menor, a cambio de que el fiscal (...)”

“nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa”.

En todas las modalidades de la negociación, se debe declarar la responsabilidad penal por el delito realmente cometido⁸. El preacuerdo no produce cambio en la naturaleza de las cosas. Quien es imputado como autor de una conducta punible seguirá ostentando esa forma de participación criminal.

- **De la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria.**

Al ser declarado penalmente responsable Fabio Andrés Ortiz Sosa del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, del inciso 2º del artículo 376 del Código Penal en calidad de autor; asumiendo la pena prevista en el acuerdo como cómplice, los extremos punitivos no sufren ninguna alteración. Se mantiene como pena mínima prevista en la ley sesenta y cuatro (64) meses de prisión, monto superior al exigido por el numeral 1º del artículo 63 del Código Penal para el otorgamiento de la suspensión de la ejecución de la pena. Siendo innecesario verificar los demás requisitos contenidos en la norma.

En el caso de la prisión domiciliaria consagrada en el artículo 38B del Código Penal, **atendiendo a que los hechos fueron con posterioridad a la entrada en vigencia de la ley 1709 expedida el 20 de enero del año 2014,**⁹ la cual adicionó al Estatuto Penal dicha

⁸ Aclaración de voto del Magistrado EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER a las providencias CSJ SP 7100-2016, rad 46.101 de 1º de junio de 2016 y CSJ SP 17024-2016, rad. 44.562 de 23 nov. 2016, así como en conferencias sobre el tema de negociación. Salvamento de voto de la Magistrada PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR a la providencia CSJ SP 17024-2016, rad.44.562 de 23 nov. 2016.

⁹ El recurrente en el escrito de apelación citó la sentencia SP500-2020 Radicación N° 54332 donde la Corte concede el sustituto de la prisión domiciliaria a una mujer condenada por omisión de

norma en su artículo 23, tenemos que, entre los requisitos para su otorgamiento el siguiente: *“Que no se trate de uno de los delitos incluidos en el inciso 2º del artículo 68A de la Ley 599 de 2000. (...)”*

A su vez el artículo 68A del Código Penal al que alude el citado artículo fue modificado por el art. 32 de la ley 1709 donde se conformó un listado de conductas excluidas de los beneficios y subrogados penales, entre ellas: **los delitos relacionados con el tráfico de estupefacientes y otras infracciones.**

Teniendo en cuenta que para la fecha de los hechos (2018 y 2019) ya estaba vigente el artículo 32 de la ley 1709 de 2014 que modificó el artículo 68A del Código Penal, es claro que la decisión de primer grado se encuentra ajustada a derecho, pues resulta evidente que el procesado no cumple con el aspecto objetivo que demanda la norma, toda vez que la conducta por la que fue condenado (venta de estupefacientes) se encuentra expresamente excluida de beneficios y subrogados, circunstancia que torna inane un examen de otros aspectos como los alegados por la defensa.

En conclusión, la legislación vigente no permite que las personas condenadas por el delito de venta de estupefacientes sean acreedoras a ninguno de los subrogados penales establecidos en los artículos 38 o 63 del Código Penal (modificados por la ley 1709 de 2014).

Sin necesidad de más consideraciones, además de las expuestas por la Juez de primera instancia, se confirmará la decisión apelada.

agente retenedor, **sin percatarse que en esa oportunidad los hechos ocurrieron en el año 2008 antes de la entrada en vigencia de la ley 1709 expedida el 20 de enero del año 2014.**

Por lo expuesto, **EL TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA**, en Sala de Decisión Penal.

RESUELVE

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

RENÉ MOLINA CÁRDENAS

Magistrado

GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME

Magistrado

EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA

Magistrado

Firmado Por:

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

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

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

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

Código de verificación: **833794f3b30a3c476592639e21ed5263375ab8bd5b7b8522f0354da398188fce**

Documento generado en 26/07/2023 08:33:22 AM

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

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO DE ANTIOQUIA
SALA DE DECISIÓN PENAL

M. P. NANCY ÁVILA DE MIRANDA



1

Radicado único	050016000000202200036
Radicado Corporación	2023-0727-2
Procesados	Elkin Vianney Galvis Garcia y otros
Delitos	Concierto para delinquir con fines de microtráfico y otros
Trámite	Decreto de pruebas
Decisión	Revoca parcialmente

Medellín, veintisiete (27) de julio de dos mil veintitrés (2023)

Aprobado según acta Nro. 077

1. ASUNTO

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el delegado de la fiscalía; los defensores Jader Jhorman Mena Valencia, Oscar Mestra Bustamante y Frank Alberto Domínguez Mercado, contra el auto fechado del 27 de abril de 2023, que negó el decreto de un testigo de acreditación y la incorporación de una prueba documental solicitada por la fiscalía; unos testigos comunes solicitados por las defensas de los procesados; la petición direccionada a la Procuraduría

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

Nacional de Apartadó Antioquia y el álbum fotográfico de georreferenciación de lugares solicitados por el defensor Frank Alberto Domínguez Mercado, por parte del Juzgado Sexto Penal del Circuito Especializado de Antioquia.

2. HECHOS

Según el escrito de acusación, son los siguientes:

“La Fiscalía General de la Nación, a través de actos investigativos, genero investigación el día 14 de enero de 2021 y ha logrado establecer la existencia del grupo delincuenciales organizado denominado “LA COMERCIAL”, con injerencia en el municipio de Apartadó Antioquia. Grupo delictivo con permanencia en el tiempo, por varios años como se evidencia con los EMP recolectados desde el inicio de la investigación – entrevistas que los organizadores llevan 15 y 12 años, debidamente jerarquizado, con pluralidad de sujetos, con distribución de roles para cada uno de sus integrantes y que se han concertado con la finalidad de cometer delitos como CONCIERTO PARA DELINQUIR AGRAVADO con fines de NARCOTRÁFICO, y TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES, en la modalidad con la venta de estupefacientes dosificada en pequeñas cantidades distribuyéndolas en los barrios como son: “PARQUE ORTIZ” “PARQUE LA MARITINA Y SUS ALREDEDORES” “LA ESMERALDA” “LA ESMERALDA PUENTE AMARILLO” “LA ESPERANZA” “FUNDADORES DONDE ESTAN LOS BARES DE PLAY BOY, EL TRAGADERO, DUBAI Y ZAMBA BAR LA ESQUINA CERVECERA” “4. CUATRO DE JUNIO” “EL CONCEJO” “EL PRIMERO DE MAYO” “SEPTIMA DE LOPEZ” “POLICARPA” “EL OBRERO” al servicio de la Organización Criminal “CLAN DEL GOLFO”. –, estructura dedicada a la venta de toda clase de sustancias estupefacientes. SU denominación LA COMERCIAL se debió a los expendios ejercidos desde establecimiento comerciales abiertos al público como se relacionan.

Se cuentan como cabecilla de la misma organización los siguientes Alias: dentro de la línea o estructura principal con alcance organización delincuenciales al servicio CLAN DEL GLOFO, se tiene identificado como el encargado del manejo de todo lo que se puede mover o hacer en el Municipio de Apartado Antioquia y quien tiene el respaldo de la parte de los que tienen un rango mayor es conocido con el alias de “DON ELKIN” quien

corresponde al nombre de ELKIN VIANNEY GALVIS VALENCIA identificado con cédula de ciudadanía 71.938.662 de Apartado-Antioquia quien es el directamente encargado en representación al servicio Del "CLAN DEL GOLFO" de la administración del negocio ilícito que se maneja desde los locales comerciales o bares como son: ZAMBA BAR, PLEY BOY, EL TRAGADERO Y DUBÁI, BARRIO ORTIZ, BARRIO LA ESMERALDA, PARQUE LA MARTINA, LA ESPERANZA, aunque son pocas la veces que frecuenta los locales comerciales y demás plazas, más sin embargo para el Municipio de Apartado no es un secreto que esta persona es quien maneja el negocio del microtráfico, y otros delitos dentro del Municipio de Apartadó Antioquia, de esta forma se moviliza todos los días en diferentes vehículos más exactamente de servicio público taxis polarizados y vehículos personales en horarios nocturnos.

Bajo el mando de esta persona y quien sigue dentro de la organización delincriminal esta alias "GALVINNY" quien corresponde al nombre de GALVINNY GALVIS VALENCIA identificado con cédula de ciudadanía 71.944.752 de Apartado-Antioquia, coordinador de las plazas donde sale toda la droga que surte las diferentes plazas del Municipio de Apartado como lo es ZAMBA BAR, PLEY BOY, EL TRAGADERO Y DUBÁI, TRATÁNDOSE DE LA MARIHUANA PERICO Y BAZUCO. Estas personas antes mencionadas teniendo dominio y manejo directo como dueños de la plaza ubicada en el barrio Ortiz, la cual funciona dentro de un local comercial de su patrimonio económico donde se comercializa sustancias estupefacientes en presentación de bolsitas de base de coca en cantidades dosificada en la suma de \$13.000 mil pesos la unidad, por parte de una ciudadana reconocida en el barrio la cual fue identificada durante el proceso de la investigación con el nombre y alias de "MIRLA DAYANA REYES ORTIZ identificada con cédula de ciudadanía 39.322.052 de Turbo ANTIOQUIA, alias "LA CHINA", con una temporalidad y manejo del negocio de (1) Un año aproximadamente.

por otro lado se puede establecer mediante el proceso de investigación que otra plaza que trabaja ligada bajo el mismo modus operandi es la que está ubicada en el BARRIO LA ESMERALDA SOBRE LA VÍA PRINCIPAL, a una cuadra del parque LA MARTINA y del barrio LA ESPERANZA, dentro de un local comercial MI BURRITO, plaza con antecedentes de venta y de allanamientos positivos con capturas en este mismo año donde se indicia como comercializador directo de estas sustancias el señor: PEDRO SEGUNDO HERNANDEZ ÁVILA identificado con cédula de ciudadanía 71.973.936 de Turbo- Antioquia, con el alias de "PEDRO" con una temporalidad permanente dentro de la plaza de (2) dos años aproximadamente, quien trabaja dentro de esta plaza en compañía de su hijo el joven: JHAN CARLOS

HERNÁNDEZ ZULUAGA identificado con cédula de ciudadanía 1.040.378.495 de Carepa, con el alias de "CARLOS" con una temporalidad de 6 meses aproximadamente, y quienes realizan su actividad ilícita bajo la coordinación y las órdenes del señor "GALVINNY" yerno y cuñado de los dos ciudadanos antes mencionados.

De igual forma dentro de esta organización esta como coordinador de las plazas de PLAY BOY, EL TRAGADERO, ZAMBA BAR, LA ESQUINA CERVECERA, quien lleva una temporalidad de (2) dos años ejerciendo esta actividad ilícita que se dio en la ausencia de su mamá cuando fue capturada, quien fuese reconocido con el alias de "JAIME" quien corresponde al nombre de JAIME ARLEY OSPINA ARIZA identificado con cédula de ciudadanía 1.020.393.417 de Apartado-Antioquia, (NO CAPTURADO A LA FECHA) persona encargada del surtido de estos locales comerciales y de la recolección de los dineros ilícitos, para hacer liquidación a los líderes que trabajan al servicio del clan del golfo en la zona del Urabá Antioqueño principalmente dentro del Municipio de Apartadó Antioquia, trabajando con personas bajo su mando como son los jibaros que trabajan las 24 horas del día en estos locales comerciales los cuales son utilizados con la modalidad de venta de cerveza de toda clase licor, trabajando con ciudadanos venezolanos aprovechándose de sus situación económica, para que hagan las ventas de las sustancias estupefacientes como es la marihuana y la base de coca dosificada en pequeñas cantidades, personas ya reconocidas dentro de estos locales como jibaros con los alias de "PAOLA" quien corresponde al nombre de YULY PAOLA MUTIS MARQUEZ identificada con cédula de ciudadanía 1.102.889.970 de Sincelejo-Sucre y alias "EL VENECO" quien realiza su actividad ilícita de comercialización de sustancias estupefacientes en compañía de alias "EL VENECO" quien corresponde al nombre de JACKSON SMITH HERRERA MARCIAL identificada con cédula de ciudadanía 25.845.778 De Venezuela, personas que se vienen dedicando a esta actividad ilícita con una temporalidad de un año aproximadamente, estos bajo la coordinación del señor "GALVINNY".

En la plaza del parque LA MARTINA BARRIO LA ESPERANZA SECTOR LOS BAJOS donde también funciona una plaza de comercialización de sustancias estupefacientes como son cigarrillos de marihuana, bolsitas de base de coca y bolsitas de bazuco en cantidad dosificada al menudeo, plazas que funcionan bajo las órdenes de los jefes urbanos de este Municipio, quienes trabajan al servicio del Clan Del Golfo, personas encargadas del jibareo durante las 24 horas del día en estos sectores y barrios con el fin de que se realice la comercialización y así poder obtener grandes cantidades de dinero las cuales estarían financiando a estas organizaciones

desde quien la vende hasta quien da las órdenes para que se pueda ejecutar estas ventas, personas que estarían vinculadas a la organización de forma directa por el cargo que desempeñan en su rol diario en estos sitios, información que se estableció mediante el proceso de investigación y vigilancia a los sectores, entre estas personas fueron vinculados los siguientes ciudadanos como jibaros, surtidores y recolectores de los dineros, alias de "CRISTIAN" quien corresponde al nombre de CRISTIAN ANDRES LONDOÑO SEPULVEDA identificado con cédula de ciudadanía 1.028.013.967 de Apartado- Antioquia y alias "CRISTIAN" quien realiza su actividad ilícita de comercialización de sustancias estupefacientes en compañía de alias "MARIMON" quien corresponde al nombre de EVER DE JESUS VARGAS MARIMON identificado con cédula de ciudadanía 71.351.121 de Apartado, personas que se vienen dedicando a esta actividad ilícita con una temporalidad de 1 año aproximadamente.

Otra de las plazas en donde se realizó vigilancia y se pudo establecer mediante el proceso de investigación su compromiso con la comercialización ilegal de sustancias estupefacientes en cantidades dosificadas al menudeo es el barrio (7) SÉPTIMA DE LÓPEZ, donde como indiciados directos de la comercialización quedaron los señores: LUIS NORBEY BENITEZ AREIZA, identificado con cedula de ciudadanía 1.027.966.590 de Apartadó, con el alias de "NORBEY" y en su compañía el señor: DUVAN ADOLFO JIMENEZ GALVIS identificado con cédula de ciudadanía 1.040.365.317, de Carepa Antioquia, "alias "EL FLACO" personas que trabajan bajo las órdenes de quienes serían los responsables del surtido y recolección de los dineros de las ventas diarias durante las 24 horas del día, dineros que llegan a las finanzas de los urbanos de la organización Clan del Golfo.

Con la misma modalidad de esta forma trabaja la plaza del barrio PRIMERO DE MAYO donde como jibaro trabaja bajo las mismas órdenes un joven de 18 años, actividad ilícita que maneja desde su residencia donde con viven con su familia, es quien estaría encargado de la comercialización de estas sustancias estupefacientes y de la recolección de los dineros, joven reconocido en el barrio y sector del municipio de Apartadó con el alias de "EL DÓLAR" identificado durante el proceso de investigación como el joven: DEYMER ANDRES MOSQUERA CISNEROS, identificado con cédula de ciudadanía 1.001.029.403 de Apartadó - Antioquia. Con una temporalidad dentro de esta modalidad ilícita de un año aproximadamente.

Ciudadanos dedicados a cometer delitos como los son TRÁFICO FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES ART 376 DEL CP. Y CONCIERTO PARA DELINQUIR ART 340 DEL CP, CON LA UTILIZACIÓN DE MENORES PARA LA COMISIÓN DEL MISMO INCISO ART 188 INCISO 2. De igual forma se pudo establecer el modus

operandi de todas estas personas dentro del Municipio de Apartado Antioquia es continuo y bajo las órdenes y al servicio del Grupo Armado Organizado GAO "CLAN DEL GOLFO" que opera en la subregión del Urabá antioqueño financiándose con esta modalidad del comercio de sustancia estupefacientes dosificadas o al menudeo en municipios, barrios, sectores y área rural."

3. ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

El 25 de septiembre de 2021 se llevó a cabo ante el Juzgado Tercero Promiscuo Municipal con Funciones de Control de Garantías del municipio de Apartado- Antioquia las audiencias de legalización de captura, formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento, en contra de las siguientes personas:

Elkin Vianney Galvis Valencia (alias Don Elkin): A título de autor del delito de Concierto para delinquir, Art 340 inciso 2° y 3° del Código Penal; en concurso a título de coautor del delito de Tráfico, Fabricación o Porte de Estupefacientes, Art. 376 ibidem, agravado por el Art. 384 Numeral 1° Literal B ibídem; en concurso con el delito de Destinación ilícita de muebles o inmuebles Art. 377 ibidem; y Art. 31 ibidem.

Galvinny Galvis Valencia (alias Galvinny): A título de autor del delito de Concierto para delinquir, Art 340 inciso 2° y 3° del Código Penal; en concurso a título de coautor del delito de Tráfico, Fabricación o Porte de Estupefacientes, Art. 376 ibidem, agravado por el Art. 384 Numeral 1° Literal B ibídem; en concurso con el delito de Destinación ilícita de muebles o inmuebles Art. 377 ibidem; y Art. 31 ibidem

Pedro Segundo Hernández Ávila (alias Pedro): A título de autor del delito de Concierto para delinquir, Art 340 inciso 2° del Código Penal; en concurso a título de coautor del delito de Tráfico, Fabricación o Porte de Estupefacientes, Art. 376 ibidem, agravado por el Art. 384 Numeral 1° Literal B ibídem; en concurso con el delito de Destinación ilícita de muebles o inmuebles Art. 377 ibidem; y Art. 31 ibidem

Mirla Dayana Reyes Ortiz (alias La China): A título de autor del delito de Concierto para delinquir, Art 340 inciso 2° del Código Penal; en concurso a título de coautor del delito de Tráfico, Fabricación o Porte de Estupefacientes, Art. 376 ibidem, agravado por el Art. 384 Numeral 1° Literal B ibídem; en concurso con el delito de Destinación ilícita de muebles o inmuebles Art. 377 ibidem; y Art. 31 ibidem

Duván Adolfo Jiménez Galvis (alias El Flaco): A título de autor del delito de Concierto para delinquir, Art 340 inciso 2° del Código Penal; en concurso a título de coautor del delito de Tráfico, Fabricación o Porte de Estupefacientes, Art. 376 ibidem, agravado por el Art. 384 Numeral 1° Literal B ibídem; en concurso con el delito de Destinación ilícita de muebles o inmuebles Art. 377 ibidem; y Art. 31 ibidem

Yuly Paola Mutis Márquez (alias Paola): A título de autor del delito de Concierto para delinquir, Art 340 inciso 2° del Código Penal; en concurso a título de coautor del delito de Tráfico, Fabricación o Porte de Estupefacientes, Art. 376 ibidem,

agravado por el Art. 384 Numeral 1° Literal B ibídem; en concurso con el delito de Destinación ilícita de muebles o inmuebles Art. 377 ibidem; y Art. 31 ibidem

Jhann Carlos Hernandez Zuluaga (alias Carlos): A título de autor del delito de Concierto para delinquir, Art 340 inciso 2° del Código Penal; en concurso a título de coautor del delito de Tráfico, Fabricación o Porte de Estupefacientes, Art. 376 ibidem, agravado por el Art. 384 Numeral 1° Literal B ibídem; en concurso con el delito de Destinación ilícita de muebles o inmuebles Art. 377 ibidem; y Art. 31 ibidem

Jackson Smith Herrera Marcial (alias El Veneco): A título de autor del delito de Concierto para delinquir, Art 340 inciso 2° del Código Penal; en concurso a título de coautor del delito de Tráfico, Fabricación o Porte de Estupefacientes, Art. 376 ibidem; en concurso con el delito de Destinación ilícita de muebles o inmuebles Art. 377 ibidem; y Art. 31 ibidem

Dymer Andrés Mosquera Cisneros (alias El Dólar): A título de autor del delito de Concierto para delinquir, Art 340 inciso 2° del Código Penal; en concurso a título de coautor del delito de Tráfico, Fabricación o Porte de Estupefacientes, Art. 376 ibidem, agravado por el Art. 384 Numeral 1° Literal B ibídem.

Ever De Jesús Vargas Marimon (alias Marimon): A título de autor del delito de Concierto para delinquir, Art 340 inciso 2° del Código Penal; en concurso a título de coautor del delito de Tráfico, Fabricación o Porte de Estupefacientes, Art. 376 ibidem.

Cristian Andrés Londoño Sepúlveda (alias Cristian): A título de autor del delito de Concierto para delinquir, Art 340 inciso 2º del Código Penal; en concurso a título de coautor del delito de Tráfico, Fabricación o Porte de Estupefacientes, Art. 376 ibidem.

Luis Norbey Benítez Areiza (alias Norbey): A título de autor del delito de Concierto para delinquir, Art 340 inciso 2º del Código Penal; en concurso a título de coautor del delito de Tráfico, Fabricación o Porte de Estupefacientes, Art. 376 ibidem.

Ninguno de los imputados se allanó a los cargos y a todos se les impuso medida de aseguramiento intramural

El 17 de octubre de 2021 se llevó a cabo ante el Juzgado Primero Promiscuo Municipal del municipio de Apartado-Antioquia con funciones de control de garantías las audiencias de legalización de captura, formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento en contra de la ciudadana **Yuli Paola Mutis Márquez**, a título de autora del delito de Concierto para delinquir, Art 340 inciso 2º del Código Penal; en concurso a título de coautor del delito de Tráfico, Fabricación o Porte de Estupefacientes, Art. 376 ibidem; en concurso con el delito de Destinación ilícita de muebles o inmuebles Art. 377 ibidem; y Art. 31 ibidem. No se allano a los cargos y se le impuso medida de aseguramiento intramural.

El 10 de diciembre de 2021 se llevó a cabo ante el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal del municipio de Apartadó-

Antioquia las audiencias de legalización de captura, formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento en contra del ciudadano **Cristian Andrés Londoño Sepúlveda**, a título de autor del delito de Concierto para delinquir, Art 340 inciso 2° del Código Penal; en concurso a título de coautor del delito de Tráfico, Fabricación o Porte de Estupefacientes, Art. 376 ibidem. No se allano a los cargos y se le impone medida de aseguramiento en establecimiento carcelario.

El 16 de enero de 2022 se llevó a cabo ante el Juzgado Primero Promiscuo Municipal del municipio de Apartadó- Antioquia las audiencias de legalización de captura, formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento en contra del ciudadano **Luis Norbey Benítez Areiza**, a título de autor del delito de Concierto para delinquir, Art 340 inciso 2° del Código Penal; en concurso a título de coautor del delito de Tráfico, Fabricación o Porte de Estupefacientes, Art. 376 ibidem. No se allano a los cargos y se le impone medida de aseguramiento en establecimiento carcelario.

El Fiscal 130 Local radicó el escrito de acusación el 21 de enero de 2022, correspondiéndole su conocimiento por reparto, al Juzgado Sexto Penal del Circuito Especializado de Antioquia.

Luego, tras un aplazamiento el 29 de julio de 2022, se realizó la audiencia de formulación de acusación frente a todos los implicados, a excepción del ciudadano Duván Adolfo Jiménez Galvis, la cual se realizó el 03 de octubre de 2022, finalmente el

28 de noviembre de 2022 se dio inicio a la audiencia preparatoria, data en la cual los defensores realizaron las enunciaciones probatorias, luego el 29 de noviembre de 2022 la fiscalía y los defensores realizaron las solicitudes probatorias, puntualmente la fiscalía solicitó los testimonios de los ciudadanos DIEGO ALEXANDER ÚSUGA QUINTERO, HUGO ALEXANDER SIERRA, RAMÓN ANTONIO GUZMÁN CARDONA, DIEGO ANDRÉS ACEVEDO LÓPEZ, CARLOS ALBERTO ANGEL VELEZ, ROBINSON MONTOYA OCAMPO, VICTOR ALFONSO SEPULVEDA NIÑO, RAMON ANTONIO GUZMAN CARDONA para que dieran cuenta del estado de salud que tienen como consumidores, donde compraban los estupefacientes, a quien se los compraban, y lo tendiente a sus aprehensiones luego de haber adquirido minutos antes los estupefacientes, igualmente los testimonios de los funcionarios WILSON ECHEVERRI PEREZ, JHONATAN MUÑOZ RODRIGUEZ, JORGE LUIS GARCIA MESA , DANIEL SANTIAGO CHAVEZ, y CARLOS ANDRES ARROYO para que detallaran el procedimiento de aprehensión de los ciudadanos, las entrevistas que suscribieron y lo tendiente al reconocimiento en banco de imágenes; el Dr. Frank Alberto Domínguez Mercado solicitó como testigos comunes a los mismos ciudadanos solicitados por el ente persecutor, para que detallaran que nunca hicieron un reconocimiento en banco de imágenes y mucho menos rindieron declaraciones ante la fiscalía; el Dr. Oscar Mestra Bustamante solicito como testigos comunes a los mismos ciudadanos solicitados por la fiscalía, para que detallaran si conocen a su defendido, si les vendió sustancias estupefacientes, que ocurrió cuando fueron conducidos a la estación de policía para rendir algunas

declaraciones y posteriormente dejados en libertad, en el mismo sentido solicitó a los testigos comunes patrulleros para demostrar falencias investigativas frente a las ubicaciones que se impartieron en las ordenes, detallar todas las circunstancias relacionadas frente a la aprehensión de todos los testigos directos de la fiscalía, que en su sentir no fueron aprehendidos ni capturados y remitidos a la estación de policía, para luego ser dejados en libertad una vez rindieron declaraciones, además adujo que va a atacar todo lo concerniente a la cadena de custodia y lo relacionado al seguimiento y vigilancia, haciendo más probable su teoría frente a todas las irregularidades presentadas; el Dr. Jader Jhorman Mena Valencia indicó que solicitó a los testigos comunes ciudadanos para que declararan sobre lo ocurrido cuando fueron aprehendidos, indicaran al despacho que fueron sometidos a firmar una serie de documentos de los cuales desconocían su contenido, e indicaran si conocen a su defendido y si les han vendido sustancias estupefacientes, igualmente frente a los testigos comunes patrulleros indicó que pretendía demostrar que hay falencias investigativas frente al seguimiento y vigilancia, y la irregularidad de las aprehensiones, que pese a ser capturadas no están siendo procesadas.

4. DE LA DECISIÓN APELADA

El 27 de abril de esta anualidad, se decidió sobre la práctica de las pruebas solicitadas por la fiscalía y los defensores, a quienes no les admitieron los testimonios de JHONATAN MUÑOZ RODRÍGUEZ en razón a que no fue descubierto ni en el escrito, ni

dentro de la audiencia de formulación de acusación, y JHON ALEXANDER AGUDELO RODRÍGUEZ, solicitados por la fiscalía como testigos de acreditación; los testimonios de los ciudadanos DIEGO ALEXANDER ÚSUGA QUINTERO, HUGO ALEXANDER SIERRA, RAMÓN ANTONIO GUZMÁN CARDONA, DIEGO ANDRÉS ACEVEDO LÓPEZ, CARLOS ALBERTO ANGEL VELEZ, ROBINSON MONTOYA OCAMPO, VICTOR ALFONSO SEPULVEDA NIÑO, RAMON ANTONIO GUZMAN CARDONA, solicitados como testigos comunes por los defensores Frank Alberto Domínguez Mercado, Oscar Mestra Bustamante y Jader Jhorman Mena Valencia, como quiera que no se argumentó una pertinencia, conducencia y utilidad diferente a la de la fiscalía, permitiéndose su ingreso ante un eventual desistimiento del ente persecutor; los testimonios de WILSON ECHEVERRI PEREZ, JHONATAN MUÑOZ RODRIGUEZ, JORGE LUIS GARCIA MESA , DANIEL SANTIAGO CHAVEZ, y CARLOS ANDRES ARROYO, solicitados como testigos comunes por los defensores Oscar Mestra Bustamante y Jader Jhorman Mena Valencia, como quiera que no cumplieron con la carga de acreditar la pertinencia, conducencia y utilidad, y solo se permitirá su ingreso ante un eventual desistimiento del ente persecutor; y dos pruebas documentales, contentivas en el álbum fotográfico y georreferenciación de lugares y el oficio al Ministerio Público, solicitadas por el defensor Frank Alberto Mercado, al no cumplir con los requisitos de conducencia, pertinencia y utilidad.

El fiscal especializado N°10, el Dr. Frank Alberto Domínguez Mercado, el Dr. Oscar Mestra Bustamante y el Dr. Jader Jhorman

Mena Valencia, inconformes con las decisiones frente al decreto probatorio, interponen el recurso de alzada.

5. SUSTENTACIÓN DE LA APELACIÓN Y PRONUNCIAMIENTO DE LOS NO RECURRENTE

El delegado de la fiscalía discrepó de la decisión emitida por la juez de primera instancia, en tanto considera que, la prueba testimonial del investigador Jhonatan Muñoz Rodríguez, debió ser decretada, al referirlo en el escrito de acusación y en ese sentido no se puede limitar el descubrimiento probatorio al acápite donde se establecen los testigos de acreditación, de responsabilidad y técnicos, si no que se debe mirar la contextualización del escrito de acusación, por lo que refirió el folio 21 párrafo 1-4, donde se advierte que el patrullero Jhonatan Muñoz Rodríguez recepcionó una entrevista al señor Diego Andrés Acevedo López; en el folio 22 párrafo 1-6 se advierte que el patrullero referido recepcionó un acta de reconocimiento al señor Diego Andrés Acevedo López; en el folio 24 párrafo 4 y 6, se hace referencia al patrullero referido, que recaudo el acto investigativo al testigo Diego Andrés Acevedo; en el folio 33 párrafo 2 y 3 se habla de la existencia del patrullero en mención; en el folio 37 párrafo 1 y 2 se habla de la existencia del patrullero referido realizando el mismo acto investigativo; en la página 40 se menciona al patrullero referido; en igual sentido en los folios 44 párrafo 1 y 2, folio 45, folio 47 párrafos 6 y 7, y en la página 48 en los dos últimos párrafos.

Por lo anterior considera que, si enunció el descubrimiento probatorio en el momento oportuno, haciendo referencia a que sería una de las postulaciones que realizaría para efectos de la teoría del caso y es obvio que un policía judicial contribuyo con un acto de investigación. Frente a la pertinencia admisibilidad y utilidad, refiere que hizo precisión en que era un funcionario de la policía judicial que había realizado unos actos de investigación tales como recepcionar el 14 de julio de 2021 entrevista al ciudadano Diego Andrés Acevedo López, luego de ser aprehendido incautándole una sustancia estupefaciente y precisamente dentro de la entrevista que rindió hizo referencia a varios de los procesados, luego entonces refiere que indicó la pertinencia del patrullero Jhonatan Muñoz Rodríguez no solo frente a las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que tuvo contacto con el testigo, si no los actos que realizo frente al mismo.

En segunda medida, frente a la decisión de la juez de no decretar los DVD con los actos investigativos, en su sentir está desconociendo el numeral tercero del artículo 424 del CPP, cuando determina cuales son las pruebas documentales y cuales deben tenerse como tal dentro del ámbito penal. Las pruebas documentales consignadas en un disco, que tiene esas grabaciones videográficas, son las que deben ser catalogadas para efectos de que ingresen como prueba documental, diferente a los informes de investigador de policía o las bitácoras, que si corresponden y así deben ser utilizadas para efectos de refrescar memoria o impugnar credibilidad.

La defensa de señor Elkin Vianney Galvis García, Dr. Oscar Mestra Bustamante discrepó de la decisión emitida por la juez de primera instancia, en tanto considera que se debe decretar todo lo relacionado con los testigos comunes que solicitó, pues frente a cada uno de ellos indico una pertinencia diferente a la del ente persecutor, esto es que cada uno va a detallar al despacho y a precisar quienes les vendieron estupefacientes, el sitio donde se compraron los estupefacientes, cuando fueron aprehendidos por la policía, como fueron conducidos a la estación de policía, las condiciones que les impusieron para dejarlos en libertad, si en algún momento fueron maltratados en aras de rendir alguna declaración, precisar el tiempo en el que fueron dejados en la estación en aras de verificar la imposibilidad de que estas personas rindieran algún tipo de declaración, indicar que firmaron una serie de documentos en blanco, demostrar que estas personas fueron capturadas en flagrancia, no solo por el arraigo que se les tomo, sino también por el registro fotográfico, y nunca se les dio la posibilidad de contactar un abogado. Por ello considera que todos esos testimonios son pertinentes, útiles, conducentes y admisibles, buscando hacer más probable su teoría frente a las carencias investigativas, restándole credibilidad a la teoría de la fiscalía en relación con toda la investigación. Aduce que, si se deja la posibilidad solo al conainterrogatorio no se permitirá un correcto desarrollo del ejercicio de defensa, pues la fiscalía puede desistir de los testigos o no abordar los temas sobre los que se pretenden impugnar credibilidad.

En segunda medida, frente a la prueba común de los patrulleros Wilson Echeverry Pérez, Jonathan Muñoz Rodríguez, Jorge Luis García Mesa, Daniel Santiago Hernández, Carlos Andrés Arroyo, si estableció una pertinencia totalmente diferente, los solicita como testigos de manera directa, en caso de que no se aborden en el contrainterrogatorio los aspectos relacionados a las aprehensiones y la comisión de los principales testigos a la estación de la policía, lo referente a la cadena de custodia y todo lo relacionado frente a manual de policía judicial al desarrollar la labor investigativa y manejo de la evidencia que se desprende de la investigación.

Por último, solicita la exclusión de todos los actos que se desprenden de la investigación, al considerar que no se cumplió con el término de las 36 horas para realizar solicitudes de control posterior, la Corte Suprema de Justicia, ha explicado de manera puntual esa circunstancia, desde la sentencia c 014 del 14 de marzo de 2018, donde dejó claro en el artículo 250 N° 2 esa división en términos que puede tener el policía judicial y el fiscal para hacer solicitudes de control posterior, no se debe entender que son 36 horas más 12 horas, la señora juez solamente detalló que la norma le establecía que las 36 horas empezaban a correr una vez el fiscal recibía el informe y desde ahí comenzaba el conteo, argumentación de la cual se aísla, pues no se ajusta a la seguridad jurídica que ha brindado la Corte Suprema de Justicia y La Corte Constitucional, cuando ha explicado detalladamente el término con el que se cuenta para realizar el control posterior, el policía tiene que suscribir el

informe de manera inmediata o en su defecto no sobrepasar las 12 horas y luego el fiscal contará con 24.

El Dr. Jader Jhorman Mena Valencia, defensor del señor Galvinny Galvis Valencia discrepó de la decisión emitida por la juez de primera instancia, frente a las pruebas comunes denegadas, indicando que si cumplió con la carga argumentativa de establecer cuál era la conducencia, pertinencia y utilidad de cada uno de los testigos solicitados como prueba común, y que es totalmente diferente a la argumentada por la Fiscalía General de la Nación, en ese sentido mencionó que se va a establecer e indicar circunstancias muy particulares en torno a como ocurrió el hecho de la captura de esos ciudadanos, el lugar donde fueron capturados, el motivo de la captura, si se les encontró algún tipo de estupefaciente y establecer el motivo por el cual estas personas una vez fueron capturadas, son dejadas en libertad sin adelantar actos urgentes, si no que posteriormente son interrogados, para luego firmar una serie de documentos de los cuales desconocían su contenido. En el mismo sentido, considera que estableció una pertinencia diferente a la de la fiscalía referente a los patrulleros, pues indicó que pretendía demostrar todas las irregularidades que se surgieron en el procedimiento de captura de los ciudadanos señalados, en su sentir, son aspectos que no van a ser abordados en el interrogatorio por parte del ente acusador, ya que su fin no está encaminado a establecer estas circunstancias.

Por otro lado, frente a la exclusión de los actos que se desprenden de la investigación, se adhiere a los argumentos del Dr. Oscar Mestra Bustamante frente al término de las 36 horas para efectos de adelantar el control de legalidad; por otra parte, refiere que no se cumplió con el término de los 180 días que deben transcurrir entre el control previo y el control posterior, lo que no permitió un control de legalidad posterior de los actos investigativos, pues no se cumplió con ese término que estableció la norma procesal en el Art 224 del C.P.P para la realización de actividades investigativas de grupos delictivos organizados, el cual es de 6 meses en etapa de indagación, y otro de 3 meses si el acto investigativo es con posterioridad a la imputación, en razón a ello es que la defensa solicita la exclusión de todas las actividades investigativas, pues los términos son perentorios y de estricto cumplimiento, y en ese sentido el fiscal dejó que se venciera el término de 6 meses y el artículo 256 del C.P.P, es muy claro al establecer que las actuaciones deben desarrollarse en estricto cumplimiento de los términos procesales, y su inobservancia debe ser sancionada conforme al artículo 359 y sub siguiente del C.P.P con la exclusión del elemento o acervo probatorio. Se tiene que la orden que da el fiscal data del 15 de marzo de 2021 y desde allí se empezó a contabilizar el término de los 180 días, en ese orden se tiene que el acta de control previo se suscribió el 16 de marzo en el cual se autoriza el seguimiento y vigilancia, sin embargo el informe se rinde el 13 de septiembre, un día después de esos 180 días, y la consecuencia de ello, entonces sería la exclusión de un elemento que no cumplió con el mandato legal, pues

conforme al conteo que realiza el defensor, han transcurrido 181 días.

El Dr. Oscar Mestra Bustamante, quien inicialmente funge como defensor de Elkin Galvis, presentó recurso de alzada en favor de los señores Pedro Segundo Hernandez Ávila, Duván Adolfo Jiménez Galvis y Jhan Carlos Hernandez Zuluaga, potestad conferida por el defensor Frank Alberto Domínguez Mercado, discrepó de la decisión emitida por la juez de primera instancia, en tanto considera que si estableció una pertinencia diferente a la fiscalía frente a los testigos comunes; y frente a las dos pruebas documentales, contentivas con la georreferenciación y el oficio al Ministerio Público, son actos de investigación que se desprende de la declaración directa del señor Wilfredo Guarín - testigo decretado- surgiendo de las labores investigativas que deben ser incorporadas por ser una georreferenciación que está relacionada con los actos investigativos y tiene que ver con las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que se están ubicando esas órdenes que se dieron de seguimiento a personas, y así establecer que no se ajusta a la información plasmada en la orden de seguimiento a personas o cosas. Por último, solicita que se tome como argumentación común la sustentación que dio en la alzada representando al señor Elkin Vianney Galvis García frente a los testigos comunes, considerando que la pertinencia si se estableció.

Intervención de los sujetos no recurrentes:

Dr. Oscar Mestra Bustamante, Defensor de Elkin Vianney Galvis García considera que el testigo Jhonatan Muñoz Rodríguez, no fue descubierto, no fue enunciado, y en ese sentido no puede ser decretado, al ser una violación al debido proceso y a las garantías establecidas en la ley 906/2004, porque no se puede sobreentender que en cualquier apartado del escrito de acusación se pueden realizar enunciaciones probatorias, pues tendría que valerse como si se estuviera enunciando como un elemento material con vocación probatoria testimonial, y en ese sentido el artículo 237 en su numeral quinto establece los requisitos que se deben cumplir para que se tengan en cuenta los elementos materiales probatorios que se pretenda hacer valer en juicio; ahora frente a la prueba documental, considera que el A quo acertó con el análisis que realizó, siguiendo una línea de la honorable Corte Suprema de Justicia y en ese orden de ideas le solita que se confirme la decisión .

Dr. Jader Jhorman Mena Valencia, defensor de Galvinny Galvis como sujeto no recurrente solicita que se confirme la decisión del a quo, en punto a la negativa de decretar el testimonio del patrullero Jonathan Rodríguez, ello por cuanto al analizar el escrito de acusación al que hace alusión el señor fiscal, se evidencia que ha hecho una relación de testigos de responsabilidad, dentro de los cuales no se encuentra el testimonio de Jonathan Rodríguez, y tampoco es referido como testigo de acreditación, por lo cual no se podría decretar como prueba testimonial un elemento que no fue

relacionado en el escrito de acusación y que tampoco fue puesto de presente a la defensa. Con relación a la decisión en punto de no decretar la prueba documental, considera que es una decisión conforme a derecho, pues el señor fiscal cuenta con los investigadores que realizaron toda esta labor investigativa, y es con ellos que se dará cuenta de todo lo que observaron o todo lo que evidenciaron, y en ese sentido sería lo único que tendría que valorar la juez de conocimiento.

Dra. Victoria Ayala, defensa de la señora Mirla Reyes, se pronunció como no recurrente solicitando que se mantenga en firme la decisión tomada por la juez de primera instancia, dado que la audiencia preparatoria es reglada, no puede en este punto el señor fiscal venir a solicitar un mínimo de carga, cuando la audiencia esta precedida por un máximo de formalidad y de carga impuesta de cara a no sorprender a la defensa, máxime que la fiscalía ha tenido un mayor tiempo para la preparación y para el descubrimiento probatorio en torno a la defensa; lo mismo opera con respecto a los videos y demás pruebas documentales negadas en tanto que ellas no puede decretarse como prueba autónoma, y en caso de tomarse como prueba de referencia o testigo adjunto, en la audiencia oral tendrá que demostrar que se cumple con los requisitos y las cargas procesales a ella impuesta.

El Dr. Henry Espinal, Defensor de la señora Yuli Paola Mutis, Cristian Londoño y Luis Norbey, como no recurrente solicita

mantener en firme la decisión y para ello remite lo fundamentado por la juez de primera instancia.

El Dr. Luis Cuesta, defensor de Ever Vargas y Jackson Herrera:

Como no recurrente solicita que, la tesis adoptada por el despacho sea la que triunfe, porque el ente acusador no ha cumplido con esa carga, y en razón a ello se le de validez a lo manifestado por la a-quo.

La fiscalía como sujeto no recurrente frente a la prueba común, además de lo resaltado por la a-quo, trae a colación jurisprudencia al respecto, dentro de la cual advierte cuáles son esas suficiencias argumentativas que debe postular cada una de las partes que pretendan una prueba común, y es así como los profesionales del derecho que reclaman por vía de apelación, se acceda a esa prueba común, no lo hicieron conforme lo resalto la primera línea, al querer reintegrar nuevamente las finalidades argumentadas por el ente fiscal, generando desgaste para la administración de justicia pretender que la contraparte lleve a juicio a un investigador de la fiscalía para obtener información, que le pueda beneficiar a la parte defensiva, cuando solo van a indicar los actos de investigación que realizó, lo que será la base del interrogatorio directo. Le resulta, además, un poco álgido el tema de la solicitud elevada por la bancada defensiva frente a la exclusión de la prueba por ser ilegal, al no asistírles razón, toda vez que el informe se recibió el 13 de septiembre a las 11 de la mañana, y las respectivas audiencias las realizó el

Juzgado Tercero Promiscuo Municipal, el 14 de septiembre a las 15:37 minutos de la tarde. Recaba frente a la postura del Dr. Jader, el legislador determinó reglas para la realización de ciertos actos investigativos cuando se afectan derechos fundamentales como en este caso la intimidación, y una de las principales reglas es acudir ante los jueces de garantías.

6. CONSIDERACIONES

Según lo normado en el artículo 34 numeral 1º del Código de Procedimiento Penal es competente esta Corporación para examinar el fondo de la cuestión planteada en la apelación, por lo tanto al deslindar las circunstancias de la materia objeto de alzada, se observa que la temática en la cual deberá guiar los propósitos de esta instancia, se relaciona con el proceso de descubrimiento probatorio de la misma parte acusadora, a efecto de establecer si ha seguido los trámites reglados en la jurisprudencia y la ley para dicha actividad, lo cual permitirá establecer la corrección jurídica de una decisión de “rechazo”, que fuera dispuesta por la misma funcionaria cognoscente.

Asimismo, deberá valorarse la justificación de los supuestos de pertinencia, conducencia y utilidad de unas pruebas testimoniales requeridas por la bancada defensiva, las cuales fueron inadmitidas por la Jueza de Primera Instancia, al no encontrar suficientes las fundamentaciones. También es parte del debate el tema de los testigos comunes, sobre todo el de las cargas argumentativas para su eventual decreto en favor de la defensa, lo cual permite a la Sala aproximarnos a las líneas

conceptuales fijadas por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en relación a éste tópico. Finalmente ha de revisarse el tema de la admisión de la evidencia documental y la forma como debe ser ingresada al juicio.

Conviene precisar que de acuerdo a lo planteado por la Corte Suprema de Justicia en cuanto atañe a la procedencia del recurso de alzada respecto a las decisiones que adopte la judicatura en el desarrollo de la audiencia preparatoria, específicamente en el tema de pruebas, se ha sostenido que las inconformidades de las partes intervinientes deben relacionarse, por un lado a la exclusión² o a la negación de la práctica del medio probatorio en el juicio oral, que no cuando éstas son decretadas; la entidad tribunalicia en cita adujo que las razones de ello, corresponden a los siguientes planteamientos:

“En efecto, cuando se niega la práctica de determinada prueba, ello de inmediato anula cualquier posibilidad de hacer valer la información que ella contiene e incluso se puede afectar fuertemente la teoría del caso de la parte, si la misma se fundamenta en ese elemento de juicio.

Así se entiende que la decisión denegatoria deba posibilitar la alzada, visto el daño que puede producir.

De manera diferente, si el juez acepta la práctica de determinado medio de convicción, no sólo se habilita que su contenido pueda ser utilizado para soportar la tesis de la parte, sino que, además, existe la posibilidad de controvertir esa determinada prueba directamente a partir del ejercicio de confrontación o con la presentación de otros elementos de juicio que la confute.”⁸ (Subrayas por la Corporación).

² En lo concerniente a la exclusión del medio de prueba dijo el alto Tribunal en la materia: “Al efecto, se debe precisar que el tema de exclusión necesariamente está vinculado con la vulneración de derechos fundamentales, dentro del escenario de la prueba ilícita y no apelan la ilegal, lo que obliga de quien se opone a ella presentar una argumentación dirigida exclusivamente a demostrar la vulneración de tales garantías” (Subrayas originales de texto). (CSJ-AP4812-2016, rad. 47469, reiterado en el auto bajo radicado AP2218-2018, No. 52051, 30 mayo 2018. M.P. Éyder Patiño Cabrera).

Acorde con lo expuesto en precedencia, debe indicarse que el objetivo de la audiencia preparatoria, en tanto que de conformidad a las etapas de que se compone su propósito está encaminado en principio a realizar la "depuración probatoria", para lo cual se han dispuesto cuatro fases: descubrimiento, enunciación, estipulación y solicitud probatoria, actos que les compete a las partes y cuya secuencia no es un asunto de forma, sino presupuesto de las condiciones de validez de la prueba, necesarias para llevarle al juez de conocimiento de los hechos y circunstancias materia del juicio y de la responsabilidad penal del acusado"³.

Así, la enunciación de la prueba es prima facie la etapa para conocer de una manera simple la relación de los medios de conocimiento de interés de la Fiscalía como de la defensa, mientras que la solicitud probatoria trae de manera explícita la pretensión de la prueba que se procura practicar en el juicio oral, manifestación que obligatoriamente deberá ir acompañada de un sustento legal en razón de demostrar su pertinencia y conducencia. En lo que respecta a este tema, la Corte Suprema de Justicia ha indicado lo siguiente:

"Es así que en un sistema en el que la práctica probatoria es rogada, a las partes, en especial a quien pretende oponerse al pliego de cargos, no le está dado reclamar la práctica de una determinada prueba "a ver qué pasa" o "por si acaso", pues debe tener claro y hacérselo saber de manera explícita al juez o corporación de conocimiento -deber que también le corresponde a la fiscalía- qué es en particular lo que busca

³ Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal. Auto del 18 de junio de 2014. Radicado 43554. M. P. Eugenio Fernández Carlier. En el mismo sentido Rad. 27608 del 29 de junio de 2007 y AP. Rad. 36562 del 13 de junio de 2012

obtener de la prueba, cómo esta es idónea y eficaz para acreditar lo que se quiere y por qué es relevante para su postura o para el caso, según el interés que se defienda y, en especial, por qué el ejercicio del contrainterrogatorio es insuficiente para obtener la información que se pretende.

(...)

Que la prueba es del juicio y no de quien la pide -como lo asegura el impugnante- es un aserto de cabal aplicación en el sistema procesal penal de tendencia mixta, regido por la Ley 600 de 2000, pero no es del todo exacto en el proceso de estructura acusatoria, pues este último es de carácter adversarial, de suerte que a cada parte -y no al juzgador- le compete acreditar su interés y necesidad para postular la petición probatoria, toda vez que, como lo ha dicho y repetido la Corte, "la solicitud de los medios de convicción obedece a un típico querer e interés de parte, conforme la pretensión que ésta tabula en el proceso, y su aducción viene mediada necesariamente por una amplia regulación que demanda de esa parte, a título de carga específica, no solo verificar su objeto específico, sino defender su legalidad y utilidad" (CSJ SP, providencia del 26 de octubre de 2007, Rad. No. 27608, reiterada en auto del 23 de mayo de 2012, rad. 38382).

(...)

En conclusión, ha dicho esta Sala, "si la parte no demuestra un objeto específico, consustancial a su pretensión, que permita al juez evaluar los presupuestos de pertinencia, conducencia, licitud y necesidad, ha incumplido la carga procesal que se le impone y, en consecuencia, al funcionario no le queda camino diferente al de negar la solicitud" (CSJ SP, auto del 23 de mayo de 2012, rad. 38382.).

(...)

Lo cierto es que el interesado debe justificar los presupuestos de pertinencia (que el tema de la prueba se relacione con el tema del proceso), conducencia (que la prueba sea apta para acreditar lo que se quiere demostrar a través suyo) y utilidad o necesidad (que la prueba haga falta, de modo que sin ella lo que se pretende acreditar no entraría al proceso), cuidándose de incurrir en alusiones genéricas."⁴(Negrillas de la Sala)

Este deber jurídico o carga de argumentación que recae en las partes, aparece a lo largo y ancho de la jurisprudencia nacional, como un

⁴ CSJ, SP Rad. 42864, 21 mayo 2014, M.P. José Luis Barceló Camacho

presupuesto básico para el decreto de cualquier medio probatorio solicitado.

Lo mismo ocurre cuando se trata de pruebas comunes (solicitadas tanto por la defensa como la Fiscalía) y es que, en verdad, a veces surge la vicisitud de que una persona pueda ser requerida como testigo directo por ambas partes. Ante esto, la Corte Suprema ha sido tajante en establecer y acreditar la pertinencia, utilidad y necesidad de práctica de esta prueba, apuntalando:

Insiste la Sala en que no es que le esté vedado al defensor acudir a la práctica del testimonio común, pero si lo hace debe tener en cuenta que le asiste el deber de agotar una argumentación completa y suficiente que le permita entender al juez de la causa por qué el contrainterrogatorio no será idóneo ni suficiente para satisfacer las pretensiones probatorias, encaminadas a sustentar la teoría del caso.

(...)

“Lo dicho conduce a recavar que en el caso de pruebas comunes, a la defensa se le exige una argumentación de pertinencia, conducencia y utilidad adicional a la que propone la fiscalía. Lo anterior es lógico, porque como distinto es el rol que cumplen la parte acusadora y la parte acusada, entonces la necesidad e interés para acudir a la misma prueba es bien disímil para ambos. Es así que en un sistema en el que la práctica probatoria es rogada, a las partes, en especial a quien pretende oponerse al pliego de cargos, no le está dado reclamar la práctica de una determinada prueba “a ver qué pasa” o “por si acaso”, pues debe tener claro y hacérselo saber de manera explícita al juez o corporación de conocimiento -deber que también le corresponde a la fiscalía- qué es en particular lo que busca obtener de la prueba, cómo esta es idónea y eficaz para acreditar lo que se quiere y por qué es relevante para su postura o para el caso, según el interés que se defienda y, en especial, por qué el ejercicio del contrainterrogatorio es insuficiente para obtener la información que se pretende.

Lógicamente, por razón de las distintas pretensiones e intereses encontrados que les asiste a la fiscalía y a la defensa en el resultado del juicio oral, no cabe razonablemente justificar la

procedencia de la práctica de pruebas comunes con los mismos argumentos que presenta la contraparte, pues sería tanto como concederle al contradictor la idoneidad de la prueba para demostrar su teoría del caso y no la propia." (SP radicado 42864, de 21 de mayo de 2014).

Y en el primero de los precedentes citados, posterior al últimamente mencionado, la Sala reiteró:

"Por tanto, de lo que viene de decirse, se infiere que el interrogatorio directo a la contraparte no puede serle autorizado cuando no se vincula con su particular teoría del caso, o sus fundamentos no son objetivos y sólidos, o asume una conducta desleal, o no se justifica en los pluricitados términos del numeral 3.4. de esta providencia, ni cuando el interés no es pertinente, conducente y útil para las preguntas directas que se reclaman, menos puede ser posible el ejercicio de ese derecho a quien hace manifestaciones genéricas, abstractas, aleatorias, indeterminadas o sin un objeto específico diferente a querer repetir lo que se ha propuesto por quien solicitó la prueba, o si se busca no un resultado fructuoso con el interrogatorio sino uno pernicioso porque no se establece ningún objeto que lo justifique, como sería si no se expresan criterios razonables y eficientes y sí por el contrario se acude al ejercicio desbordado para someter al testigo a un innecesario cuestionamiento sobre aspectos fácticos que se agotan con lo inicialmente pedido con la prueba.

En ese orden de ideas, puede concurrir interés del acusador y del defensor en la práctica de determinada prueba testimonial, lo que no está vedado por el ordenamiento jurídico, caso en el cual de autorizarse la declaración a quien la solicitó, la contraparte podrá reclamar interrogatorio directo, pero debe agotar una argumentación completa y suficiente en la audiencia preparatoria que le permita al juez determinar por qué se satisface la pretensión probatoria con ese tipo de interrogatorio, dados los supuestos de licitud, pertinencia, conducencia y utilidad y demás factores ya referidos en esta decisión."⁵

Y es que efectivamente la posibilidad de la prueba o testigo común está sometida al cumplimiento de unos requisitos, que no son otros distintos a los que cualquier solicitud probatoria reclamaría, esto es, que la pretensa prueba resulte pertinente, conducente, útil, lícita y admisible, desde luego, esto mirado

⁵ CSJ, SP Rad. 49307, 03 de mayo de 2017, M.P. Luis Guillermo Salazar Otero

desde la óptica de la particular teoría del caso que prohija cada sujeto procesal. De ahí, concierne al peticionario que de forma clara en la audiencia preparatoria exhiba un puntual interés con la pretensión probatoria que permita avizorar los supuestos de licitud, pertinencia, conducencia y utilidad.

Con las anteriores precisiones conceptuales, pasa la Sala a examinar cada una de las quejas elevadas por los censores, respecto a lo resuelto por la falladora primigenia. Veamos:

Sobre la inadmisión de la prueba testimonial presentada por la fiscalía y el debate sobre su incorporación: Debemos partir detallando que en este punto la cuestión se circunscribe a determinar si ciertamente existió o no un extemporáneo descubrimiento probatorio en cabeza de la fiscalía del testimonio del investigador Jonathan Muñoz Rodríguez, como lo esgrimió la a-quo en su decisión, apreciación de la cual se duele el representante de la fiscalía.

Si bien es que en la audiencia de formulación de acusación, fue espaciosa por la pluralidad de personas procesadas y los cargos endilgados a cada uno de ellos, luego de la lectura del primer acápite ya mencionado, la a-quo delata “requieren, pues considero que estamos hablando que el señor fiscal ustedes ya conocen todos los elementos relacionados en el escrito, la jurisprudencia ha dicho que no es necesario dar lectura a los mismos, pero pues de cara a los derechos que les asisten a ustedes les pregunto si requieren que se les lean uno por uno los elementos o si con la manifestación que acaba de hacer el señor fiscal en el sentido de que son esos elementos más el informe que

adicionó los que hará valer en juicio, es más que suficiente"⁶, con esa verbalización, la bancada defensiva no encontró reparo alguno, quienes consideraron como suficiente lo relatado por el ente persecutor. Seguidamente se acordó que los defensores se acercarán a las oficinas del delegado a reclamar la evidencia legalmente obtenida "en la medida que como hay varias vigilancias y seguimientos que son videos, entonces para que ellos tengan la posibilidad de copiar eso en 1 tera para que puedan traerla, igualmente para que revisen toda la actuación que tiene en poder la fiscalía para evitar alguna clase de contratiempos en la audiencia preparatoria"⁷

Es de anotar que el representante de la fiscalía, luego de formulada la acusación, indicó que los elementos materiales de prueba, eran los contenidos desde la página 17 hasta la 50, apareciendo el nombre del investigador Jonathan Muñoz Rodríguez, en los folios 21, 22, 24, 33, 37, 40, entre otros, como el investigador que había recepcionado una serie de entrevistas.

Ya al inicio de la audiencia preparatoria, ninguna de los defensores expresó inconformidad frente al descubrimiento probatorio, develado por la Fiscalía General de la Nación.

De lo hasta aquí recapitulado resulta diáfano concluir que, la entidad persecutora siempre ha estado presta a resolver las inquietudes de los defensores respecto de los elementos materiales de prueba y hacer entrega de lo correspondiente. Nótese cómo a partir del momento de la audiencia de acusación, la fiscalía ya había manifestado que los medios de

⁶ Récord de diligencia de formulación de acusación. Min. 2:05:04

⁷ Récord de diligencia de formulación de acusación. Min. 2:07:35

convencimiento estaban disponibles para los abogados, al punto que ninguna de las partes realizó oposición alguna.

El discurrir muestra a un despacho fiscal preocupado por cumplir con su constitucional obligación, al punto que cuando la petición surgió por una de las abogadas de los encausados en la diligencia de formulación de acusación, se realizaron los esfuerzos para cumplir con lo solicitado.

Revisando de forma objetiva el contexto recopilado, sin vacilación alguna podemos manifestar que las circunstancias argumentadas por el fiscal en su recurso de alzada, son reales y sirven como piedra sólida a efectos de establecer la carencia absoluta de mala intención con el fin de soterradamente perjudicar a sus contradictores procesales; veamos:

Efectivamente, se trata de un asunto voluminoso y complejo, en lo cual incide la cantidad de presuntos autores y los varios delitos a ellos enrostrados, frente a los cuales como es natural la fiscalía debió hacer acopio de los medios de convicción necesarios a efectos de que cada una de sus acusaciones sea demostrada en juicio, ello, se refleja en la gran cantidad de documentos, en sus variadas tipologías, que debieron ser entregados a los defensores.

En ese sentido no es de extrañar que la a-quo, convalidada por la bancada defensiva, al verse avasallada por la cantidad de folios a mencionar por el ente fiscal en su intervención en la diligencia acusatoria, hubiera tomado por opción dar por

sentado que los elementos materiales serían aquellos que estaban mencionadas en el escrito de acusación.

No se puede negar cómo al aperturarse la audiencia preparatoria, la pluralidad de defensores no puso de presente inconsistencia alguna, pudiendo levantar queja alguna con incidencia en el tema. Con esta adveración no es deseo de la Magistratura trasladar carga procesal alguna a la bancada defensiva, pues la obligación del descubrimiento probatorio en esa fase es total responsabilidad de la fiscalía. Sin embargo, no se olvide que los abogados, se repite, habían verbalizado su aceptación del descubrimiento probatorio, sin que alguno de ellos hubiere hecho manifestación alguna, por lo que razones de peso existían a efectos de que la fiscalía confiadamente esperara el inicio de la audiencia preparatoria, creyendo haber perfeccionado el procedimiento en debida forma.

Por ser de utilidad para la cuestión debatida, se retoma un pronunciamiento de la Colegiatura de cierre en nuestro país:

En su extensa disertación, el procesado solicitó la revocatoria del auto impugnado, bajo el argumento de que muchas de las pruebas admitidas no fueron descubiertas adecuadamente por la Fiscalía.

A pesar de que en la audiencia del 15 de noviembre de 2018 la Fiscalía hizo una entrega pormenorizada de la información recaudada, que fue recibida a satisfacción por la defensa, el apelante sostiene que el descubrimiento fue inadecuado, porque fue “englobado” y porque la Fiscalía no explicó la relación de cada evidencia con los delitos incluidos en la acusación.

Este argumento es inaceptable, por las siguientes razones: (i) las decisiones tomadas a lo largo de este proceso se han orientado,

principalmente, a superar las controversias en torno al descubrimiento probatorio, que se han suscitado por la beligerancia de las partes; (ii) para disipar cualquier duda sobre el particular, el Tribunal, acatando las directrices de esta Corporación, celebró una audiencia con la única finalidad de garantizar la completitud del descubrimiento probatorio; (iii) como lo ha reiterado esta Corporación, la acusación no está sometida a control material por parte de los jueces, ni su fundamentación puede ser cuestionada por la defensa en la audiencia regulada en los artículos 338 y siguientes de la Ley 906 de 2004 (CSJSP, 5 jun. 2019, Rad. 51007, entre muchas otras), de donde se desprende que la Fiscalía, en esa oportunidad, no tiene que explicar la relación de cada evidencia con los delitos incluidos en el llamamiento a juicio; y (iv) la finalidad esencial del descubrimiento es que la defensa conozca los medios que utilizará la Fiscalía para sustentar la teoría del caso –y los favorables al procesado, que hayan sido recaudados por el ente acusador-, lo que garantizó con creces en esta actuación⁸.

Conforme con lo planteado, encuentra la Sala que sí hay razones para decretar el testimonio del investigador Jonathan Muñoz Rodríguez, al establecerse que el mismo ya había sido descubierto en el escrito de acusación.

En tal virtud, se revocará el punto relacionado con esta prueba testimonial y, en su lugar, se decreta la misma conforme a lo solicitado por la Fiscalía.

No sucede lo mismo con la prueba testimonial recaba por el IT. John Alexander Audelo Rodríguez, testimonio que no fue enunciado por el delegado del ente acusador, conllevando a la negativa de la práctica de dicha prueba por parte de la judicatura. No obstante, de manera puntual, insiste el recurrente en la admisión de dicho testimonio, bajo el entendido de que haría más probable unos de los hechos de la acusación, frente a lo cual habrá de decirse que con acierto la

⁸ CSJ AP 2554 del 26 de junio de 2019

decisión de primera instancia no la decretó, por no haberse ofrecido al momento de la enunciación.

Como se dijo anteladamente, debe cumplirse con el descubrimiento probatorio, pilar fundamental del sistema acusatorio cuya finalidad consiste en que todos los intervinientes sepan con antelación cuáles serán los elementos materiales probatorios que cada uno va a hacer valer como prueba⁹, destacando que a voces del inciso tercero del numeral noveno del artículo 250 superior *“en el evento de presentarse escrito de acusación, el Fiscal General o sus delegados deberán suministrar, por conducto del juez de conocimiento, todos los elementos probatorios e informaciones de que tenga noticia incluidos los que le sean favorables al procesado”*.

Cumplida esta etapa fundamental de descubrimiento probatorio, corresponde agotar la fase de *enunciación* de la totalidad de las pruebas que harán valer en el juicio oral.

Esta fase tiene por objeto que las partes depuren del total de elementos que fueron descubiertos, solo aquellos que finalmente van a pedir que sean de la partida en el juicio oral, destacando que es posible que no se hayan descubierto algunos, por la potísima razón de no haber sido obtenidos, o que habiendo sido depurados, un lapsus generó su no decretó como prueba.

⁹ El Ministerio Público no efectúa descubrimiento, ostentando la facultad excepcional de solicitar pruebas no pedidas por los demás, que pudieren tener esencial influencia en los resultados del juicio.

Tal selección de medios de conocimiento con potencialidad de convertirse en pruebas, le corresponde de manera exclusiva al ente persecutor, la representación de víctimas y la defensa, sin que se admitan enunciaciones tácitas, o se pueda colegir que por haber hecho parte del descubrimiento o encontrarse consignadas en el escrito de acusación, un elemento queda integrado a la enunciación.

Esta delimitación expresa, conlleva a definir aquellos medios de conocimiento que serán incluidos en la subsiguiente petición probatoria, y de paso, descartar del juicio los que no sean incluidos en la enunciación, lo cual confiere seguridad jurídica respecto de estos importantes tópicos probatorios, quedando a salvo la posibilidad de solicitar prueba sobreviniente.

La anterior dinámica resulta provechosa en busca de lograr la eficacia y celeridad de los procedimientos, la prevalencia del derecho sustancial (Art. 10 CPP), y la obligación de ceñirse a criterios de necesidad, ponderación, legalidad y corrección en el comportamiento, para evitar excesos contrarios a la función pública, especialmente a la justicia" (Art. 27 idem), durante la práctica probatoria.

Así lo expresa la Corte Suprema de Justicia¹⁰:

"Lo anterior reafirma la idea sobre la claridad que debe existir en torno a las pruebas descubiertas y solicitadas por las partes, y las que sean decretadas por el Juez, pues los yerros en que incurran

¹⁰ CSJ AP1092-2015, 4 de mar. 2015, Rad 44.925, entre muchas otras.

los actores del sistema judicial sobre estos aspectos en la audiencia preparatoria, seguramente se traducirán en conflictos que impedirán el adecuado desarrollo del juicio oral". (subraya fuera de texto).

En ese orden, si bien es cierto que las partes tienen derecho a la prueba, no lo es menos que esta prerrogativa conlleva el cumplimiento de los deberes de determinación de los elementos que se enunciarán por la parte que pretende su decreto, presupuesto sin el cual, los demás intervinientes se enfrentarían a un acervo probatorio incierto, frente al cual no tendrían posibilidad de contradicción, manteniéndose así, en lo que respecta a este punto, la decisión de la primera instancia.

Los videos como prueba documental peticionados por la Fiscalía General de la Nación

Teniendo en cuenta que otra de las censuras del delegado fiscal, consiste en la connotación de los videos como prueba documental, y en esa medida los mismos podrán ingresar al acopio probatorio con el correspondiente testigo de acreditación, siendo necesario retomar algunas precisiones conceptuales que sobre la prueba documental consistente en «grabaciones fonópticas o videos», ha efectuado la Corte Suprema de Justicia, así:

Siguiendo ese orden, se debe partir por señalar que el numeral 4 del artículo 424 del Código de Procedimiento Penal establece que las grabaciones fonópticas o videos, entre otros, tienen la calidad de documentos. Dentro de esta categoría, por supuesto, están los videos que registran sucesos o acontecimientos.

Por su parte, el artículo 425 *ibídem* determina que, salvo prueba en contrario, se tendrá como auténtico el documento cuando se

tiene conocimiento cierto sobre la persona que lo ha elaborado, manuscrito, mecanografiado, impreso, firmado o producido por algún otro procedimiento. Finalmente, el artículo 426 de la misma obra enlista los métodos para autenticar un documento. Entre ellos está, como así se consigna en el numeral primero de esa norma, el reconocimiento de la persona que lo ha elaborado, manuscrito, mecanografiado, impreso o producido. Esto implica, entonces, que quien tenga a su disposición un documento para valorarlo como prueba, debe tener certeza acerca de su procedencia, integridad y mismidad. Lo contrario, un documento anónimo, por ejemplo, no puede ser admitido como medio probatorio porque, precisamente, no es posible establecer su autenticidad o identidad, como así lo establece el artículo 430 *ibídem*.

(...)

En el caso que se analiza, la Fiscalía aportó un video en el que se observa la imagen de dos niñas jugando sobre una cama. Luego, aparece un hombre que alza a una de ellas, la sienta en sus piernas y comienza a hacerle tocamientos en sus genitales. La acción con la misma niña se repite luego de que el hombre se asoma por la ventana y le dice: «venga la alzo otra vez»

Esta prueba documental fue introducida a juicio con la testigo Rocío Romelia Rodríguez Tinjacá, quien declaró haber sido la persona que grabó dicho material. Sobre los pormenores de la creación del video, explicó la testigo que el 10 de agosto de agosto de 2014, en horas de la tarde, ella y su hermana Dalia Natalia Rodríguez Tinjacá salieron de la casa y dejaron a sus respectivas hijas solas en la habitación. Allí, narró la deponente, también dejó oculto su teléfono celular en modo de grabación de video. Agregó que al regresar a la vivienda, su hija le manifestó «mami, GUILLERMO no nos hizo nada, él no me bajó los pantalones»⁸ y, más tarde, luego de que Dalia Natalia «subió llorando» y le dijo «que GUILLERMO les había hecho algo a las niñas», fue que revisó el teléfono celular en donde encontró el video en el que observó a su vecino GUILLERMO RODRÍGUEZ SOLANO alzando, tocándole los genitales y besando en la boca a su hija.

(...)

Pues bien, para la Corte, al igual que para el Tribunal, el video que grabó Rocío Romelia Rodríguez Tinjacá y que fue introducido a juicio a través de ella tiene el suficiente poder de convicción para dar por demostrado que un hombre adulto ingresó a la habitación en la que se encontraban dos niñas menores de edad y, a una de ellas, la alzó, luego la sentó en sus piernas, le dio besos en la boca y le tocó sus órganos genitales.

Este medio de conocimiento, junto con el testimonio de Rocío Romelia Rodríguez Tinjacá, también probaron que ese hombre que ingresó a la habitación fue GUILLERMO RODRÍGUEZ SOLANO y que la niña sobre la que se hicieron los tocamientos abusivos era S.V.M.R. De igual modo, que esos hechos ocurrieron el 10 de agosto de 2014 en la habitación en la que la víctima residía con su progenitora, la cual se encontraba ubicada en el barrio Portal de María del municipio de Facatativá.

Por el contrario, los reparos que sobre esta prueba planteó el defensor y que ya quedaron suficientemente analizados no lograron minar la contundencia probatoria de ese medio de conocimiento que, valorado en conjunto con las demás pruebas, lograron derrumbar la presunción de inocencia que cobijaba al procesado¹¹.

Ineludible es que el video es prueba documental, como medio de conocimiento autónomo y, por tanto, deben ser sometidos al debido proceso: (i) ser descubiertos; (ii) solicitados como prueba, lo que implica la explicación de su pertinencia; (iii) ser incorporados en el juicio oral según las reglas dispuestas para para el efecto.

Ahora en la actual sistemática, en la que las partes deben desarrollar su propio programa metodológico y para ello deben acudir a los investigadores quienes son los que recolectan los elementos materiales probatorios, lógico resulta que para que los elementos mencionados en el artículo 424 puedan ser incorporados y admitidos como medios de prueba, debe realizarse a través de un vehículo adecuado y es por ello que se denomina testigo de acreditación a la persona que debe incorporarlo para que se convierta en prueba.

¹¹ CSJ SP 1591 del 24 de junio de 2020.

Es de recabar que se entregue por este testigo de acreditación la información tendiente a determinar por las partes si lo dicho corresponde al juicio de pertinencia presentado cuando se autorizó la utilización de este elemento material, porque la autenticidad indica que se conoce la procedencia; todo lo anterior para la sola incorporación de los videos peticionados como medio de prueba.

Corolario de lo antes expuesto se procederá a revocar la decisión de primera instancia que negó la incorporación de disco compacto contentivo de registros filmicos de las vigilancias y seguimientos por la policía judicial dentro de los diferentes sectores del municipio de Apartadó, que se aduce por la Fiscalía contienen los videos registrados en el barrio Ortiz el 19 de agosto de 2021; videos de la vigilancia realizados en el barrio Ortiz realizado el 04 de mayo de 2021; videos de la vigilancia en el barrio Ortiz el día 04 de agosto de 2021; videos de la vigilancia llevada a cabo en el barrio Ortiz el 11 de agosto de 2021; videos de la vigilancia llevada a cabo en el barrio la Séptima de López el 06 de agosto de 2021; videos de la vigilancia llevada a cabo en el barrio la Séptima de López el 14 de agosto de 2021; videos de la vigilancia llevada a cabo en el barrio la Séptima de López el 23 de agosto de 2021; videos de la vigilancia llevada a cabo en el sector Playboy, Zamba o tragadero el 27 de agosto de 2021; videos de la vigilancia llevada a cabo en el barrio La Esperanza el 19 de julio de 2021; videos de la vigilancia llevada a cabo en el barrio La Esperanza el 20 de agosto de 2021; videos de la vigilancia llevada a cabo en el barrio La Primera de Mayo el 19 de mayo de 2021 y por

último, videos de la vigilancia llevada a cabo en el barrio La Martina del 12 de agosto de 2021; para que en su lugar se admita como medio probatorio documental, el cual se incorporara con el respectivo testigo de acreditación, tema objeto del recurso.

Sobre las pruebas comunes o coincidentes de Fiscalía y la bancada defensiva

De otro lado, en el caso sometido a revisión la unidad defensiva de los señores Elkin Vianney Galvis García, Galvinny Galvis Valencia, Pedro Segundo Hernández Ávila, Duván Adolfo Jiménez Galvis y Jahn Carlos Hernández Zuluaga, dentro de un amplio marco de solicitudes probatorias, indicándose por la bancada defensiva, en en el orden que realizaron sus solicitudes probatorias:

La defensa de Pedro Segundo Hernández Ávila, Duván Adolfo Jiménez Galvis y Jhan Carlos Hernández Zuluaga

- Diego Alexander Úsuga Quintero: Se pretende controvertir entrevista y reconocimiento de imágenes del 19 de julio de 2021
- Hugo Alexander Sierra: Rindió entrevista ante el investigador de la defensa, procurando controvertir entrevista y reconocimiento fotográfico presentado por la Fiscalía.
- Ramón Antonio Guzmán Carvajal: Persona que rindió una entrevista ante el investigador de la defensa el día 28 de enero de 2022, pretendiendo controvertir la teoría del caso

de la fiscalía, pues nunca realizó entrevista y reconocimiento fotográfico ante las autoridades.

- Diego Andrés Acevedo López: Efectuó entrevista ante el investigador de la defensa el día 21 de noviembre de 2022, pretendiendo controvertir la teoría del caso de la fiscalía, pues nunca realizó entrevista y reconocimiento fotográfico ante las autoridades.
- Carlos Alberto Ángel Vélez: Revelara las circunstancias de tiempo, modo y lugar de la captura del señor Duván Adolfo Jiménez Galvis por parte de agentes de la Sijin. Además de informar que fue “cargado” por agentes de policía.

La defensa de Elkin Vianey Galvis García

- Diego Alexander Úsuga Quintero: Pretende detallar si fue Elkin el que les vendió la sustancia estupefaciente y las circunstancias de su captura
- Hugo Alexander Sierra: Intenta detallar si fue Elkin el que les vendió la sustancia estupefaciente y las circunstancias de su captura
- Ramón Antonio Guzmán Cardona: Acomete detallar si fue Elkin el que les vendió la sustancia estupefaciente y las circunstancias de su captura
- Carlos Alberto Ángel Vélez: Se pretende detallar si fue Elkin el que les vendió la sustancia estupefaciente y las circunstancias de su captura, se establecerá que ni siquiera conoce Apartadó.
- Robinson Montoya Ocampo: Pretende detallar si fue Elkin el que les vendió la sustancia estupefaciente y las circunstancias de su captura.

- Víctor Alfonso Sepúlveda Niño: Pretende detallar si fue Elkin el que les vendió la sustancia estupefaciente y las circunstancias de su captura.
- Pt. Wilson Echeverry Pérez: Se procura demostrar las falencias de las investigaciones, contradicciones e irregularidades que se dieron, también se pretende controvertir el protocolo a la cadena de custodia y manual de la Policía)
- Pt. Jonathan Muñoz Rodríguez: Se quiere demostrar las falencias de las investigaciones, contradicciones e irregularidades que se dieron, también se pretende controvertir el protocolo a la cadena de custodia y manual de la Policía judicial.
- PT. Jorge Luis García Mesa: Se requiere demostrar las falencias de las investigaciones, contradicciones e irregularidades que se dieron, también se pretende controvertir el protocolo a la cadena de custodia y manual de la Policía judicial.
- PT. Daniel Santiago Chávez Hernández: Se pretende demostrar las falencias de las investigaciones, contradicciones e irregularidades que se dieron, también se pretende controvertir el protocolo a la cadena de custodia y manual de la Policía judicial.
- PT. Carlos Andrés Arroyo: Se pretende demostrar las falencias de las investigaciones, contradicciones e irregularidades que se dieron, también se pretende controvertir el protocolo a la cadena de custodia y manual de la Policía judicial.

La defensa del señor Galvinny Galvis Valencia

- Carlos Alberto Ángel Vélez: Persona que declarará sobre lo ocurrido el 19 de julio de 2021 cuando fue capturado por agentes de la Sijin, dirá que se encontraba haciendo, quienes lo abordaron, lo decomisado, donde fue trasladado y lo que sucedió durante ese traslado. En ese orden las circunstancias de tiempo, modo y lugar de este suceso. Es solicitada en caso de que la Fiscalía desista de su testimonio.
- Diego Alexander Úsuga Quintero: Ciudadano que declarará sobre lo ocurrido a mediados del año 2021 cuando fue capturado por agentes de la Sijin, dirá que se encontraba haciendo, quienes lo abordaron, el lugar de su captura, donde fue llevado y lo ocurrido en ese lugar, si conoce a Galvinny Galvis Valencia y si este le ha vendido drogas. Peticionado en caso de que la Fiscalía desista de su testimonio.
- Hugo Alexander Sierra: Poblador que declarará sobre las condiciones de tiempo, modo y lugar de su captura en el mes de agosto de año 2021 por agentes de la Sijin. Asimismo, si conoce al ciudadano Galvinny Galvis Valencia y si este le ha vendido sustancias estupefacientes. Requerido en caso de que la Fiscalía desista de su testimonio.
- Ramon Antonio Guzmán Cardona: Residente que declarará sobre las condiciones de tiempo, modo y lugar de su captura por agentes de la Sijin, en el mes de agosto de año 2021. Asimismo, si conoce al ciudadano Galvinny Galvis Valencia y si este le ha vendido sustancias estupefacientes Pedido en caso de que la Fiscalía desista de su testimonio.
- Robinson Montoya Ocampo: Persona que hablará sobre sus problemas de salud mental, cuál es su diagnóstico y su

imposibilidad de rendir una declaración tan detallada y elocuente ante la Fiscalía. Lo solicita en caso de que la Fiscalía desista de su testimonio

- Wilson Echeverri Pérez: Investigador de la Fiscalía, se pretende demostrar los yerros que existieron en los procedimientos vigilancia y seguimiento y demás actos investigativos- Lo solicita en caso de que la Fiscalía desista de su testimonio)
- Jonathan Muñoz Rodríguez: Investigador de la Fiscalía, se pretende demostrar las irregularidades que existieron en los procedimientos vigilancia y seguimiento y demás actos investigativos. Se solicita en caso de que la Fiscalía desista de su testimonio
- Jorge Luis García Mesa: Investigador de la Fiscalía, se pretende demostrar los yerros que existieron en los procedimientos vigilancia y seguimiento y demás actos investigativos- Se requiere en caso de que la Fiscalía desista de su testimonio.
- Daniel Santiago Chávez Hernández: Investigador de la Fiscalía, se pretende demostrar los yerros que existieron en los procedimientos vigilancia y seguimiento y demás actos investigativos- Lo solicita en caso de que la Fiscalía desista de su testimonio.
- Carlos Andrés Arroyo (Investigador de la Fiscalía, se pretende demostrar los yerros que existieron en los procedimientos vigilancia y seguimiento y demás actos investigativos- Lo solicita en caso de que la Fiscalía desista de su testimonio)

Puntualícese que la prueba testimonial peticionada, ya habían sido requeridos y decretados por la judicatura de conocimiento en favor de la Fiscalía.

Respecto de esos testimonios, se exteriorizó que debía el juzgado habilitarle para ellos el interrogatorio directo, y no dejarlo a las expensas del contrainterrogatorio, porque existía la posibilidad de que la Fiscalía delimitara el interrogatorio, o se desistiera de aquellos, evento el cual se quedaría sin posibilidad de controvertirlos en juicio, no obstante, la a-quo conjuro la situación, advirtiendo que en caso de que se desistiera de los mismos, pasarían a ser testigos directos de la defensa.

Se ha indicado que dichas argumentaciones resultaron siendo insuficiente para la Juez de marras, en punto del decreto de dichos testimonios como coincidentes con la Fiscalía, y desde ahora anuncia la Corporación que comparte dicho examen, por las siguientes razones:

Si bien el sistema de procedimiento penal colombiano otorga la posibilidad de solicitar “testigos comunes” para ambas partes, también advierte la necesidad de que cada una de ellas brinde una argumentación clara suficiente y completa, para suscitar dicha situación.

Mal haría la entidad tribunalicia en considerar que cualquier explicación resulta siendo suficiente para tan importante suceso, puesto que, tal y como lo dijo la A quo en su momento, se debe explicar la razón por la cual el interrogatorio cruzado que debe

desarrollarse en juicio, a partir del ejercicio de interrogación inmediato que realice la Fiscalía y del subsiguiente de refutación que ejercite la defensa, no resulta ser suficiente para los fines de la contraparte, siendo éste el momento oportuno para dirigirse a tales testigos.

Es importante referir que del estudio minucioso de las peticiones probatorias testimoniales requeridas por la Fiscalía, en la sesión de audiencia preparatoria llevada a cabo el 29 de noviembre de 2022 y que le fueron decretadas en número de veinte (20), se advierte que frente a los testigos comunes, convergentemente por los censores se surtieron similares argumentaciones respecto de su procedencia y utilidad procesal, cada parte manifestó que iban a declarar sobre similares hechos, por supuesto vistos y requeridos desde las órbitas o posiciones que ocupan dentro del trámite controversial que se adelanta, veamos:

La defensa de los señores Pedro Segundo Hernández Ávila, Duván Adolfo Jiménez Galvis y Jahn Carlos Hernández Zuluaga:

- Diego Alexander Úsuga Quintero: Corresponde al testimonio número 3 de la Fiscalía, quien *“fue aprehendido en una vigilancia y seguimiento que se realizaba el día 19 de julio de 2017, y que como consecuencia de la aprehensión donde le fue incautada una sustancia estupefaciente, rindió una entrevista el 19 de julio de 2021, en el que precisamente da cuenta a partir de ese problema de salud que tiene como consumidor en donde adquiriría esa sustancia estupefaciente, en qué sectores la adquiriría, a quien se la compraba, qué precio tenían para ella, quienes eran los encargados y los*

jefes de esa organización delincuencia, como estaban distribuidos, cuál era el rol de ese grupo de personas, y pues ese conocimiento lo obtuvo y lo transmitirá en esta audiencia, precisamente por esa patología que este ciudadano tiene frente al consumo de las drogas y haber sido aprehendido cuando había minutos antes adquirido la sustancia para su consumo. Dará viabilidad de la responsabilidad de todos los 12 procesados"

- *Hugo Alexander Sierra: es el testimonio número 5 requerido por el delegado de la Fiscalía, el que "indicará hace cuánto consume, qué sustancia estupefaciente consume, donde se hace para adquirir la sustancia, a quien se la compra, quienes son los encargados de la comercialización. Igualmente, con él se pretende hacer más viable la responsabilidad no solo del señor Elkin Vianis Galvis sino de la señora Mirla Dayana Reyes Ortiz"*
- *Ramón Antonio Guzmán Carvajal: Es el testimonio número 6 deprecado por el ente acusador, quien revelara "cómo hizo para adquirir las sustancias, hace cuánto es consumidor, qué clase de sustancias consume, ilustrara a la audiencia donde las adquiere, quien se las provee, cuál es el precio, quienes son los encargados, quienes son los jefes de esas actividades delincuenciales dedicados a estas actividades ilegales"*
- *Diego Andrés Acevedo López: Es el testimonio número 8 presentado por la Fiscalía; se indica que "ilustrara sobre la enfermedad que tiene, si es adicto o no a las sustancias estupefacientes, cuáles ha adquirido, cuáles ha consumido, hace cuánto, donde las adquiere, qué precio tiene, cuál es la presentación, si existe en este municipio de Antioquia algún*

grupo de personas debidamente organizado dedicado a estas actividades ilegales de microtráfico de estupefacientes"

- Carlos Alberto Ángel Vélez: es el testimonio número 4 presentado por la Fiscalía; se indica que por su condición de *"ser aprehendido en una vigilancia y seguimiento que se estaba realizando el 4 de agosto de 2021, y como consecuencia de esa vigilancia se logró su aprehensión, y se le incautó una sustancia estupefaciente. Rindió una entrevista, igualmente realizó un reconocimiento. Igualmente dará cuenta del problema que tiene de adicción a las drogas, qué clase de drogas son las que consume, hace cuanto las consume, donde adquiere la sustancia que él consume, cuál es la modalidad que él utiliza para comprarla, cuanto valen, cuál es la presentación, quienes son los encargados de la venta, quienes son los encargados de servir como campaneros o custodios para evitar la judicialización, y así igualmente quienes son los cabecillas de esa organización delincuencia, o los jefes, como se hace para mover ese grupo de personas, y con él dará más viabilidad a la responsabilidad del señor Elkin Vianis Galvis, del señor Galvanny Galvis y de la señora Mirla Dayana Reyes Ortiz"*

La defensa del señor Elkin Vianney Galvis García

- Diego Alexander Úsuga Quintero: Mencionado en antecedencia
- Hugo Alexander Sierra: Citado anteladamente
- Ramón Antonio Guzmán Carvajal: Mencionado anteriormente.

- Carlos Alberto Ángel Vélez: Sugerido anteriormente
- Robinson Montoya Ocampo: Es el testimonio número 1 presentado por la Fiscalía; se indica que *“rindió una entrevista el 10 de abril de 2021. Igualmente, ese mismo día participó en un acta investigativa denominada reconocimiento fotográfico donde expone la problemática relacionada con el microtráfico de estupefacientes. Refiere quienes son los encargados de la misma, quienes son los cabecillas o jefes de esa organización delincuencia. Igualmente, quienes son los integrantes y encargados de la comercialización y con este testimonio se pretende hacer más viable la responsabilidad del señor Elkin Vianey Galvis, del señor Galvanny Valencia, del ciudadano Pedro Segundo Hernández Ávila y de la ciudadana Mirla Dayana Reyes Ortiz”*
- Víctor Alfonso Sepúlveda Niño: Es el testimonio número 2 deprecado por el ente acusador, al que se refiere como *“funcionario público y quien ostentaba de comandante de la estación de policía, rindió una entrevista, así como también realizó un reconocimiento en banco de imágenes el día 15 de abril de 2021, y con este ciudadano pretende ilustrar a la audiencia ese conocimiento que por su calidad de servidor público y de acuerdo con esas facultades que le da la Constitución Política, obtuvo información directa e indirecta de un grupo de personas que se venían dedicando al microtráfico de estupefacientes, quienes eran presuntamente sus cabecillas, cuál era la modalidad que utilizaban para efecto de su comercialización y distribución, y ello hará más viable la responsabilidad del señor Elkin Vianis Galvis,*

Galvanny Galvis Valencia, Pedro Segundo Hernández Ávila y Mirla Dayana Reyes Ortiz”

- *Wilson Echeverri Pérez: Es el testimonio número 14 deprecado por el ente acusador, al que se refiere como “policía judicial, realizó actos de investigación, tales como haber recepcionado las entrevistas, los reconocimientos en bancos de imágenes del señor Robinson Montoya Ocampo, del señor Robinson Sepúlveda Niño, del señor Diego Alexander Úsuga, del señor Carlos Alberto Ángel, del señor Hugo Alexander Sierra, del señor Ramón Antonio Guzmán y del señor Daniel Alberto Balseiro Pérez, pues a partir de eso, el policía judicial tendrá que venir a indicar cuál fue el motivo, la razón y las circunstancias por las cuáles estas personas pudo tener con él, y cuál fue el motivo y la razón para que ellos decidieran dar esa entrevista e indicar por qué decidieron igualmente participar en esa acta de reconocimiento en banco de imágenes, quienes participaron en esta clase de elaboración de estos actos de investigación. Igualmente dará cuenta cuál fue los resultados obtenidos a la diligencia de allanamiento de incautación de un dinero y celular al señor Galvinny Galvis Valencia y unas motocicletas de placas XXX, que relación tienen estas placas o estos números de motocicletas frente al procesado que le fueron incautados Galvinny Galvis Valencia y qué relación tiene frente a la comercialización de sustancias estupefacientes como al control y vigilancia que estas motocicletas realizaban a través de los desplazamientos de los diferentes sitios donde se comercializaba estupefacientes y ello precisamente para acreditar la calidad que tenía este ciudadano de ser*

coordinador o cabecilla de esas plazas de vicio. Igualmente dará cuenta de cuáles fueron las resultas que por intermedio de él ingresaran esas vigilancias que se realizaron el 19 de julio de 2021 en la séptima o qué pasó ese día, porque de ese no se tiene video, pero si podrá dar cuenta en tiempo real que sucedió con el video, qué fue lo que observó ese día 19 de junio de 2021 en el sector de la séptima. Por este ciudadano también ingresará la vigilancia y seguimiento que se realizó el 19 de mayo de 2021 en el sector la primera de mayo, entonces ilustrará qué fue lo que se logró observar, qué personas se lograron determinar o identificar a partir de ese video, y cuáles fueron las personas que se logró aprehender con sustancia estupefaciente y cuál fue el resultado de esa actividad de vigilancia. Igualmente, la vigilancia que se realizó el día 14 de agosto de 2021 por el sector de la séptima. Además, podrá realizar una exposición frente a la información que se logró obtener de unos equipos celulares que fueron precisamente incautados en diligencia de allanamiento a algunos de los procesados"

- Jonathan Muñoz Rodríguez: Testifical número 17 aducido por el ente persecutor, al ser "encargado de recepcionar una entrevista al testigo Diego Andrés Acevedo López, así como realizar ese reconocimiento en banco de imágenes de este ciudadano, precisamente vendrá a dar cuenta porque tuvo contacto con este ciudadano, cuál fue el protocolo y las medidas que se realizaron para recepcionar esta entrevista y este reconocimiento, quienes participaron, si se respetaron o no los derechos de las personas que fungieron en ese momento como testigos"

- Jorge Luis García Mesa: Es el testimonio número 16 deprecado por el ente acusador, al que se refiere como *“funcionario que participó de la entrevista a xxxx y a su captura, vendrá al juicio a indicar las circunstancias en las cuáles tuvo contacto con estas tres personas, por qué decidieron ellos rendir la entrevista, cuál fue el protocolo que se utilizó para llevar a efectos ese reconocimiento en banco de imágenes, quienes estuvieron presentes, si se les respetaron los derechos fundamentales a los testigos, entre otros aspectos relacionados con esos actos investigativos que realizó. Igualmente, por intermedio de este funcionario servirá como testigo de acreditación y también como testigo directo para ingresar no solo la prueba documental de las vigilancias y seguimientos de las que participó sino para que informe a la audiencia que fue lo que él observó, porque es que él estaba ahí en ese momento, y ya se convierte no en un testigo de acreditación sino en un testigo directo, y ello entonces en la participación que realizó en esa vigilancia y seguimiento realizada el 19 de agosto de 2021 en el barrio “La Ortiz”, el 4 de mayo de 2021 en el barrio “la Ortiz”, el 4 de agosto de 2021 en el barrio “la Ortiz”, el 19 de julio de 2021 en la séptima, el 12 de agosto de 2021 en el barrio “la martina”, el 14 de agosto de 2021 en la séptima, y pues ello también indicará que personas fueron capturadas dentro de esas vigilancias, vehículos, qué clase de vehículos, si esas personas ya eran identificadas dentro de la investigación, por qué estaban siendo identificadas e individualizadas”*
- Daniel Santiago Chávez: Es el testimonio número 17 presentado por la Fiscalía, de quien se ilustra como participe

“en esa diligencia de allanamiento que se realizó en el predio ubicado en la carrera 93 con diagonal 95 de esquina, de coordenadas xxx, lugar donde se incautaron precisamente 76 bolsas plásticas contentivas de 12.20 gramos de cocaína y sus derivados netos y una motocicleta de placas xxx. Ilustrara además en qué parte se encontraba esta sustancia, sino que hizo con la misma, qué resultados arrojó la misma, quien realizó el dictamen pericial o la prueba preliminar PIPH. Igualmente, dará cuenta quienes son las personas que se encontraban en ese predio, quienes eran los propietarios, o de quien se podía presumir quienes eran los propietarios de esa sustancia incautada. Igualmente, cuáles fueron las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se generó el contacto con esta persona Edwin Josué Molina Ramírez, para efectos de que rendirá esa entrevista”

- Carlos Andrés Arroyo Vergara: Es el testimonio número 18 invocado por el ente acusador, quien “realizó dos funciones o dos roles importantes dentro de la investigación. El primero participó en unas vigilancias y pues a partir de ello, servirá no solo como testigo de acreditación para ingresar esta prueba documental, sino que además podrá exponer lo que él observó como testigo de los hechos en virtud de lo que él estaba percibiendo al momento de registrar los correspondientes videos o seguimientos, eso fue lo que se realizó el 19 de junio en el barrio “la Ortiz”, el 4 de mayo en el 2021 en el barrio “la Ortiz”, el 19 de agosto de 2021 en el barrio “la Ortiz”, el 4 de agosto de 2021 en el barrio “la Ortiz”, igualmente la del 19 de junio en el barrio “séptima”, el 27 de agosto de 2021 en inmediaciones al establecimiento de

comercio “play boy”, igualmente la del 14 de agosto en “la séptima” y pues él, precisamente vendrá a ilustrar a la audiencia que personas son las que percibe en los videos, quienes son los consumidores, hará una discriminación de quienes son los presuntos vendedores y quienes son los presuntos compradores, además que vehículos o personas merodean o frecuentan estos sectores para hacer más viable la responsabilidad de las personas que son llamadas a juicio. Pero la otra connotación importante, o actividad que realizó esta persona dentro de la investigación es que sirvió como funcionario perito, ya que por intermedio de él, ingresarían las pruebas PIPH que realizó a las personas de la cuales ya hice referencia..”

La defensa del señor Galvinny Galvis Valencia

- Carlos Alberto Ángel Vélez: Mencionado anteriormente.
- Diego Alexander Úsuga Quintero: Señalado anteladamente
- Hugo Alexander Sierra: Aludido anteladamente
- Ramón Antonio Guzmán Cardona: Referido anteriormente
- Robinson Montoya Ocampo: Citado precedentemente
- Wilson Echeverri Pérez: Antedicho
- Jonathan Muñoz Rodríguez: Predicho
- Jorge Luis García Mesa: Mentado anteladamente
- Daniel Santiago Chávez Hernández: Indicado en precedencia
- Carlos Andrés Arroyo Vergara: Sugerido primitivamente

Se reitera que Fiscalía y Defensa presentan a cada uno de estos ciudadanos como testigos del hecho por el cual se juzga a los

aquí procesados, encontrándose plena correspondencia entre ellos, en cuanto tienen conocimiento de los mismos hechos; de suerte que sería inoficioso y altamente desgastante que se admitiera a la defensa la posibilidad de interrogar directamente a cada uno de los solicitados, repetitivamente y en segunda oportunidad durante el juicio, para que relaten similares hechos respecto de los que se los habría de interrogar directamente por la Fiscalía.

En la medida que en momento alguno se refirió la necesidad de examinarlos sobre circunstancias específicas, diferentes a las que busca concretar con ellos el órgano de la acusación, no habría lugar al doble decreto de dichas probanzas orales.

Nótese además, que lo expuesto por los recurrentes deja al descubierto, que requieren interrogar a los testigos solicitados como comunes con el único fin de cuestionar su credibilidad, una vez más se recuerda, que esto lo puede conseguir en desarrollo del contrainterrogatorio (artículo 403 de la Ley 906 de 2004), pues en concreto ese es el propósito asignado por el artículo 393 cuando precisa que *«la finalidad del contrainterrogatorio es refutar, en todo o en parte, lo que el testigo ha contestado»*.

Ahora bien, la bancada defensiva ha manifestado que su intención es interrogar a cada uno de esos testigos sobre temas que posiblemente el ente acusador no tocaría en el interrogatorio directo, y respecto de los cuales podría no habilitársele la dialéctica del contrainterrogatorio, lamenta la

Sala que el aserto tenga alto grado de abstracción y que se haya omitido explicar con precisión en la audiencia preparatoria cuáles serían los aportes prácticos y concretos de cada uno de los declarantes para la concreción de su teoría del caso defensiva, aspecto fundamental para permitirnos autorizarle el ejercicio del interrogatorio directo, en este sensible caso en que la mayoría de estos testigos fungen como conocedores de lo acaecido y otros como investigadores de la organización criminal "La Comercial".

Y es que el derecho que asiste a las partes a presentar pruebas, no puede ejercerse al margen de la celeridad y eficacia de la administración de justicia, razón por la cual el análisis de pertinencia y utilidad, cumplen un papel trascendental en el proceso penal, en tanto permiten desarrollar ese derecho sin sacrificar tales principios con la destinación del tiempo judicial en el acopio de información irrelevante.

Lo anterior no impide que, durante la práctica probatoria, la a quo ejerza las labores de dirección que considere procedentes, en orden a evitar el ingreso de información impertinente o la injustificada dilación del proceso.

La Sala concluye entonces que, ante la ausencia de argumentación válida o suficiente sobre la pertinencia o utilidad objetiva de los testimonios de plurimencionados, debe ser negada la petición de la defensa para que se le decreten en su favor como testigos directos, toda vez que ya fueron autorizados o decretados a favor de la Fiscalía General de la

Nación, y en la medida que no se precisó la utilidad que podrían tener en la demostración de su teoría del caso defensiva; en esas condiciones, se despachará negativamente esta solicitud.

Sobre la exclusión de los actos investigativos por ilegal peticionados por la bancada defensiva

El recurso de apelación va dirigido a solicitar la exclusión probatoria por ilegalidad de los documentos obtenidos como resultado de la búsqueda selectiva en la base de datos de Seguros Suramericana, así como de las vigilancia y seguimiento a los señores JUAN CARLOS MORENO CAÑAS y HERNÁN DARÍO MUÑOZ MÚNERA, al considerar que la información fue obtenida con violación al debido proceso.

Lo anterior, esencialmente por cuanto considera la defensa que los controles no se hicieron dentro de los términos legales, además que la actividad de vigilancia y seguimiento pudo haberse efectuado en razón a las interceptaciones de las comunicaciones realizadas a los abonados 3105063685 y 3108989596, los que al parecer portaban sus representados, interceptaciones que no fueron descubiertas por la Fiscalía.

Con el propósito de resolver la petición de exclusión de las pruebas, se tiene una aproximación a la temática en la providencia del 29 de enero de 2014, radicado AP 191-2014, 42.272, en la que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, explicó que la ilegalidad probatoria es aquella

“...en cuya obtención se ha infringido la legalidad ordinaria y/o se ha practicado sin las formalidades legalmente establecidas para la obtención y práctica de la prueba, esto es, aquella cuyo desarrollo no se ajusta a las previsiones o al procedimiento previsto en la ley...”. En contraste, la prueba ilícita “...es aquella que se ha obtenido o producido con violación de derechos y garantías fundamentales...”; es decir, se vulnera de modo directo el núcleo esencial de un derecho de esa categoría. La consecuencia jurídica en cada una de esas hipótesis varía, pues la prueba ilícita crea una situación incorregible en la que se sanciona con la exclusión del medio probatorio.

En esas condiciones, ni siquiera actitudes negligentes de la defensa dirigidas a la adopción de correctivos permitirían soslayar la situación, resultando un imperativo para el funcionario judicial, ante su detección, que adopte medidas tendientes a su exclusión por la vulneración a derechos fundamentales.

Conforme al argumentos de los recurrentes, el asunto de exclusión tiene que ver con prueba ilegal, también llamada irregular, frente a la cual corresponde al funcionario realizar un juicio de ponderación en orden a establecer si el requisito pretermitido resulta fundamental en cuanto comprometa el derecho al debido proceso, en el entendido de que la simple omisión de formalidades y previsiones legislativas insustanciales no conduce a su exclusión.

Dado que la intensidad es menor en lo que corresponde a la prueba ilegal, será necesario que, en cada caso particular, la parte interesada no solamente acredite la contrariedad del medio con la ley, por inobservancia de las exigencias para su acopio, sino su trascendencia en los derechos del afectado.

Precisado lo anterior, se dirá en punto a la exclusión que se reclama, en cuanto a la vigilancia y seguimiento de personas, es claro que el procedimiento fue legalizado ante el juez de control de garantías, sin embargo, su inconformidad radica es en punto a que la orden se presentó el día 15 de marzo de 2021, el informe se rindió el 13 de septiembre y el control posterior se hizo el 14 siguiente, por lo que los términos se encontraban vencidos, considerando que desde el mismo momento que se expide la orden de la actividad investigativa comienza correr el término de los 180 días para las diligencias de legalización subsiguientes. La norma que regula esta materia es la siguiente:

“Artículo 239. Vigilancia y seguimiento de personas. Sin perjuicio de los procedimientos preventivos que adelanta la fuerza pública, en cumplimiento de su deber constitucional, el fiscal que tuviere motivos razonablemente fundados, de acuerdo con los medios cognoscitivos previstos en este código, para inferir que el indiciado o el imputado pudiere conducirlo a conseguir información útil para la investigación que se adelanta, podrá disponer que se someta a seguimiento pasivo, por tiempo determinado, por parte de la Policía Judicial. Si en el lapso de un (1) año no se obtuviere resultado alguno, se cancelará la orden de vigilancia, sin perjuicio de que vuelva a expedirse, si surgieren nuevos motivos. En la ejecución de la vigilancia se empleará cualquier medio que la técnica aconseje. En consecuencia, se podrán tomar fotografías, filmar videos y, en general, realizar todas las actividades relacionadas que permitan recaudar información relevante a fin de identificar o individualizar los autores o partícipes, las personas que lo frecuentan, los lugares a donde asiste y aspectos similares, cuidando de no afectar la expectativa razonable de la intimidad del indiciado o imputado o de terceros. En todo caso se surtirá la autorización del Juez de

Control de Garantías para la determinación de su legalidad formal y material, dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes a la expedición de la orden por parte de la Fiscalía General. Vencido el término de la orden de vigilancia u obtenida la información útil para la investigación el fiscal comparecerá ante el Juez de Control de Garantías, para que realice la audiencia de revisión de legalidad sobre lo actuado. Parágrafo. La autoridad que recaude la información no podrá alterar ninguno de los medios técnicos anteriores, ni tampoco hacer interpretaciones de los mismos".

Tal como se postuló anteladamente, el reproche que en este tópico se eleva, es en cuanto al control posterior a la orden de seguimiento y vigilancia, que en este caso se dio por un año, desde el 15 de marzo de 2021, pues no existe duda que la Fiscalía compareció ante el Juez competente para la revisión de legalidad, pero se dice que lo hizo por fuera del término establecido en el artículo 239 y 240 del C.P.P.

La norma, como se acaba de referenciar, establece que "... vencido el término de la orden de vigilancia u obtenida la información útil para la investigación el fiscal comparecerá ante el Juez de Control de Garantías", lo cual permite concluir que se está frente a una intervención que permanece en el tiempo, en ese sentido la orden ha de terminar cuando se cumple el término otorgado para su ejecución o antes si el Fiscal considera que ya no es necesaria.

No tendría sentido que el despliegue investigativo comenzase a efectuarse sin la orden de legalización previa emitida por el fallador asignado para el efecto, pues tales actos, no tendrían el manto de legalidad propiciado, y por el contrario, ciertamente se estarían vulnerando garantías fundamentales, por lo cual resulta

lógico y razonable que tales actos se efectúen como en este caso, cuando se advierte se cuenta con la venía de un Juez de la República de Colombia, funcionario encargado de valorar que los mismos no afecten garantías y derechos fundamentales sobre aquellas personas en las que se enfoca las labores de vigilancia y seguimiento, a pesar de quien verifica con objetividad la utilidad o no de la información es el fiscal, pasando subsiguientemente, el filtro de la judicatura.

En consonancia, en cuanto al control posterior de la vigilancia y seguimiento a personas, es claro que aunque el término previsto por el artículo 239 es de 36 horas, el mismo no se superó en atención a que en aplicativo de una interpretación teleológica de la norma que rige el acto investigativo, lo que se busca es que finalmente se realice la respectiva revisión de legalidad ante Juez de Control de Garantías, como en efecto se hizo.

Se tiene así, que la orden se dio el 15 de marzo de 2021 por un término de 180 días, por lo que el cumplimiento de esa fecha inicial se daría el 10 de septiembre de 2021, sin embargo, la solicitud de audiencias preliminares se presentó el 14 de septiembre de esa misma anualidad, por lo que al rompe, habría de entenderse que estaríamos ante un vencimiento de términos, no obstante, la Corporación comparte el planteamiento de la falladora de primer grado, en cuanto a que los policías judiciales no pueden desplegar ninguna actividad investigativa hasta tanto se tenga la orden del juez de control de garantías para su realización, por ende, la diligencia de control previo solo se efectuó hasta el 16 de marzo. A la

sazón, los 180 días vencían el 12 de septiembre a la media noche.

A partir del día siguiente, esto es, 13 de septiembre se debía presentar el informe por el policía judicial, lo cual en efecto, se ejecutó a las 09:00 a.m., y a partir de ese momento contabilizar las 36 horas para la legalización de la vigilancia a personas, mismas que vencían a las 5 p.m. del día siguiente, no obstante, el término se interrumpió cuando la diligencia se instruyó, a las 3:36 p.m., por lo que no podría hablarse de vulneración de garantías fundamentales.

Con todo ello, la unidad de orden es lo que determina el plazo del cumplimiento de lo que se autorizó obtener y el control posterior está determinado en términos de razonabilidad a partir del control previo.

Al margen de lo anterior, no se puede soslayar que al ser la parte que alega la situación irregular, tiene la carga de acreditar vicio trascendente que esencialmente afectará irrazonablemente un derecho fundamental de los procesados, lo cual no ha ocurrido; por el contrario, se entiende que, al ser legalizadas esas actividades por un Juez de Control de Garantías, lo cual no se discute por el defensor, es porque ciertamente se cumplió con las formalidades dispuestas por el legislador

Así las cosas, las solicitudes de exclusión de los elementos materiales probatorios propuestas por los censores no prosperan,

en tanto no hay circunstancias que permitan deducir ausencia de algunos de los requisitos de legalidad o que se hayan obtenido con violación a garantías fundamentales individuales, quedándole sólo a la juez a quo, como en efecto ocurrió, verificar los requisitos de pertinencia, conducencia y utilidad de la prueba; ciertamente que tampoco se precisó la trascendencia y verdadera afectación a garantías constitucionales.

Acerca de la prueba documental negada a la defensa de Pedro Segundo Hernández Ávila, Duván Adolfo Jiménez Galvis Y Jhan Carlos Hernández Zuluaga

Frente a esta postulación, reclama la defensa en la pertinencia, conducencia y utilidad de la prueba documental relacionada con la petición direccionada a la Procuraduría Nacional de Apartadó, y la respuesta a dicha solicitud, además del álbum Fotográfico y georreferenciación de lugares, pues fueron producto de los resultados investigativos que desarrolló la defensa.

Surge evidente que la decisión de primera instancia atinó al declarar inadmisibles esta evidencia en la medida que no contribuye en el esclarecimiento de los hechos, al tenor de lo previsto en el literal b) del artículo 376, no obstante dejar en claro que “ahora si como lo dijo la defensa pretenden utilizarse para desvirtuar la presencia de procuradores en las diligencias de reconocimiento o controvertir a los testigos, pueden utilizarlos

con ese fin, pero como prueba documental autónoma no cumplen con los presupuestos legales"

Ahora, si como lo expuso el apelante en su lacónica intervención, la proposición fáctica a la que alude el medio probatorio versa respecto de los actos investigativos desarrollados por la defensa, del cual podrían derivarse consecuencias lógicas que harían menos probables los hechos imputados, tenía la carga de argumentar suficientemente dicha relación o, lo que es lo mismo, establecer de manera razonable el criterio a partir del cual sea posible formular la inferencia trascendental de esos documentos como prueba documental autónoma, que cuenta con trascendencia jurídica y necesita ser demostrado.

Lo que se advierte a simple vista es que ninguna relación puede reputarse del hecho por probar frente a los de la causa. No se encuentra, que la información contenida en los documentos que pretende la defensa incorporar, haga menos probable las conductas que se le imputan a sus defendidos.

En las condiciones anteriores, fuerza también despachar negativamente este cargo contra el auto de pruebas.

Por las razones anteriores, será revocado parcialmente el auto objeto de apelación, mediante el cual el Juzgado de primer grado se pronunció sobre la práctica de pruebas en el presente asunto, en el sentido de la admisión en favor de la fiscalía de la

prueba testimonial y las pruebas documentales reseñadas en precedencia.

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

8. RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR parcialmente la providencia proferida por el Juzgado Sexto Penal del Circuito Especializado de Antioquia, en la sesión de audiencia preparatoria celebrada el 13 de marzo de 2023, en cuanto negó al delegado de la Fiscalía General de la Nación la admisión de las siguientes pruebas: “El testimonio del investigador Jonathan Muñoz Rodríguez y como prueba documental los videos registrados en el barrio Ortiz el 19 de agosto de 2021; videos de la vigilancia realizados en el barrio Ortiz realizado el 04 de mayo de 2021; videos de la vigilancia en el barrio Ortiz el día 04 de agosto de 2021; videos de la vigilancia llevada a cabo en el barrio Ortiz el 11 de agosto de 2021; videos de la vigilancia llevada a cabo en el barrio la Séptima de López el 06 de agosto de 2021; videos de la vigilancia llevada a cabo en el barrio la Séptima de López el 14 de agosto de 2021; videos de la vigilancia llevada a cabo en el barrio la Séptima de López el 23 de agosto de 2021; videos de la vigilancia llevada a cabo en el sector Playboy, Zamba o tragadero el 27 de agosto de 2021; videos de la vigilancia llevada a cabo en el barrio La Esperanza el 19 de julio de 2021; videos de la vigilancia llevada a cabo en el barrio La Esperanza el 20 de agosto de 2021;

videos de la vigilancia llevada a cabo en el barrio La Primera de Mayo el 19 de mayo de 2021 y por último, videos de la vigilancia llevada a cabo en el barrio La Martina del 12 de agosto de 2021". **En su lugar, se ordena su incorporación en juicio de la prueba testimonial y de dichos videos.**

SEGUNDO: CONFIRMAR la providencia en todo lo demás.

TERCERO: Esta decisión se notifica en estrados y contra ella no procede ningún recurso.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

**NANCY ÁVILA DE MIRANDA
MAGISTRADA**

(En permiso)
**MARÍA STELLA JARA GUTIÉRREZ
MAGISTRADA**

**ISABEL ÁLVAREZ FERNÁNDEZ
MAGISTRADA**

Firmado Por:

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

Isabel Alvarez Fernandez
Magistrada
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: **b79f258cd2a1dd0bde565a5e37d577876d46b9d2f4bb95ee011dc926ad9a65ae**

Documento generado en 27/07/2023 04:32:50 PM

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

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO DE ANTIOQUIA
SALA DE DECISIÓN PENAL

M. P. NANCY ÁVILA DE MIRANDA



Rdo. Único: 050456099151202200231

No. Tribunal: 2023-0947-2

Procesado: NELSON MINOTTA GARCÍA

Delito: ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE CATORCE AÑOS y otro.

Decisión: Se confirma

Medellín, veintiocho (28) de Julio de dos mil veintitrés (2023)

Aprobado según acta Nro. 078

1. ASUNTO

Resuelve la Sala el recurso de apelación presentado por la Delegada de la Fiscalía 97 Seccional de Apartadó en conjunto con el representante de la menor víctima, contra la decisión del 26 de mayo del presente 2023, en la cual el Juzgado Segundo Penal del Circuito con funciones de conocimiento de Apartadó (Antioquia), por la cual declaró la nulidad de la audiencia de formulación de imputación realizado en contra del NELSON MINOTTA GARCÍA, el día 20 de septiembre de 2022 ante Juzgado Tercero Promiscuo Municipal de Apartadó, Antioquia en virtud de lo dispuesto en artículo 457 del C.P.P.

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

2. HECHOS

Según el escrito de acusación, los hechos narran lo siguiente:

“Un día jueves del mes de julio de 2022 en el salón de educación física donde se guardan los implementos de deporte del Colegio Cadena Las Playas del municipio de Apartado Antioquia a eso de las 10 a.m. aproximadamente fue agredida sexualmente por primera vez la estudiante de séptimo grado y menor de 12 años de edad JAIDY MAUSURY RAMIREZ MOSQUERA identificada con Tarjeta de Identidad N° 1.076.328.997 de Itzmina Choco, por parte de su profesor de educación física el señor NELSON MINOTTA GARCIA identificado con Cedula de Ciudadanía N° 71.938.990 de Apartado Antioquia, cuando ella fue a cancelarle el valor de Mil Quinientos Pesos M.L. (\$1.500) de una guía que él le había entregado el día anterior en la clase y que ella no había podido pagarle porque no tenía dinero, momento en el profesor aprovecha y hala del brazo a la estudiante quien le dice que la suelte pero él la coge a la fuerza y cierra la puerta del salón y la lleva al lugar donde se guardan los balones y ella intenta gritar pero él le tapa la boca, le baja la sudadera, le toca los senos y la accede carnalmente penetrándola por la vagina con su pene, amenazándola con hacerle algo malo si ella le contaba a alguien instante en el que ella salió corriendo; esto sucedió en tres ocasiones entre los meses de julio y principios de agosto de 2022 durante las horas de la jornada de la mañana entre las 6 a.m. a 12:30 medio día.

La segunda ocasión en la que fue abusada sexualmente la menor JMRM por su profesor NELSON MINOTTA GARCIA fue nuevamente en el Colegio Cadena Las Playas en el mismo salón de educación física cuando ella iba pasando luego de comer y él la hala de la mano, la amenaza, le levanta la blusa, le toca sus senos, le tapa la boca y la accede carnalmente introduciéndole su pene por la vagina, luego de esto la menor sale corriendo y se queda callada nuevamente.

El ultimo evento de estos actos de abuso sexual ocurrió a principios del mes de agosto cuando la menor JMRM se encontraba en el colegio dirigiendo hacia donde se encontraba el profesor de tecnología y el profesor NELSON MINOTTA GARCIA nuevamente la toma de la mano y lleva al salón de educación física donde volvió hacer lo mismo pero en este caso la menor grito y le dijo que si lo volvía hacer ella le iba a contar y a decir a la coordinadora y la rectora ante lo cual él la volvió amenazar, desde este último hecho no la ha vuelto a agredir sexualmente ya que él fue despedido del colegio por que iba acceder a otras

estudiantes menores motivo por el cual fue denunciado el día 22 de agosto de 2022 por acoso sexual ante Control Interno de la Alcaldía de Apartado, Comité de Convención Municipal de la Secretaría de Educación, la Procuraduría y la Fiscalía. Luego de conocerse los otros hechos de abuso y acoso sexual por parte del profesor NELSON MINOTTA GARCIA a otras estudiantes de grados 6, 7, 8, 9 y 10 que dieron lugar a su despido y fueron denunciados por la rectoría ante las autoridades, se obtuvo información por parte de la coordinación de los hechos ocurridos con la estudiante JMRM de 701 quien había sido tocada en sus partes íntimas y accedida carnalmente por el mismo profesor, llevando la menor a rectoría y entre la psicóloga, la coordinadora y la directora logran después de mucho diálogo que la estudiante les cuente sobre los hechos de abuso de los que había sido víctima por parte del profesor NELSON MINOTTA GARCIA quien le había tocado sus senos, la vagina y las nalgas en el salón de educación física hechos por los cuales ella estaba aterrorizada y llorando, toda vez que el profesor la había amenazado con hacerle algo malo si le decía a alguien, posteriormente se conoce a través de lo relatado por la menor a su madrastra Yennys Valencia Ramírez en su casa que además de los actos de abuso sexual cometidos contra la menor estudiante, el profesor NELSON MINOTTA GARCIA la había accedido carnalmente, hechos que le fueron narrados por la menor de forma directa y que luego su madrastra pone en conocimiento de la coordinadora el día 9 de septiembre de 2022 quien la orienta para que acudiera a la Fiscalía y a el Hospital para la activación del código fucsia."

3. ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

El día 20 de septiembre de 2022, ante Juzgado Tercero Promiscuo Municipal de Apartadó (Antioquia) con funciones de Control de Garantías, la Fiscalía General de la Nación, le fue imputado al señor NELSON MINOTTA GARCIA los delitos de ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE 14 AÑOS EN CONCURSO HETEROGÉNEO con el punible de ACTOS SEXUALES CON MENOR DE 14 AÑOS, artículos 208 y 209 del C.P. ambas conductas agravadas por el numeral 2º del artículo 211 del CP. El imputado no se allanó a los cargos, y se le impuso medida de aseguramiento privativa de la libertad en establecimiento de reclusión.

Posteriormente, el escrito de acusación fue radicado el 18 de noviembre del año 2022, ante el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Apartadó (Antioquia), fijándose fecha para la audiencia de formulación para el día 01 de marzo de 2023, data en la cual, **la defensa del señor Minotta García solicitó la nulidad desde la audiencia de formulación de imputación** por violación de garantías fundamentales- derecho de defensa-, al advertir irregularidades que recaen en los hechos jurídicamente relevantes informados a su prohijado en la audiencia de formulación de imputación como aquellos relacionados en el escrito de acusación, pues los mismos no son claros con relación al concurso de conductas punibles endilgadas.

Destaca que, la Fiscalía no realizó una relación entre los hechos jurídicamente relevantes y los cargos de manera suscita y comprensible, resultando confuso esgrimir los aspectos circunstanciales de tiempo, modo y lugar en que se dio la conducta, además, de no ser diáfanas las condiciones en las que se imputó el concurso. Precisa que, el escrito de acusación presentado por el ente acusador es ambiguo, vulnerando el derecho a la defensa material de su prohijado, dado que, los actos sexuales abusivos se subsumen en el acceso carnal abusivo.

Solicita que, de accederse a su pedimento, se ordene la libertad de su prohijado.

Por su parte, la **Delegada de la Fiscalía**, se opone a la solicitud, pues advierte que no existe vicio alguno en la actuación judicial, en primer lugar, porque la audiencia de imputación se surtió efectivamente impartándose legalidad por parte del Juez de Control de Garantías, en ese sentido, es una etapa ya concluida.

Explica que, los hechos jurídicamente relevantes, efectivamente son los mismos de la imputación, como bien indica el abogado defensor son 3 hechos los que se refieren, en los que hay actos sexuales abusivos y acceso carnal, de ahí es que se determina el concurso. Las circunstancias de tiempo, modo y lugar, están determinadas dentro del escrito, en donde se

indica el tiempo, periodo entre Julio y agosto, también se refiere el lugar específico donde la menor presuntamente fue abusada sexual por parte de su profesor Nelson Minotta García. Se duele, además, de que la defensa no explicó cual fue el lenguaje ambiguo o no claro. Sin embargo, encontrándose en esta diligencia se encuentra presta a realizar cualquier aclaración una vez se verbalice la acusación.

El representante de la víctima, coadyuva los argumentos esgrimidos por la delegada de la fiscalía, pues en su sentir no se avizora ninguna nulidad, en tanto las circunstancias de tiempo, modo y lugar están previamente determinados en el escrito, como también las conductas punibles. Se precisó que, sobre la víctima recayeron unas conductas de acceso y de actos sexuales y que fueron en circunstancias diferentes, cumpliendo el escrito de acusación con los requisitos de ley.

4. LA DECISIÓN IMPUGNADA

En audiencia llevada a cabo el pasado 26 de mayo, la titular del Juzgado Segundo Penal del Circuito de Apartado (Antioquia), luego de analizar los argumentos esgrimidos por la defensa, al efectuar el estudio del caso despachó positivamente la petición de nulidad invocada por este extremo procesal, de la cual destaca, bordeó los límites de una indebida sustentación, al no ser puntual frente a los hechos jurídicamente relevantes, sino que consideró que se realizó una imputación en un lenguaje poco claro, si atacó mínimamente las falencias acaecidas en dicho acto de comunicación.

Aduce que, en la formulación de imputación no se delimitaron los hechos jurídicamente relev2antes y la intervención de la fiscalía redujo en indicarle al capturado que: *los hechos que dieron origen a esa investigación fue un oficio suscrito por Carlos Cadavid Valencia remitido el 10 de septiembre del año en curso donde da cuenta de la activación del*

código fucsia por un presunto punible contra la libertad de integridad y formación sexuales de JMRM identificaba con tarjeta de identidad terminada en 897 nacida el 25 de Julio 2010 en Istmina chocó, contando con 12 años con base en esta activación de código fucsia se procede a radicar esta denuncia y remisión de copia de la atención de la menor víctima, allí se describe que la menor manifestó haber sido víctima de violencia sexual por parte de su profesor de física Minotta en el Colegio Las Playas refiere haber sido agredida sexualmente desde el mes de julio, en otros apartes en este oficio de remisión el psicólogo dice", en desarrollo de la audiencia se realizó la lectura de elementos materiales probatorios como entrevistas, declaraciones e informes; sumado a lo anterior, la fiscalía dio lectura del contenido de los artículos que contemplaban los delitos del acceso carnal abusivo con menor de 14 años y actos sexuales con menor de 14 años y solo explicó porque se configuraba el agravante los delitos enunciados, pero no delimitó los hechos que configuraban el concurso de conductas punibles, puntualizando en cuántos actos o accesos había incurrido el capturado. La Fiscalía no extrajo de las lecturas de los elementos, los hechos relevantes para el derecho penal y así delimitárselos al procesado para que conociera puntualmente y no a través de la lectura de declaraciones entrevistas y otros, porqué estaba siendo vinculado a un proceso penal.

Explica la Juez de primer grado que, la Fiscalía desatendió sus deberes, pues en acto de imputación no se realizó de una manera clara y sucinta, delimitando los hechos jurídicamente relevantes, omitiendo la Juez de Control de Garantías realizar un adecuado control en la audiencia, permitiendo que el ciudadano se le diera a conocer solo los contenidos de los elementos que en su contra existe, permaneciendo pasiva al advertir que la diligencia no cumplía su cometido central, esto es, la presentación clara y completa de los hechos jurídicamente relevantes, requisito necesario para soportar la validez de la diligencia.

Resalta que, la Fiscalía no indicó de manera puntual al señor Nelson Minotta, aquellos aspectos relevantes de la conducta y cómo los actos por

él desarrollados, transgredían el objeto jurídico tutelado, no explicó los eventos y por qué ello configura un concurso; tal omisión vulneró el debido proceso en su componente del derecho de defensa.

Corolario de lo anterior, en pro de los derechos que le asisten no solo al procesado también a la víctima de conocer la verdad de los hechos, concluye que la solución jurídica es decretar la nulidad desde la audiencia de formulación imputación para que el proceso retome los cauces de la legalidad, a efectos de que la fiscalía proceda delimitar en debida forma los hechos jurídicamente relevantes y la calificación jurídica. Al encontrarse privado de la libertad el procesado en virtud de este proceso, ordenó su libertad.

Inconformes con la decisión, la delegada de la Fiscalía como el representante de la víctima interponen el recurso de apelación.

5. DE LA IMPUGNACIÓN

La Delegada Fiscal en conjunto con el representante de la víctima, sustenta la alzada, señalando que, si bien en la formulación de imputación se hizo alusión por la fiscal delegada en su momento, a diferentes entrevistas y demás elementos materiales probatorios que se tenían para aducir a los hechos ocurridos en relación a la conducta desplegada por el señor Nelson Minotta García en contra de la menor J.M.R.M., en el escrito de acusación, que es en el momento procesal donde el abogado defensor presenta la nulidad, la fiscalía realizó una readecuación típica que contempla los 3 eventos que indicó la menor J.M.R.M., qué tipo de conducta se desplegó en relación a las conductas que se le acusa al señor Nelson Minotta García en lo concerniente a los artículos 208 y 209 del C.P. agravado en concurso heterogéneo y sucesivo, enmarcándose las circunstancias de tiempo, modo y lugar.

Aduce que en la formulación de imputación, la fiscal hizo alusión a las remisiones de los hechos en la que se contemplan las entrevistas,

puntualmente, la realizada a la menor de iniciales J.M.R.M., en la que se refiere los actos de abuso ocasionados por el señor Nelson Minotta García, indicándose de forma clara en el escrito de acusación los momentos en los que se enmarca la conducta típica del delito de acceso carnal abusivo y el delito de actos sexuales.

Expone que, con relación a ambas conductas se da el agravante dispuesto en el artículo 211 numeral 2º, al ser el señor Nelson Minotta García docente de la menor, ello por la responsabilidad que tenía éste sobre la menor, posición o cargo que le diera particular autoridad sobre la víctima y que la impulsara a depositar en él dicha confianza.

Con relación a la delimitación a los hechos señala que, estos ocurrieron en 3 oportunidades, refiriendo la menor cada uno de ellos.

Resalta que la imputación se realizó en un lenguaje claro y comprensible cumpliendo lo dispuesto en el artículo 288, y así lo manifestó el procesado en su momento, sin que la defensa de éste en su momento, realizara observación alguna.

Finalmente, considera que, el escrito de acusación cumple con los requerimientos establecidos en el artículo 337, tiene la individualización, se precisa de forma clara y sucinta los hechos jurídicamente relevantes en lenguaje comprensible y dejando por fuera hechos indicativos que se hicieron alusión en la formulación de imputación, el presupuesto fáctico enmarcado dentro del fundamento jurídico, sin embargo, en su sentir es coherente lo extraído de la formulación de imputación y lo plasmado dentro del escrito acusación.

En vista de lo anterior, considera que no es procedente la nulidad.

6. NO RECURRENTES

La Defensa, en lo que atañe al objeto de la diligencia, señala que, la fiscalía se equivoca cuando advierte que existe congruencia en los hechos plasmados en la formulación de imputación y el escrito de acusación en punto de los hechos jurídicamente relevantes, sin embargo, no conoce la imputación y, tal como lo adujo el juez de primera instancia, la juez de control de garantías no realizó el debido control a ese acto de comunicación, irregularidades que no se convalidan con manifestación de su prohijado sobre su comprensión, pues este, no conoce de derecho.

Corolario de lo expuesto, solicita se confirme la decisión d primer grado.

7. CONSIDERACIONES DE LA SALA

7.1 Competencia

Es competente la Sala para conocer del recurso de apelación interpuesto por la delegada de Fiscalía contra el auto proferido por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Apartadó (Antioquia), conforme al precepto contenido en el artículo 34 numeral 1º del Código de Procedimiento Penal.

7.2. Caso Concreto

El debate jurídico planteado permite a la Sala abordar el estudio del acto procesal de imputación, con el cual se da inicio formal a proceso penal, cuyos sentidos y contenidos se encuentran establecidos en los artículos 286 y 288 del Código de Procedimiento Penal, que son del siguiente tenor literal:

“ARTÍCULO 286. CONCEPTO. *La formulación de la imputación es el acto a través del cual la Fiscalía General de la Nación comunica a una persona su calidad de imputado, en audiencia que se lleva a cabo ante el juez de control de garantías”.*

“ARTÍCULO 288. CONTENIDO. *Para la formulación de la imputación, el fiscal deberá expresar oralmente:*

- 1. Individualización concreta del imputado, incluyendo su nombre, los datos que sirvan para identificarlo y el domicilio de citaciones.*
- 2. Relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes, en lenguaje comprensible, lo cual no implicará el descubrimiento de los elementos materiales probatorios, evidencia física ni de la información en poder de la Fiscalía, sin perjuicio de lo requerido para solicitar la imposición de medida de aseguramiento.*
- 3. Posibilidad del investigado de allanarse a la imputación y a obtener rebaja de pena de conformidad con el artículo 351”.*

Unido a lo anterior, debe indicarse que con la Formulación de Imputación se habilita de mejor manera el derecho de defensa material y técnica, según lo establecido en los artículos 8 y 290 de la misma codificación adjetiva penal. Precisamente lo que habilita el cabal ejercicio del derecho a la defensa es una clara, inmaculada y concreta presentación de los cargos iniciales por la Fiscalía General de la Nación, en sus componentes fácticos y jurídicos, porque correlativamente es a partir de dicho conocimiento que se posibilita la adopción de una adecuada y pertinente estrategia defensiva.

Esta labor de subsunción de la conducta o comportamiento naturalístico atribuido al ciudadano, para adecuarla a una norma o grupo de normas penales respecto de las cuales debe enfrentar el proceso, se corresponde con un juicio de valor producto de la confrontación de los hechos frente al derecho penal, y se revierte **en una facultad exclusiva y excluyente del órgano estatal a quien constitucionalmente se le ha atribuido el ejercicio de la acción penal, para cuyo resultado de adecuación típica – juicio de imputación - debe ajustarse por completo a las circunstancias de tiempo, modo y lugar en los que la conducta fenomenológica ha tenido ocurrencia.**

El concepto de hechos jurídicamente relevantes fue desarrollado y precisado por la Sala de Casación Penal, sin variaciones, a partir de la providencia dictada el 8 marzo de 2017, en el radicado 44599, en la cual

se colige que: “(...) son los que corresponden al presupuesto fáctico previsto por el legislador en las respectivas normas penales”, sin que sea dado entremezclarlos con hechos indicadores y medios de prueba.

Seguidamente la misma Corporación, explicitó que: **“Uno de los contenidos medulares de ese acto [formulación de Imputación], es la «relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes en lenguaje comprensible...»** (art. 288.2 ibídem), es decir, de los supuestos fácticos atribuidos y que se corresponden con los elementos de un específico tipo penal”². Negrilla fuera de texto.

La jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, ha precisado que ni el Juez, ni la defensa, deben realizar control material a la formulación de imputación o a la acusación, sobreponiendo su criterio, pues usurparían actividades que no les conciernen; empero, **el funcionario judicial sí debe velar por los derechos fundamentales de las partes, como sería el debido proceso, contradicción y defensa**³; **de lo contrario, podría conducir a la nulidad, inclusive, de la imputación**⁴.

Es más, en decisión vigente⁵, el Alto Tribunal de Cierre de la Jurisdicción Ordinaria, ilustró de manera pedagógica, la manera como se delimitan adecuadamente los hechos jurídicamente relevantes, por lo que se transcribe in extenso, la decisión, que aborda las temáticas definitorias para el asunto de la especie:

La Sala de manera reiterada, ha señalado que para la construcción de los hechos jurídicamente relevantes es imprescindible que: (i) se interprete de manera correcta la norma penal, lo que se traduce en la determinación de los presupuestos fácticos previstos por el legislador para la procedencia de una determinada consecuencia jurídica; (ii) el fiscal verifique que la hipótesis de la imputación o la acusación abarque todos los aspectos previstos en el respectivo precepto; y (iii) se establezca la diferencia entre hechos jurídicamente relevantes, hechos

² SP 3329 de 9 de septiembre de 2020

³ SP4792-2018, radicado 52.507; SP del 7 de noviembre de 2018, dentro del radicado 52507, citada a su vez, en AP3453-2019, radicado 55.470, entre otras.

⁴ SP4045-2019, radicado 49386.

⁵ SP741-2021, radicado 54658.

indicadores y medios de prueba, bajo el entendido que la imputación y la acusación concierne a los primeros, sin perjuicio de la obligación de relacionar las evidencias y demás información recopilada por la Fiscalía durante la fase de investigación –entendida en sentido amplio–, lo que debe hacerse en el respectivo acápite del escrito de acusación (CSJ SP, 08 Marzo 2017, Rad. 44599; CSJSP, 08 Marzo 2017, Rad. 44599, CSJ SP1271-2018, Rad. 51408; CSJ SP072-2019, Rad. 50419; CSJ AP283-2019, Rad. 51539; CSJ SP384-2019, Rad. 49386, entre otras)

Sobre este último punto, la Corte ha señalado que la mezcla de los contenidos probatorios con los hechos jurídicamente relevantes objeto de acusación, no solo conspira contra la claridad y brevedad de que trata el artículo 337 del Código de Procedimiento Penal, sino en desfavor de la eficacia y prontitud de la administración de justicia. Además, podría afectar el principio de congruencia, el derecho de defensa del procesado e incidir en la delimitación del tema probatorio, dando lugar a que el juez acceda prematuramente a dicha información sin que se agote el debido proceso probatorio.

Ahora bien, como en la construcción de los hechos jurídicamente relevantes, se arraigó la mala práctica de comunicar los cargos a través de la relación del contenido de las evidencias y demás información recaudada por la Fiscalía durante la fase de indagación, confundiendo los hechos jurídicamente relevantes, los indicadores y los medios de prueba, la Corte de manera reciente señaló que en cada caso debe evaluarse si, a pesar de ello, el imputado tuvo la posibilidad de conocer el componente fáctico y jurídico de los cargos enrostrados (CSJ SP2042-2019, Rad. 51007):

Así se expresó la Corte:

«Si se mezclan medios de prueba, hechos indicadores y hechos jurídicamente relevantes, suele suceder que (i) se extienda injustificadamente la duración de las audiencias, con el grave impacto que ello genera para la recta y eficaz administración de justicia; (ii) entremezclar estos aspectos suele conspirar contra la claridad de los cargos incluidos en la imputación, lo que no solo afecta las posibilidades de defensa, sino, además, el estudio de la medida de aseguramiento y la terminación anticipada de la actuación en el evento de que el imputado se allane a los cargos o decida celebrar un acuerdo con la Fiscalía; y (iii) aunado a la extensión injustificada de las audiencias, es común que, bajo esas condiciones, no se incluyan en los cargos todos los referentes fácticos de las normas penales seleccionadas, lo que afecta todas las fases del proceso.

No debe olvidarse que el descubrimiento de las pruebas se inicia en la fase de acusación. Ahora bien, si la Fiscalía pretende hacer un descubrimiento anticipado, para facilitar el allanamiento a cargos o un acuerdo, debe buscar el momento adecuado para hacerlo, que, en todo caso, no será la audiencia de imputación, por las razones que se acaban de explicar.

Sin embargo, como a lo largo de los años en diversos escenarios judiciales se arraigó la mala práctica de comunicar los cargos a través de la relación del contenido de las evidencias y demás información

recaudada por la Fiscalía durante la fase de indagación, en cada caso debe evaluarse si, a pesar de ello, se cumplieron los objetivos de la diligencia, especialmente, si al imputado se le brindó información suficiente acerca del componente fáctico de los cargos y sobre la calificación jurídica del mismo, bajo el entendido de que esto último tiene un innegable carácter provisional en la audiencia de formulación de imputación, como se resaltará más adelante».

En la decisión que se acaba de transcribir, nuevamente la Corte volvió a recordar, cuando no se concretan de manera clara y completa los hechos jurídicamente relevantes, se violan el debido proceso y el principio de congruencia, enfatizando *“En otras palabras, cuando el numeral segundo del artículo 288 de la Ley 906 de 2004, advierte que dentro de la imputación se ofrece obligatorio para el Fiscal efectuar una **“Relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes, en lenguaje comprensible”**; y, a su turno, el artículo 337 ibídem, reitera que la acusación debe consignar este mismo tópico; no solamente está referenciando una garantía para el procesado, sino que verifica inconcuso un elemento consustancial a dichas diligencias, a la manera de entender que sin el requisito en cuestión el acto procesal se despoja de su esencia y deviene, en consecuencia, nulo”*. (negrillas fuera de texto).

El tema en cuestión ha sido desarrollado de manera pacífica por la Sala de Casación penal de la Corte Suprema de Justicia, quien en reciente decisión⁶, volvió a retomar el valor fundamental que dentro del esquema procesal vigente conlleva la adecuada descripción de los hechos jurídicamente relevantes, acorde con su efecto procesal y material, explicitando:

Ahora bien, para comenzar a desglosar los tópicos de discusión, la Corte apenas debe resalta –dado que se trata de una jurisprudencia pacífica y reiterada que, acorde con lo examinado en el trámite, parece ser suficientemente conocida por todos los intervinientes y jueces singular y plural-, el valor fundamental que dentro del esquema procesal vigente conlleva la adecuada descripción de los hechos jurídicamente relevantes, acorde con su efecto procesal y material.

Por manera que, se advierte, las omisiones o yerros sustanciales en su estructuración por parte de la Fiscalía, necesariamente invalidan el acto en el que se plantean, pues, además de configurar un elemento fundamental de la imputación y de la acusación –estructura del proceso-, sirven de soporte necesario para el derecho de defensa, en tanto, solo a partir de conocer cuáles son los cargos concretos que se le atribuyen –componente fáctico y jurídico de la conducta atribuida-, el procesado y su defensa pueden adelantar su particular tarea investigativa y erigir los medios de controversia que estimen pertinentes,

⁶ SP893- 2022. Radicado 58277 de 23 de marzo de 2022.

ya sea en el periodo previo a la acusación o con posterioridad a ella, a través de los medios solicitados en la audiencia preparatoria.

Ello significa, como criterio general, que la delimitación de cargos operada en la imputación, debe permanecer incólume hasta el fallo.

Además de ello, se explicitó como deberes de los funcionarios judiciales (sin que ello conlleve un control material):

“A este respecto, la Corte no puede dejar de llamar la atención acerca de la necesidad de intervención del juez en este tipo de temas, pues, si se ha advertido que la esencia de las audiencias de formulación de imputación y acusación, reclama de adecuada y suficiente definición de los hechos jurídicamente relevantes, al punto que de no hacerse ello genera afectación profunda de la estructura del proceso y consecuente nulidad, la labor del funcionario judicial no puede erigirse pasiva, al amparo de una mal entendida imparcialidad.

En efecto, si se entiende que el juez se alza como fiel de la balanza que garantiza derechos y posibilita la adecuada tramitación del proceso, no puede él permanecer impávido cuando advierte que la diligencia no cumple su cometido central, independientemente del tipo de acción u omisión que conduce a ello.

Así las cosas, siendo requisito sustancial de las audiencias de formulación de imputación y de acusación, la presentación clara y completa de los hechos jurídicamente relevantes, es deber del juez de control de garantías y el de conocimiento, velar porque ese presupuesto se cumpla. Desde luego, no se trata de que el funcionario judicial reemplace a la parte o le imponga su particular visión de los hechos o su denominación jurídica, sino apenas exigir de ella que cumpla con el requisito legal, vale decir, la presentación clara y completa de los hechos jurídicamente relevantes, en el entendido que la exigencia se representa necesaria para soportar la validez de la diligencia, dentro de los presupuestos que gobiernan la estructura del proceso; máxime cuando, cabe anotar, al amparo del principio antecedente – consecuente, que signa el proceso penal, no es posible acceder al próximo momento procesal si el anterior no se ha adelantado de manera completa y correcta.

De esta manera se evita que, a futuro, con el consecuente desgaste para la administración de justicia, la ausencia del requisito esencial conduzca a invalidar gran parte de lo actuado»⁷.

El anterior recuento jurisprudencial le permite a la Sala destacar, tal como lo señaló la juez de primer grado que, la Fiscalía no estableció los hechos jurídicamente relevantes en la audiencia de formulación de imputación llevada a cabo en el 20 de septiembre de 2022, cuya intervención se

⁷ Ibidem.

redujo a la lectura de elementos materiales probatorios y posterior imputación jurídica, sin realizar, ni siquiera de manera somera, ejercicio de intelección alguno sobre la lectura realizada, extrayendo de manera clara y sucinta aquellas circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que al parecer ocurrieron los hechos reprochados para cada uno de los eventos endilgados al señor Nelson Minotta García. Para mayor claridad la Magistratura estima necesario acudir a lo sucedido en la citada vista pública, veamos:

(...)

FISCALÍA: Muchas gracias su señoría de conformidad con los artículos 286, 287 y siguientes la fiscalía procede a imputarle imputación al señor Nelson Minotta García identificado con la cedula de ciudadanía 71938990 expedida en apartado nació el 31 de mayo 1969 en Quibdó, Chocó, con 53 años de edad de ocupación docente grado universitario, educador del colegio las playas de este municipio, estado civil unión libre, con dirección de residencia en la urbanización 4 de junio manzana C casa 36 de este municipio, hijo de Nicanor Minotta y de la señora Maribel García Robledo, los hechos que dieron origen a esta investigación fue, un oficio suscrito por Carlos David Valencia, **oficio que remitió el día 10 septiembre del año en curso**, donde da cuenta de la activación del código fucsia por un presunto punible contra la libertad e integridad y formación sexual de la menor J.M.R.M., identificado con tarjeta de identidad 1076328997, nacida el 25 de julio del 2010 en Istmina, Chocó contando con 12 años de edad, con base en la activación del código fucsia se procede a radicar esta denuncia, en este activación del código fucsia y remisión de copias de la atención eh de la menor víctima J.M.R. Mosquera, **en aparte de esta remisión y atención se describe que la menor** *“manifestó haber sido víctima de violencia sexual por parte de su profesor de física Minotta de colegio cadena las playas, refiere haber sido agredida sexualmente desde el mes de julio donde relata, yo llevo 6 meses en el colegio el profesor primero, me trataba mal como si me tuviera rabia por eso cuando me tocaba física yo no iba al colegio me mandaba y yo me quedaba en otra parte, pero desde julio él comenzó a violarme en el salón, hay un lugar donde guardan los balones es ahí que me halaba y cerraba la puerta, yo no dije nada porque él me amenazó me iba hacer algo malo si decía algo él me violó en 3 ocasiones, entonces la última vez le dije que le iba a decir a la rectora y a la coordinadora y me volvió a amenazar que me hacía algo malo, sé que a él lo echaron porque se dieron cuenta de que iba a violar a otra niñas”,* en otros apartes de este oficio remisión se relata, *“el psicólogo dice paciente tímida con mirada desviada todo inicio un miércoles del mes de julio del presente año ese día yo fui al colegio y me tocaba una hora de clase teórica y una hora de deportes con el mismo profesor él iba a dar una guía que costaba 1500 pesos, pero como yo no tenía dinero el medio para pagarla al día siguiente, así hizo con varios compañeros, cuando*

terminó la hora de la clase teórica nos fuimos a hacer deporte ese día, el día termino normal, al día siguiente como a las 10 a.m. fui a cancelar la plata que debía y el profesor Minotta cogió la mano y yo le dije que me soltara, eso fue en el salón de él, entonces él me cogió a la fuerza y cerró la puerta del salón y en el salón del hueco donde guardan los balones me llevó, yo iba a gritar pero él me tapo la boca, me bajo la sudadera, me tocó los senos y me violó, eso duro como media hora, yo grité, fue cuando me soltó y me dijo que si decía algo él me hacía daño, por eso callé y yo salí corriendo; la segunda vez no recuerdo el día, yo está en el comedor y terminé de comer yo estaba pasando y volvió a hacer lo mismo me haló de la mano y me amenazó, me levanto la blusa, me tocó los senos, me tapó la boca y me penetró, después de eso salí corriendo y me quedé callada. La última vez, fue el mes pasado a inicio del mes, iba para donde el profesor de tecnología y otra vez el profesor Minotta me tomó de la mano y volvió a hacer lo mismo, pero esta vez sí le dije que si lo volvía a hacer yo si le iba a decir a la coordinadora y la rectora, desde ese día no lo ha vuelto a hacer ya que él se fue del colegio porque lo echaron porque iba a violar a otras niñas y la rectora se dio cuenta, yo hablo ahora porque él me amenazó porque se daba cuenta si yo hablaba".

En esta remisión que hace La Clínica Los Fundadores dice al examen físico: *"genitales externo normo configurados al tacto vaginal, himen elástico lo que indica que la evaluada ha sido desflorada, sin embargo, no se observa signos de trauma recientes en vestíbulo vaginal, Leucorrea escasa, maloliente"*

También tenemos que dentro de las diligencias se le recibió testimonio a la señora Rudemira Garcés Albornoz, rectora de la institución Educativa Cadena Las Playas, quien manifiesta que: "sabe del motivo de la entrevista ya que fue por un abuso de un educador del colegio con respecto a una menor que estudia allá, dice que el día 9 de agosto un estudiante del grado 11 se le acercó y le dijo que el profesor Minotta se estaba pasando con las niñas del colegio y le mostró un pantallazo en el teléfono donde una niña colocó un estado mostrando un tatuaje y el profesor le comenta, señorita que es todo eso no lo antoje a uno y le pone un stickers señalando sus partes íntimas y, luego le manda un mensaje diciendo: vos si tienes para entretenerse un rato" el estudiante no revela el nombre de la niña ya que no quiere que esto se sepa, dice que entre el 17 y el 18 de agosto contactaron a otras menores que le escribieron en un papel que le escribieron que están siendo acosadas por el señor profesor, notas que fueron allegadas a la investigación, dice asimismo que una ocasión llegó un estudiante que se presentó a la coordinadora y le dijo que una niña del grado séptimo 01, era la que el profesor Minotta se había comido, la coordinadora hizo las averiguaciones y se dieron cuenta que la menor J.M.R.M., a quien llevaron hasta la rectoría luego de hablar con ella les dijo que el profesor Minotta le había tocado la vagina, los senos y las nalgas en

el salón de educación física. Esto ocurrió el día 5 de septiembre cuando hablaron con la menor, para el día 8 de septiembre mandaron llamar al padre de la menor, el señor José Heriberto Ramírez, le informaron lo ocurrido y que para el día 9 de septiembre, compareció ante la institución la señora Yeni Valencia madrastra de la menor, quien les informó que la menor le había informado que el profesor había abusado sexualmente de ella, por lo que la rectora y la psico-orientadora le indican a la señora Yeni, que debe acudir al hospital para que activen código fucsia, asimismo, que fuera a la fiscalía para instaurar la respectiva denuncia.

Astrid Yamile Ayala, docente orientadora de la institución educativa con respecto a los hechos, manifiesta que “a mediados de agosto una estudiante le informó a la rectora que el señor Nelson Minotta, quien da clase de educación física desde enero de este año estaba acosando sexualmente a varias estudiantes y agrega, pues que tiene conocimientos por los escritos que presentaron varias estudiantes donde manifiestan que el profesor la está acosando y lo escribieron e hicieron anotaciones que le hicieron llegar a la rectora”, luego manifiesta asimismo que, “la menor J.M.R.M. le informó a ella que el profesor de educación física le había tocado sus partes íntimas”

En entrevista Yeni Valencia madrastra de la menor J.M.R.M. manifiesta que fue llamada por la psicóloga del colegio pero que ella no pudo asistir por cuestiones laborales y asistió a esta reunión el padre José Heriberto, luego el señor Heriberto la llamó y le indicó que en el colegio le habían dicho que el profesor había abusado de la menor, que ya ella en la noche estando en la casa, se encerró en la habitación con la menor y esta se colocó a llorar y le dijo que el profesor Minotta la metía en una especie de bodega que estaba dentro del salón usado para guardar los elementos deportivos, que tiraba una colchoneta al suelo y que el profesor le introducía el pene y se quedaba montado hasta media hora y también le introducía los dedos en la vagina que ella le dijo que no había gritado y manifestó que el profesor le decía que si manifestaba algo la mataba, dice que no sabe fecha exacta de los hechos, pero que la menor manifiesta que esos hechos venían ocurriendo desde hacía dos meses y pasaba durante la jornada escolar.

En entrevista forense la menor J.M.R.M., entrevista rendida ante el psicólogo de la Fiscalía, el técnico Carlos Santiago Restrepo Zapata, entrevista Forense rendida el 12 de septiembre del año en curso manifiesta que: “el docente Nelson le quitaba la ropa, la manoseaba, la penetró, al momento que le preguntan que donde fue penetrada la menor no contesta solamente escribe en un papel que fue en la vagina, afirma en esta entrevista forense la menor que esto ocurrió en 3 eventos en el mismo sitio, dice que el agresor se llama Minotta, docente de educación física y que

laboraba en la Institución Educativa Cadena Las Playas, pero que debido a las denuncias de violencia fue retirado de la institución, hace una descripción del mismo, diciendo que es moreno no tan gordo, más o menos bajito, más o menos viejo, alto y calvo; agrega que los hechos ocurrieron entre julio y agosto del año en curso, sin especificar fecha exacta teniendo en cuenta que es una menor que solo tiene doce años de edad"

Asimismo, dentro de las diligencias obra un acta de inspección al colegio y al salón donde presuntamente ocurrieron estos hechos punibles donde fue violentada la menor J.M.R.M.; también tenemos que dentro de la diligencias sobra copia de la tarjeta de identidad numero 1076328997 expedida a la menor J.M.R.M nacida el 25 de julio del 2010 en Istmina, chocó, contando para la fecha con doce años, eh también tenemos que dentro de la diligencias obra informe pericial de Clínica Forense UVAPADSAN 0362 del 2022 fechado el 15 de septiembre del año en curso, suscrito por el medico Luis Eduardo Amaris Puerta, donde en la parte de la valoración de clínica forense dice el médico que *"tiene un himen con desgarramiento antiguo, dice descripción desgarramiento himeneal, presenta un desgarramiento de bordes totalmente cicatrizados el cual inicia en el borde libre del himen el cual inicia hasta la zona de implantación de este ubicado a las 9 según las manecillas del reloj, no presenta síntomas contaminación venérea"*, dice que himen anular se trata de un desgarramiento antiguo lo que orienta clínicamente a un tiempo de evolución superior a los 10 días, este hallazgo al examen no contradice una historia de penetración vaginal u otro tipo de actividad sexual reciente a este nivel que no haya dejado lesión física la cual es consistente con el relato de los hechos" suscrita por el medico Luis Eduardo Amaris Puerta.

También tenemos que dentro de las diligencias fue aportado un acta de grado, una copia del decreto 093 del 3 de abril de 2018 donde nombra como educador al docente Nelson Minotta, una resolución 028 de enero del 2019 donde inscriben a partir de 21 de enero 2019 en el grado 2 salarial A del escalafón nacional de docente al educador Nelson Minotta García, esta resolución está suscrita por el Secretario De Educación y cultura John Fredy Córdoba Perea, asimismo dentro de la diligencia obra una aceptación de nombramiento del educador, un acta de posesión del profesor Nelson Minotta, un diploma de la Universidad De Pamplona, donde le expiden diploma a Nelson Minotta como licenciado en educación básica con énfasis en educación física, recreación y deportes; tenemos asimismo dentro de los documentos, un oficio de la Secretaria Educación y Cultura de Apartado de la Institución Educativa Cadena Las Playas fechado el 19 de septiembre del año en curso, suscrito por la señora Rudemira Garcés Albornoz donde certifica que la menor J.M.R.M. se encuentra matriculada en el grado 7-01 de esta institución y que los docentes que dictan clase en ese grupo con asignación académica al momento de los hechos son -Sic- dentro de los educadores que están

relacionados en este oficio está el señor Nelson Minotta como educador del área de educación física, recreación y deporte, asimismo, dice que el horario de clase del docente Nelson Minotta García en el grado 7- 01 es el siguiente, en este dice que para el grado 7-01 dice que tiene clase los días miércoles de 8:20 a 9:20 y de 9: 20 a 10:20 en ese grado 7-01, dice asimismo que, la jornada regular clase para el bachillerato para los estudiantes es de 6:00 A.M a 12:30 del día.

Con fundamento en lo anterior y contando con los elementos materiales probatorios evidencia física e información legalmente obtenida, se formula imputación al señor Nelson Minotta García, aquí presente como autor del delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años agravado en concurso heterogéneo y sucesivo con el delito de actos sexuales abusivos de conformidad con los artículos 208 que fue modificado por el artículo 4 de la ley 1236 del 2008; el artículo 208 nos dice:

“Artículo 208 modificado por el artículo 4 de la ley 1236 del 2008: acceso carnal con menor de 14 años el que acceda carnalmente a persona menor de 14 años incurrirá en prisión de 12 a 20 años.”

Asimismo, este delito en concurso heterogéneo y sucesivo con el delito de acto sexuales con menor de 14 años de conformidad al artículo 209 que fue modificado por el artículo 5 de la ley 1236 del 2008 que nos dice:

“Acto sexuales con menor de 14 años: el que realice actos sexuales diversos del acceso carnal con persona menor de 14 años o en su presencia o la induzca a prácticas sexuales incurrirá en prisión de 9 a 13 años”

Esta conducta es agravada de conformidad al artículo 211 que nos habla de las circunstancias de agravación punitiva, dice-Sic-:

“ las pena para los delitos descrito en los artículos anteriores se aumentará de 1 tercera parte a la mitad, cuando-Suc- este artículo 211 fue modificado por artículo 7 de la ley 1236 2008, como lo dije esta conducta es agravada conforme al artículo 211 numeral 2º que nos dice:

“el responsable tuviere posición o cargo que le diera cualquier autoridad sobre la víctima o la impulse en el a depositar su confianza”

Este agravante en que con razón a que el señor Nelson Minotta es educador del colegio cadena las playas, daba clase a la menor víctima y en razón a esto siendo el educador la menor tenía confianza en él mismo.

(...)

Asimismo, el artículo 31 del código penal nos habla del concurso de conductas punibles que nos dice:

“El que con una sola acción u omisión o con varias acciones u omisiones inflija varias disposiciones de la ley penal o varias veces de la misma disposición quedará sometido a la que establezca la pena más grave según la naturaleza aumentada hasta en otro tanto sin que fuere superior a la suma aritmética de las que corresponden a las respectivas conductas punibles debidamente dosificadas cada una de ellas”

Con una posible pena de prisión con base en el concurso de las conductas punibles que nos dice que la pena más grave aumentada hasta en otro tanto, esto partiendo de una pena mínima de 12 a 20 años, esta imputación se le realiza a título de autor, verbo rector acceder y realizar. Nelson tenía conocimiento que estaba cometiendo un delito y quiso su realización, lesionó sin justa causa el bien jurídico tutelado como es la libertad e integridad y formación sexuales sin justa causa a no obrar causales de justificación, al momento de cometer la conducta Nelson, tenía la capacidad de comprender la ilicitud de su conducta, tenía la capacidad de determinarse de acuerdo con esa comprensión, Nelson era consciente que su conducta era antijurídica y prohibida y le era exigible un comportamiento contrario ajustado a derecho, asimismo, señor Nelson le hago saber que usted tiene la posibilidad de aceptar o allanarse a los cargos imputados en esta audiencia, es decir ,delito que se le está imputando acceso carnal abusivo con menor de 14 años en concurso con actos sexuales con menor 14 años y agravado, en caso que usted aceptara cargos implica que usted renunciaría a un juicio público, oral concentrado contradictorio pero que de todas maneras tendrá una sentencia, asimismo le hago saber señor Nelson que en caso que usted aceptara cargos, no tendría derecho a ninguna rebaja por expresa prohibición legal según lo normado en el artículo 199 de la ley 1098 de 2006 y artículo 68 A del Código Penal de esta manera se le formula imputación al señor Nelson Minotta ...”

Bajo este horizonte, se torna evidente que, la fiscalía no realizó imputación fáctica alguna ni antes ni después de leer los medios de prueba, impidiendo con ello, que el procesado conociera de manera clara ese “**componente fáctico**” por el cual está siendo investigado y vinculado a un proceso penal, actuación que, se reitera, no se cumple con la lectura de los medios de prueba, pues debe la fiscalía mínimamente extraer de aquellos, cuales tienen relevancia jurídico penal. No desconoce esta Corporación que, el acto de la comunicación de los cargos a través de la relación de los medios pruebas se ha convertido en una mala práctica de la Fiscalía, a tal punto de que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en reiteradas decisiones ha dejado claro que, pese a

ello, debe evaluarse en cada caso, si se cumplieron los objetivos de la diligencia, especialmente, si se brindó al imputado información suficiente sobre el componente fáctico⁸, evidenciándose, en este caso, que el señor Minotta García no tuvo la posibilidad de **conocer el componente fáctico de los cargos enrostrados** ante la **total ausencia de una hipótesis factual por parte del ente acusador**, socavando con ello, no solo las garantías fundamentales que asisten al procesado en punto del ejercicio del derecho de defensa y de contradicción, también, **el principio de congruencia ante la indeterminación de una descripción fáctica** que hace imposible verificar la inmutabilidad o correspondencia factual entre la imputación, la acusación y la sentencia; al respecto señaló la Corte en decisión SP741-2021 Rdo. 54658 del 10 de marzo de 2021 señaló lo siguiente:

(...)

4. Violación al debido proceso y al principio de congruencia cuando no se concretan de manera clara y completa los hechos jurídicamente relevantes

La Sala de manera reiterada ha señalado que el principio de congruencia se constituye en una garantía del debido proceso que implica asegurarle al procesado una efectiva defensa, de modo que solo podrá ser condenado por los hechos y los delitos contenidos en la acusación. Se evita así sorprenderlo con imputaciones respecto de las cuales no se defendió y no ejerció su derecho de contradicción (ver, entre otras, CSJ SP, 15 may. 2008, rad. 25913 y CSJ SP, 16 mar. 2011, rad. 32685; CSJ SP6354-2015, rad. 44287; CSJ SP9961-2015, rad. 43855; CSJ SP5897-2015, rad. 44425; CSJ SP15779-2017, rad. 46965, CSJ SP20949-2017, rad. 45273)

No se discute, así mismo, que la congruencia opera en los planos fáctico, jurídico y personal. Al respecto, la Sala ha indicado que la determinación jurídica posee una connotación si se quiere flexible, por lo tanto, resulta factible que en curso del juicio se pueda modificar la misma, dentro de las limitaciones que al efecto han establecido la ley y la jurisprudencia de la Corte. Sin embargo, **de manera pacífica se ha establecido que la descripción fáctica – o hechos jurídicamente relevantes,**

⁸ CSJ SP2042-2019 Rdo. 51007; SP741-2021 Rdo. 54658

como así lo rotula la Ley 906 de 2004-, no puede ser objeto de modificación sustancial a lo largo del proceso, entendido este como el trámite formalizado que comienza con la formulación de imputación y termina con la sentencia ejecutoriada.

Sobre este último punto, esto es, la correspondencia factual que debe existir entre la imputación, la acusación y la sentencia, y la imposibilidad de acusar y condenar a una persona por hechos jurídicamente relevantes que no le fueron comunicados en la audiencia de formulación de imputación, la Corte, en la decisión CSJ SP14792-2018, Rad. 52507, señaló lo siguiente:

«Pero, además, la Corte ha detallado que la obligación de conservar el núcleo central del apartado fáctico opera desde la formulación de imputación, esto es, que dicha delimitación se torna invariable a partir de este hito procesal, hasta que es emitida la sentencia, lo que reclama concluir que cualquier desarmonía sustancial entre estos estados -imputación, acusación y sentencia- resulta violatoria del debido proceso.

(...)

Ahora bien, si se entiende que el principio de congruencia comporta dos aristas básicas: (i) derecho a conocer de manera clara y suficiente los cargos por los cuales se acusa a la persona; y (ii) concordancia entre los cargos consignados en la acusación y aquellos objeto de sentencia –absoluta en lo fáctico, relativa en lo jurídico-; es dable concluir que la violación del principio puede obedecer a una fuente distinta y, desde luego, ocasionar un daño diferente.

A este efecto, la Sala debe resaltar el carácter estructural de los hechos jurídicamente relevantes, pues, no solo representan una garantía de defensa para el imputado o acusado, en el entendido que este debe conocer por qué se le está investigando o es llamado a juicio, sino que, en razón a su carácter inmutable, se erigen en bastión insustituible de las audiencias de formulación de imputación y acusación, de cara al soporte fáctico del fallo.

En otras palabras, cuando el numeral segundo del artículo 288 de la Ley 906 de 2004, advierte que dentro de la imputación se ofrece obligatorio para el Fiscal efectuar una “Relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes, en lenguaje comprensible”; y, a su turno, el artículo 337 ibídem, reitera que la acusación debe consignar este mismo tópico; no solamente está referenciando una garantía para el procesado, sino que verifica inconcuso un elemento consustancial a dichas diligencias, a la manera de entender que sin el requisito en cuestión el acto procesal se despoja de su esencia y deviene, en consecuencia, nulo.

Ello se entiende mejor al examinar la naturaleza y finalidades de ambos institutos procesales, en tanto, si se considera que la imputación emerge como el acto comunicacional a través del cual el Fiscal informa al imputado los hechos por los cuales lo investiga; y, a su turno, la acusación representa el momento en el que ese funcionario formula cargos al procesado, de manera que solo en torno de estos puede girar el juicio, elemental surge que consustancial a ambos trámites se

erige la definición de cuáles son, de manera clara y completa, los hechos o cargos que los gobiernan.

Entonces, **si la imputación y la acusación no contienen de forma suficiente ese elemento toral, apenas puede concluirse que no cumplió con su cometido y, así, el debido proceso en toda su extensión ha sido afectado, reclamando de condigna invalidez, única forma de restañar el daño causado en el asunto que se examina.**

A este respecto, la Corte no puede dejar de llamar la atención acerca de la necesidad de intervención del juez en este tipo de temas, pues, si se ha advertido que la esencia de las audiencias de formulación de imputación y acusación, reclama de adecuada y suficiente definición de los hechos jurídicamente relevantes, al punto que de no hacerse ello genera afectación profunda de la estructura del proceso y consecuente nulidad, la labor del funcionario judicial no puede erigirse pasiva, al amparo de una mal entendida imparcialidad.

En efecto, si se entiende que el juez se alza como fiel de la balanza que garantiza derechos y posibilita la adecuada tramitación del proceso, no puede él permanecer impávido cuando advierte que la diligencia no cumple su cometido central, independientemente del tipo de acción u omisión que conduce a ello.

Así las cosas, siendo requisito sustancial de las audiencias de formulación de imputación y de acusación, **la presentación clara y completa de los hechos jurídicamente relevantes, es deber del juez de control de garantías y el de conocimiento, velar porque ese presupuesto se cumpla.**

Desde luego, no se trata de que el funcionario judicial reemplace a la parte o le imponga su particular visión de los hechos o su denominación jurídica, sino apenas exigir de ella que cumpla con el requisito legal, vale decir, la presentación clara y completa de los hechos jurídicamente relevantes, en el entendido que la exigencia se representa necesaria para soportar la validez de la diligencia, dentro de los presupuestos que gobiernan la estructura del proceso; máxime cuando, cabe anotar, al amparo del principio antecedente – consecuente, que signa el proceso penal, no es posible acceder al próximo momento procesal si el anterior no se ha adelantado de manera completa y correcta.

De esta manera se evita que, a futuro, con el consecuente desgaste para la administración de justicia, la ausencia del requisito esencial conduzca a invalidar gran parte de lo actuado».

En conclusión, si en las audiencias de formulación de imputación y de acusación, el fiscal no define de manera clara, completa y suficiente los hechos jurídicamente relevantes, a tal punto que el indiciado o imputado no haya tenido la posibilidad de conocer por qué hechos se le vincula no está siendo investigado, se vulnera de manera flagrante el debido proceso – congruencia y defensa-, y el único remedio posible es la nulidad de la actuación.

De otro lado, acusar y condenar a un procesado por hechos no comunicados en la audiencia de formulación de imputación, conlleva una

lesión severa del debido proceso en términos de su estructura y garantía, que afecta gravemente el derecho a la defensa, contradicción, igualdad de armas, principio acusatorio y congruencia..." NEGRILLAS FUERA DEL TEXTO.

En esa hilatura argumentativa, siguiendo la línea del máximo Tribunal de cierre de nuestra jurisdicción, la entidad tribunalicia **CONFIRMARÁ EN SU INTEGRIDAD** la decisión de instancia, al acreditarse que el único remedio procesal para conjurar la irregularidad acaecida en sede de la formulación de imputación es la invalidación de tal acto de comunicación para que se rehaga tal actuación como es debido.

Sin necesidad de más consideraciones, con fundamento en los argumentos expuestos, el **TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA, EN SALA DE DECISIÓN PENAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

8. RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR el auto venido en apelación, proferido en audiencia del 26 de mayo de 2023 por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Apartadó - Antioquia, que despachó positivamente la petición de nulidad extendida por la defensa del señor NELSON MINOTTA GARCÍA.

SEGUNDO: Contra esta decisión no procede recurso alguno.

TERCERO: Retorne el asunto al Juzgado de origen para lo que corresponda al trámite de la causa en estudio.

DEVUÉLVANSE LAS DILIGENCIAS Y CÚMPLASE

**NANCY ÁVILA DE MIRANDA
MAGISTRADA**

(En Permiso)
MARÍA STELLA JARA GUTIÉRREZ
MAGISTRADA

ISABEL ÁLVAREZ FERNÁNDEZ
MAGISTRADA

Firmado Por:

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

Isabel Alvarez Fernandez
Magistrada
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: **529738e95ec04c32f397ff931e45154a31921e10fb526fe7d6762e52d939b62f**

Documento generado en 28/07/2023 02:51:47 PM

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