

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA SALA PENAL

ESTADO ELECTRÓNICO 179

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
2023-1694-2	Tutela 1ª instancia	WILLINTON AUGUSTO CANO RUA	COMISION SECCIONAL DE DISCIPLINA JUDICIAL Y OTROS	Concede recurso de apelación	Octubre 12 de 2023
2023-1799-2	Tutela 1ª instancia	RAMIRO CARDONA PINO	JUZGADO 1° DE E.P.M.S. DE ANTIOQUIA Y OTROS	Concede derechos invocados	Octubre 12 de 2023
2023-1689-2	Tutela 2ª instancia	CARLOS ESTEBAN GOMEZ DUQUE	COLPENSIONES Y OTROS	Confirma fallo de 1ª instancia	Octubre 12 de 2023
2023-1800-2	Incidente de Desacato	CARLOS EMILIO SALDARRIAGA BUSTAMANTE	JUZGADO 1° DE E.P.M.S. DE APARTADO ANTIOQUIA Y OTROS	Rechaza solicitud de plano	Octubre 12 de 2023
2023-1887-3	Decisión de Plano	TRAFICO, FABRICACION O PORTE DE ESTUPEFACIENTES	VERONICA GOMEZ JIMENEZ Y OTROS	Declara infundado impedimento	Octubre 12 de 2023
2023-1804-4	Tutela 1ª instancia	EDGAR PAYARES BERRIO	JUZGADO 2° PENAL DEL CIRCUITO DE APARTADO ANTIOQUIA	Concede derechos invocados	Octubre 12 de 2023
2023-1792-4	Tutela 1ª instancia	HUGO ERNEY BETANCUR CALLE	JUZGADO 1° DE E.P.M.S. DE ANTIOQUIA Y OTROS	Deniega por hecho superado	Octubre 12 de 2023
2023-1801-5	Tutela 1ª instancia	CRISTIAN DARIO OSORIO MAQUILON	JUZGADO 1° DE E.P.M.S. DE APARTADO ANTIOQUIA Y OTROS	Concede parcialmente derechos invocados	Octubre 12 de 2023
2023-1724-6	Tutela 1ª instancia	URIEL ALONSO ESTRADA	JUZGADO PENAL DEL CIRCUITO DE EL SANTUARIO ANTIOQUIA	Concede recurso de apelación	Octubre 12 de 2023
2022-1927-4	sentencia 2ª instancia	TRAFICO, FABRICACION O PORTE DE ESTUPEFACIENTES	RICARDO LEON ALVAREZ MARTINEZ	Confirma sentencia de 1ª Instancia	Octubre 12 de 2023
2022-0478-4	auto ley 906	TRAFICO, FABRICACION O PORTE DE ESTUPEFACIENTES	LUIS ALFONSO MONTOYA CARVAJAL	Se abstiene de resolver recurso de apelación	Octubre 12 de 2023

2022-1722-4	sentencia 2º instancia	TRAFICO, FABRICACION O PORTE DE ESTUPEFACIENTES	ANGIE CAROLINA ARENAS LOPEZ	Confirma sentencia de 1º Instancia	Octubre 12 de 2023
2021-0133-4	sentencia 2º instancia	HURTO CALIFICADO Y AGRAVADO	JHONY SEPULVEDA ZAPATA Y OTRO	Revoca fallo de 1º instancia	Octubre 12 de 2023
2023-1341-5	sentencia 2º instancia	ACCESO CARNAL VIOLENTO Y OTROS	JUAN CAMILO MEDRANO TAPIAS	Confirma sentencia de 1º Instancia	Octubre 12 de 2023
2021-1371-4	sentencia 2º instancia	HURTO AGRAVADO	ROBINSON ALEXANDER HENAO GALEANO	modifica sentencia de 1º instancia	Octubre 12 de 2023
2023-1268-4	sentencia 2º instancia	ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE 14 AÑOS	JOSE JOAQUIN FRANCO VILLADA	modifica sentencia de 1º instancia	Octubre 12 de 2023
2023-1434-5	sentencia 2º instancia	LESIONES PERSONALES	LIZETH JOHANA VERA BEDOYA	Confirma sentencia de 1º Instancia	Octubre 12 de 2023
2023-1069-2	auto ley 906	ACCESO CARNAL VIOLENTO AGRAVADO	JHON JAIRO GARCIA LONDOÑO	Revoca auto de 1º instancia	Octubre 12 de 2023
2023-1516-2	sentencia 2º instancia	TRAFICO, FABRICACION O PORTE DE ESTUPEFACIENTES	SANTIAGO VALENCIA CORRALES	Confirma sentencia de 1º Instancia	Octubre 12 de 2023
2023-1610-5	sentencia 2º instancia	FABRICACIÓN, TRÁFICO, PORTE O TENENCIA DE ARMAS DE FUEGO	JULIO CESAR RIOS CASTAÑEDA	Confirma sentencia de 1º Instancia	Octubre 12 de 2023

FIJADO, HOY 13 DE OCTUBRE 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**

Radicado: 05 000 22 04 000 2023 00540 (N.I. 2023-1694-2)

Accionante: Williton Augusto Cano Rúa

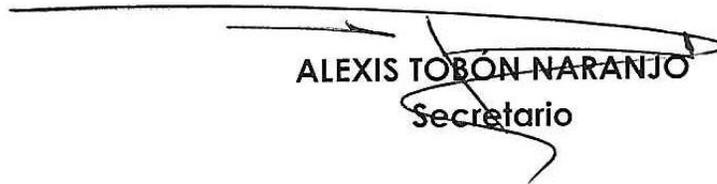
Accionado: Comisión Seccional de Disciplina Judicial de Antioquia y otro.

CONSTANCIA SECRETARIAL: Para los fines correspondientes, pongo en conocimiento de la H. Magistrada NANCY ÁVILA DE MIRANDA expediente digital de la acción constitucional de primera instancia, dentro de la cual el accionante interpone oportunamente recurso de apelación frente al fallo de primera instancia¹.

Es de anotar que dentro del trámite de notificación hubo de tenerse notificado para el día 04 de octubre de 2023, conforme a lo establecido en el inciso 3 del artículo 8º de la ley 2213 de 2022 al accionante, a quien se le remitió vía correo electrónico la respectiva notificación del fallo de tutela sin que acusare recibido del mismo, siendo efectivo su envío el día 02 de octubre de 2023².

Así las cosas, se computaron los términos para impugnar la decisión desde el siguiente día hábil a la última notificación, es decir los términos transitaron desde las ocho de la mañana (08:00 a.m.) del día cinco (05) de octubre de 2023 hasta las cinco de la tarde (05.00 p.m.) del día nueve (09) de octubre de 2023.

Medellín, octubre once (11) de 2023.


ALEXIS TOBÓN NARANJO
Secretario

¹ PDF 16-17

² PDF 14

**REPUBLICA DE COLOMBIA
RAMA JURISDICCIONAL DEL PODER PÚBLICO**



**TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA PENAL**

Radicado: 05 000 22 04 000 2023 00540 (N.I. 2023-1694-2)
Accionante: Williton Augusto Cano Rúa
Accionado: Comisión Seccional de Disciplina Judicial de Antioquia y otro.

Medellín, octubre once (11) de dos mil veintitrés

Para que sea desatado ante la Sala de Casación Penal de la Honorable Corte Suprema de Justicia, se concede el recurso de apelación interpuesto de forma oportuna por el accionante Williton Augusto Cano Rúa, contra la sentencia de tutela de primera instancia, proferida en esta Corporación con ponencia de la suscrita Magistrada.

Remítase el expediente para tal fin.

CÚMPLASE

**NANCY ÁVILA DE MIRANDA
MAGISTRADA**

Firmado Por:

Nancy Avila De Miranda
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 003 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: **8312b3fd1918b100ba1a61ac2c39b82f8ed4a2d01406f3a3eb31009cd99104a5**

Documento generado en 12/10/2023 02:23:33 PM

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

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE ANTIOQUIA
SALA DE DECISIÓN PENAL

M.P NANCY AVILA DE MIRANDA



1

Radicado: 050002204000202300576
No. interno: 2023-1799-2
Accionante: RAMIRO CARDONA PINO
Accionado: JUZGADO PRIMERO DE EJECUCIÓN DE
PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD DE
ANTIOQUIA
Actuación: Fallo tutela de 1ª Instancia No.43
Decisión: Se concede

Medellín, once (11) de octubre de dos mil veintitrés (2023)

Aprobado según acta Nro. 107

1. EL ASUNTO

Dentro del término legal estipulado en el Decreto 2591 de 1991, procede la Corporación a resolver la acción constitucional de tutela incoada por el señor **RAMIRO CARDONA PINO**

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

en contra del **JUZGADO PRIMERO EJECUCIÓN DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD DE ANTIOQUIA**, por la presunta vulneración a los derechos fundamentales de petición y debido proceso.

A la presente acción constitucional se vinculó por pasiva, al **CENTRO DE SERVICIOS ADMINISTRATIVOS DE LOS JUZGADOS DE EJECUCIÓN DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD DE MEDELLÍN Y ANTIOQUIA**, en tanto podía verse afectado con las resultas del presente proceso constitucional.

2.- HECHOS

Expone la accionante que, el 27 de abril de 2023 remitió al Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia, solicitud de acumulación relacionada con las condenas de porte ilegal de arma de fuego y tráfico de estupefacientes cuyas penas de prisión corresponden a 102 y 32 meses respectivamente; asimismo, aduce que, hace 4 meses solicitó la redención pena de octubre de 2022 a septiembre de 2023, sin recibir respuesta a sus solicitudes.

Destaca que, de obtener la comulación de penas peticiona podría pedir el beneficio de prisión domiciliaria.

3. RESPUESTA A LA DEMANDA

Luego del traslado de rigor de la tutela con sus anexos, se recibió vía correo electrónico respuesta del Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de seguridad de Antioquia, en la que informa:

(...)

“Revisado del Sistema de Gestión Siglo XXI, constató, que en disfavor del accionante reposa anotación bajo CUI 05847-60-00354-2020-00077, radicado interno 2022-1967, cuya vigilancia avocó este despacho el 30 de agosto de 2022.

En relación a la solicitud de Redención y Acumulación Jurídica de Penas, este despacho para el día 09 de octubre año en curso, se pronunció a través de autos interlocutorio Nsª 2659 y 2660, en los que se pudo establecer, redención de pena, situación jurídica del penado, y a su vez, se resolvió negativamente la solicitud de Acumulación Jurídica de Penas, los mismos que se ordenó a la Cárcel y Penitenciaría de Andes, Antioquia, para su notificación. Para mayor constancia se anexa copia del auto y registro de envío al penal.

Se tiene entonces, la actual solicitud expuesta por el accionante en la tutela, habrá de significarse, que la misma fue resuelta a través de autos interlocutorios Nsª 2659 y 2660 del 09 de octubre de 2023.

Así las cosas, luego de haberse dado respuesta de fondo a la solicitud del accionante nos e observa vulneración alguna a los derechos fundamentales de este.

Conforme lo anterior, le solicito de manera respetuosa que este despacho sea desvinculado de la presente acción constitucional, al evidenciarse que

en la fecha se ha dado respuesta de fondo a la solicitud de la demandada por el accionante, lo que traduce en una carencia de objeto por hecho superado."

A la presente actuación, se vinculó al Centro de Servicios Administrativos de los Juzgados de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia, dependencia que, dentro del término ley allegó la siguiente información:

(...)

"Consultando con el área de reparto de este Centro de Servicios Administrativo, se encontró lo siguiente con respecto al sentenciado RAMIRO CARDONA PINO identificado con C.C. N° 1001763948:

- CUI 05847 60 00 354 2020 00077 01, condenado por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Urao Antioquia; por el delito contra la seguridad pública; y quién vigila la pena es el Juzgado 1° de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia, bajo el radicado 02022A1-1967.*
- Verificado el sistema de gestión siglo XXI, se observa que el 31 de Julio de 2023, el Área Jurídica del Inpec allega recordatorio a solicitud de acumulación de penas deprecada por el sentenciado Ramiro Cardona Pino. Dado que el 27 de Abril de 2023, ya se había enviado la solicitud al Juzgado que vigila la pena.*

Por lo anterior, le solicito muy respetuosamente DESVINCULAR a este Centro de Servicios Administrativo de la presente acción constitucional; debido a que esta Judicatura no vulneró o violentó derecho fundamental alguno de

RAMIRO CARDONA PINO; toda vez que no somos los competentes para proferir decisiones con respecto a la situación jurídica del sentenciado, y a quien corresponde es al Juzgado que actualmente vigila la pena y hasta la fecha no ha realizado pronunciamiento al respecto.

En cuanto el Juzgado ordene al Centro de Servicios la acumulación se le dará el trámite pertinente, pero hasta la fecha no es posible hacerlo por las razones anteriormente expuestas."

4. CONSIDERACIONES DE LA SALA

4.1 Competencia

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

4.2 Problema Jurídico

En este evento, corresponde a la Sala determinar, si en efecto se encuentra conculcados los derechos fundamentales de petición y debido proceso—se estudiarán de oficio— del accionante al no haberse resuelto de fondo por parte del Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia, las solicitudes de acumulación jurídica y redención de penas.

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

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

Bajo este panorama, tenemos que, cuando se está en presencia de una petición impetrada al interior de un proceso judicial, la respuesta que emita la autoridad judicial competente debe darse conforme las reglas propias de cada juicio o procedimiento, así lo explicó Corte Constitucional en sentencia T- 394-2018:

“El derecho de petición ante autoridades judiciales – Reiteración jurisprudencial

5.1. A partir de la jurisprudencia constitucional que ha desarrollado el núcleo y alcance del derecho de petición consagrado en el artículo 23 de la Constitución Política, se ha establecido que este tiene dos dimensiones fundamentales: la primera implica la facultad de presentar solicitudes respetuosas a las entidades públicas y privadas, y la segunda comprende el

derecho a tener respuesta oportuna, clara, completa y de fondo a las peticiones presentadas^[35].

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

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

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

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

derecho al acceso a la administración de justicia⁴¹¹. Por otro lado, la omisión de la autoridad jurisdiccional en resolver las peticiones formuladas en relación con los asuntos administrativos constituye una vulneración al derecho de petición⁴²¹." NEGRILLAS FUERA DEL TEXTO.

Asimismo, en lo que atañe al debido proceso en la etapa de la ejecución de la sentencia, señaló la Corte Constitucional en sentencia T-753 de 2005, lo siguiente:

(...)

“Reglas que informan el debido proceso durante la etapa de ejecución de las sentencias penales.

3.1. La ejecución es la última parte del procedimiento judicial, que tiene como finalidad dar cumplimiento a la sentencia definitiva del tribunal competente. En atención a esta definición, la Corte Constitucional ha entendido que las garantías del proceso penal se extienden a la etapa de la ejecución de la sentencia. En este sentido, fue dispuesto en el fallo T- 388 de 2004⁴¹¹:

“ (...) la ejecución de la pena no puede entenderse escindida del proceso penal que se siguió en contra de quien se encuentra privado de la libertad por existir una sentencia condenatoria en su contra, y cuyas garantías también se predicán del tiempo de la ejecución de la pena. La unidad del proceso presupone que los distintos actos que lo integran estén coordinados y concurren armoniosamente al fin del mismo, que es la efectividad de la ley sustancial, obviamente, mediante la observancia de los principios fundamentales del procedimiento⁴²¹”.

En virtud de lo anterior, las reglas que informan el debido proceso establecidas en el artículo 29 de la Constitución Política, las

disposiciones internacionales, los principios de la administración de justicia consagrados en la Ley 270 de 1996, "Ley Estatutaria de la Administración de Justicia" y aquellos que se encuentran vigentes en el procedimiento penal son parámetros a los cuales debe ceñirse la actuación de las autoridades judiciales durante el período de ejecución de las sentencias.

3.2. El derecho fundamental al debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política ha sido definido por la Corte Constitucional como "la regulación jurídica que de manera previa limita los poderes del Estado y crea las garantías de protección a los derechos de las personas, por lo que ninguna actuación de las autoridades públicas depende de su propio arbitrio"^[43]. En este orden de ideas, es deber de las autoridades sujetarse a los procedimientos previamente fijados y destinados a preservar las garantías sustanciales y procedimentales consagradas en la Constitución y en la Ley.^[44]

Según fue explicado en la sentencia T-266 de 2005^[45], el derecho a un debido proceso comprende al menos las siguientes garantías:

" (...) las garantías mínimas que este derecho consagra son: i) el derecho de acceso a la administración de justicia ante el Juez natural de la causa; ii) el derecho a que se le comunique aquellas actuaciones que conduzcan a la creación, modificación o extinción de un derecho o a la imposición de una multa o sanción; iii) el derecho a expresar en forma libre las opiniones; iv) el derecho a contradecir pretensiones o excepciones propuestas; **v) el derecho a que los procesos se efectúen en un plazo razonable** y, vi) el derecho a presentar pruebas y controvertir las que se alleguen en su contra" (subrayado no original).

Tanto el principio del juez natural como el derecho de los ciudadanos a que el proceso se efectúe en un plano razonable se encuentran vigentes en tratados internacionales de derechos humanos incorporados al ordenamiento colombiano en virtud del artículo 93 de la Constitución Política especialmente, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Art. 14) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Arts. 8 y 25) sobre garantías judiciales y protección judicial, respectivamente.

En primer lugar, el derecho de acceso a la administración de justicia implica que existe un juez competente para decidir cada caso de acuerdo con criterios legales predeterminados por la ley. Es decir, que el ciudadano goza de certidumbre sobre la autoridad judicial y las competencias que le son atribuidas a la misma, con el objeto de que se pronuncie sobre su causa^[6].

En segundo lugar, los procesos deben ser desarrollados en un término razonable y sin dilaciones injustificadas. En armonía con este postulado, la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia consagra el principio de celeridad y el principio de eficiencia en virtud de los cuales la administración de justicia debe ser pronta y cumplida^[7]. Igualmente, la diligencia con arreglo a la cual deben obrar las autoridades judiciales en el impulso de sus actuaciones fue incorporada en las normas rectoras del código de procedimiento penal en especial, el artículo 9 sobre actuación procesal, en virtud de la cual, la actividad procesal se desarrollará teniendo en cuenta "(...) la necesidad de lograr la eficacia de la administración de justicia" y la previsión legal sobre celeridad y eficiencia (Art. 15 C.P.P.).

Asimismo, esta Corporación ha sostenido que el derecho a un proceso sin dilaciones injustificadas procura garantizar a las personas que acuden a la administración de justicia una protección en el ámbito temporal del trámite, bajo la idea de que justicia tardía no es justicia^[8]. En consecuencia, una situación de procesamiento no puede ser indefinida so pena de afectar el derecho de acceso a la administración de justicia.

Considerando las directrices mencionadas, para la Sala es importante destacar que en una sociedad democrática, la lentitud de la administración de justicia coloca al ciudadano en un estado de indefensión que amenaza el ejercicio de sus derechos y por ende, aquellas acciones que extralimiten periodos de ejercicio procesal contradicen los propósitos del Estado de derecho..." NEGRILLAS NUETRAS

Acorde con los hechos de la tutela, la pretensión del señor Ramiro Cardona Pino, está encaminada a que se le brinde respuesta a las peticiones de redención de penas y acumulación

jurídica penas solicitada ante Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia.

En respuesta a este amparo constitucional el Juzgado Primero de Ejecución de Penas de Antioquia informó que: *“el día 09 de octubre año en curso, se pronunció a través de autos interlocutorio Ns^o 2659 y 2660, en los que se pudo establecer, redención de pena, situación jurídica del penado, y a su vez, se resolvió negativamente la solicitud de Acumulación Jurídica de Penas, los mismos que se ordenó a la Cárcel y Penitenciaría de Andes, Antioquia, para su notificación”.*

Bajo este panorama, refulge con nitidez la violación a los derechos fundamentales de petición y debido proceso del accionante, pues no basta para que cese su vulneración la emisión de una respuesta de fondo, la misma debe notificarse en debida forma al petente, actuación ésta que no fue acreditada por parte del despacho accionado.

Colofón de lo dicho en precedencia, se **CONCEDERÁ** la protección a los derechos fundamentales de petición y debido proceso. En consecuencia, se **ORDENARÁ** al **JUZGADO PRIMERO DE EJECUCIÓN DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD DE ANTIOQUIA**, que en un término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes, contadas a partir de la notificación de esta sentencia, proceda a notificar en debida forma los autos interlocutorios Nros. 2659

y 2660 del 9 de octubre de 2023, por medio de los cuales se resuelve la solicitud de redención de pena, se establece situación jurídica del penado y se niega la acumulación jurídica de penas requerida.

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

5. RESUELVE

PRIMERO: TUTELAR los derechos fundamentales de petición y debido proceso de el señor Ramiro Cardona Pino, conforme a las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Se ORDENA al **JUZGADO PRIMERO DE EJECUCIÓN DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD DE ANTIOQUIA**, que en un término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes, contadas a partir de la notificación de esta sentencia, proceda a notificar en debida forma los autos interlocutorios Nros. 2659 y 2660 del 9 de octubre de 2023, por medio de los cuales se resuelve la solicitud de redención de pena, se establece situación jurídica del penado y se niega la acumulación jurídica de penas requerida.

TERCERO: Infórmesele a las partes que esta decisión puede ser impugnada dentro de los tres (3) días siguientes a su

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

**NANCY ÁVILA DE MIRANDA
MAGISTRADA**

**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

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: **5d99d90e04f52bbb3022e420131e9314e5382e47da88c77a9bf99d272ec9dc8d**

Documento generado en 11/10/2023 09:36:58 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 JUDICIAL DE ANTIOQUIA
SALA DE DECISIÓN PENAL

M. P: DRA. NANCY ÁVILA DE MIRANDA



RADICADO: 05 847 31 89 001 2023 00079 01
RDO. INTERNO: 2023-1689-2
ACCIONANTE: CARLOS ESTEBAN GÓMEZ DUQUE
AFECTADO: CARLOS ARTURO GAVIRIA URREGO
ACCIONADO: COLPENSIONES
ACTUACIÓN: Fallo tutela de 2ª Instancia No. 040
DECISIÓN: Se confirmar decisión de primera instancia

Medellín, once (11) de octubre de dos mil veintitrés (2023)
Aprobado según acta No. 107

1. ASUNTO A DECIDIR

Procede la Sala a resolver el recurso de impugnación interpuesto por el doctor Carlos Esteban Gómez Duque, quien actúa como apoderado judicial del señor Carlos Arturo Gaviria Urrego, contra el fallo de tutela proferido el día 28 de agosto de 2023, proferido por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Urrao, Antioquia

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.

mediante el cual negó el amparo al no acreditarse la vulneración alegada.

2. DE LA DEMANDA Y SUS FUNDAMENTOS

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

(...)

"Relató el vocero judicial que su representado, el señor CARLOS ARTURO GAVIRIA URREGO, labora para la empresa HELADOS TONNY S.A.S. como vigilante, en virtud de lo cual le corresponde:

- Vigilar cuando las puertas estén abiertas o cerradas. - Verificar y medir que las temperaturas de los tanques y cavas estén en buen funcionamiento.*
- Realizar llamadas telefónicas al personal cuando se requiera en las instalaciones de la empresa.*
- Revisar al ingreso y salida al personal.*
- Realizar llamadas de socorro en caso de ser necesario.*
- Informar a los jefes inmediatos las condiciones en los que llegaban los vehículos (cuando los vehículos están varados)*
- Ubicar etiquetas a las bolsas. - Verificar la temperatura de los tanques de almacenamiento cada 2 horas.*
- Verificar la temperatura del termoking cuando los carros estén cargados, cada 2 horas. - Verificar el adecuado funcionamiento del rac, subestación de energía y banco de hielo cada hora.*

Señaló que como resultado de diferentes intervenciones y evaluaciones médicas practicadas entre los años 2008 y 2021, su prohijado no puede cumplir a cabalidad las funciones para las cuales fue contratado, puesto que (i) los recorridos o rondas que debe realizar en las instalaciones de la empresa en la noche son en terrenos en desnivel, rampas y escalas; y (ii) para la supervisión de los vehículos, cuando los descargan, debe

permanecer de pie; lo que ha conllevado a que entre los 2015 y 2022 presente múltiples incapacidades.

Precisó que el 30 de marzo de 2023 su representado presentó ante COLPENSIONES un formulario de determinación de pérdida de capacidad laboral, con el cual aportó toda la historia clínica disponible que consta de trescientos cuarenta y nueve (349) folios; que el 20 de abril de 2023 COLPENSIONES le remitió una comunicación al interesado señalando que debía que aportar la historia clínica completa y actualizada o resumen de la misma; y que el 28 de julio de la actualidad que discurre recibió un comunicado nuevo mediante el cual se le informó que por la solicitud fue cerrada por desistimiento tácito, conforme lo establecido en el artículo 17 de la Ley 1755 de 2015.

Adujo finalmente que su prohijado no aportó documentos adicionales a COLPENSIONES porque no tenía ningún documento adicional que aportar, además de los trescientos cuarenta y nueve (349) folios aportados con la solicitud inicial; y que la actuación de COLPENSIONES, amparada en razones netamente formalistas, afecta el derecho fundamental a la seguridad social de su representado, así como el posible acceso a una pensión de invalidez.

Acompañó la solicitud con la copia del formulario presentado con el radicado 2023_4843506 del 30 de marzo de 2023, y de las comunicaciones del 20 de abril y el 28 de julio de la presente anualidad.

Planteada así la acción de tutela, esta fue admitida mediante auto del 14 de agosto de 2023, proveído en el que se ordenó la notificación de la entidad accionada, concediéndole el término de 2 días para para rendir un informe sobre los antecedentes que motivaron la presente solicitud, así como para emitir el pronunciamiento que estimara pertinente.

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, a través de la Directora de Acciones Constitucionales, ejerció su derecho de defensa y contradicción manifestando que la solicitud de pérdida de capacidad laboral radicada por el accionante fue resuelta mediante

oficio del 20 de abril de 2023, en la que se le indicó que era necesario aportar copia de la historia clínica completa y actualizada, la cual fue enviada a la dirección suministrada por el solicitante.

Refirió que el accionante contaba con 30 días, siguientes a la notificación del oficio mencionado, para allegar la documentación solicitada o solicitar prórroga; y que revisado el expediente no se encontró ninguna de las dos condiciones, por lo que procedió a cerrar el trámite por desistimiento tácito, que fue notificado al accionante con oficio del 28 de julio de 2023...”

3. DEL FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de Primera Instancia negó el amparo constitucional deprecado al considerar que:

(...)

“... Frente a tal solicitud, COLPENSIONES estimó que la misma se encontraba incompleta y con oficio fechado el 20 de abril de 2023 requirió al peticionario para que complementara su solicitud con copia de la historia clínica completa y actualizada o un resumen de esta, que fue especificada con las siguientes observaciones: (s)e solicita para proceso de calificación de pérdida de capacidad laboral: i. Valoración por Ortopedia o por fisioterapia no mayor a seis meses en donde se especifique, con respecto a la patología Artrosis primaria - gonartrosis: Estado actual, examen físico, rangos de movilidad articular requerimiento de ayudas para la marcha, tratamientos instaurados y pendientes. Radiografías comparativas. Valoración por Neurocirugía o por ortopedia de columna no mayor a seis meses en donde se especifique, con respecto a la patología cervicalgia: estado actual, examen físico completo, tratamientos instaurados y pendientes, pronóstico funcional. Aportar y/o solicitar imágenes diagnósticas (Resonancias Magnéticas, TAC, Radiografías).

En esa comunicación se indicó al peticionario que la información debía ser radicada dentro de los 30 días siguiente a su recibo, y que, en caso de que durante ese término no contara con esta, podría solicitar una prórroga por un término igual a la inicial; así mismo, se le advirtió que en el evento de que la documentación no fuera allegada en el plazo previsto, se daría cierre al trámite por desistimiento tácito.

Mediante comunicación calendada el 28 de julio de 2023, COLPENSIONES informó al solicitante que el trámite de determinación de pérdida de capacidad laboral fue cerrado por desistimiento tácito, conforme lo establecido en el artículo 17 de la Ley 1755 de 2015, como consecuencia del silencio que guardó el peticionario frente al requerimiento reseñado anteriormente.

Pues bien, el trámite de las peticiones incompletas se encuentra regulado en el artículo 17 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, que fue sustituido por el artículo 1 de la Ley 1755 de 2015., en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 17. PETICIONES INCOMPLETAS Y DESISTIMIENTO TÁCITO. En virtud del principio de eficacia, cuando la autoridad constate que una petición ya radicada está incompleta o que el peticionario deba realizar una gestión de trámite a su cargo, necesaria para adoptar una decisión de fondo, y que la actuación pueda continuar sin oponerse a la ley, requerirá al peticionario dentro de los diez (10) días siguientes a la fecha de radicación para que la complete en el término máximo de un (1) mes.

A partir del día siguiente en que el interesado aporte los documentos o informes requeridos, se reactivará el término para resolver la petición.

Se entenderá que el peticionario ha desistido de su solicitud o de la actuación cuando no satisfaga el requerimiento, salvo que antes de vencer el plazo concedido solicite prórroga hasta por un término igual.

Vencidos los términos establecidos en este artículo, sin que el peticionario haya cumplido el requerimiento, la autoridad decretará el desistimiento y el archivo del expediente, mediante acto administrativo motivado, que se notificará personalmente, contra el cual únicamente procede recurso de

reposición, sin perjuicio de que la respectiva solicitud pueda ser nuevamente presentada con el lleno de los requisitos legales.

Nos enseña el canon transcrito que, en caso de que la autoridad administrativa evidencia que una petición se encuentra incompleta, deberá requerir al peticionario para que aporte la documentación que encuentre indispensable para decidir la actuación; y que de no presentarse la misma se decretará el desistimiento tácito y el archivo del expediente, siendo esta última decisión susceptible de ser recurrida a través del recurso de reposición

Vemos entonces que el trámite administrativo contempla dos oportunidades para que el peticionario se manifieste frente a las solicitudes calificadas como incompletas por la autoridad administrativa, el primero de ellos cuando se brinda la oportunidad al peticionario de aportar la información o documentación que la autoridad considere se requiere, y en la oportunidad de controvertir el acto administrativo que declara el desistimiento tácito por la incompletitud de la petición.

Ahora bien, conforme lo obrante en el expediente y lo dicho por las partes, tenemos que en el sub lite el peticionario no desplegó ninguna actuación adicional a presentar la solicitud inicial, ya que frente al requerimiento formulado para completar la petición decidió guardar silencio; comportamiento que mantuvo cuando le fue notificada la decisión de cerrar el trámite por desistimiento tácito.

Y es que, a pesar de que el accionante informó en la solicitud de amparo que no cuenta con la documentación que le fue solicitada, dicha situación no fue puesta en conocimiento de COLPENSIONES, en su condición de autoridad administrativa encargada de resolver el trámite reclamada; pues se itera que contó con dos oportunidades para hacerlo, y no lo hizo.

En este orden de ideas, no es predicable endilgar a COLPENSIONES una vulneración del derecho fundamental de petición, cuando esta ha actuado conforme el ordenamiento jurídico lo dispone. Adicional a ello, el tutelante cuando con la posibilidad de presentar nuevamente la petición, con las claridades que estime necesarias, para obtener una pronta resolución a la situación que lo aqueja.

De esta manera, toda vez que no se evidenció la vulneración de derecho fundamental alguno, se denegará el amparo deprecado..."

En vista de lo anterior, dispuso:

PRIMERO: NEGAR el amparo constitucional reclamado por el señor **CARLOS ARTURO GAVIRIA URREGO** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

4. DEL RECURSO DE IMPUGNACIÓN

El apoderado del accionante, inconforme con la decisión de primera instancia, interpuso el recurso de impugnación en los siguientes términos:

(...)

"Se estima que la sentencia de primer grado debe ser REVOCADA, pues deben ser protegidos los derechos fundamentales del accionante.

El Juzgado, contrariando el claro mandato de la constitución política, hizo prevalecer el derecho formal, sobre el derecho sustancial.

En el caso del accionante, no era exigible que aportara a la entidad documentos adicionales, si no los tenía.

El accionante claramente es un ciudadano con una grave afectación de su salud, y por lo tanto, tiene derecho a que la entidad del sistema de seguridad encargada le realice un dictamen de pérdida de capacidad laboral.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sido pacífica y unánime en sentar una línea jurisprudencial según la cual debe prevalecer el derecho sustancia sobre el derecho formal.

(...)

La decisión tomada por el Juzgado en la sentencia de tutela de primera instancia parte de desconocer el derecho sustancial, esto es, determinar si el acá accionante tiene o no derecho a acceder a una pensión de invalidez, por padecer una pérdida de capacidad laboral superior al 50%.

COLPENSIONES, en una decisión meramente formalista, decidió no continuar con el trámite de calificación de la pérdida de capacidad laboral del accionante, posición que desafortunadamente fue avalada por el Juez de Tutela de primera instancia.

Por lo tanto, pido que se REVOQUE la sentencia de primera instancia, y en su lugar se protejan los derechos fundamentales conculcados.

5. CONSIDERACIONES

5.1 Competencia

De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 32 del decreto 2591 de 1991 y el decreto 1382 de 2000, esta Corporación es competente para conocer en segunda instancia de la presente impugnación.

5.2 Problema jurídico

El problema jurídico que debe decidir la Sala se contrae a resolver si en este caso resulta procedente revocar del fallo de primer grado como lo depreca el apoderado del accionante, al advertir que Colpensiones sí está vulnerando los derechos fundamentales invocados por éste, excusándose en una decisión netamente formalista para no dar trámite a la calificación de la pérdida de capacidad laboral de su mandante.

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

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

“Art. 23. Derecho de Petición. Toda persona tiene derecho a presentar peticiones respetuosas a las autoridades por motivos de interés general o particular y a obtener pronta resolución. El Legislador podrá reglamentar su ejercicio ante organizaciones privadas para garantizar los derechos fundamentales”³.

El desarrollo legal del derecho de petición, se encuentra en el artículo 14 de la ley 1755 de 2015, que dispone:

ARTÍCULO 14. Términos para resolver las distintas modalidades de peticiones. *Salvo norma legal especial y so pena de sanción disciplinaria, toda petición deberá resolverse dentro de los quince (15) días siguientes a su recepción. Estará sometida a término especial la resolución de las siguientes peticiones:*

1. Las peticiones de documentos y de información deberán resolverse dentro de los diez (10) días siguientes a su recepción. Si en ese lapso no se ha dado respuesta al peticionario, se entenderá, para todos los efectos legales, que la respectiva solicitud ha sido aceptada y, por consiguiente, la administración ya no podrá negar la entrega de dichos documentos al peticionario, y como consecuencia las copias se entregarán dentro de los tres (3) días siguientes.

³ Constitución Política de Colombia.

2. Las peticiones mediante las cuales se eleva una consulta a las autoridades en relación con las materias a su cargo deberán resolverse dentro de los treinta (30) días siguientes a su recepción.

PARÁGRAFO. Cuando excepcionalmente no fuere posible resolver la petición en los plazos aquí señalados, la autoridad debe informar esta circunstancia al interesado, antes del vencimiento del término señalado en la ley expresando los motivos de la demora y señalando a la vez el plazo razonable en que se resolverá o dará respuesta, que no podrá exceder del doble del inicialmente previsto.

ARTÍCULO 17. Peticiones incompletas y desistimiento tácito. En virtud del principio de eficacia, cuando la autoridad constate que una petición ya radicada está incompleta o que el peticionario deba realizar una gestión de trámite a su cargo, necesaria para adoptar una decisión de fondo, y que la actuación pueda continuar sin oponerse a la ley, requerirá al peticionario dentro de los diez (10) días siguientes a la fecha de radicación para que la complete en el término máximo de un (1) mes.

A partir del día siguiente en que el interesado aporte los documentos o informes requeridos, se reactivará el término para resolver la petición.

Se entenderá que el peticionario ha desistido de su solicitud o de la actuación cuando no satisfaga el requerimiento, salvo que antes de vencer el plazo concedido solicite prórroga hasta por un término igual.

Vencidos los términos establecidos en este artículo, sin que el peticionario haya cumplido el requerimiento, la autoridad decretará el desistimiento y el archivo del expediente, mediante acto administrativo motivado, que se notificará personalmente, contra el cual únicamente procede recurso de reposición, sin perjuicio de que la respectiva solicitud pueda ser nuevamente presentada con el lleno de los requisitos legales.

En torno al derecho de petición señaló la Corte Constitucional en Sentencia T- 230 del 7 de julio de 2020, lo siguiente:

(...)

“4.5. Derecho de petición

4.5.1. Caracterización del derecho de petición. El artículo 23 de la Constitución dispone que “[t]oda persona tiene derecho a presentar peticiones respetuosas a las autoridades por motivos de interés general o particular y a obtener pronta resolución.” Esta garantía ha sido denominada derecho fundamental de petición, con el cual se promueve un canal de diálogo entre los administrados y la administración, “cuya fluidez y eficacia constituye una exigencia impostergable para los ordenamientos organizados bajo la insignia del Estado Democrático de Derecho”¹⁴⁰¹. De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, esta garantía tiene dos componentes esenciales: (i) la posibilidad de formular peticiones respetuosas ante las autoridades, y como correlativo a ello, (ii) la garantía

de que se otorgue respuesta de fondo, eficaz, oportuna y congruente con lo solicitado. Con fundamento en ello, su núcleo esencial se circunscribe a la formulación de la petición, a la pronta resolución, a la existencia de una respuesta de fondo y a la notificación de la decisión al peticionario.

4.5.2. Formulación de la petición. En virtud del derecho de petición cualquier persona podrá dirigir solicitudes respetuosas a las autoridades, ya sea verbalmente, por escrito o por cualquier otro medio idóneo (art. 23 CN y art. 13 CPACA). En otras palabras, la petición puede, por regla general, formularse ante autoridades públicas, siendo, en muchas ocasiones, una de las formas de iniciar o impulsar procedimientos administrativos. Estas últimas tienen la obligación de recibirlas, tramitarlas y responderlas de forma clara, oportuna, suficiente y congruente con lo pedido, de acuerdo con los estándares establecidos por la ley^[41]. En tratándose de autoridades judiciales, la solicitud también es procedente, siempre que el objeto del requerimiento no recaiga sobre procesos judiciales en curso^[42].

4.5.2.1. Las peticiones también podrán elevarse excepcionalmente ante organizaciones privadas. En los artículos 32 y 33 de la Ley 1437 de 2011, modificados por el artículo 1 de la Ley 1755 de 2015^[43], se estipula que cualquier persona tiene el derecho de formular solicitudes ante entidades de orden privado sin importar si cuentan o no con personería jurídica^[44], cuando se trate de garantizar sus derechos fundamentales. En el ejercicio del derecho frente a privados existen iguales deberes de recibir, dar trámite y resolver de forma clara, oportuna, suficiente y congruente, siempre que sean compatibles con las funciones que ejercen^[45]. En otras palabras, los particulares, independientemente de su naturaleza jurídica, son asimilables a las autoridades públicas, para determinados efectos, entre ellos, el relacionado con el derecho de petición.

(...)

4.5.3. Pronta resolución. Otro de los componentes del núcleo esencial del derecho de petición, consiste en que las solicitudes formuladas ante autoridades o particulares deben ser resueltas en el menor tiempo posible, sin que se exceda el término fijado por la ley para tal efecto.

(...)

4.5.4. Respuesta de fondo. Otro componente del núcleo esencial supone que la contestación a los derechos de petición debe observar ciertas condiciones para que sea constitucionalmente válida. Al respecto, esta Corporación ha señalado que la respuesta de la autoridad debe ser: **“(i) clara, esto es, inteligible y contentiva de argumentos de fácil comprensión; (ii) precisa, de manera que atienda directamente lo pedido sin reparar en información impertinente y sin incurrir en fórmulas evasivas o elusivas ; (iii) congruente, de suerte que abarque la materia objeto de la petición y sea conforme con lo solicitado; y además (iv) consecuente con el trámite que se ha surtido, de manera que, si la respuesta se produce con motivo de un derecho de petición formulada dentro de un procedimiento del que conoce la autoridad de la cual el interesado requiere la información, no basta con ofrecer una respuesta como si se tratara de una petición aislada o ex novo, sino que, si resulta relevante, debe darse cuenta del**

trámite que se ha surtido y de las razones por las cuales la petición resulta o no procedente^[55] (se resalta fuera del original).

La respuesta de fondo no implica tener que otorgar necesariamente lo solicitado por el interesado^[56], salvo cuando esté involucrado el derecho de acceso a la información pública (art. 74 C.P.^[57]), dado que, por regla general, existe el "deber constitucional de las autoridades públicas de entregarle, a quien lo solicite, informaciones claras, completas, oportunas, ciertas y actualizadas sobre cualquier actividad del Estado."^[58] Sobre este punto, es preciso anotar que al tratarse de una garantía fundamental que permite el ejercicio de muchos otros derechos fundamentales, así como la consolidación de la democracia, las restricciones al derecho de petición y de información deben ser excepcionales y deberán estar previamente consagradas en la ley. Al respecto, en el Título III de la Ley 1712 de 2014 se hace referencia a los casos especiales en los cuales se puede negar el acceso a la información, por ejemplo, entre otros, al tratarse de información clasificada y reservada, o que pueda causar daños a personas naturales o jurídicas en su derecho a la intimidad, vida, salud, seguridad o secretos comerciales, industriales y profesionales.

En las hipótesis en que la autoridad a quien se dirigió la solicitud no sea la competente para pronunciarse sobre el fondo de lo requerido, también se preserva la obligación de contestar, consistente en informar al interesado sobre la falta de capacidad legal para dar respuesta y, a su vez, remitir a la entidad encargada de pronunciarse sobre el asunto formulado por el peticionario^[59].

4.5.5. Notificación de la decisión. Finalmente, para que el componente de respuesta de la petición se materialice, es imperativo que el solicitante conozca el contenido de la contestación realizada. Para ello, la autoridad deberá realizar la efectiva notificación de su decisión, de conformidad con los estándares contenidos en el CPACA^[60]. El deber de notificación de mantiene, incluso, cuando se trate de contestaciones dirigidas a explicar sobre la falta de competencia de la autoridad e informar sobre la remisión a la entidad encargada.

4.5.6. Agotada la anterior caracterización sobre el derecho de petición y en consideración al fondo del asunto sometido a examen de la Corte, se considera necesario puntualizar sobre las formas de canalizar o presentar las solicitudes respetuosas, las distintas manifestaciones del derecho bajo estudio y aquellas expresiones que, por regla general, no originan una obligación de respuesta.

4.5.6.1. Formas de canalizar las peticiones. El derecho de petición se puede canalizar a través de medios físicos o electrónicos de que disponga el sujeto público obligado, por regla general, de acuerdo con la preferencia del solicitante. Tales canales físicos o electrónicos pueden actuarse de forma verbal, escrita o por cualquier otra vía idónea que sirva para la comunicación o transferencia de datos..." NEGRILLAS Y SUBRAYAS FUERA DEL TEXTO.

Frente al caso en concreto, demanda el señor Carlos Esteban Gómez Duque como apoderado del señor Carlos Arturo Gaviria, se revoque la decisión de primer grado, al considerar que la misma desconoce el derecho sustancial prima sobre el formal, como quiera que, su mandante tiene derecho a acceder a una pensión de invalidez por padecer una pérdida de capacidad laboral superior al 50% y Colpensiones con una decisión meramente formalista decidió no continuar con el trámite de calificación de la pérdida de capacidad laboral.

Bajo este panorama, tenemos que le asiste razón al Juez de Primer Grado, en el entendido que, la entidad accionada comunicó en debida forma al señor Carlos Arturo Gaviria Urrego que para continuar con el trámite de determinación de calificación de pérdida de capacidad laboral, **debía allegar copia de la historia clínica actualizada** o resumen de la misma, actuación que debía surtirse en un término de 30 días siguientes al recibido de esa comunicación y en caso de contar con ello, podría solicitar una prórroga por el mismo término inicial, advirtiéndosele que, en el evento de no allegar la documentación requerida dentro del plazo indicado se cerraría el trámite por desistimiento tácito. El hecho de no contar con documentación adicional, no eximia el petente de dar respuesta al mentado requerimiento informado tal situación, pues se le indicó de manera clara que, de no hacerlo, se cerraría el trámite por desistimiento tácito. Además de lo anterior, el actuar de Colpensiones en modo alguno puede considerarse formalista, por el contrario, **el requerir la información médica actualizada para continuar con el trámite de determinación de la pérdida de capacidad laboral del señor Gaviria Urrego es indispensable para realizar una juiciosa valoración de su estado, actuación que redundaría en la protección de los derechos que le asisten.**

En este orden de ideas, sin entrar en más consideraciones, la Sala **CONFIRMARÁ** la decisión del Juzgado

Promiscuo del Circuito de Urrao, Antioquia fechada el 28 de agosto de 2023.

Con fundamento en lo expuesto, **EL TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA, SALA DE DECISIÓN PENAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: Se **CONFIRMA** la decisión de primera instancia, proferida el 28 de agosto de 2023 por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Urrao, Antioquia, por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: Entérese de esta sentencia a las partes en la forma prevista legalmente y remítase dentro del término legal el proceso a la H. Corte Constitucional, para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

**NANCY ÁVILA DE MIRANDA
MAGISTRADA**

**MARÍA STELLA JARA GUTIÉRREZ
MAGISTRADA**

**ISABELÁLVAREZ FERNÁNDEZ
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: **e937d74e9fc8294dfd7d90c3b77850b0f1730ca444e794aa87830759929ee4b3**

Documento generado en 11/10/2023 09:36:49 PM

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

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA DE DECISIÓN PENAL

Radicado 05000-22-04-000-2023-00577-00 (2023-1800-3)
Incidentante Carlos Emilio Saldarriaga Bustamante
Incidentado Juzgado Primero de Ejecución de Penas y
Medidas de Seguridad de Apartadó,
Antioquia y otros.
Asunto Incidente de desacato
Decisión Rechaza de plano

Medellín, once (11) de octubre de dos mil veintitrés (2023)

En la fecha, el señor Carlos Emilio Saldarriaga Bustamante allegó escrito contentivo de solicitud de incidente de desacato dentro de las diligencias de la referencia.

El artículo 27 del Decreto 2591 de 1991, que reglamenta el artículo 86 de la Constitución Política, confiere la competencia al Juez que conoce y falla la acción de tutela, de tal forma, que este pueda activar los medios idóneos y eficaces para exigir el acatamiento de las sentencias. Igualmente, el artículo 52 inciso 1° *ibídem*, establece el alcance de las sanciones pertinentes para el incumplimiento de las órdenes judiciales.

La Corte Constitucional, sobre el particular refirió que:

“El desacato es un mecanismo de creación legal, que procede a petición de la parte interesada, a fin de que el juez constitucional en ejercicio de sus potestades disciplinarias sancione con arresto o multa a quien con responsabilidad subjetiva desatienda las órdenes

proferidas mediante sentencias que buscan proteger los derechos fundamentales.

En consonancia con lo anterior, debe precisarse que la figura del desacato ha sido entendida como una medida que tiene un carácter coercitivo, con la que cuenta el juez constitucional para conseguir el cumplimiento de las obligaciones que emanan de sentencias de tutela (...). ”¹

Así, considerando que a la fecha no obra sentencia judicial de tutela que obligue su cumplimiento, se rechaza la solicitud de trámite de incidente de desacato deprecado por el señor Carlos Emilio Saldarriaga Bustamante.

Notifíquese y cúmplase,

(firma electrónica)
MARÍA STELLA JARA GUTIÉRREZ
Magistrada

Firmado Por:
Maria Stella Jara Gutierrez
Magistrada
Sala Penal
Tribunal Superior De 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: **da2a56144395335302b5b8a737640299cd352e8faeed99596097c751cde8aa55**

Documento generado en 12/10/2023 08:51:41 AM

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

¹ Corte Constitucional, Sentencia T-171 de 2009..

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL**



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

Magistrada ponente: **María Stella Jara Gutiérrez**

Radicación: 050016000000202300816 01 (2023-1887-3)
Procesado: VERÓNICA GÓMEZ JIMÉNEZ,
DIEGO ALEXANDER LÓPEZ ECHEVERRY y
JUAN CAMILO GALLEGO OSPINA
Delito: Tráfico de estupefacientes
Motivo: Impedimento
Decisión: Causal infundada
Aprobado: Acta No. 340, octubre 11 de 2023

Medellín, Ant., once (11) de octubre de dos mil veintitrés (2023)

I. ASUNTO

Procede la Sala a resolver de plano el impedimento alegado por el Juez Penal del Circuito con función de conocimiento de Andes, Antioquia, al amparo de la causal 13 del artículo 561 del C.P.P, conforme lo dispuesto en el artículo 57 ibídem.

II. ANTECEDENTES

1. Mediante proveído del veintisiete (27) de septiembre de dos mil veintitrés (2023), el titular del Juzgado Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Andes, Antioquia, se declaró impedido para conocer del proceso penal adelantado en contra de VERÓNICA GÓMEZ JIMÉNEZ, DIEGO ALEXANDER LÓPEZ ECHEVERRY y JUAN CAMILO GALLEGO OSPINA por el delito de Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, por haber actuado como Juez de control de garantías en

segunda instancia, al resolver recurso de apelación el treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintidós (2022) contra decisión que impuso medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario dentro del proceso matriz con CUI 05 001 60 00357 2017 00027 del cual se generó la ruptura procesal de la actuación que aquí se adelanta con el CUI 050016000000202300816¹ 01 ello, a la luz de lo dispuesto en el numeral 13° del artículo 56 del C.P.P.

2. De conformidad con el artículo 57 del C.P.P, envió la actuación ante el Juzgado más cercano, esto es, al Juzgado Penal del Circuito de Ciudad Bolívar, Antioquia, mediante correo electrónico del veintisiete (27) de septiembre hogaño para que asumiera el conocimiento del trámite impeditivo.

3. Por su parte, la Juez Penal del Circuito de Ciudad Bolívar se pronunció el cuatro (4) de octubre de dos mil veintitrés (2023) a través de auto interlocutorio No. 077, argumentando que su homólogo no se encuentra incurso en la causal invocada, pues la decisión objeto de análisis en segunda instancia en ningún momento se refirió a aspectos esenciales sobre la existencia de la conducta punible o de la responsabilidad de los aquí procesados, máxime, que el recurso de apelación que conoció en sede de garantías sobre la no imposición de una medida de aseguramiento privativa de la libertad versó respecto de otros procesados distintos a VERÓNICA GÓMEZ JIMÉNEZ, DIEGO ALEXANDER LÓPEZ ECHEVERRY y JUAN CAMILO GALLEGOS OSPINA, pues frente a estos no hubo disenso alguno en cuanto a la imposición de la medida de aseguramiento domiciliaria que les fue decretada. Así, al no haber emitido su homólogo ningún pronunciamiento en segunda instancia de control de garantías, respecto de

¹ PDF 153 subcarpeta impedimento de la carpeta primera instancia.

los mencionados, su objetividad e imparcialidad no se ve afectada como para sustraerse del conocimiento de este proceso penal.

4. En vista de lo anterior, dispuso la remisión de la presente actuación ante esta Corporación a efectos de decidir cuál es el funcionario competente para conocer del trámite.

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

5. De conformidad con el artículo 57 de la Ley 906 de 2004, la Sala de Decisión es competente para resolver el impedimento declarado por el Juez Penal del Circuito de Andes, en concordancia con el artículo 34 numeral 5 ídem, al amparo de la causal 13 del artículo 56 *ibídem*, y no aceptado por la Juez Penal del Circuito de Ciudad Bolívar.

6. Corresponde a la Sala en esta oportunidad, decidir si efectivamente el Juez Penal del Circuito de Andes, se encuentra incurso en la causal de impedimento invocada.

7. El artículo 57 de la Ley 906 de 2004 modificado por el artículo 82 de la Ley 1395 de 2010, señala lo siguiente:

*“Artículo 57. Trámite para el impedimento. Cuando el funcionario judicial se encuentre incurso en una de las causales de impedimento deberá manifestarlo a quien le sigue en turno, o, si en el sitio no hubiere más de uno de la categoría del impedido o todos estuvieren impedidos, a otro del lugar más cercano, para que **en el término improrrogable de tres (3) días se pronuncie por escrito.***

En caso de presentarse discusión sobre el funcionario a quien corresponda continuar el trámite de la actuación, el superior funcional de quien se declaró impedido decidirá de plano dentro de los tres días siguientes al recibo de la actuación.

Para tal efecto, el funcionario que tenga la actuación la enviará a la autoridad que deba resolver lo pertinente.”

8. El propósito de la referida norma es la de sustraer del conocimiento del asunto al funcionario judicial que se encuentre incurso en una de las causales de impedimento consagradas en el canon 56 del C.P.P., con el fin de salvaguardar la imparcialidad y transparencia que debe orientar el ejercicio de la función pública de administrar justicia, las cuales pueden verse afectadas por la estructuración de los eventos expresa y taxativamente señalados por el propio legislador.

9. El precitado artículo 56 señala las causales de impedimento y en su numeral 13 específicamente indica que se encuentra impedido *“el juez haya ejercido el control de garantías o conocido de la audiencia preliminar de reconsideración, caso en el cual quedará impedido para conocer el juicio en su fondo.”*

10. Ahora, las causales de impedimento no pueden deducirse por similitud ni ser objeto de interpretaciones subjetivas, en tanto se trata de reglas de garantía de la independencia judicial y de vigencia del principio de imparcialidad del juez².

11. En punto de la causal de impedimento invocada, se tiene que, anteriormente la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal³ conceptuó que el impedimento previsto en el numeral 13 del artículo 56 del C.P.P., tenía una vocación objetiva, sin que resultara necesario emitir juicios de valor frente a la presunta responsabilidad del implicado, pues sólo bastaba con que el funcionario judicial hubiera intervenido de cualquier manera dentro de la actuación como juez de control de garantías para apartarse del conocimiento del asunto.

² Consultar decisión AP1893 de 22 de mayo de 2019, Radicación N° 55.340, la Corte Suprema de Justicia.

³ Radicado 32.693 del 30 de septiembre de 2009.

12. Actualmente, acorde con la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, la referida causal no ocurre por la simple intervención del funcionario en sede de garantía con anterioridad al juzgamiento, pues es menester que se pronuncie sobre aspectos esenciales, como la valoración de los elementos materiales de prueba, evidencia física o información con la que se cuenta y con ello se haga un prejuzgamiento en cuanto a la materialidad del delito investigado y la responsabilidad del procesado.

13. Sobre el particular, la Sala de Casación Penal en el con radicado 58390 del 4 de noviembre de 2020 indicó:

“la teleología de la causal en comento apunta a que el juez a cargo del juzgamiento no tenga ninguna aproximación con los temas que serán debatidos en dicha fase, al tratarse de la etapa de mayor importancia en un modelo acusatorio.

Se busca evitar que pueda formarse un preconceito derivado del hipotético conocimiento que llegase a adquirir previamente de los aspectos objeto de interés del proceso, de orden probatorio o jurídico, que pueda afectar su imparcialidad en el juicio.

Bajo este entendimiento, la causal no puede operar de manera automática, por la simple intervención del funcionario en cualquier diligencia anterior a la etapa de juzgamiento, como pareciera entenderlo el Juez de El Carmen de Bolívar.

*Para su configuración se requiere que la intervención **anterior recaiga sobre aspectos esenciales, que permitan anticipar un criterio definido de valoración, por ejemplo, con relación a la existencia de la conducta punible o la responsabilidad del procesado**, concepto que necesariamente surgirá del estudio o contacto con los elementos materiales de prueba, evidencia física o información legalmente obtenida durante la investigación (...)» (CSJ AP 2441-2020, Rad. 57967)* (Resaltado de la Sala).

14. En el caso en particular la razón expuesta por el funcionario judicial para declararse impedido fue haber fungido como Juez de control de garantías en segunda instancia, al resolver recurso de apelación el treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintidós (2022), interpuesto por la Fiscalía contra la decisión adoptada por el Juzgado Primero Promiscuo Municipal con funciones de control de garantías de Andes, Antioquia, a través de la cual denegó la medida de aseguramiento preventiva intramural peticionada en disfavor de Jhon Alexander González, Luis Fernanda Velásquez Cadavid, Juan Alejandro Alzate Herrera, Juan José Espinosa Toro, Iván Andrés Olaya Cano, Juan José González Rodríguez, Juan Camilo Montoya Flórez, Julián David Montoya Flórez, Andrés Felipe González, Jorge Andrés Yepes Bustamante, Claudia Patricia Jiménez Vallejo, Oscar David Restrepo Restrepo, Miledis Dahyana Sossa Castañeda, Vanya Surdey Castañeda Bedoya y Luis Carlos Restrepo, decisión que fue confirmada.

15. En la citada providencia⁴, sobre el objeto de pronunciamiento el juez expresó:

«Considera el Estrado que el presente asunto se aviene al precedente jurisprudencial en materia de la gravedad y la modalidad de la conducta punible, y de cara a la imposición de un gravamen intramural.

Al respecto y en punto al caso concreto, se aludía por la Fiscalía, como fundamentación de la medida deprecada, el peligro que representan los ciudadanos imputados respecto de la comunidad toda.

Vertical la transcendencia entonces que deriva de un legítimo fin constitucional como lo es el peligro que constituye para la sociedad, estar expuesta a las actitudes lesivas de parte de los imputados, en lo que al supuesto delictivo de expendio o distribución de sustancias estupefacientes se refiere y conformación de organizaciones delincuenciales a tal fin; sin embargo, se advierte una dualidad cierta en el argumento de la Fiscalía, que de alguna manera impidió establecer un parlamento positivo desde ese peligro que se origina para la comunidad toda.

⁴ PDF 162 subcarpeta impedimento de la carpeta primera instancia.

En efecto, la solicitud de la Fiscalía se fundamentó expresamente en el artículo 310 del Código de Procedimiento Penal, a propósito de ese peligro para la sociedad, según las malhadadas actividades en trato, atinentes al expendio de dichas sustancias vedadas.

Se advierte absolutamente acertado, en ese orden, el parlamento de la funcionaria de primer grado, a partir de la construcción histórica de la actividad investigativa adosada por la Delegada instructora y que en últimas, se traduce escasamente en el acopio de declaraciones anteriores y aportes de fuentes no formales, según las transacciones y actividades inherentes a tal estructura delincencial, que se corresponde con el organismo denominado “La Oficina”, “La Oficina de Envigado” o como hizo carrera dicha organización en el orden local, “Los Pelipintados”, a propósito de este tipo de actividades asociadas a la comercialización de material estupefaciente, derivada de la matriz misional de esa empresa criminal, en lo que al fenómeno extorsivo y conductas asociadas atañe

Es así que, implica la señora Fiscal, resulta imperativo el proveer jurisdiccional, en torno a la privación pre-cautelativa de la libertad respecto de estos ciudadanos, con miras a conjurar su actuar criminal, pero, principalmente, de cara a proteger, se insiste, la comunidad toda, de este siniestro proceder de los citados.

Es de reivindicar entonces, la legitimidad que ha de ser inherente a ese tipo de argumentación, dado que el gravamen se predica en punto al menoscabo del fin constitucional de protección de la comunidad, pues es ese el argumento para apuntalar la pretensión de aseguramiento, según el cual, la Fiscalía reafirma su planteamiento en protección de los intereses jurídicos de carácter constitucional en juego, cual constituyen la salubridad y la seguridad públicas.

Ahora, esta decisión de segundo grado se circunscribe a abordar el disenso propuesto por la Fiscalía, frente a la negativa adoptada en la instancia, por lo que se estima trascendental, un argumento que se extraña en la invocación que aquí atañe, a partir de la dimensión que, a propósito de la argumentación inherente a la limitación del principio de libertad, tiene lugar acorde a la Ley 1760 de 2015, artículo 2, que adicionó el parágrafo del artículo 308 procedimental.

(...)

Sin embargo, la estructuración de este proveído se centra, como se aludía, en la defraudación que, de los parámetros de ley, se advierte en la argumentación de la Fiscalía, a la hora de invocar adecuadamente esta clase de gravámenes, con asiento en un pronóstico acertado, atinente a que tal supuesto fáctico, de afectación de la comunidad, pueda dimensionarse en continuidad, sin que el análisis se restrinja al momento en que se solicita la imposición intramural. Evidente pues, tampoco la Delegada instructora acude a una argumentación jurídica rigurosa, que permita deducir situaciones futuras que llegaren a poner en riesgo la comunidad, al margen de la consabida conformación de una organización criminal con afluencia en esta comprensión territorial del suroeste antioqueño, en lo que al expendio de sustancias estupefacientes se refiere.

En resumen, este Estrado dimensionaría la viabilidad de imponer un gravamen intramural, según las particulares condiciones que rodean el acaecer delictivo materia de imputación en el presente evento, mas, no se observa, de un lado, que la Fiscalía cuente hasta el momento con los suficientes elementos materiales probatorios, evidencia física e información legalmente obtenida que soporten su solicitud de imponer una medida de aseguramiento tan gravosa para los imputados, a propósito de afectar efectiva o potencialmente la integridad de la sociedad toda, pues una tal afectación, no pasa de ser un argumento invocado en abstracto, sin acudir a una pauta fáctica en concreto, que soporte inferencialmente esa clase de alusión.

Por manera pues que, en lo que al sustrato de esta considerativa concierne, se atiende el fundamento de instancia, desde la negativa adoptada frente a la medida intramural pretendida.

Por lo anterior, considera este funcionario de garantías en segundo grado que, el proveer de la A quo se aviene a validez, en orden a la edificación de la negativa adoptada, respecto de la medida intramural invocada por la Fiscalía, desde la percepción del menoscabo del fin constitucional en cita, protección de la comunidad, según lo cual, es insuficiente una argumentación en torno de dicho interés jurídico, cuando no se aportan elementos materiales probatorios que permitan inferir tal situación, en concreto, que no en abstracto y en atención al parámetro de urgencia, luego de una dilatada gestión investigativa; ello, de la mano del parámetro adicional que también extraña este Estrado Judicial y que se exige imperativamente por el Legislador, con base en la Ley 1760 de 2015, a propósito de un análisis futurístico frente a la aludida trasgresión.»

16. Como viene de verse, el pronunciamiento del juez se concretó en resolver la apelación frente a la negativa de imponer medida de aseguramiento en contra de los ciudadanos Jhon Alexander González, Luis Fernanda Velásquez Cadavid, Juan Alejandro Alzate Herrera, Juan José Espinosa Toro, Iván Andrés Olaya Cano, Juan José González Rodríguez, Juan Camilo Montoya Flórez, Julián David Montoya Flórez, Andrés Felipe González, Jorge Andrés Yepes Bustamante, Claudia Patricia Jiménez Vallejo, Oscar David Restrepo Restrepo, Miledis Dahyana Sossa Castañeda, Vanya Surdey Castañeda Bedoya y Luis Carlos Restrepo, dentro del proceso matriz que adelanta en este momento el Juzgado Sexto Penal del Circuito Especializado de Antioquia por los delitos de concierto para delinquir en concurso con tráfico, fabricación o porte de estupefacientes e identificado con el CUI 05 001 60 00357 2017 00027.

17. La cuestión analizada no comportó para el funcionario judicial un pronunciamiento anticipado respecto de la materialidad del delito y la responsabilidad de VERÓNICA GÓMEZ JIMÉNEZ, DIEGO ALEXANDER LÓPEZ ECHEVERRY y JUAN CAMILO GALLEGO OSPINA, a quienes, huelga mencionar, no se les imputó el punible de concierto para delinquir agravado, solo el tráfico, fabricación o porte de estupefacientes en relación con la cantidad de sustancias alcaloide, al parecer, a ellos encontradas en sus residencias durante la diligencia de allanamiento, por tanto no existe comunidad de prueba con el porte de estupefacientes y concierto para delinquir investigados en el proceso matriz.

18. En conclusión, el impedimento declarado por el juez penal no guarda relación con el proceso respecto del cual cree estar impedido, pues esa actuación surgió de una ruptura de la unidad procesal realizada por la Fiscalía 15 Especializada de Antioquia⁵, en tanto a los procesados VERÓNICA

⁵ PDF 153 Expediente digital, primera instancia, carpeta impedimento.

GÓMEZ JIMÉNEZ, DIEGO ALEXANDER LÓPEZ ECHEVERRY y JUAN CAMILO GALLEGO OSPINA únicamente se les había imputado por el delito de Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, de ahí que el Juzgado Sexto Penal del Circuito Especializado de Antioquia en audiencia del treinta (30) de agosto de dos mil veintitrés (2023)⁶, dispusiera remitir las presentes diligencias por competencia al Juzgado Penal Circuito de Andes, Antioquia.

19. De otro lado, el Doctor Juan David Palacio Vásquez, en su condición de Juez Penal del Circuito de Andes, Antioquia, no precisó las razones para apartarse del conocimiento del caso, pues si bien hizo afirmaciones inculpativas respecto de los aludidos ciudadanos como integrantes a la organización criminal ‘*La Oficina de Envigado*’ o ‘*Los Pelipintados*’, se trató de un equívoco, en tanto, como se ha dicho reiteradamente, VERÓNICA GÓMEZ JIMÉNEZ, DIEGO ALEXANDER LÓPEZ ECHEVERRY y JUAN CAMILO GALLEGO OSPINA no están siendo investigados por el delito de concierto para delinquir agravado.

20. Por todo lo anterior, no encuentra la Sala motivos razonables que comprometan la imparcialidad del señor Juez Penal del Circuito de Conocimiento de Andes, Antioquia, que justifique separarlo del conocimiento del proceso, por tanto, por intermedio de la secretaría, le será devuelto para los fines pertinentes.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Antioquia, en Sala de Decisión Penal,

RESUELVE

⁶ PDF 149 Expediente digital, primera instancia, carpeta impedimento.

PRIMERO: DECLARAR infundado el impedimento declarado por el **Juez Penal del Circuito de Andes, Antioquia**, al amparo de la causal 13 del artículo 56 del C.P.P.

SEGUNDO: DEVOLVER la actuación al juzgado de origen para los fines pertinentes.

TERCERO: Infórmese lo decidido a las partes interesadas.

Comuníquese y cúmplase,

(Firma electrónica)

MARÍA STELLA JARA GUTIÉRREZ
Magistrada Ponente

(Firma electrónica)

ISABEL ÁLVAREZ FERNÁNDEZ
Magistrada

(Firma electrónica)

RENÉ MOLINA CÁRDENAS
Magistrado

Firmado Por:

Maria Stella Jara Gutierrez
Magistrada
Sala Penal

Tribunal Superior De Antioquia

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

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

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

Código de verificación: **050bb87d3bc6879f418988abc9084774caa278660d77eba6c951d546d31f7b2a**

Documento generado en 12/10/2023 05:03:20 PM

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

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

Medellín once (11) de octubre de dos mil veintitrés (2023)

N° Interno	2023-1804-4
Radicado	05000-22-04-000-2023-00580 Sentencia de Tutela - 1ª Instancia.
Accionante	Edgar Payares Berrio
Accionados	Juzgado Segundo Penal del Circuito de Apartadó
Decisión	Ampara

Proyecto discutido y aprobado en sesión de la fecha.
Acta No. 342

M.P. ISABEL ÁLVAREZ FERNÁNDEZ

Procede la Sala a proferir decisión de mérito, en la presente acción de tutela que promueve el ciudadano **Edgar Payares Berrio contra el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Apartadó** por la presunta vulneración de su derecho fundamental al debido proceso.

ANTECEDENTES

El apoderado judicial del señor **Edgar Payares Berrio** indicó que, en el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Apartadó se tramitó el proceso con CUI: 050016000718201600255 el cual culminó con sentencia condenatoria el 08 de septiembre de 2023 en contra de su representado por el delito de peculado por aplicación oficial diferente.

El numeral quinto de la sentencia de condena expresamente dice: “5°. *Se les deniega a los procesados la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria, y, en consecuencia, se ordena que la pena impuesta se cumpla en establecimiento carcelario; para ello, se ordena expedir las*

N° Interno 2023-1804-4
Accionante Edgar Payares Berrio
Accionados Juzgado Segundo Penal del Circuito de Apartadó
Decisión Ampara

correspondientes ordenes de captura, de lo que se les informará a las distintas autoridades de Policía Judicial e INPEC, para los fines legales pertinentes.”

En el marco de la audiencia de lectura de sentencia, interpuso el recurso de apelación y le expresó su deseo de sustentar de forma oral del recurso de apelación. A lo cual la Señora Juez respondió que tenía otras ocupaciones, que no disponía de tiempo para escuchar la argumentación y que lo podía hacer de manera escrita enviando la sustentación por correo.

En su criterio, esa determinación de la A quo desconoce las normas del Procedimiento Penal, pues si bien pudo ordenar la detención inmediata desde el anuncio del sentido del fallo, como lo indica el artículo 450 del C.P.P., no lo hizo así, sino que su orden proviene del fallo condenatorio, decisión está que fue debidamente cuestionada mediante el recurso de apelación.

De haber escuchado las alegaciones de la defensa posteriores a la lectura del fallo condenatorio se habría dado cuenta que esa orden de captura inmediata estaba siendo cuestionada dentro de los argumentos del recurso de apelación, concretamente en el motivo 9° de la impugnación contra el fallo condenatorio.

A pesar de ello, sin esperar siquiera a la radicación de la sustentación del recurso de apelación de la defensa la Judicatura ordenó radicar las órdenes de captura contra su prohijado y otro coacusado.

La Corte Suprema de Justicia ha expresado en sentencia STP 12083 del 09/09/2021, que la excepción es librar orden de detención inmediata, pues la misma sólo procede cuando la personas ha rehuido su comparecencia ante los jueces, se ha escondido o dificultado las notificaciones a lo largo de la actuación; ha utilizado estrategias dilatorias en busca de beneficios, ha tenido que ser conducida policialmente para que hagan presencia en la actuación, y en general cuando se den las mismas circunstancias que ameritan la imposición de una detención preventiva.

Ninguna de estas circunstancias se presentó en este asunto, en el que el

N° Interno 2023-1804-4
Accionante Edgar Payares Berrio
Accionados Juzgado Segundo Penal del Circuito de Apartadó
Decisión Ampara

procesado Edgar Payares Berrio, estuvo atento, pendiente de todas las audiencias y citaciones formuladas por el Despacho Judicial, estuvo en cada audiencia sin necesidad de ser requerido, no entorpeció la continuidad del juicio con actitudes dilatorias, ni solicitudes de aplazamiento. El encausado ha indicado tener un arraigo fuerte en el Municipio de Chigorodó, se conoce su ubicación, no hay atisbos que no se presente ante las autoridades cuando se requiera y menos que su comparecencia esté en peligro para el caso del cumplimiento de la pena.

Aseguró que, la decisión adoptada incurre en defecto material o factico, defecto procedimental, falta de motivación y violación directa de la Constitución y de la Convención Americana, razón por la cual, solicita dejar sin efecto la orden de captura expedida por la Juez 2° Penal del Circuito de Apartadó, hasta tanto no se desate el recurso de apelación contra la sentencia de primer grado y se cuente con sentencia en firme.

INFORMES RENDIDOS

La titular del **Juzgado Segundo Penal del Circuito de Apartadó** indicó que, efectivamente esa dependencia tiene conocimiento del asunto con CUI 0500116000718201600255, donde se encuentran como procesados los señores Edgar Payares Berrio y Luis Fernando Cuesta Vélez, por los delitos de prevaricato por omisión y peculado por aplicación oficial diferente.

Después de haberse evacuado las audiencias de formulación de acusación, preparatoria y juicio oral, el pasado 28 de abril del año 2023 se emitió sentido de fallo de carácter absolutorio por el delito de prevaricato por omisión y condenatorio por el delito de peculado por aplicación oficial diferente en calidades de autores, momento en el cual el Juzgado no analizó el tema de los subrogados y beneficios, por ello no hizo uso de lo preceptuado en el artículo 450 del Código de Procedimiento Penal, que faculta al Juez, una vez emitido sentido de fallo de carácter condenatorio ordenar la captura del condenado para el cumplimiento de la pena, esto de considerarlo necesario.

N° Interno 2023-1804-4
Accionante Edgar Payares Berrio
Accionados Juzgado Segundo Penal del Circuito de Apartadó
Decisión Ampara

Posteriormente, el 08 de septiembre del año 2023 cuando se da la lectura del fallo y se analizan los subrogados y beneficios, se ordena en dicha providencia expedir las correspondientes órdenes de captura, pues al ser condenados los procesados por el delito de peculado por aplicación diferente, el cual afecta a la Administración Pública, de conformidad con el artículo 68 A del Código Penal, no son beneficiarios a ninguna clase de subrogados o beneficios, que en la misma fecha se puso en conocimiento de las autoridades las correspondientes ordenes restrictivas de libertad para el cumplimiento de la condena impuesta en establecimiento carcelario.

Se advierte, que la decisión adoptada por esta Dependencia respecto de la restricción de la libertad en contra de los condenados no es caprichosa, pues se está en cumplimiento a la Ley vigente, además de la jurisprudencia para el caso en concreto, respecto a ello, la Sala de Casación Penal, en pronunciamiento CSJ SP3353-2020, 15 jul. 2020, rad. 56600, reiterado en esta Sala de Decisión de Tutelas, en pronunciamientos STP 2621-2021, 28 en. 2021, rad. 114490; STP7927-2021, 24 jun. 2021, rad. 117162; y STP13837-2021, 7 oc. 2021, rad. 119580.

En esas decisiones se establece que, excepcionalmente el juez podrá abstenerse de ordenar la captura inmediata y que, en ese caso recaerá sobre el servidor judicial una carga argumentativa conforme la cual debe justificar de forma amplia y razonada, el por qué le resulta innecesaria la orden de detención inmediata.

Asegura que, al existir una decisión condenatoria y de la cual los procesados no tengan ninguna clase de beneficio, es obligación de Juez emitir de inmediato una orden de captura, sea entonces en el transcurso de la audiencia del 450 del CPP o más aun, al momento de emitirse el fallo condenatorio, tal como sucedió dentro del asunto en mención.

Considera que no se ha vulnerado derecho fundamental alguno al accionante, razón por la cual solicita declarar improcedente la presente acción de tutela.

N° Interno 2023-1804-4
Accionante Edgar Payares Berrio
Accionados Juzgado Segundo Penal del Circuito de Apartadó
Decisión Ampara

El Fiscal 32 Especializado de Antioquia después de indicar los requisitos de procedencia de la acción de tutela cuando se controvierte una decisión judicial afirmó que, el 28 de abril de 2023 se llevó a cabo audiencia de emisión de sentido del fallo y el 30 de agosto de 2023 se tramitó lo correspondiente al artículo 447 del C.P.P.

En esa diligencia, él solicitó tener en cuenta lo reglamentado en el artículo 68^a del código penal para ese tipo de delitos y los señores defensores por su parte, en especial el doctor Jhon Jairo Delgado, solicitó considerar las condiciones sociales, personales y familiares del señor Edgar Payares Berrio, en ese momento el profesional del derecho señaló que, si a lo sumo, consideraba pertinente privarlo de la libertad, se impusiera la prisión domiciliaria.

Fue así como el 8 de septiembre de 2023 en la lectura del fallo la señora juez dispuso motivadamente que, dada la prohibición de que trata el parágrafo del artículo 68^a no es jurídicamente procedente estudiar ni otorgar prisión domiciliaria alguna, como tampoco la suspensión condicional de la ejecución de la pena, ni cualquier otro mecanismo de libertad.

Considera que, de ninguna manera se incurrió en algún error al momento de interpretar la sentencia C-342-2017 pues en el presente asunto los sentenciados luego de la emisión del sentido del fallo siguieron gozando de su libertad por decisión tacita del despacho judicial de conformidad con el artículo 450 del CPP.

Solicita se declare la improcedencia de la acción de tutela o en su defecto, se nieguen las pretensiones esbozadas.

El apoderado judicial del coacusado Luis Fernando, indicó que, el 28 de septiembre del año en curso, radicó ante el juzgado accionado, solicitud de suspensión de la orden de captura, exponiendo que, en la audiencia de lectura del sentido del fallo, el despacho accionado había guardado silencio acerca de la necesidad de la detención de los procesados, quienes al momento de dicho anuncio, absolutorio por el delito de prevaricato por omisión, y condenatorio

N° Interno 2023-1804-4
Accionante Edgar Payares Berrio
Accionados Juzgado Segundo Penal del Circuito de Apartadó
Decisión Ampara

por el delito de peculado por aplicación oficial diferente, no se hallaban detenidos.

Advirtió que, en la sentencia escrita, compartida a los correos de los sujetos procesales, tampoco se apreciaba la argumentación desplegada encaminada a exponer las razones que pudieran evidenciar la necesidad de la detención de los procesados, conforme lo dispone el segundo inciso del artículo 450 de la Ley 906 de 2004.

En la sentencia escrita, sin embargo, se anunciaba que se libraría orden de captura contra los procesados, asunto no tratado en la audiencia de anuncio del sentido del fallo.

En el marco de su solicitud hizo énfasis en varias decisiones de la Corte Suprema de Justicia. Sala de Decisión de Tutelas No. 3, con ponencia del Honorable Magistrado Diego Eugenio Corredor Beltrán y STP5495 -2023 Radicación 130745 de fecha 8 de junio de 2023 en la cual se establecieron los factores a tener en cuenta a la hora de motivar la necesidad de imponer captura inmediata de acuerdo con el artículo 450 del Código de Procedimiento Penal.

Asegura que, en esa solicitud elevada también refirió que, la decisión adoptada rompía con el principio de congruencia que debió existir entre el anuncio del sentido del fallo expuesto y lo argumentado en la sentencia escrita, habida cuenta que, en el primer acto, esto es, en el anuncio del sentido del fallo, nada se dijo acerca de la necesidad de la detención de los procesados, y sin embargo en la sentencia escrita se ordenó sus capturas, contrariando lo dispuesto en el artículo 188 de la Ley 600 de 2000.

Solicita que, se acceda a la protección implorada por la parte accionante y en consecuencia se ordene la suspensión de las órdenes de captura expedidas.

De manera subsidiaria en razón al principio de favorabilidad penal, solicita que, se aplique lo previsto en el segundo inciso del artículo 188 de la Ley 600 de

N° Interno 2023-1804-4
Accionante Edgar Payares Berrio
Accionados Juzgado Segundo Penal del Circuito de Apartadó
Decisión Ampara

2000, de preferencia a lo establecido en el artículo 450 de la ley 906 de 2004.

El representante del Ministerio Público señaló que, el artículo 533 de la Ley 906 de 2004 dice: *“El presente código regirá para los delitos cometidos con posterioridad al primero de enero del año 2005 (...)*

La fecha de los hechos del presunto delito contra la administración pública proviene de unos giros efectuados por la Nación al municipio de Chigorodó en los años 2014 y 2015 para la primera infancia. De manera que en este requisito no se daría aplicación a la Ley 600 de 2000.

Sin embargo que, en el momento del fallo, el accionante y el otro procesado, no tenían medida de aseguramiento, cuyos requisitos para su existencia son independientes a las razones de la privación de la libertad en una condena. Aunado a ello, la Ley 600 de 2000 no ha sido derogada, se continúa aplicando en Colombia, razón por la cual, para las garantías que pueda brindar, pensaría sigue vigente.

Conforme con ello, desde el principio de favorabilidad y, considerando que al hoy accionante se le negó en el fallo subrogados o penas sustitutivas, le parece razonable que, pueda darse su aplicación al artículo 188 de la precitada norma, es decir que, una vez se encuentre en firme se defina el cumplimiento de la pena y se determine en caso tal, la expedición de la orden de captura.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

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

El artículo 86 de la Constitución Política consagra la acción de tutela, cuya razón de ser no es otra que la de conceder a toda persona un procedimiento preferente y sumario para reclamar ante los jueces de la República, la

N° Interno 2023-1804-4
Accionante Edgar Payares Berrio
Accionados Juzgado Segundo Penal del Circuito de Apartadó
Decisión Ampara

protección inmediata, en cualquier tiempo y lugar, de sus derechos fundamentales, cuando considere que han sido violados o se encuentren amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública siempre que el afectado no cuente con otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice transitoriamente para evitar un perjuicio irremediable.

Problema jurídico

La acción de tutela presentada por el señor Edgar Payares Berrio tiene su causa en la Sentencia del 08 de septiembre de 2023, proferida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Apartadó. En esa decisión la autoridad judicial demandada ordenó capturar al actor y al señor Luis Fernando con independencia de la ejecutoria de la sentencia.

La mencionada determinación es distinta e incongruente con la expuesta en la audiencia de sentido de fallo, pues en ese escenario nada se dijo sobre la privación de la libertad de los encartados penales.

Entonces, los problemas jurídicos a resolver, consisten en establecer si se incurre en un defecto sustantivo y procedimental, que viola los derechos al debido proceso y a la libertad personal, cuando la juez de conocimiento ordenó la captura de un procesado en la sentencia escrita a pesar de que en la audiencia de anuncio del sentido de fallo no se refirió a esa circunstancia.

Adicionalmente, se deberá establecer si la juez de conocimiento incurrió en algún error sustantivo o de procedimiento cuando decidió no aplicar de forma ultractiva la ley 600 de 2000 que le permite mantener la libertad mientras queda ejecutoriada la sentencia o si desconoció los lineamientos jurisprudenciales al momento de aplicar lo dispuesto en el artículo 450 de la Ley 906 de 2004.

Procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales

De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, el análisis de procedencia de la acción de tutela en contra de decisiones judiciales se basa

N° Interno 2023-1804-4
Accionante Edgar Payares Berrio
Accionados Juzgado Segundo Penal del Circuito de Apartadó
Decisión Ampara

en el estudio de (i) requisitos generales de procedencia (de naturaleza procesal) y (ii) causales específicas (de carácter sustantivo). Los requisitos generales de procedencia de la tutela, se refieren al cumplimiento de aspectos de forma cuyo cumplimiento debe evaluarse previo al estudio de fondo del caso. Por su parte, las casuales específicas de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales, hace referencia “a los vicios o defectos presentes en la decisión judicial y que constituyen la causa de la vulneración o amenaza de los derechos fundamentales”¹. Es decir, se trata de defectos graves que hacen que la decisión sea incompatible con la Constitución y genere una transgresión de los derechos fundamentales.

En cuanto a los **requisitos generales de procedencia**, la Corte ha indicado que son los siguientes:

- (i) que se acredite la legitimación en la causa (artículos 5, 10 y 13, Decreto-Ley 2591 de 1991)
- (ii) que la providencia cuestionada no sea una sentencia de tutela^[24], ni una decisión proferida con ocasión del control abstracto de constitucionalidad por parte de la Corte Constitucional, como tampoco la que resuelva el medio de control de nulidad por inconstitucionalidad por parte del Consejo de Estado
- (iii) que se cumpla con el requisito de inmediatez, es decir que la tutela se promueva en un plazo razonable.
- (iv) que se identifique de forma clara, detallada y comprensible los hechos que amenazan o afectan los derechos fundamentales en cuestión y que, si existió la posibilidad, ellos hayan sido alegados en el trámite procesal.
- (v) que se cumpla con el requisito de subsidiariedad, esto es que el interesado acredite que agotó todos los medios de defensa judicial a su alcance, salvo que pretenda evitar la consumación de un perjuicio irremediable o los medios de defensa judicial existentes no sean idóneos o eficaces para evitarlo.
- (vi) que la cuestión planteada sea de evidente relevancia constitucional, lo que exige que el caso trate sobre un asunto de rango constitucional y no meramente legal o económico;
- (vii) que cuando se trate de una irregularidad procesal, que esta tenga un efecto decisivo en la decisión judicial cuestionada, es decir que si tal error no hubiere ocurrido el alcance de la decisión hubiese sido sustancialmente distinto.

En el caso concreto, se observa que la presente demanda supera las causales genéricas de procedibilidad de tutela contra sentencias por las razones que se expresan a continuación:

¹ Sentencia T-535 de 2015.

N° Interno 2023-1804-4
Accionante Edgar Payares Berrio
Accionados Juzgado Segundo Penal del Circuito de Apartadó
Decisión Ampara

En primer lugar, se cumple con el requisito de legitimidad por activa, por cuanto el actor en este trámite fue condenado en el proceso penal que concluyó con la sentencia que se cuestiona en la tutela. Así mismo, se cumple con la legitimidad por pasiva, pues el peticionario ataca la sentencia condenatoria del 08 de septiembre de 2023, proferida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Apartadó.

En segundo lugar, el presente caso cumple con el requisito de relevancia constitucional. Como la Corte lo indicó en la Sentencia SU-214 de 2022 una demanda de tutela, como la que aquí se analiza, que cuestiona una sentencia condenatoria por infringir las garantías que hacen parte del derecho al debido proceso tiene relevancia constitucional. Como también se indicó en la mencionada sentencia los debates jurídicos relacionados con el proceso penal abarcan el ejercicio del poder punitivo del Estado, el cual que debe ser plenamente justificado, razonable y mínimo para no perder su legitimidad. Este es un caso en donde el demandante cuestiona precisamente que el ejercicio del poder punitivo del Estado careció de una justificación razonable.

En tercer lugar, la presente acción de tutela es procedente para proteger los derechos al debido proceso y sus efectos sobre la libertad porque el recurso de apelación contra la sentencia del 08 de septiembre de 2023 se encuentra en curso. Como bien lo señala el demandante, el esperar a que se defina el recurso de apelación no serviría para garantizar el derecho que reclama, relacionado con la posibilidad de poder defenderse en el proceso que se adelanta en su contra en libertad. Además, el recurso de apelación no es idóneo para salvaguardar los derechos que reclama el señor Payares Berrio, pues lo que se cuestiona aquí no es la decisión condenatoria de primera instancia, sino la orden de captura dictada en el fallo escrito sin que la condena esté ejecutoriada. Ese aspecto del proceso no es objeto del recurso de apelación.

Es evidente, además, que el obligar al actor a esperar a que se resuelva el recurso de apelación en el proceso penal mencionado aparejaría la configuración de un daño consumado a su derecho al debido proceso, porque

N° Interno 2023-1804-4
Accionante Edgar Payares Berrio
Accionados Juzgado Segundo Penal del Circuito de Apartadó
Decisión Ampara

la afectación a esas garantías presuntamente ocurre por la discordancia que se presenta entre el anuncio del sentido del fallo y la sentencia. Igualmente, la orden de captura pone en un riesgo latente y real el derecho de libertad ante la materialización de esa medida judicial. En efecto, la acción de tutela es la única herramienta de defensa procesal idónea y eficaz para evitar la reclusión del peticionario.

En cuarto lugar, la demanda de tutela fue interpuesta en un término razonable a la expedición de la sentencia que originó la presente acción, de menos de un mes. El 08 de septiembre de 2023, el Despacho de conocimiento expidió el fallo que condena al actor, mientras éste cuestionó esa determinación el 27 de ese mismo mes.

En quinto lugar, las irregularidades procesales alegadas por el actor, que principalmente consiste en cuestionar la ausencia de pronunciamiento sobre la expedición de la orden de captura en la audiencia de emisión del sentido del fallo y su ordenanza en la sentencia de condena, constituye un aspecto determinante para la ejecución de sentencia, pues se relaciona con la restricción de la libertad y el cumplimiento de la pena de prisión ordenada por la autoridad judicial demandada.

La posible configuración de los defectos sustantivos y procedimentales alegados por el actor implicaría la obligación de rehacer la providencia judicial respecto de la decisión de la libertad mientras se adelanta el recurso de apelación, con un resultado distinto al que se encuentra hoy vigente. Entonces, los defectos señalados por el actor son fundamentales para la providencia demandada en tutela.

En sexto lugar, el accionante identificó el hecho de vulneración de sus derechos fundamentales, que como se ha señalado consiste en que el juez penal de conocimiento no se pronunció sobre su privación de la libertad en la audiencia de sentido del fallo, mientras que, en la sentencia y faltando a ese principio de ordenó la captura del tutelante y del otro coacusado. Sin advertir el cambio de postura ni explicar las razones de ello. Para el demandante ese

N° Interno 2023-1804-4
Accionante Edgar Payares Berrio
Accionados Juzgado Segundo Penal del Circuito de Apartadó
Decisión Ampara

hecho constituye una vulneración de su derecho al debido proceso y a la libertad personal.

En séptimo lugar, la demanda de tutela cuestiona una sentencia penal condenatoria y no otra de amparo de derechos fundamentales, por lo que este requisito está superado.

Por consiguiente, la acción de tutela dirigida a cuestionar las directrices de la ejecución de la sentencia condenatoria relacionada con la modificación de la libertad del actor es procedente.

Como se explicó en la primera parte de las consideraciones de esta providencia, el juez constitucional tiene la facultad para analizar sustantivamente la providencia atacada una vez se superan las causales genéricas de procedibilidad de tutela contra sentencia. Esto significa analizar si se configura uno o varios de los requisitos especiales de procedibilidad de la tutela, que se relacionan con los defectos en los que puede incurrir la sentencia.

En este caso, lo que se alega es el hecho de que la Juez de conocimiento incurrió en un defecto procedimental y uno sustantivo, en la sentencia del 08 de septiembre 2023, en la que se libró una orden de captura contra el accionante, a pesar de que en la audiencia de anuncio del sentido del fallo, no se había pronunciado sobre la necesidad de privarlo de la libertad antes de que la condena estuviera ejecutoriada.

La Corte Constitucional ha identificado varios escenarios frente a los cuales se puede estar en presencia de un defecto procedimental. En primer lugar, el defecto procedimental absoluto, que ocurre cuando el funcionario judicial actúa por fuera de los postulados procesales aplicables al caso, que generan una decisión arbitraria lesiva de derechos fundamentales. En segundo lugar, el exceso ritual manifiesto, que ocurre cuando “un funcionario utiliza o concibe los procedimientos como un obstáculo para la eficacia del derecho sustancial y por esta vía, sus actuaciones devienen en una denegación de justicia”. En

N° Interno 2023-1804-4
Accionante Edgar Payares Berrio
Accionados Juzgado Segundo Penal del Circuito de Apartadó
Decisión Ampara

tercer lugar, el desconocimiento del principio de congruencia o consonancia, que se presentan ante la falta de conexión con los hechos y las pretensiones de la demanda o una decisión incoherente entre sus partes. Sin embargo, la Corte ha precisado que la activación de esta causal requiere que ese error esté acompañado de una motivación insuficiente. En cuarto lugar, en las ocasiones en que el funcionario judicial omite etapas o fases sustanciales del procedimiento establecido, lo que apareja la infracción de los derechos de defensa y contradicción de una de las partes del proceso. En quinto lugar, cuando existe en el proceso una demora injustificada que obstaculiza emitir una decisión que resuelva la causa de forma definitiva. En sexto lugar, ante la vulneración del desconocimiento de “los derechos fundamentales al debido proceso, al derecho de defensa y de contradicción, y por desconocimiento del principio de legalidad”.²

En el caso concreto, se plantea la eventual configuración de la tercera hipótesis de configuración del defecto procedimental, es decir el desconocimiento del principio de congruencia. En este defecto se presenta cuando el funcionario judicial adopta decisiones que no se corresponden con lo pretendido, o cuando se adopta de fondo una decisión que no había sido anunciada, dado que esa situación afectaría el principio de contradicción y defensa de un usuario de la administración de justicia; siendo pertinente señalar que en el Estado Social de Derecho, el juez también está vinculado al principio de seguridad jurídica, mandato que abarca el carácter predictivo de sus decisiones, al estar sujeto a las fuentes del derecho, como indica el artículo 230 de la Constitución.

En este contexto, la Corte ha considerado que es un elemento esencial de la validez de las providencias judiciales la congruencia entre la parte resolutive y la motiva³. Así mismo, este mandato obliga a que una decisión judicial guarde coherencia en los aspectos fácticos obrantes en el expediente con las consideraciones jurídicas que se elaboran en el fallo. En efecto es

² Sentencia T-082 de 2023

³ Sentencia SU- 632 de 2017

N° Interno 2023-1804-4
Accionante Edgar Payares Berrio
Accionados Juzgado Segundo Penal del Circuito de Apartadó
Decisión Ampara

indispensable asegurar el principio de congruencia de las decisiones judiciales, el cual se predica de las pretensiones y de la sentencia, como se desprende de la normatividad procesal general. Sobre el particular, es importante resaltar que la jurisprudencia de Corte Constitucional ha estimado que la incongruencia de una decisión tiene la virtualidad de afectar derechos fundamentales⁴.

En el marco de la Ley 906 de 2004, el juicio oral en el sistema procesal penal acusatorio tiene dos momentos procesales. El primero es el anuncio del sentido del fallo y, el segundo, es la expedición de la sentencia escrita. Tanto la Corte Constitucional⁵ como la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia⁶ resaltan el carácter inescindible entre esos dos momentos del procedimiento penal que deben regirse por los principios de congruencia y consonancia. Estos dos momentos son determinantes para fijar las condiciones de ejecución de la condena -cuando hay lugar a dictarla-, regulación que a su vez tiene impacto sobre la libertad del procesado.

En esas decisiones los órganos de cierre consideran, de manera uniforme, que en el sistema penal con tendencia acusatoria que se adelanta de forma oral el fallo es un acto procesal que se forma de un anuncio del sentido de la decisión y el texto definitivo de la sentencia. Esta forma de concluir el proceso en primera instancia es la consecuencia lógica de la estructura básica del proceso público y oral de los juicios criminales en Colombia, regidos por la Ley 906 de 2004. Además, esas altas Corporaciones añaden que esas dos fases procesales conforman una unidad temática, conceptual y jurídica inescindible, por lo que es considerado un acto complejo. Esos elementos constitutivos de la sentencia materializan el orden justo, la efectividad de los derechos de las partes y de la víctima dentro del proceso penal, el acceso a la justicia y el

⁴ Sentencia T-086 de 2007 y T082 de 2023

⁵ Sentencia C-342 de 2017

⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 27 de Julio de 2022, Rad. 55313; Auto del 4 de agosto de 2021, Rad. 54564; Sentencia del 3 de febrero de 2021, Rad. 52400; Auto del 29 de enero de 2020, Rad. 51142; Sentencia del 13 noviembre de 2019, Rad. 53863; Sentencia del 28 de febrero de 2018, Rad. 51609; Sentencia del 27 jul. 2016, Rad. 41429; Sentencia del 30 noviembre de 2016, Rad. 46819; Sentencia del 23 septiembre. 2015, Rad. 40694; Sentencia del 25 septiembre 2013, Rad. 40334; Sentencia del 14 noviembre 2012, Rad. 36333, 20 ene. 2010, rad. 32196; Sentencia del 30 enero de 2008, Rad. 28918; Sentencia del 17 septiembre de 2007, Rad. No. 27336, entre otros

N° Interno 2023-1804-4
Accionante Edgar Payares Berrio
Accionados Juzgado Segundo Penal del Circuito de Apartadó
Decisión Ampara

cumplimiento, así como la efectividad de las medidas que adoptan los jueces penales.

El anuncio del sentido del fallo en un sistema oral de tendencia acusatoria tiene la finalidad de asegurar que los procesados conozcan de manera pronta y rápida la decisión adoptada. La Sentencia C-342 de 2017 precisó que el anuncio del sentido de fallo incluye “la orden de privación de la libertad que eventualmente pueda darse con él”. Así mismo, esa medida vincula al juzgador a la redacción de la sentencia y está respaldada en los principios de concentración e inmutabilidad que rigen el proceso penal. Sin embargo, esa etapa de hacer público el sentido de la decisión requiere una motivación por lo menos sucinta. La justificación debe cumplir con los requisitos señalados en el artículo 446 del Código de Procedimiento Penal, éstos son: (i) anunciar que finaliza el debate; (ii) individualizar la determinación frente a cada uno de los enjuiciados y los cargos consignados en la acusación; y (iii) identificar el delito por el que se halla responsable a la persona. Por otra parte, el texto de la sentencia desarrollará a profundidad los argumentos declarados en el sentido del fallo, al tratarse de la fundamentación del aviso previo⁷

Esa estrecha conexión entre el sentido del fallo y el texto de la sentencia implica que estos deben ser coincidentes. La coherencia y la seguridad jurídica sujetan a un solo acto los dos elementos mencionados. En Sentencia C-342 de 2017, la Corte Constitucional añadió que el fallo guarda una unidad conceptual y jurídica, por lo que se encuentra bajo los contenidos de los principios de congruencia y consonancia.

Por su parte, la Sala de Casación Penal destaca que el anuncio de la decisión es vinculante para al juez y debe expresar una armonía con la sentencia escrita, pues forma parte de la estructura del proceso y genera expectativas. De ahí que una variación entre el sentido del fallo y la sentencia finalmente escrita vulnera el derecho al debido proceso.

⁷ Sentencia del 27 de julio de 2022, Rad 55313.

N° Interno 2023-1804-4
Accionante Edgar Payares Berrio
Accionados Juzgado Segundo Penal del Circuito de Apartadó
Decisión Ampara

La decisión de la Juez Segunda Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Apartadó incurrió en una evidente disonancia entre el anuncio del fallo y la sentencia escrita, pues en el primer escenario procesal no se refirió acerca de la privación de la libertad de los procesados ni mucho menos se refirió a la necesidad de ordenar su captura hasta tanto quedara ejecutoriada, mientras que, en la sentencia dispuso su privación de la libertad de manera inmediata ordenando su captura. Recuérdese que, el anuncio del sentido del fallo y la lectura de la sentencia son dos actos procesales inescindibles, por lo que una modificación en este aspecto acarreará una vulneración al principio de congruencia y al derecho al debido proceso, como ocurrió en esta oportunidad.

La Sala reitera que, el anuncio de la decisión vincula al juez y debe expresar una armonía con la sentencia escrita, regla que no se cumple en esta oportunidad en la decisión sobre la libertad del peticionario.

Como señala el precedente de la Corte Suprema de Justicia expuesto en esta providencia, la coherencia temática y conceptual entre el anuncio del sentido del fallo y la sentencia escrita forma parte de la estructura del proceso penal con tendencia acusatoria. Por lo tanto, cualquier diferencia entre estos elementos afecta el principio de legalidad y el derecho al debido proceso, lo que lleva a la configuración de defectos sustantivo y procedimental en la providencia demandada. En el caso analizado, el juez acusado desconoció la estructura del proceso penal, al modificar los términos de la decisión indicada en el sentido del fallo respecto de la libertad del actor.

En segundo lugar, se advierte, respecto de la decisión de la libertad, la Sentencia del 08 de setiembre de 2023, cercenó el debate, la participación y la contradicción del accionante y del coacusado en el proceso penal que se adelanta en su contra, por cuanto jamás tuvieron la oportunidad de pronunciarse frente al cambio de su libertad por la orden de captura, pues en la sentencia se emitió una decisión que no había sido anunciada previamente.

N° Interno 2023-1804-4
Accionante Edgar Payares Berrio
Accionados Juzgado Segundo Penal del Circuito de Apartadó
Decisión Ampara

En tercer lugar, esa modificación, que perturba la congruencia del fallo, se presentó sin que la juez de conocimiento argumentara ese cambio. La autoridad judicial se concentró en indicar que no resultaban procedentes los subrogados penales y los mecanismos sustitutivos de la pena, por lo que se hacía necesario emitir la orden de captura. Pero esa autoridad judicial nada mencionó sobre la omisión en la que incurrió al momento de proferir el sentido del fallo ni que se tratara de un vacío que, debía corregir.

El artículo 450 de la Ley 906 de 2004 contempla una privación de la libertad para el cumplimiento de la condena, pena que en el presente caso debe observar el accionante. Esa norma concede al juez de conocimiento la facultad de decidir sobre privación de la libertad del actor, al anunciar el sentido del fallo y expedir sentencia escrita. Para tomar esa decisión, la autoridad judicial debe revisar los principios de necesidad y proporcionalidad, junto con los artículos 54 y 63 del Código de Procedimiento Penal. Esos criterios difieren de los establecidos en los artículos 308 a 310 del mismo estatuto, que se refieren a la privación de libertad como medida cautelar y no tienen relación con la declaración de responsabilidad o la condena del actor. En el presente caso, la juez de conocimiento no dijo nada sobre la privación de la libertad al momento de enunciar el sentido del fallo, y al momento de ordenar la captura, tampoco consideró los principios de necesidad y proporcionalidad, criterios que son relevantes más aún cuando los procesados no habían sido cobijados con una medida de aseguramiento.

En suma, la Sala concluye que en el caso analizado el juez accionado vulneró los derechos al debido proceso, al acceso a la administración de justicia y a libertad del ciudadano Edgar Payares Berrio y de su compañero de causa, al incurrir en defectos sustantivos y procedimental, por cuanto en la sentencia cuestionada se dispuso ordenar de manera inmediata la privación de la libertad de los procesados, aspecto que no había sido siquiera mencionado en el anuncio del sentido del fallo.

Sin embargo, este yerro no da lugar a dejar sin efecto toda la Sentencia del 08 de septiembre de 2023, como quiera que solo se evaluó la variación en la

N° Interno 2023-1804-4
Accionante Edgar Payares Berrio
Accionados Juzgado Segundo Penal del Circuito de Apartadó
Decisión Ampara

decisión de la libertad del actor por parte del juez acusado. Ello, porque ese fue el objeto sobre el cual recayó la demanda y el estudio de esta Sala. Además, el Tribunal competente se encargará de estudiar la apelación contra la sentencia condenatoria, al revisar si la declaratoria de responsabilidad penal del actor cumplió con las condiciones para desvirtuar su presunción de inocencia más allá de toda duda razonable. Así las cosas, no es procedente ampliar el margen de discusión en esta oportunidad y el remedio judicial debe circunscribirse al asunto analizado.

En consecuencia, la Sala dejará parcialmente sin efecto, la sentencia del 08 de septiembre de 2023, proferida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Apartadó, en el punto de la decisión de ordenar la captura del actor y del coprocesado Luis Fernando Cuesta Vélez.

De ahí que, el despacho acusado deberá disponer la suspensión de las ordenes de captura mientras se surte el recurso de apelación promovido contra la sentencia condenatoria, sin perjuicio de que la autoridad judicial de segunda instancia del proceso penal pueda ordenar su expedición, conforme con la normatividad procesal penal aplicable.

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

RESUELVE

PRIMERO: AMPARAR el derecho fundamental al debido proceso y a la libertad de los señores Edgar Payares Berrio y Luis Fernando Cuesta Vélez, de conformidad con los fundamentos consignados en la parte motiva.

SEGUNDO: DEJAR PARCIALMENTE SIN EFECTO, por las razones expuestas en esta providencia, la Sentencia del 08 de septiembre de 2023, proferida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Apartadó, respecto de la decisión de ordenar la captura de Edgar Payares Berrio y Luis Fernando Cuesta Vélez.

N° Interno 2023-1804-4
Accionante Edgar Payares Berrio
Accionados Juzgado Segundo Penal del Circuito de Apartadó
Decisión Ampara

En consecuencia, el Despacho de conocimiento deberá disponer la suspensión de las ordenes de captura mientras se surte el recurso de apelación promovido contra la sentencia condenatoria, sin perjuicio de que la autoridad judicial de segunda instancia del proceso penal pueda ordenar su expedición, conforme con la normatividad procesal penal aplicable.

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

CÚMPLASE.

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: **fcabbffa11140add419c79eec0a5a2e4bfea68685d41e5d5e42a34977243b485**

Documento generado en 11/10/2023 09:33:33 PM

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

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

Medellín, diez (10) de octubre de dos mil veintitrés (2023)

N° Interno : 2023-1792-4
Sentencia de Tutela - 1ª Instancia.
Radicado : 05000-22-04-000-2023-00572
Accionante : Hugo Erney Betancur Calle
Accionado : Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia
Decisión : Niega por hecho superado

Proyecto discutido y aprobado en sesión de la fecha.
Acta N° 341

M.P. Isabel Álvarez Fernández

Procede la Sala a proferir decisión de mérito, en la presente acción de tutela que promueve el ciudadano HUGO ERNEY BETANCUR CALLE, contra el JUZGADO PRIMERO DE EJECUCIÓN DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD DE ANTIOQUIA por la presunta vulneración de su derecho fundamental a la petición.

ANTECEDENTES

Manifiesta el señor HUGO ERNEY BETANCUR CALLE que, el 17 de julio de 2023, solicitó al Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia se decretara la extinción de la

N° Interno	2023-1792-4
Radicado	05000-22-04-000-2023-00572
Accionante	Hugo Erney Betancur Calle
Accionado	Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia
Decisión	Niega por hecho superado

sanción penal que le fuere impuesta, sin embargo, que a la fecha no ha recibido respuesta por parte del ese Despacho Judicial.

El asistente jurídico del **Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia** indicó que, revisado el sistema de Gestión Siglo XXI, se constató que, en disfavor del accionante reposa anotación bajo el CUI 05001 60 01 292 2012 00002, radicado interno 2013-2550 cuya vigilancia se avocó por el Despacho que representa el 04 de diciembre de 2013.

En relación a la solicitud presentada indicó que, previo a decidir, mediante auto N° 1579 del 28 de septiembre de 2023 solicitó antecedentes ante la SIJIN MEVAL necesarios para dar respuesta a la solicitud, allegándose la respectiva respuesta el 03 de octubre de 2023.

Una vez recibido el requerimiento, mediante auto N° 2564 de esa misma fecha se pronunció sobre la extinción de la sanción penal por superación del periodo de prueba, además se ordenó remitir dicha providencia al correo duliok_0798@hotmail.es

Conforme con lo anterior, solicita denegar la solicitud de amparo constitucional deprecado.

CONSIDERACIONES

De conformidad a lo dispuesto en el artículo 86 de la Constitución Política, la acción de tutela ha sido instituida como mecanismo para la protección efectiva de los derechos fundamentales de los

N° Interno	2023-1792-4
Radicado	05000-22-04-000-2023-00572
Accionante	Hugo Erney Betancur Calle
Accionado	Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia
Decisión	Niega por hecho superado

ciudadanos, cuando éstos resulten vulnerados por la acción u omisión de las autoridades públicas y eventualmente de los particulares, en los casos específicamente previstos en la ley.

En este evento, corresponde a la Sala determinar, si en efecto se encuentran conculcados los derechos fundamentales invocados por el procesado HUGO ERNEY BETANCUR CALLE, al omitirse por parte del Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia brindar respuesta a su solicitud de extinción de sanción penal.

Sin embargo, su pretensión se encontró satisfecha durante el trámite constitucional, pues tal y como lo manifestó la titular del Juzgado Ejecutor, el 03 de octubre de 2023 emitió un pronunciamiento sobre la extinción de la sanción penal deprecada por el accionante, misma que fue remitida al correo electrónico plasmado en su petición.

El pronunciamiento emitido en esa oportunidad reza:

“PRIMERO: DECRETAR la EXTINCIÓN DE LA SANCIÓN PENAL por superación del periodo de prueba, a favor del sentenciado HUGO HERNEY BETANCUR CALLE, identificado con la cédula de ciudadanía N° 8465643, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva del presente auto.

SEGUNDO: DECLARAR que la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas, también se ha extinguido, por lo tanto, ha operado la rehabilitación a favor de HUGO HERNEY BETANCUR CALLE, INFÓRMESE lo pertinente a la Registraduría Nacional del Estado Civil, para los fines legales correspondientes, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

TERCERO: DESE cumplimiento a lo ordenado en el acápite de OTRAS DETERMINACIONES, contenida en la parte motiva de esta decisión.

N° Interno	2023-1792-4
Radicado	05000-22-04-000-2023-00572
Accionante	Hugo Erney Betancur Calle
Accionado	Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia
Decisión	Niega por hecho superado

CUARTO: EJECUTORIADO este auto, REMÍTASE LA ACTUACIÓN al Juzgado de instancia para su unificación y archivo definitivo.

QUINTO: Contra este proveído proceden los recursos de Ley...”

Bajo ese escenario, en el marco del trámite de la acción de tutela, el Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia allegó constancia del trámite impartido a los requerimientos efectuados por el despacho que le vigila la pena del accionante, quedando claro que, en relación con los derechos fundamentales invocados, se ha configurado la carencia actual de objeto de protección por hecho superado, pues en el marco del trámite de tutela se materializó el cumplimiento de sus obligaciones.

Según la interpretación que le ha otorgado la H. Corte Constitucional al artículo 26 del Decreto 2591 de 1991, el hecho superado ocurre cuando *“entre la interposición de la acción de tutela y el fallo de la misma, se satisface por completo la pretensión contenida en la acción de tutela, es decir, que **por razones ajenas a la intervención del juez constitucional**, desaparece la causa que originó la vulneración o amenaza de los derechos fundamentales del peticionario”*¹.

La presente acción de tutela fue radicada el 26 de septiembre de 2023 y el 03 de octubre de 2023, se resolvió la solicitud elevada consistente en que, se tramitara la extinción de la sanción penal, es decir que, se satisfizo entonces la pretensión del accionante, terminando así cualquier vulneración de sus derechos.

¹ Corte Constitucional. Sentencia T-715 de 2017.

N° Interno	2023-1792-4
Radicado	05000-22-04-000-2023-00572
Accionante	Hugo Erney Betancur Calle
Accionado	Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia
Decisión	Niega por hecho superado

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

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

RESUELVE

PRIMERO: DENEGAR LA TUTELA solicitada por HUGO HERNEY BETANCUR CALLE, frente al derecho fundamental a la petición, al constatarse la configuración de un supuesto de hecho superado, de conformidad con los fundamentos consignados en la parte motiva.

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

NOTIFÍQUESE.

LOS MAGISTRADOS,

ISABEL ÁLVAREZ FERNÁNDEZ

N° Interno	2023-1792-4
Radicado	05000-22-04-000-2023-00572
Accionante	Hugo Erney Betancur Calle
Accionado	Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia
Decisión	Niega por hecho superado

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

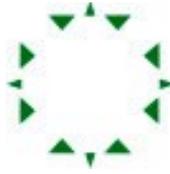
Código de verificación: **6a4a418b44343864be3cc6d6e7c405ec2f85dccc6e211c02163ee8302018dd5a**

Documento generado en 11/10/2023 09:33:26 PM

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

Tutela primera instancia

Accionante: Cristian Darío Osorio Maquilon
Accionado: Juzgado Primero de Ejecución de Penas y
Medidas de Seguridad de Apartadó Antioquia
Radicado 05000-22-04-000-2023-00578
(N.I.: 2023-1801-5)



**TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA PENAL**

Medellín, nueve (9) de octubre dos mil veintitrés

Magistrado Ponente

RENÉ MOLINA CÁRDENAS

Aprobado en Acta N° 102 de la fecha

Proceso	Tutela
Instancia	Primera
Accionante	Cristian Darío Osorio Maquilon
Accionado	Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Apartadó Antioquia
Tema	Petición y debido proceso
Radicado	05000-22-04-000-2023-00578 (N.I.: 2023-1801-5)
Decisión	Concede parcialmente

ASUNTO

La Sala decide en primera instancia la acción de tutela presentada por Cristian Darío Osorio Maquilon en contra del Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Apartadó Antioquia al considerar vulnerado sus derechos de petición y debido proceso.

Tutela primera instancia

Accionante: Cristian Darío Osorio Maquilon
Accionado: Juzgado Primero de Ejecución de Penas y
Medidas de Seguridad de Apartadó Antioquia
Radicado 05000-22-04-000-2023-00578
(N.I.: 2023-1801-5)

Se vinculó al EPC de Media Seguridad de Apartadó Antioquia para que ejercieran sus derechos de contradicción y defensa.

HECHOS

Afirma el accionante que se encuentra detenido desde el 26 de febrero de 2019. Desde el mes de octubre de 2022, viene realizando solicitudes de redención de pena ante el Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Apartadó Antioquia, sin que a la fecha se haya respondido alguna de las solicitudes presentadas.

Lo anterior, de acuerdo con las redenciones de: los dos últimos trimestres del 2022, y los tres trimestres que ya corrieron del 2023.

PRETENSIÓN CONSTITUCIONAL

Se resuelvan las solicitudes de redención de pena presentadas amparando sus derechos de petición y debido proceso.

RESPUESTA DE LA AUTORIDAD ACCIONADA

La Juez Primera de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Apartadó Antioquia indicó que, frente a la queja del accionante, emitió las siguientes providencias: autos 1383, 1384, 1385, 1386, 1387 y 1388 mediante los cuales redimió pena y aclaró situación jurídica.

Solicita se niegue la acción debido a que no ha afectado derechos fundamentales. Además, aclara que en el Despacho únicamente se han recibido dos solicitudes de redención de pena que, fueron realizadas por el CPMS Apartadó y no directamente por el condenado.

Tutela primera instancia

Accionante: Cristian Darío Osorio Maquilon
Accionado: Juzgado Primero de Ejecución de Penas y
Medidas de Seguridad de Apartadó Antioquia
Radicado 05000-22-04-000-2023-00578
(N.I.: 2023-1801-5)

El Director del EPC de Media Seguridad de Apartadó Antioquia luego de realizar la relación de cómputos del PPL informó que es la Juez Primera de Ejecución de Penas y Medidas de Apartadó Antioquia la competente para resolver la solicitud presentada.

CONSIDERACIONES

De conformidad con el numeral 5° del artículo 1° del decreto 1983 del 30 de noviembre de 2017, le corresponde a esta Sala conocer la acción de tutela objeto de estudio.

La presente tiene por objeto que se reconozca el tiempo de rebaja pendiente por redimir a Cristian Darío Osorio Maquilon.

Informó la Juez Primera de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Apartadó Antioquia que, a través de los autos 1383, 1384, 1385, 1386, 1387 y 1388 redimió pena y aclaró la situación jurídica del accionante. Las decisiones fueron puestas en conocimiento de Osorio Maquilon el pasado 3 de octubre de 2023.¹

Ahora, una vez verificadas las decisiones, se constató que nada se informó sobre el tiempo reclamado por el accionante frente al tercer trimestre de 2023.

De la información brindada por el EPC de Media Seguridad de Apartadó Antioquia, se evidenció que el computo del tercer trimestre de 2023 que refiere el accionante no ha sido remitido al Juzgado para sus fines de redención.

¹ "029Notificaciónsentenciado"

Tutela primera instancia

Accionante: Cristian Darío Osorio Maquilon
Accionado: Juzgado Primero de Ejecución de Penas y
Medidas de Seguridad de Apartadó Antioquia
Radicado 05000-22-04-000-2023-00578
(N.I.: 2023-1801-5)

De acuerdo con lo anterior, no se observa afectación de derechos por parte del Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Apartadó Antioquia.

Como nada se informó respecto a las labores realizadas por Cristian Darío Osorio Maquilon en el tercer trimestre de 2023, es necesario ordenar al Penal para que verifique esa información. Lo anterior, debido a que el accionante informa la falta del cómputo de esos meses y el EPC de Media Seguridad de Apartadó Antioquia no aportó constancia del envío de esa temporalidad.

En consecuencia, se ordenará al director del EPC de Media Seguridad de Apartadó Antioquia que, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta decisión, verifique si efectivamente Cristian Darío Osorio Maquilon cuenta con cómputos pendientes de redimir del tercer trimestre de 2023, de ser así, dentro del mismo término, los reporte al Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Apartadó Antioquia, para que, de ser necesario, se realice la redención del presunto tiempo faltante.

Por lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA**, Sala de Decisión Constitucional, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: Conceder parcialmente la acción de tutela presentada por Cristian Darío Osorio Maquilon por las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: ORDENAR al director del EPC de Media Seguridad de Apartadó Antioquia que, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta decisión, verifique si efectivamente

Tutela primera instancia

Accionante: Cristian Darío Osorio Maquilon
Accionado: Juzgado Primero de Ejecución de Penas y
Medidas de Seguridad de Apartadó Antioquia
Radicado 05000-22-04-000-2023-00578
(N.I.: 2023-1801-5)

Cristian Darío Osorio Maquilon cuenta con cómputos pendientes de redimir del tercer trimestre de 2023, de ser así, dentro del mismo término, los reporte al Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Apartadó Antioquia, para que, de ser necesario, se realice la redención del presunto tiempo faltante.

TERCERO: La presente decisión admite el recurso de impugnación que deberá ser interpuesto dentro del término de ley. Para el efecto, dese cumplimiento a los artículos 16 y 30 del Decreto 2591 de 1991 y 5° del reglamentario 306 de 1992. De no ser impugnada la misma, remítase a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

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: **09c48ba54f936aa401cfd3121d2f65e5dde93e5b698425cafc1a3a1e68e8f6ee**

Documento generado en 11/10/2023 04:51:37 PM

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

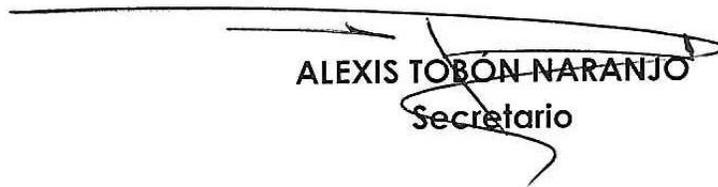
Radicado: 05 000 22 04 000 2023 00550 (NI: 2023-1724-6)
Accionante: Uriel Alonso Estrada por medio de apoderado
Accionados: Juzgado Penal del Circuito de El Santuario (Antioquia) y
otros

CONSTANCIA SECRETARIAL: Para los fines correspondientes, pongo en conocimiento del H. Magistrado GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME expediente digital de la acción constitucional de primera instancia, dentro de la cual el accionante interpone oportunamente recurso de apelación frente al fallo de primera instancia¹.

Es de anotar que dentro del trámite de notificación hubo de tenerse notificado para el día 05 de octubre de 2023, conforme a lo establecido en el inciso 3 del artículo 8° de la ley 2213 de 2022 al accionante, a quien se le remitió vía correo electrónico la respectiva notificación del fallo de tutela sin que acusare recibido del mismo, siendo efectivo su envío el día 03 de octubre de 2023².

Así las cosas, se computaron los términos para impugnar la decisión desde el siguiente día hábil a la última notificación, es decir los términos transitaron desde las ocho de la mañana (08:00 a.m.) del día seis (06) de octubre de 2023 hasta las cinco de la tarde (05.00 p.m.) del día diez (10) de octubre de 2023.

Medellín, octubre once (11) de 2023.


ALEXIS TOBON NARANJO
Secretario

¹ PDF 29-30

² PDF 27

**REPUBLICA DE COLOMBIA
RAMA JURISDICCIONAL DEL PODER PÚBLICO**



**TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA PENAL**

Radicado: 05 000 22 04 000 2023 00550 (NI: 2023-1724-6)
Accionante: Uriel Alonso Estrada por medio de apoderado
Accionados: Juzgado Penal del Circuito de El Santuario (Antioquia) y
otros.

Medellín, octubre once (11) de dos mil veintitrés

Para que sea desatado ante la Sala de Casación Penal de la Honorable Corte Suprema de Justicia, se concede el recurso de apelación interpuesto de forma oportuna por el apoderado del accionante señor Uriel Alonso Estrada, contra la sentencia de tutela de primera instancia, proferida en esta Corporación con ponencia del suscrito Magistrado.

Remítase el expediente para tal fin.

CÚMPLASE

**GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME
MAGISTRADO**

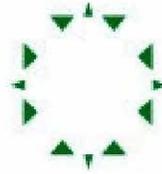
Firmado Por:
Gustavo Adolfo Pinzon Jacome
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 007 Penal
Tribunal Superior De Antioquia - Antioquia

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

Código de verificación: **b3ec773a910889d3d08ac203c472cae059e5bb8e5a3f3d8105b69c9150c1b953**

Documento generado en 12/10/2023 10:45:18 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, doce (12) de octubre dos mil veintitrés

Magistrado Ponente
RENÉ MOLINA CÁRDENAS

Aprobado en Acta No. 95 del 20 de septiembre de 2023

Proceso	Penal
Instancia	Segunda
Apelante	Defensa
Tema	Hechos jurídicamente relevantes – congruencia – estándar para condenar – valoración probatoria
Radicado	05-615-60-00364-2022-00024 (N.I. TSA 2023-1268-5)
Decisión	Confirma parcialmente

ASUNTO

La Sala resuelve el recurso de apelación interpuesto por la defensa en contra de la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Rionegro – 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

Entre el 18 de agosto de 2021 y el mes de octubre del mismo año, en por lo menos 5 oportunidades, JOSÉ JOAQUÍN FRANCO VILLADA accedió carnalmente con el pene vía vaginal a la menor M.S.A.A.,² quien en la primera fecha referida cumplió 13 años de edad. Hechos que sucedieron en el establecimiento comercial denominado Servicomputo, ubicado en el sector de Quebrada Arriba del municipio de Rionegro – Antioquia, donde el acusado laboraba y aprovechaba para cometer los delitos, justo cuando la menor iba al lugar a hacer tareas y a ayudarle con el negocio.

LA SENTENCIA

El 15 de junio del año 2023, el Juzgado Primero Penal del Circuito de Rionegro, de conformidad con el sentido de fallo anunciado, profirió sentencia condenatoria en contra de JOSÉ JOAQUÍN FRANCO VILLADA al declararlo penalmente responsable, como autor, del concurso homogéneo sucesivo de 10³ delitos de acceso carnal abusivo con menor de 14 años agravados, artículos 208 y 211-6 del C.P. En consecuencia, le impuso la pena doscientos veinte (220) meses de prisión, negó la prisión domiciliaria y la suspensión condicional de la ejecución de la pena. Para soportar su decisión adujo esencialmente que:

La víctima informó consistentemente en juicio que en más de diez oportunidades, entre finales del año 2020 y finales del mes de noviembre del

¹ Estos son los hechos que el Tribunal encontró finalmente probados.

² En la sentencia de primera instancia se identificó a la menor como M.E.A.A., sin embargo, en juicio y durante su propio testimonio se le identificó como M.S.A.A., al respecto, es importante destacar que se trata de una inconsistencia en la escritura del segundo nombre, pero que oralmente es el mismo. La Sala respetará el nombre expuesto en juicio.

³ La Juez no definió de manera clara el número de conductas exactas que integraban el concurso de delitos. Sin embargo, al dosificar la pena, en razón del 31 del C.P., adujo que “de acuerdo a lo manifestado por la víctima”. En esos términos, según lo consignado en la sentencia, la menor en juicio señaló que los punibles se dieron en más de 10 oportunidades. Así las cosas, tal número es la interpretación más favorable para el procesado.

año 2021, FRANCO VILLADA la accedió carnalmente en el establecimiento comercial donde aquel laboraba. Hechos que reveló en enero de 2022 al enterarse que estaba en embarazo, y que le causaron afectaciones en su salud mental y hábitos alimenticios.

Versión creíble y corroborada con los testimonios de la madre de la niña y de la psicóloga Lizeth Xiomara Valencia Valencia, quien atendió a M.S. por seis meses a consecuencia de los abusos. También por el investigador Jorge Jaime Posada Londoño, el que acreditó que el acusado laboraba en el lugar referido por la víctima.

La médica Kenia Alexandra Villalba Ortega, el ginecólogo Juan Carlos Briceño Sanabria y la enfermera Lisbeth Cristina Sánchez Restrepo, todos del hospital San Juan de Dios de Rionegro, informaron sobre la atención médica recibida por la menor en enero de 2022, en donde se le practicó una interrupción voluntaria del embarazo.

Sánchez Restrepo adujo que las muestras del feto las entregó al investigador Posada Londoño, a su vez, este afirmó haberlas custodiado para el cotejo de ADN, examen que practicó la microbióloga Paula Andrea Ortega Segura, obteniendo como resultado que FRANCO VILLADA era el padre del feto. Conclusión que no puede descartarse solo porque el sobre que contenía la muestra del feto estuviera abierto, pues finalmente la profesional explicó que las muestras eran aptas y se pudo establecer la consanguinidad entre el feto y la víctima.

IMPUGNACIÓN

En contra de esta decisión la defensa presentó y sustentó el recurso de apelación con la finalidad de obtener la revocatoria de la condena y la consecuente absolución de su representado. Soportó su pretensión de la siguiente manera:

La premisa fáctica de la sentencia adiciona hechos no fijados en la acusación, pues acogió en plenitud los expuestos por la menor y en el cotejo de ADN.

Se condenó con el testimonio de M.S.A.A., aun cuando genera dudas sobre la real existencia de los delitos, toda vez que no ofreció un relato circunstanciado de la totalidad de punibles que dijo haber soportado, algunos de los cuales ubicó temporalmente en el año 2020. Además, M.S. aseguró que el dinero que recibió del acusado no se fue una retribución por los abusos, sino por la ayuda que ella le brindó en Servicomputo.

Por su parte, Adriana María Arboleda Arenas, madre de la víctima, en contraste con el marco temporal expuesto por su hija, afirmó que aquella fue por primera vez al lugar de los hechos en el mes de julio del año 2021. Adicionalmente, el 18 de agosto de la misma anualidad, día del cumpleaños de la niña, esta le dijo que FRANCO VILLADA era un hombre serio y que la respetaba.

La médica Kenia Alexandra Villalba auscultó a la menor el 17 de enero del año 2022, obteniendo de aquella una versión en la cual aseguraba tener como pareja sexual a un adolescente de 16 años, sin dar cuenta alguna de haber sostenido relaciones con un mayor de edad.

No se demostró con suficiencia que al acusado se le tomara una muestra de sangre, en consecuencia, tampoco que el elemento de tal naturaleza que se tuvo en cuenta para el cotejo de ADN perteneciera a este sujeto. La perito Ortega Segura podía testificar sobre dicho examen, pues ella lo practicó, pero no dar cuenta irrefutable del origen de las muestras, en concreto, la correspondiente al feto, porque esta se le aportó en sobre sin sellar, falencia de la cadena de custodia que impedía afirmar la autenticidad del elemento y acreditar su mismidad.

Ante ese panorama, para el apelante existen dudas probatorias que impiden alcanzar el conocimiento necesario para condenar, sin que sea posible fallar en tal sentido bajo el estándar de preponderancia, es decir, solo porque la tesis acusatoria parezca más creíble.

No se allegó pronunciamientos por parte de los no recurrentes.

CONSIDERACIONES

La Sala anticipa que la sentencia de primera instancia será confirmada, pero solo parcialmente y con modificaciones.

A fin de sustentar debidamente tal anuncio, en desarrollo del principio de limitación de la segunda instancia, es deber del apelante establecer con claridad los puntos de controversia que considera fueron indebidamente desarrollados en el fallo recurrido. En ese orden, a dichos objetos problemáticos y a los temas que le son inescindibles se debe limitar el pronunciamiento de esta Corporación. Así las cosas, en la presente providencia se analizará: (I) los hechos jurídicamente relevantes y la congruencia, y (II) la valoración probatoria criticada, en concreto, la trascendencia del testimonio de M.S., y otras pruebas practicadas.

1. De los hechos jurídicamente relevantes y la congruencia

La hipótesis acusatoria viene determinada por la delimitación de los hechos jurídicamente relevantes, y estos constituyen el punto de referencia para establecer el grado de suficiencia de las pruebas que definen el conocimiento necesario para condenar, de modo que el resultado final de

ese proceso racional depende de una adecuada fijación de la premisa fáctica del caso.⁴

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

En ese orden, una adecuada tipificación de la conducta requiere la mayor precisión posible en relación con las circunstancias de tiempo, modo y lugar. Más explícitamente, la relevancia jurídica del hecho tiene como presupuesto una mínima fijación de cuándo ocurrió, cómo ocurrió y dónde ocurrió. Obviamente, quién lo cometió y quién fue víctima. De igual manera, cuando se acusa por un concurso de delitos, cada uno de los hechos que lo integra debe estar delimitado de forma circunstancial clara.

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

Entonces, la necesidad de que los hechos jurídicamente relevantes cumplan con los requisitos de claridad y precisión resulta protuberante para la final aplicación del artículo 448 que contiene el principio de congruencia propiamente dicho, según el cual, el acusado no podrá ser declarado culpable por hechos que no consten en la acusación, ni por delitos por los cuales no se ha solicitado condena. Adicionalmente, sirven para asegurar las garantías mínimas del procesado y la correcta delimitación del tema de prueba.

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

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

Sobre este punto, no puede olvidarse que más allá de la naturaleza progresiva y dinámica del proceso penal, el marco fáctico propuesto en la imputación debe ser respetado en la acusación, y este a la vez no se puede desbordar al definir la premisa fáctica del fallo, además, no es posible subsanar los errores de la acusación porque la información omitida pueda inferirse de la imputación o porque la defensa acierte al efectuar su labor de manera activa dentro del proceso.⁶

A propósito, aunque es posible que en la acusación se realicen algunas aclaraciones a las circunstancias de tiempo, modo y lugar que no incidan en el cambio de la calificación jurídica,⁷ lo cierto es que el núcleo básico de la hipótesis fáctica precisada desde la imputación debe mantenerse hasta la sentencia pues *“cualquier desarmonía sustancial en el ámbito fáctico entre estos estadios -imputación, acusación y sentencia- resulta violatoria del debido proceso”*.⁸ En esa misma línea, existe una relación sustancial entre el principio de congruencia y el derecho de defensa.⁹

En el precedente acabado de citar, la Sala de Casación Penal resaltó en el caso en particular y en aplicación del principio de congruencia, dos aspectos:

⁶ Sobre este punto, véase SP CSJ radicado 52507 del 7 de noviembre de 2018, SP4792-2018, M.P. Patricia Salazar Cuéllar. Decisión reiterada en radicado 51007 del 5 de junio de 2019, de la misma ponente, y que tiene plena coherencia con decisiones como las de los radicados 47671 del 17 de septiembre de 2019 M.P. Eugenio Fernández Carlier, y 53440 del 2 de octubre de 2019 M.P. Patricia Salazar Cuéllar.

⁷ Sobre este punto, véase SP CSJ radicado 52507 del 7 de noviembre de 2018, M.P. Patricia Salazar Cuéllar.

⁸ SP CSJ radicado 59100 del 2 de marzo de 2022, SP566-2022, M.P. Myryam Ávila Roldán.

⁹ SP CSJ radicado 56209 del 28 de octubre de 2020, SP4191-2020, M.P. Patricia Salazar Cuéllar. *“Se contempla así el principio de congruencia como una garantía del derecho a la defensa porque la exigencia de identidad subjetiva, fáctica y jurídica entre los extremos de la imputación, asegura que una misma persona sólo pueda ser condenada por hechos y delitos respecto de los cuales tuvo efectiva oportunidad de contradicción. Tal garantía se manifiesta, entonces, como la necesaria correlación que debe existir entre la acusación y la sentencia; de manera que, implica una definición del objeto inmutable del proceso penal que tiene, en lo fundamental, una connotación fáctica: los hechos que habilitan la consecuencia jurídico-penal.*

(...)

De ahí que, se entienda que constituye una hipótesis de violación al principio de congruencia «Cuando se condena por hechos o por delitos distintos a los contemplados en las audiencias de formulación de imputación o de acusación, según el caso.» ⁹(8. SP606-2018, abr. 11, Rad. 47680, que citó, en lo pertinente, la SP, feb. 28/2007, rad. 26087 y la SP, abr. 6/2006, rad. 24668.).”

- (I) Aun cuando en la imputación se definió un marco temporal preciso - entre octubre del año 2013 y abril del año 2014-, en la acusación se incrementó tal aspecto, en el límite inferior, pues se sostuvo que los hechos iniciaron desde enero del año 2013. En consecuencia, la Corte estableció que sólo podían ser objeto de condena los hechos ocurridos entre octubre del año 2013 y abril del año 2014.

- (II) El Tribunal, en segunda instancia, condenó por cinco delitos que fueron ejecutados en tres lugares diferentes entre los años 2013 y 2014, sin especificar meses. Al respecto, la Corte precisó que conforme al marco fáctico definido en la hipótesis acusatoria, el acusado solo podía ser eventualmente condenado por tres hechos sucedidos entre octubre del año 2013 y abril del año 2014, y en dos lugares concretos, aspectos definidos en la imputación. En ese orden, la alta Corporación excluyó de la condena dos de los cinco delitos tenidos en cuenta por el Tribunal.

La anterior referencia es necesaria para evidenciar la importancia que tienen las circunstancias de **tiempo**, modo y lugar fijadas en la hipótesis fáctica de la acusación, la que debe respetar la congruencia fáctica con la imputación. Véase que desconocerlas implica la afectación del principio de congruencia, del debido proceso y del derecho de defensa.

Adicionalmente, es pertinente destacar que las circunstancias de agravación propuestas también deben corresponder con un componente fáctico preciso, así que no basta con la simple enunciación de la causal de agravación al momento de definir la acusación jurídica,¹⁰ lo que aplica también cuando se acusa por un concurso de conductas.

¹⁰ Sobre este tema en particular, véase entre otras, SP CSJ radicados 56092 del 15 de junio de 2022, SP2130-2022, M.P. Hugo Quintero Bernate; 47911 del 27 de enero de 2021, SP166-2021, M.P. José Francisco Acuña Vizcaya; 53596 del 12 de agosto de 2020, SP2896-2020, M.P. Patricia Salazar Cuéllar; y 47050 del 10 de junio de 2020, SP1271-2020, M.P. Eugenio Fernández Carlier.

De modo que la decisión acerca del cumplimiento del estándar de prueba para condenar, depende de la claridad de la propuesta acusatoria. Ya en este nivel, al Juez le corresponde determinar si las pruebas practicadas le permiten concluir la responsabilidad del acusado a través de un juicio comparativo de suficiencia. Así que el estándar de prueba es el umbral que debe alcanzar la fiscalía, por medio de las pruebas debatidas, para lograr una sentencia condenatoria. En ese orden, la premisa fáctica de la sentencia no es otra cosa que los hechos que el Juez acepta como probados luego de finalizado el debate oral.¹¹

Descendiendo al asunto que nos concita, un análisis sereno de la acusación,¹² permite concluir que la fiscalía aportó elementos fácticos suficientes para estructurar una hipótesis acusatoria que le permitía enfrentarse al juicio. A propósito, para mayor claridad de la decisión que se perfila, la tesis acusatoria puede sintetizarse así:

- Aspecto temporal: **entre los meses de julio a octubre del año 2021.**

- Aspecto espacial: en el establecimiento comercial denominado Servicomputo, ubicado en el barrio Quebrada Arriba del municipio de Rionegro – Antioquia.

- Aspecto modal: en por lo menos 10 oportunidades el acusado accedió carnalmente vía vaginal con el pene a la menor M.S.A.A., quien iba al lugar de los hechos porque este le daba dinero y regalos, y tenía 12 años de edad. Fruto de tal proceder se produjo el embarazo de la niña, el que fue interrumpido el 17 de enero de 2022 en el hospital San Juan de Dios de Rionegro.

¹¹ Sobre el tema, véase radicado 44599 del 8 de marzo de 2017, M.P. Patricia Salazar Cuellar.

¹² Escrito de acusación, archivo “02EscritoAcusacion”, y audiencia de acusación, archivo “AudioAcusacion 12-09-22”, récord 00:10:40 a 00:20:51.

Tal premisa fáctica fue tipificada por la fiscalía como un concurso homogéneo sucesivo del delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años agravado.

Sobre la causal de agravación, expuso era la del numeral 6 del artículo 211 del C.P., dando a entender que se aplicaba a todos los punibles que integraban el concurso de conductas. Ahora, debe tenerse en cuenta que tal agravante alude a los eventos en los que se produce embarazo, en ese orden, resultaba necesario que la fiscalía precisara si dicha circunstancia se presentó en los 10 accesos carnales a los que limitó la acusación fáctica, pero no lo hizo, véase que, solo señaló que la interrupción del embarazo se produjo en enero de 2022, de lo cual se infiere, obviamente, que solo hubo un embarazo. Así, solo uno de los delitos podría ser agravado.

En otras palabras, en ningún momento se precisó fácticamente que la agravante se edificara sobre la totalidad de delitos que integraban el concurso de conductas punibles. De modo que, la delimitación fáctica fue confusa en relación a la causal de agravación de los delitos. Al no contarse con el presupuesto fáctico para acusar por la agravante en los 10 punibles, tampoco para condenar en tal sentido.

Pese a lo anterior, la fiscalía aportó elementos fácticos suficientes para estructurar una aceptable hipótesis acusatoria en relación con los delitos básicos, es decir, por el concurso homogéneo sucesivo de 9 accesos carnales abusivos con menor de 14 años, los que a su vez concursan con un delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años agravado, por el embarazo.

Por lo tanto, en este evento las falencias detectadas no llevan a la nulidad ni a la revocatoria total de la sentencia condenatoria. Las repercusiones de las deficiencias advertidas se precisaran más adelante en esta decisión, una vez se analice lo correspondiente a la valoración probatoria.

En esas condiciones, son claros los límites espaciales, temporales y modales de las conductas por la cuales se podía llevar a juicio al acusado, marco que define el objeto de cada prueba y su consecuente valoración. De ello nos ocuparemos a continuación, donde se advertirá, al resolver las objeciones del apelante, la suficiencia de la información incorporada en el juicio en punto de la debida demostración de parte de la tesis acusatoria.

2. La valoración probatoria

Conforme al principio de limitación de la segunda instancia, se reitera que las objeciones de la defensa se circunscriben al valor probatorio dado a los testimonios de la víctima, la madre de esta y la médica Kenia Alexandra Villalba Ortega, además, al examen de ADN. Por lo tanto, nos centraremos en tales medios de conocimiento y a lo que le es inescindible.

a. El testimonio de la víctima M.S.A.A.

Teniendo presente que se ha anticipado la imposibilidad de confirmar íntegramente la sentencia apelada, posición que tiene que ver directamente con este medio de conocimiento, su valoración se desarrollará de la siguiente manera: primero, se expondrá el contenido del testimonio; luego, se evaluará su trascendencia en relación con el concurso de conductas acusado, inicialmente, en relación a los delitos que no pueden ser objeto de condena, posteriormente, en cuanto a las que sí.

- **El contenido del testimonio**

M.S.A.A.¹³ rindió testimonio el 16 de noviembre del año 2022, informó que nació el 18 de agosto de agosto de 2008, destacando que **desde finales del mes de agosto de 2020 y hasta el mes de noviembre de 2021**, JOSÉ FRANCO, dueño del establecimiento comercial Servicomputo, ubicado en el sector Quebrada Arriba del municipio de Rionegro, la citaba a tal lugar cuando la esposa no se encontraba y con la excusa de ayudarlo con el negocio, sin embargo, una vez allí, estando los dos solos, el sujeto la “penetraba” y “violaba”, lo que sucedió en 10 ocasiones. Preciso que el sujeto le daba dinero, comida y regalos por el apoyo brindado en el local y por los abusos, a propósito, en el contrainterrogatorio la defensa le preguntó “¿el día de tu cumpleaños el señor JOSÉ JOAQUÍN te dio unos audífonos?”, a lo que respondió afirmativamente.

Destacó que no habló de lo que pasaba porque estaba intimidada y manipulada por el sujeto, quien le pedía borrar las llamadas, los mensajes y no decir nada de lo ocurrido, pero en enero de 2022 acudió al hospital, le hicieron una ecografía y detectaron que estaba embarazada. Aseguró que el embarazo fue producto de dichos abusos, en consecuencia, decidió interrumpirlo, teniendo que revelar lo sucedido y decirle a su madre que el padre era JOSÉ.

Aunque fue insistente en afirmar que los hechos se repitieron en 10 oportunidades, manifestó no recordar lo que sucedía mientras estaba en el local comercial. Sin embargo, relató que la primera vez, a finales de agosto de 2020, cuando tenía 12 años de edad, el hombre la llamó para que fuera a ayudarlo, la hizo entrar, le apretó la mano e intentó darle un beso, ella lo evitó, aun así, él le aprisionó fuerte las manos y las mejillas, la llevó hasta la parte trasera del negocio, donde había una mesa, la sentó ahí, le bajó el pantalón y la “penetró”, y aunque al principio no era consciente, luego entendió que la “violaba” y “penetraba”.

¹³ Juicio oral del 16 de noviembre de 2022, archivo “Audío Juicio Oral 16-11-228”, récord 00:16:20 a 01:38:48.

Adicionalmente, la testigo refirió que siempre que el sujeto la llamaba era para lo mismo, que esto se repitió 10 veces, máximo 3 en el año 2020, y en el año 2021 después de su cumpleaños (de la testigo) hasta principios de noviembre de 2021, cuando fueron “*las últimas veces que abusó sexualmente*” de ella. Además, que inicialmente ella iba vestida con pantalones pero al final él la decía que utilizara faldas, lo que a juicio de M.S., era para facilitar las agresiones sexuales.

Todas estas situaciones la hicieron entrar en depresión, lloraba constantemente, evitaba comer, se cortaba las manos e intentó quitarse la vida, por lo que debió asistir a tratamiento psicológico.

- **El testimonio de la víctima frente a las conductas por las que no se puede condenar**

La Juez dio total relevancia a tal declaración considerando que es consistente y encuentra corroboración en los algunos de los medios de conocimiento practicados. Conclusión reprochada por la defensa, quien discute que se agregaron hechos no propuestos en la acusación, en lo que acierta parcialmente.

Al respecto, hay un punto obviado por la Juez que resulta de total relevancia para la solución del problema jurídico planteado por el apelante, este elemento es el aspecto temporal de la conducta. A propósito, se debe reiterar que la fiscalía propuso como premisa jurídica de la acusación un concurso homogéneo sucesivo de 10 delitos de acceso carnal abusivo con menor de 14 años agravado, artículo 209 y 211-6 del C.P., par el efecto, limitó las circunstancias temporales de los hechos jurídicamente relevantes al periodo comprendido **entre los meses de julio a octubre del año 2021**. Por su parte, M.S.A.A. adujo que fueron 10 las conductas abusivas, pero expuso que sucedieron **entre agosto del año 2020 y noviembre del año 2021**.

Al contrastar la hipótesis acusatoria con el testimonio de la víctima emerge una obviedad: la menor dio cuenta en juicio de hechos que no fueron propuesto en la acusación. En otras palabras, aunque evidentemente la testigo dio cuenta de una pluralidad de delitos, cuyo número coincide con el de la acusación, ubica algunos de ellos por fuera del marco temporal fijado por la fiscalía en tal acto procesal.

Nótese que la menor adujo que fueron 10 los delitos que soportó, los que pueden discriminarse temporalmente en tres grupos: (i) los del año 2020, (ii) los que sucedieron entre el día de su cumpleaños -18 de agosto del año 2021- y octubre del mismo año, y (iii) los de noviembre de esa última anualidad.

Como la fiscalía acusó a FRANCO VILLADA solo por los delitos que se cometieron de julio a octubre del año 2021, los hechos del año 2020 y los de noviembre del año 2021 desbordan la acusación. En esos términos, no es posible tener en cuenta esas conducta adicionales referidas por la víctima como fundamento de la condena, pues ello implicaría sorprender al procesado con hechos que no fueron comunicados en la acusación con la claridad que demanda el numeral 2 del artículo 337 del C.P.P., de modo que, aceptar que dichos hechos se adecuan al propuesto fáctico de la acusación implicaría desconocer el principio de congruencia.

A propósito, la Sala puntualiza que el problema no es que la niña haya sido imprecisa en las fechas. El problema es que la fiscalía se comprometió a probar que las 10 conductas se cometieron exclusivamente en un lapso de tiempo específico, es decir, entre julio y octubre del año 2021. Sin embargo, la menor informó que los abusos se cometieran durante, antes y después de tales fechas.

En concreto, se acepta que el procesado pudo abusar de S.M. en el periodo referido por ella, pero del testimonio de esta, testigo directa de las

conductas, no se concluye que los 10 abusos hayan tenido lugar de julio a octubre de 2019, el tiempo determinado en la tesis de la fiscalía. Sobre este especial aspecto no se detuvieron las partes e intervinientes al momento de la práctica de la prueba.

A su vez, la Juez superó acriticamente tal falencia, en su sentencia alude a las fechas que manifestó la niña en juicio, pero ninguna consideración particular realiza en relación a congruencia debida con la premisa fáctica de la acusación, entonces, condenó conforme a la premisa jurídica propuesta por la fiscalía, pero con base en las fechas referidas por la víctima, aun cuando estas desbordaban el marco fáctico de la acusación.

No puede confundirse la congruencia que debe existir entre la acusación y la sentencia, con la correspondencia entre una conducta y la norma jurídica que en abstracto determina cada tipo penal. En otras palabras, una cosa es que se haya demostrado un hecho que pueda encuadrarse en el delito acusado, y otra diferente es que ese hecho sea el mismo por el que la fiscalía decidió acusar y llevar a juicio al procesado. Solo cuando concurren ambas premisas es posible concluir en una sentencia condenatoria.

Se destaca que no es tarea de los jueces, en primera o en segunda instancia, corregir en disfavor de la contraparte los *errores* contenidos en la acusación y la imputación. Si es que se trató de un *error* porque nada de eso se probó, ni se alegó en juicio. Tampoco es tarea de los Juzgadores dilucidar si lo que sucedió fue un *error*, un olvido o una imprecisión por parte del único testigo de cargo directo que dio cuenta de este aspecto, sin que se constate en alguna de las pruebas sometidas a interrogatorio cruzado, a qué se debió la protuberante incongruencia.

Una solución diversa implica, de suyo, que el Tribunal se decante en favor de la acusación sin premisas debatidas en juicio que permitan conocer la

razón que llevó a la *disparidad* entre lo propuesto desde en la acusación y lo probado en el juicio oral.

Lo expuesto hasta el momento es suficiente para asegurar que la fiscalía no cumplió con lograr, a través de las pruebas practicadas, el conocimiento que demanda el artículo 381 del C.P.P. a fin de condenar por todas conductas que acusó.

En la premisa fáctica del fallo de primera instancia se expuso que los hechos sucedieron “*entre los últimos meses del año 2020 y hasta finales del año 2021*”, y al dosificar la pena se aseguró que los punibles “*se extendieron entre los años 2020 y 2021, de acuerdo a lo manifestado por la víctima*”. De tales afirmaciones se extrae que la Juez tuvo en cuenta los 10 delitos relatados por M.S.

Para mayor precisión, es necesario destacar que M.S.A.A. aseguró que en el año 2020 soportó máximo 3 delitos. Además, afirmó que en de noviembre de 2021 se dieron “*las últimas*” conductas abusivas de las que fue víctima, nótese que utilizó una expresión que denota una pluralidad de hechos, de lo cual se puede inferir que fueron mínimo 2. En esas condiciones, de los 10 punibles narrados por la menor, la Sala deberá revocar la condena por 5 de estos injustos, en los restantes 5, como se ha venido perfilando, la decisión se confirmará.

Antes de adentrarnos en la valoración de los delitos cuya condena debe mantenerse, es necesario hacer un análisis más prolijo de depuración, el que tiene que ver con un tema advertido antes en esta decisión, a saber, la circunstancia de agravación punitiva, pues esto toca con los hechos de noviembre de 2021, los cuales deben descartarse.

Según ya se aclaró, la agravante por el embarazo de la víctima solo se podía sustentar fácticamente para uno de los delitos acusados, de modo que los restantes punibles deben ser considerados en su acepción simple,

por lo tanto, es necesario analizar si el delito agravado está dentro de los injustos por los que se puede condenar.

Al respecto, la menor informó que en enero de 2022, cuando tenía "18 semanas y 5 días" se enteró de su estado de gravidez. A su vez, Juan Carlos Briceño Sanabria,¹⁴ ginecólogo del hospital San Juan de Dios de Rionegro, manifestó que el 19 de enero del año 2021 le practicó un legrado a esta, procedimiento posterior a la interrupción del embarazo, la que en este caso efectuó una colega suya, sobre el tiempo de gestación, adujo que la víctima tenía "8 más 5 semanas por última menstruación".

Nótese que los dos testigos aportan datos diversos sobre el tiempo de gestación, el profesional de manera muy confusa, pese a ello, las partes ni el Juez aclararon con él tal punto. Sin embargo, ambos medios de conocimiento coinciden en que el embarazo existió y que para el 19 de enero de 2022 M.S. tenía mínimo 8 semanas de embarazo, tales datos ubican la posible concepción en noviembre del año 2021.

Siendo así, es probable que el acceso carnal en el que se produjo el embarazo sucediera por fuera del margen temporal fijado en la acusación. La Sala no advierte otra prueba que permita superar tal duda, pues la médica Kenia Alexandra Villalba Ortega,¹⁵ quien efectuó el triage de ingreso de la niña al hospital el 17 de enero de 2022, no dio cuenta del tiempo de gestación.

El dilema que se advierte debe ser resuelto conforme a la regla que impone solucionar las dudas en favor del procesado, en consecuencia, uno de los cinco delitos por los que se deberá absolver es precisamente el de acceso carnal abusivo con menor de 14 años agravado, artículos 208 y 211-6 del C.P., los otros cuatros son el mismo delito, pero simple.

¹⁴ Juicio oral del 30 de noviembre de 2022, archivo "AudioContinuaciónJuicio 30-11-22", récord 00:32:00 a 00:49:10.

¹⁵ Juicio oral del 30 de noviembre de 2022, archivo "AudioContinuaciónJuicio 30-11-22", récord 00:02:00 a 00:25:55.

En consecuencia, se modificará la pena impuesta, pero antes de ello, es necesario definir los motivos que llevan a confirmar la condena por los otros 5 delitos, que deben entenderse sin la agravante, es decir, como un concurso homogéneo sucesivo de 5 accesos carnales abusivos con menor de 14 años.

- **El testimonio de la víctima frente a las conductas por las que se confirmará la condena**

El recurrente objetó que se diera trascendencia al testimonio de la víctima porque en su parecer esta no otorgó un relato circunstanciado de todos los delitos que componían en concurso de conductas.

Contrario a lo que aduce el defensor, si se escucha con serenidad el testimonio de la menor, se puede advertir que la prueba es concluyente, M.S.A.A. aseguró que los 10 abusos que sufrió consistieron siempre en lo mismo que el primero, que la “penetró” y “violó”. Ahora, sobre aquel inicial hecho, la niña entregó una descripción clara: el acusado se aseguró de llevarla hasta una zona del local comercial que garantizaba la clandestinidad de la conducta, una vez allí, adecuó sus prendas de vestir de modo tal que logró penetrarla.

Ciertamente, no expuso de manera concreta el objeto con el que se dio el acceso ni la cavidad por donde se produjo, pero analizando la totalidad de su declaración se advierte que, M.S. señaló que los abusos continuaron hasta noviembre del año 2021, luego, en enero de 2022 se enteró que estaba en embarazo, condición que atribuyó exclusivamente al actuar de JOSÉ FRANCO.

Ante tal panorama, no puede desconocerse que la menor no otorgó explicación diferente para su embarazo que las penetraciones que sufrió

por parte de aquel sujeto, en esas condiciones, es claro que el estado de gravidez no se produjo por mecanismos artificiales, así que la concepción solo pudo darse de manera natural, es decir, mediante la introducción del pene en el canal vaginal, lo que encaja en lo dicho por la víctima.

Entonces, como la menor fue reiterativa en que todas las conductas abusivas que sufrió por cuenta del procesado son similares, es evidente que sucedieron de forma sustancialmente parecida a la que describió como la primera, y que en una de ellas se produjo su embarazo, es decir, que todos los abusos se llevaron a cabo en el establecimiento Servicomputo, estando los dos a solas, logrando el sujeto desnudarla hasta el punto de poder penetrarla, accesos que consistieron en la introducción del pene en el canal vaginal.

Nótese que no se está condenando por los hechos descartados en el punto anterior de esta decisión, sino que la valoración de la prueba impone su análisis íntegro, lo que permite observar que existió un patrón de comportamiento que se repitió en todos los accesos carnales, tanto los que pueden ser objeto de condena como los que no.

Conforme a tal examen, y teniendo en cuenta que la niña informó que los hechos del año 2021 tuvieron lugar después de su cumpleaños hasta principios de noviembre de tal anualidad, es claro que, descartados los 3 hechos del año 2020 y los de 2 de noviembre del año 2021, restan 5, los que se ejecutaron entre el 18 de agosto de 2021 y octubre del mismo año, periodo que no desborda el marco temporal fijado en la acusación.

Por otra parte, si bien M.S.A.A. informó que el agresor le daba dinero, regalos y comida por la ayuda que esta brindaba en el establecimiento comercial, durante el redirecto precisó que el dinero también estaba relacionado con el abuso, así que es infundado el argumento del apelante que apunta a que tales dádivas solo obedecían a la retribución por la colaboración recibida. Adicionalmente, ello no es un aspecto determinante de los hechos

jurídicamente relevantes sino una cuestión accesoría, pues pudo JOSÉ JOAQUÍN llevar a cabo los delitos sin darle ningún tipo de regalo a la víctima. En otras palabras, al sujeto no se le está condenando por los presentes que entregó a M.S. sino porque logró accederla carnalmente.

Concluyendo este punto, contrario a lo pretendido por el recurrente, tal prueba se advierte sólida y no se observan inconsistencias relevantes o elementos que le resten credibilidad.

b. De la corroboración de la versión de la menor de cara a otras pruebas practicadas

Se inicia este punto precisando que M.S.A.A. estuvo presente en juicio, evidenciando total disponibilidad para el desarrollo de su interrogatorio cruzado, por lo tanto, no era posible la incorporación de prueba de referencia.¹⁶

Esta aclaración es importante porque durante algunos testimonios se intentó incorporar indebidamente información referencial, incluso el apelante pretende hacer uso de tales datos, por lo que es necesario destacar dicho aspecto toda vez que, sin la debida incorporación de este tipo de pruebas no puede la Sala valorar el contenido de las versiones previas ofrecidas por la niña en escenarios diferentes al juicio oral.

Así que se debe dar aplicación estricta al artículo 402 del C.P.P., según el cual, los testigos sólo deben declarar sobre los hechos que les consten de forma directa, y por lo tanto, es imposible que con los demás testimonios practicados se incorpore información referencial, por lo que, si así se hizo, esta debe ser excluida de valoración.

¹⁶ Sobre la utilización de declaraciones anteriores, véase entre otras, SP CSJ radicados 52045 del 20 de mayo de 2020, M.P. José Francisco Acuña Vizcaya, y 43916 del 31 de agosto de 2016, M.P. Patricia Salazar Cuéllar.

Ahora bien, en este caso se practicaron como pruebas de cargo, fuera del testimonio de M.S., los de Adriana María Arboleda Arenas,¹⁷ madre de la víctima, Carlos Mario Zuluaga Chica,¹⁸ psicólogo investigador del CTI, Lisbeth Cristina Sánchez Restrepo,¹⁹ enfermera coordinadora del hospital San Juan de Dios de Rionegro, Jorge Jaime Posada Londoño,²⁰ investigador del CTI, Paula Andrea Ortega Segura,²¹ microbióloga y profesional especializada forense de instituto de medicina legal, Lina Marcela Duque Iral,²² trabajadora social del ICBF, Kenia Alexandra Villalba Ortega,²³ médica del citado hospital, Juan Carlos Briceño Sanabria,²⁴ ginecólogo del mismo centro médico, y Lizeth Xiomara Valencia Valencia,²⁵ psicóloga en el fundación de atención a la niñez Fanes. Adicionalmente, como única prueba de descargo, el testimonio de Ana María Calderón Pérez,²⁶ psicóloga y abogada que efectuó un dictamen pericial a JOSÉ JOAQUÍN.

En cuanto a estas pruebas, el apelante centra sus objeciones en los testimonios de la madre, la médica Villalba Ortega y la microbióloga Ortega Segura, sin presentar argumento concreto en relación a los demás. Así las cosas, a continuación, analizaremos porqué, contrario a lo pretendido por el recurrente, estos medios de conocimiento no afectan la credibilidad y trascendencia del testimonio de la menor, por el contrario, corroboran periféricamente los hechos.

- Adriana María Arboleda Arenas,²⁷ madre de M.S., no percibió directamente ninguno de los delitos, así que no podía dar cuenta de estos.

¹⁷ Juicio oral del 29 de noviembre de 2022, cuyo registro se encuentra en el enlace consignado en el acta de la audiencia, archivo "27ActaContJuicioNov29", récord 00:02:48 a 00:41:12.

¹⁸ *Ibidem*, récord 00:43:10 a 01:00:20.

¹⁹ *Ibidem*, récord 01:02:00 a 01:12:11.

²⁰ *Ibidem*, récord 01:17:18 a 01:28:57.

²¹ Juicio oral del 13 de febrero de 2023, cuyo registro se encuentra en el enlace consignado en el acta de la audiencia, archivo "31ContJuiciofebrero13", récord 00:08:12 a 00:41:43.

²² *Ibidem*, récord 01:11:35 a 01:21:45.

²³ Juicio oral del 30 de noviembre de 2022, archivo "AudioContinuaciónJuicio 30-11-22", récord 00:02:00 a 00:25:55.

²⁴ *Ibidem*, récord 00:32:00 a 00:49:10.

²⁵ *Ibidem*, récord 00:51:10 a 01:28:30.

²⁶ Juicio oral del 13 de febrero de 2023, cuyo registro se encuentra en el enlace consignado en el acta de la audiencia, archivo "31ContJuiciofebrero13", récord 01:26:20 a 02:01:21.

²⁷ *Ibidem*, récord 00:43:10 a 01:00:20.

Si bien, luego de refrescar memoria en el concontrainterrogatorio, aseguró que su hija fue por primera vez donde el acusado en julio del año 2021, lo cierto es que Arboleda Arenas no estuvo en las visitas de la niña al lugar de los hechos, así que su manifestación no es suficiente para desacreditar lo referido por la víctima, quien aseguró haber asistido al local comercial del acusado desde el año 2020.

Además, no puede olvidarse que los hechos del año 2020 no serán objeto de condena, contrario a lo que sucede con la mayoría de los que se llevaron a cabo en el año 2021. Por lo tanto, más allá de aquella imprecisión sobre un dato temporal, lo cierto es que la testigo es consistente con su hija en que, después del mes de julio del año 2021, lo que cobija a los meses de agosto y octubre de aquella anualidad, la niña acudió al sitio de trabajo de JOSÉ JOAQUÍN, precisamente donde se dieron los accesos carnales. Al respecto, no se cuenta con elementos que lleven a restarle credibilidad a las testigos sobre tal aspecto.

Con esta prueba queda claro que el acusado tuvo la oportunidad de estar en las condiciones señaladas por la menor para la comisión de los delitos en el año 2021, pues la niña acudía con normalidad al lugar donde estaba el sujeto.

Adicionalmente, lo que la niña le manifestó a Adriana María sobre el procesado, relativo a si aquel la respetaba y si era un hombre serio, es un dato propio de la prueba de referencia, puesto que se trata en este aspecto, para efectos de responsabilidad penal, de lo que percibió M.S. en relación al FRANCO VILLADA, no su madre.

- En cuanto a la médica Kenia Alexandra Villalba,²⁸ el apelante quiso poner de presente la versión que M.S. le entregó el 17 de enero del año

²⁸ Juicio oral del 30 de noviembre de 2022, archivo "AudioContinuaciónJuicio 30-11-22", récord 00:02:00 a 00:25:55.

2017, cuando aquella realizó el triage para ingresar al hospital San Juan de Dios de Rionegro, donde a la postre se descubrió el estado de embarazo.

La propuesta del defensor es totalmente desacertada. En este punto es importante destacar que con la médica se escuchó una versión previa de la niña, relato que es una pieza imprescindible de su labor, y no tienen un fin distinto que el de establecer el marco fáctico que determinó las observaciones y los hallazgos que sustentaron sus conclusiones, sin que ello habilite su uso como prueba, pues sobre este particular aspecto, es decir, en relación con los hechos que provocaron su asistencia a los servicios médicos, las circunstancias modales del delito y su responsable, su testimonio constituye prueba de referencia inadmisibile.²⁹

- Aparte e lo anterior, el apelante centró gran parte de sus objeciones en atacar la forma como se recolectaron las muestras para el examen de ADN efectuado por la microbióloga Paula Andrea Ortega Segura,³⁰ profesional del instituto de medicina legal.

Al respecto, es importante destacar que dicha prueba tenía especial relevancia para establecer si en este caso se configuró la agravante del numeral 6 del artículo 211 del C.P., sin embargo, como se analizó en un punto anterior de esta providencia, tal agravante no será tenido en cuenta para la condena. En consecuencia, la relevancia de la prueba es limitada, nótese que aun descartando tal medio de conocimiento, el testimonio de la menor no se verá afectado, pues la pericia no es el medio fundamental para acreditar que el acusado accedió carnalmente a M.S.A.A. en 5 ocasiones entre el 18 de agosto de 2021 y el mes de octubre del mismo año.

En otras palabras, el defensor lo que propone es que la prueba pericial no se llevó a cabo respetando la cadena de custodia a fin de garantizar la

²⁹ Sobre la naturaleza referencial de ese tipo de información, véase entre otras, SP CSJ radicados 50637 del 11 de julio de 2018, SP2709-2018, M.P. Patricia Salazar Cuellar; y 53127 del 12 de febrero de 2020, SP358-2020, M.P. Luis Antonio Hernández Barbosa.

³⁰ Juicio oral del 13 de febrero de 2023, cuyo registro se encuentra en el enlace consignado en el acta de la audiencia, archivo "31ContJuiciofebrero13", récord 00:08:12 a 00:41:43.

mismidad de las muestras evaluadas, y por lo tanto, no se podía asegurar que la concepción del feto hubiese sido fruto de un actuar abusivo de su representado. En esas condiciones, el argumento del defensor está encaminado a refutar la participación de FRANCO VILLADA en uno solo de los delitos que componen en concurso de conductas acusado, pues se repite, la fiscalía no propuso unos hechos jurídicamente relevantes en los que todos los accesos carnales abusivos se produjera el embarazo.

Ahora, ya se expuso en esta decisión que sobre el único delito agravado emerge una duda en el aspecto temporal, la que debe ser resuelta en favor del procesado. En ese orden, resulta innecesario entrar en mayores discusiones sobre un tema que, sin importar la forma como se defina, llevaría a la misma conclusión, es decir, la imposibilidad de condenar.

Dicho de otra forma, se debe señalar al recurrente que la trascendencia de la prueba de ADN, así como la actuación de las personas involucradas en las tomas de las muestras para tal efecto, son accesorios a los hechos jurídicamente relevantes, por lo tanto, para la resolución del caso, es decir, para establecer la responsabilidad penal del acusado en los delitos acusados por los que se condenará, no es determinante dicha prueba.

De esta manera se da respuesta a las objeciones del recurrente, precisando que no es posible acceder a la solicitud de absolucón total de la condena. Sin embargo, es imperioso la modificación del monto de la pena como se explicará a continuación.

3. Sobre la tasación de la pena

La Sala modificará la pena de prisión impuesta, dado que no es posible confirmar la condena por el concurso homogéneo sucesivo de 10 accesos carnales abusivos con menor de 14 años agravados, ya que de tal

pluralidad de conductas solo 5 se probaron en debida forma, pero en su modalidad simple.

Analizada con detenimiento la sentencia se primera instancia, se advierte que la Juez consideró probado un concurso homogéneo sucesivo de 10 de delitos de los artículos 208 y 211-6 del C.P., y fijó la pena de prisión por el delito más grave en ciento noventa y dos (192) meses, es decir, el extremo mínimo del cuarto mínimo de movilidad, la que aumentó en veintiocho (28) meses por el concurso homogéneo de delitos, el que debe entenderse por 9 conductas más agravadas, así concretó la pena final en doscientos veinte (220) meses de prisión.

La Sala respetará los criterios de movilidad trazados por la Juez a fin de no agravar la situación del procesado, pero corrigiendo lo que es debido y teniendo en cuenta las modificaciones de la calificación jurídica que sirve de base a la condena.

En ese orden, por tratarse de un concurso homogéneo, se partirá de un delito del artículo 208 del C.P., acceso carnal abusivo con menor de 14 años, cuya pena de prisión mínima es ciento cuarenta y cuatro (144) meses, y la máxima, doscientos cuarenta (240) meses. Así que, conforme a lo definido en los párrafo precedentes, se partirá del límite mínimo, que corresponde al extremo inferior del cuarto mínimo de movilidad del delito, es decir, ciento cuarenta y cuatro (144) meses.

Ahora bien, la Juez aumento la pena en veintiocho (28) meses por el concurso homogéneo, y como ninguna anotación efectuó al respecto, la interpretación más favorable es que se trató de 9 delitos agravados adicionales, los que deben considerarse en las mismas condiciones que el delito base, por lo que todos partirían del extremo mínimo del cuarto mínimo. Lo anterior implica que la Juez aumentó por cada delito 3 meses y 3 días aproximadamente. En consecuencia, la Sala aproximará la cifra a 3 meses a fin de ajustar la pena.

Ahora, conforme a los artículos 60-4 y 211 del C.P., aplicados por la Juez, la pena de los delitos simples se agravó en una tercera parte, así que esta deberá ser la proporción que se disminuya al aumento efectuado por la primera instancia. En ese orden, como una tercera parte de 3 meses es 1 mes, se concluye que la pena por cada delito adicional deberá ser igual a 2 meses.

Así que, conforme al artículo 31 del C.P., a los ciento cuarenta y cuatro (144) meses de prisión por el delito base, acceso carnal abusivo con menor de 14 años, artículo 208 del C.P., se le aumentarán ocho (8) meses de prisión por el concurso homogéneo sucesivo de cuatro delitos más del citado artículo 208, por lo que en definitiva la pena que habrá de cumplir el procesado será de ciento cincuenta y dos (152) meses de prisión. Consecuentemente, la misma modificación tendrá la pena accesoria de inhabilitación para ejercer derechos y funciones públicas.

Respondidas así todas las inconformidades planteadas por el apelante, la Sala confirmará parcialmente la sentencia de primera instancia, manteniendo vigente la condena por un concurso homogéneo sucesivo de 5 delitos de acceso carnal abusivo con menor de 14 años, artículos 208 del C.P., lo que implica degradar el acceso carnal de agravado a simple. Además, revocando y en su lugar absolviendo por los otros 5 delitos que componían el concurso homogéneo sucesivo del delito de los artículos 208 y 211-6 del C.P., lo que impone modificar la pena impuesta en favor del procesado, quien se encuentra privado de la libertad, según la sentencia de primera instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR PARCIALMENTE la sentencia apelada y en su lugar absolver a JOSÉ JOAQUÍN FRANCO VILLADA de 5 hechos que conformaban el concurso homogéneo sucesivo del delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años agravado, artículos 31, 208 y 211-6 del C.P., en concreto los llevados a cabo en el año 2020 y en el mes de noviembre del año 2021, por los cuales fue condenado en primera instancia, de acuerdo a las razones consignadas en esta providencia, sin que esto implique la absolución total del procesado.

SEGUNDO: CONFIRMAR el sentido condenatorio de la sentencia apelada por los 5 hechos restantes, ejecutados entre el 18 de agosto de 2021 y el mes de octubre de dicha anualidad.

TERCERO: En consecuencia de lo anterior, **MODIFICAR** los numerales primero y segundo de la sentencia de primera instancia proferida el 15 de junio de 2023 por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Rionegro – Antioquia, en el entendido de que JOSÉ JOAQUÍN FRANCO VILLADA deberá purgar la pena de ciento cincuenta y dos (152) meses de prisión por un concurso homogéneo sucesivo de 5 delitos de acceso carnal abusivo con menor de 14 años, artículos 208 del C.P. Misma modificación que tendrá la pena accesoria de inhabilitación para ejercer derechos y funciones públicas.

CUARTO: En lo demás, y en cuanto no fue materia de apelación, confirmar la sentencia de primera instancia.

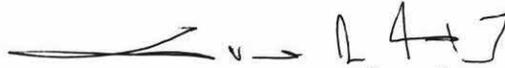
Contra esta decisión procede el recurso extraordinario de casación en los términos del artículo 183 de la Ley 906 de 2004.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



RENÉ MOLINA CÁRDENAS

Magistrado



GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME

Magistrado



EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA

Magistrado

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

Medellín, veinticinco (25) de septiembre de dos mil veintitrés (2023)

Radicado : 2022-1927-4
Sentencia (Ley 906) - 2ª Instancia.
CUI : 05 615 60 00364 2022 00019
Acusados : Ricardo León Álvarez Martínez
Delito : Tráfico, fabricación o porte de
estupefacientes.
Decisión : Confirma sentencia.

Proyecto discutido y aprobado en sesión de la fecha.
Acta N° 336

M.P. Isabel Álvarez Fernández

1. ASUNTO

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación que interpusiera la Defensa del señor RICARDO LEÓN ÁLVAREZ MARTÍNEZ, frente a la sentencia derivada de preacuerdo, proferida el 11 de noviembre de 2022 por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Rionegro (Ant.) y a través de la cual se le declaró penalmente responsable por la comisión de la conducta punible de Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes (art. 376 inc 1° del C.P.) y se le condenó a la pena de noventa (90) meses de prisión, multa de novecientos (938) S.M.L.M.V. e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término de la pena privativa de la libertad.

N° Interno : 2022-1927-4
Sentencia (Ley 906) – 2ª Instancia.
CUI : 05 615 60 00364 2022 00019
Acusados : Ricardo León Álvarez Martínez
Delito : Tráfico, Fabricación y porte de
estupefacientes.

Se le denegó el subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria como padre cabeza de familia, aspecto de la decisión que fue recurrido por la defensa.

SÍNTESIS DE LOS HECHOS

Ocurrieron el 15 de enero de 2022 en el Aeropuerto Internacional José María Córdoba del municipio de Rionegro (Ant.) sobre las 17:50 horas, cuando al señor RICARDO LEÓN ÁLVAREZ MARTÍNEZ quien se disponía a viajar en el vuelo 198 de la Aerolínea Air Europa desde Medellín hacia Madrid (España) le fue hallada en inspección realizada por la Policía aeroportuaria antinarcoóticos, en sus dos maletas marca TMT color negro, con bagtag 299987 y 299989, oculta y camuflada en doble fondos, sustancia estupefaciente correspondiente a cocaína, con peso neto total de dos mil quinientos setenta y tres gramos (2.573.0 grs.)

RESUMEN DE LO ACTUADO

Ante el Juez de control de garantías el 16 de enero de 2022, se imputó al procesado el delito de Tráfico, fabricación o porte de Estupefacientes, en la modalidad de “llevar consigo para sacar del país”, art. 376 inc. 1º C.P., sin que se allanara a los cargos.

N° Interno : 2022-1927-4
Sentencia (Ley 906) – 2ª Instancia.
CUI : 05 615 60 00364 2022 00019
Acusados : Ricardo León Álvarez Martínez
Delito : Tráfico, Fabricación y porte de
estupefacientes.

Posteriormente, el 28 de abril de 2022 se llevó a cabo la audiencia de formulación de acusación, y previo a la celebración de la preparatoria el 24 mayo del mismo año, la Fiscalía allegó el preacuerdo logrado con la defensa; por tal motivo, el 26 siguiente se celebró audiencia de verificación de preacuerdo, el cual fue improbadado por el Juez de primera instancia. Posteriormente, el 7 de julio de la misma anualidad se presentó un nuevo preacuerdo consistente en que el procesado aceptaba los cargos como autor del delito de Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, art. 376 inc. 1º, bajo la modalidad de “transportar para sacar del país”, y a cambio se le reconocería como ficción jurídica la figura de la complicidad, pero atendiendo a que fue capturado en flagrancia se acordó una pena de noventa (90) meses de prisión y multa de novecientos treinta y ocho (938) SMLMV. El preacuerdo fue avalado por la judicatura, llevando a cabo la audiencia de individualización de pena y sentencia en la que el defensor del procesado pidió que se le concediera a su asistido la prisión domiciliaria como cabeza de familia de sus dos hijos menores de edad; y la audiencia de lectura de fallo se realizó el 11 de noviembre de 2022.

DE LA SENTENCIA IMPUGNADA

En virtud del preacuerdo celebrado entre el procesado y la Fiscalía, el Juez de primera instancia emitió sentencia condenatoria en contra de la RICARDO LEÓN ÁLVAREZ MARTÍNEZ en condición de autor del delito de Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes (art. 376 inc. 1º C.P.).

Nº Interno : 2022-1927-4
Sentencia (Ley 906) – 2ª Instancia.
CUI : 05 615 60 00364 2022 00019
Acusados : Ricardo León Álvarez Martínez
Delito : Tráfico, Fabricación y porte de
estupefacientes.

Consideró el *A quo* que en el presente caso el acusado aceptó el preacuerdo de forma libre, voluntaria y espontánea, estuvo debidamente asesorado por su defensor. Asimismo, advirtió que de los elementos materiales probatorios aportados por el ente Fiscal se desprendía un conocimiento más allá de toda duda razonable la materialidad de la conducta y la responsabilidad del procesado en el delito endilgado.

En cuanto a los subrogados y sustitutos penales explicó el fallador que, en el presente caso por expresa prohibición legal, el sentenciado no podía ser acreedor ni del sustituto de la prisión domiciliaria, ni tampoco del subrogado de la suspensión condicional de la pena.

Adicionalmente, advirtió que, aunque se había solicitado en favor del procesado la prisión domiciliaria como cabeza de familia, no se demostró que RICARDO LEÓN ÁLVAREZ MARTÍNEZ ostentara esa condición jurídica, pues de las evidencias aportadas, ningún elemento indicó que los dos menores estuviesen exclusivamente bajo su custodia, además que no existían otras personas que pudiesen hacerse cargo de ellos. Advirtió el Juez de primera instancia, que, por el contrario, no se evidencia ausencia de madre, y aunque en los documentos no se dijo nada sobre su ubicación, y si bien existía una transacción de la señora MARÍA MARTÍNEZ a favor de la señora DIANA CATALINA GONZÁLEZ, madre de los niños, desde Colombia a España, ello daba cuenta que la madre está presente, y, por ende, debía asumir la crianza de los menores.

N° Interno : 2022-1927-4
Sentencia (Ley 906) – 2ª Instancia.
CUI : 05 615 60 00364 2022 00019
Acusados : Ricardo León Álvarez Martínez
Delito : Tráfico, Fabricación y porte de
estupefacientes.

Adicionalmente explicó que ningún elemento demostró que los hijos estuviesen a cargo del señor ÁLVAREZ, dado que no se supo la ubicación de ellos, ni tampoco si los niños estaban con su madre en España o en el domicilio del sentenciado o con alguna persona perteneciente a la familia extensa que pudiera servir de red de apoyo.

Aunado a lo anterior, refirió el *A quo*, que no podía olvidarse la gravedad de la conducta y las circunstancias en las que acaecieron los hechos, que, por la común experiencia, las grandes estructuras de narcotráfico suelen utilizar a personas como ÁLVAREZ MARTÍNEZ como correos humanos para llevar a cabo el comercio transnacional de estupefacientes, convirtiéndose éste en una pieza del eslabón de esta cadena de narcotráfico.

FUNDAMENTOS DE LA ALZADA

La defensa interpuso el recurso de apelación y lo sustentó por escrito, manifestando su desacuerdo con la negación de la concesión de la prisión domiciliaria. Al respecto argumentó lo siguiente:

- En el presente caso se cumple con los requisitos exigidos por la ley y por la jurisprudencia para conceder el sustituto de prisión domiciliaria.

N° Interno : 2022-1927-4
Sentencia (Ley 906) – 2ª Instancia.
CUI : 05 615 60 00364 2022 00019
Acusados : Ricardo León Álvarez Martínez
Delito : Tráfico, Fabricación y porte de
estupefacientes.

- Se aportaron todos los elementos que acreditaban la condición de padre de familia de su representado.
- Además de establecer la relación de parentesco del señor ÁLVAREZ MARTÍNEZ con los niños, existe una declaración de éste en el que da cuenta que es padre cabeza de familia, así como una consignación de la madre de los menores de donde se desprende que aquella reside en España y que los niños fueron dejados al cuidado de su padre desde hacía dos años, siendo su única familia su defendido.
- En el presente caso se debe garantizar el cuidado y protección de los hijos del sentenciado, porque su padre es la única persona que puede velar por ellos. Adicionalmente, porque se aportó una declaración de la Corporación Corazón Valiente donde se da cuenta de la calidad de padre cabeza de familia del procesado, además que en este momento su representando, está brindando apoyo a menores con problemas de adicción a las drogas.

Por lo anterior, solicita se revoque la decisión de primera instancia y le sea concedido a ÁLVAREZ MARTÍNEZ la prisión domiciliaria.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Es competente esta Corporación para desatar el recurso interpuesto por la defensa del acusado, de conformidad con lo previsto en los artículos 34 numeral 1º, 176 inciso final y

N° Interno : 2022-1927-4
Sentencia (Ley 906) – 2ª Instancia.
CUI : 05 615 60 00364 2022 00019
Acusados : Ricardo León Álvarez Martínez
Delito : Tráfico, Fabricación y porte de
estupefacientes.

179, Ley 906 de 2004, dentro de los límites fijados por el objeto de la impugnación.

Del escrito de sustentación del recurso de alzada presentado por el defensor del acusado, se advierte que, en su calidad de único sujeto procesal recurrente, cuestionó la decisión de primera instancia sólo en lo que respecta a la no concesión del sustituto de la prisión domiciliaria como cabeza de familia, al procesado ÁLVAREZ MARTÍNEZ.

Al respecto, la Ley 750 de 2002, consagró el mecanismo sustitutivo de la prisión domiciliaria para el condenado que ostente la calidad de madre o padre¹ cabeza de familia, esto con el fin de proteger a los menores de edad que dependen enteramente de quien resulte condenado o condenada, pero también como respaldo de otras personas bajo su cargo que por su edad o por problemas graves de salud, sean incapaces o estén incapacitadas para trabajar, (CSJ SP 4945-2019, rad. 53863 de 13-11-2019), y que, por lo tanto, como consecuencia de un fallo condenatorio queden abandonados a su propia suerte. Así entonces, dispuso la Ley que la ejecución de la pena privativa de la libertad tendría lugar en el domicilio de quien fuera sentenciado siempre y cuando se cumplieran los siguientes requisitos:

a) Que quien la solicite sea madre o padre cabeza de familia, entendiendo como tal y de acuerdo con el

¹La sentencia C-184 de 2003, hizo extensivo el beneficio de la prisión domiciliaria a los padres cabeza de familia.

N° Interno : 2022-1927-4
Sentencia (Ley 906) – 2ª Instancia.
CUI : 05 615 60 00364 2022 00019
Acusados : Ricardo León Álvarez Martínez
Delito : Tráfico, Fabricación y porte de
estupefacientes.

artículo 2 de la norma, aquél que siendo soltero o casado, tuviera bajo su cargo económica o socialmente, en forma permanente, hijos menores propios o de otras personas incapaces o incapacitadas para trabajar, ya sea por ausencia permanente o incapacidad física, sensorial, psíquica o moral del cónyuge o compañero permanente o deficiencia sustancial, de ayuda de los demás miembros del núcleo familiar;

b) Que el delito endilgado no se trate de genocidio, homicidio, delitos contra las cosas o personas y bienes protegidos por el derecho internacional humanitario, extorsión, secuestro, o desaparición forzada;

c) Que no registre antecedentes penales; y

d) Que el desempeño personal, laboral, familiar o social del procesado permita a la autoridad judicial competente determinar que no se pondrá en peligro a la comunidad o a las personas a su cargo, hijos menores de edad, o hijos con incapacidad mental permanente.

Queda claro entonces que la citada Ley busca la protección integral del menor, pues a decir de la Corte², más que el suministro de los recursos económicos para el sustento del hogar, lo importante es el cuidado integral de los niños, esto es, la protección, afecto, educación, orientación, etc., pero debe demostrarse, que la persona condenada era quien estaba al cuidado de sus hijos antes de la privación de su libertad, situación

²Ibídem.

N° Interno : 2022-1927-4
Sentencia (Ley 906) – 2ª Instancia.
CUI : 05 615 60 00364 2022 00019
Acusados : Ricardo León Álvarez Martínez
Delito : Tráfico, Fabricación y porte de
estupefacientes.

que se extiende a las personas dependientes en el seno del hogar, al punto que pueda asegurarse que este hecho determinó o puede determinar el abandono, la exposición y el riesgo inminente para aquellos.

Para el reconocimiento de tan caro instituto no basta entonces con acreditar la condición biológica de padre o madre de familia, sino que es preciso que se demuestre, que la persona de quien se predica la circunstancia, ostenta la condición jurídica de cabeza de familia, es decir, que era el único soporte afectivo, económico y emocional de los menores, y que no contaba dentro de su grupo familiar con otras personas que pudieran hacerse cargo de las necesidades de todo orden de los niños.

Con estos presupuestos habrá de señalarse, como con acierto lo señaló el *A quo*, que en el caso concreto no se acreditó que los niños G.A.G. y R.A.G. hijos menores del procesado RICARDO LEÓN ÁLVAREZ MARTÍNEZ estuvieran a cargo de esta persona, ni menos aún, que él fuera el único sustento afectivo, económico y moral de sus menores hijos.

Al respecto, aseveró la defensa que había acreditado la condición de cabeza de hogar del procesado con los registros civiles de nacimiento de los niños; la declaración extra juicio del procesado ÁLVAREZ MARTÍNEZ en la que daba cuenta de que velaba por el cuidado de sus hijos y era su único soporte económico y emocional; así como una factura emitida por Western Unión que da cuenta de una transferencia que le hizo la

Nº Interno : 2022-1927-4
Sentencia (Ley 906) – 2ª Instancia.
CUI : 05 615 60 00364 2022 00019
Acusados : Ricardo León Álvarez Martínez
Delito : Tráfico, Fabricación y porte de
estupefacientes.

señora MARÍA MARTÍNEZ a la señora DIANA GONZÁLEZ MARTÍNEZ, madre de los niños, desde Colombia hacía España; así como un certificado de la Corporación Corazón Valiente –sin firma– en el que se indica que el señor ÁLVAREZ MARTÍNEZ se encuentra cumpliendo la medida de aseguramiento en dicha institución y presta sus servicios como psicólogo recibiendo una remuneración de \$1.000.000, la cual es enviada a sus hijos.

Habiendo descrito los elementos de prueba aportados por la defensa, habrá de señalarse que, lo único que se acreditó es la relación consanguínea del sentenciado con sus hijos menores G.A.G. y R.A.G., sin embargo, esos elementos no acreditan la condición jurídica de cabeza de hogar del procesado, observándose que el único soporte que se presentó para acreditar que aquél es la persona que vela por el cuidado integral y manutención de los niños, es la propia declaración del procesado ÁLVAREZ MARTÍNEZ.

De hecho, en el recibo de Western Union, aportado por la defensa, se indica, como bien lo señaló el *A quo*, que los menores tienen una madre, la señora DIANA GONZÁLEZ MARTÍNEZ quien tiene la obligación legal de velar por el cuidado integral de sus hijos, además, aunque en ese documento se describe una transacción de un dinero a España, ello no es indicativo de que la señora DIANA esté domiciliada en ese país; adicionalmente ese documento da cuenta de que quien le envía el dinero a DIANA GONZÁLEZ MARTÍNEZ, es MARÍA MARTÍNEZ, quien aparentemente es la madre del procesado, según lo indicado en el informe de captura en flagrancia.

N° Interno : 2022-1927-4
Sentencia (Ley 906) – 2ª Instancia.
CUI : 05 615 60 00364 2022 00019
Acusados : Ricardo León Álvarez Martínez
Delito : Tráfico, Fabricación y porte de
estupefacientes.

Finalmente, en cuanto a la certificación emitida por la “Fundación Corazón Valiente”, que no sabe si es auténtica o no, porque carece firma, ni se allegó el certificado de existencia y representación correspondiente, más allá de referir que el señor RICARDO ÁLVAREZ MARTÍNEZ está cumpliendo la detención domiciliaria en la sede de la Fundación y de expresar que esta persona está devengando por sus servicios profesionales como psicólogo la suma de \$1.000.000 que utiliza para la manutención de sus hijos, no indica que los niños estén residiendo en la sede de la Fundación con su padre, lo que permite inferir que en el evento en el que los menores estén en Colombia y no con su madre en España, están bajo el cuidado efectivo de otra persona o personas.

Siendo importante a este respecto señalar que, en el informe de captura en flagrancia, el procesado suministró los datos de sus padres, LUIS FERNANDO ÁLVAREZ y MARÍA ELENA MARTÍNEZ, quienes, según informó, residen en la carrera 3 # 17-35 de Pereira, de donde se desprende que los menores G.A.G. y R.A.G. cuentan por lo menos, con sus abuelos paternos, quienes pueden hacerse cargo de la atención y cuidado que requieren los niños.

Así entonces, razón le asistió al Juez de primera instancia, cuando concluyó que en el caso concreto no se había demostrado que RICARDO LEÓN ÁLVAREZ MARTÍNEZ era la única persona que podía velar por el cuidado integral de sus hijos; pues en primer lugar, en efecto no se demostró dónde

N° Interno : 2022-1927-4
Sentencia (Ley 906) – 2ª Instancia.
CUI : 05 615 60 00364 2022 00019
Acusados : Ricardo León Álvarez Martínez
Delito : Tráfico, Fabricación y porte de
estupefacientes.

residen los menores; y en el evento en el que residan en Colombia, se estableció con los medios de conocimiento que obran en la actuación, que además de la madre de los niños, existen miembros de la familia extensa, en concreto, los abuelos paternos, quienes en el evento de no haberlo hecho, deben hacerse cargo de los cuidados y atención que requieren los niños; estableciéndose que los hijos del procesado no se encuentran en situación de riesgo o de abandono con ocasión de la privación de la libertad de su padre.

Y en este punto debe señalarse que aunque en este tipo de situaciones debe prevalecer el interés superior del menor, también lo es, que para el otorgamiento del sustituto penal de la prisión domiciliaria por cabeza de familia, debe verificarse el cumplimiento de todos los requisitos legales establecidos para el efecto. Al respecto la Corte Suprema de Justicia señaló: (CSJ SP 3738-2021, rad. 57905 de 25-08-2021)

Respecto a la prevalencia del interés superior del menor, es importante recordar que su observancia no releva al juez de verificar el cumplimiento de los requisitos consagrados por el legislador en relación con el sustituto de la prisión domiciliaria por la condición de padre cabeza de familia, en tanto, no existen derechos absolutos.

Por manera que, es la confirmación íntegra de la sentencia impugnada, la decisión que se impone para esta Magistratura en el presente evento, acorde a los planteamientos que fueron objeto de análisis en líneas precedentes. Por lo tanto,

Nº Interno : 2022-1927-4
Sentencia (Ley 906) – 2ª Instancia.
CUI : 05 615 60 00364 2022 00019
Acusados : Ricardo León Álvarez Martínez
Delito : Tráfico, Fabricación y porte de
estupefacientes.

se ordena el traslado inmediato de RICARDO LEÓN ÁLVAREZ MARTÍNEZ al centro penitenciario que disponga el INPEC.

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

FALLA

PRIMERO.- SE CONFIRMA íntegramente la sentencia condenatoria proferida por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Rionegro (Ant.) , de fecha de 11 de noviembre de 2022, en contra del señor RICARDO LEÓN ÁLVAREZ MARTÍNEZ, según las razones consignadas en la parte motiva de esta providencia. Por lo tanto, **SE ORDENA** su traslado inmediato al centro penitenciario que disponga el INPEC.

SEGUNDO.- Contra esta decisión procede el recurso extraordinario de casación, el cual deberá ser interpuesto dentro de los cinco (5) días siguientes a la última notificación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 98, Ley 1395 de 2010. Una vez surta ejecutoria la presente decisión, **SE DISPONE** que, por Secretaría de la Sala, se proceda con la remisión de las diligencias ante el Juzgado de origen, a fin que sean destinadas para lo concerniente a la fase ejecutiva de la condena.

Quedan las partes notificadas en estrados.

N° Interno : 2022-1927-4
Sentencia (Ley 906) – 2ª Instancia.
CUI : 05 615 60 00364 2022 00019
Acusados : Ricardo León Álvarez Martínez
Delito : Tráfico, Fabricación y porte de
estupefacientes.

CÚMPLASE.

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: **742118b784c6078d96837c812ba49748ec84e6455c7f6b5341829db7b0841abf**

Documento generado en 26/09/2023 02:42:14 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



Radicado único	050316003222220052
Radicado Corporación	2023-1069-2
Procesado	Jhon Jairo Garcia Londoño
Delito	Acceso carnal violento Agravado
Decisión	Revoca decisión.

Medellín, cuatro (04) de octubre de dos mil veintitrés (2023)

Aprobado según acta Nro. 101

1. ASUNTO

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la la fiscalía 43 seccional del municipio de Amalfi, Antioquia contra la decisión del 30 de mayo pasado por el Juez Promiscuo del Circuito de Yolombó, Antioquia, mediante la cual decidió no ingresar como testimonio al juicio oral, una prueba anticipada practicada el 12 y 13 de enero de 2023.

2. HECHOS

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.

Según el escrito de acusación, son los siguientes:

“El 19 de septiembre de 2022, cuando promediaban las 09:00 a.m., estando la menor H.Y.Q.D. y su hermana menor de edad R.O.M., por El Alto de los Henaos en el Municipio de Amalfi Antioquia, sentadas en una acera frente a la Institución Educativa Gerardo Montoya, H.Y.Q.D. le manifestó a su hermana que sentía ganas de orinar y como estaban cerca a la casa del profesor JHON JAIRO GARCÍA LONDOÑO, fueron y tocaron a su puerta, este abrió y la menor entró al baño, su hermana R.O.M. quedó esperándola en la puerta porque no le gusta visitar casas ajenas, en la casa del profesor hay una habitación donde dormían sus padres, por la cual hay una puerta de acceso al baño, la menor ingresó al baño, se estaba bajando los calzones cuando sintió que alguien la estaba mirando, fue cuando hizo aparición el profesor García Londoño con los pantalones abajo, le tapó la boca con una mano, con la otra le tenía agarradas las dos manos para que no se soltara, luego la llevó por la fuerza a su habitación, medio ajustó la puerta con un libro para no ser vistos, ella aún tenía su ropa interior abajo, el agresor la tiró encima de la cama, se metió el dedo índice a la boca y se lo metió en la vagina, se bajó los pantalones y se montó encima de ella que estaba boca arriba, tenía el pene en la mano, se lo iba a introducir cuando llegó su consanguínea R.O.M. hizo una sombra, el agresor saltó encima de ella y le introdujo su asta viril adentro de su vagina, desconoce si eyaculó o no, su hermana se acercaba y el profesor se tiró hacia afuera, ella lo empujó y cayó al suelo, su hermana salió corriendo, luego ella, cuando salió a correr el profesor Jhon Jairo le gritaba que le iba a decir al papá que ella se mantenía pidiéndole plata y que él tenía gente grande muy poderosa, que no se metiera con él. Cuando la menor llegó a su casa se revisó y tenía sangrado y viscosidad en su vagina.”

3. ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

El 06 de octubre de 2022 se llevó a cabo ante el Juzgado Promiscuo Municipal con Funciones de Control de Garantías del municipio de Amalfi, Antioquia las audiencias de legalización de

captura, formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento, en contra del señor Jhon Jairo García Londoño “A título de autor del delito de Acceso Carnal Violento, Art. 205 del Código Penal, modificado per el artículo 1 de la ley 1236 de 2008, agravado conforme al artículo 211 N°4 ibidem, por haberse realizado en persona menor de 14 años”. Sin que se presentara allanamiento a cargos. Por solicitud del delegado del ente acusador, se le impuso medida de aseguramiento de conformidad con el Art. 307 literal A, numeral 1, por otro lado, se accedió a la solicitud de practicar una prueba anticipada en razón a que la presunta menor víctima y su familia recibieron amenazas por parte del señor Jhon Jairo García Londoño, y para evitar una victimización secundaria.

El 4 de noviembre de 2022 el Delegado de la Fiscalía 43 Seccional de Amalfi, solicitó ante el Juzgado Promiscuo Municipal con Funciones de Control de Garantías de Amalfi, Antioquia, la práctica anticipada del testimonio de la menor H.Y.Q.D. En vista pública llevada a cabo el día 15 de noviembre de 2022, ese despacho accede a la solicitud del ente persecutor. Tal decisión fue confirmada el 01 de diciembre de 2022 por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Amalfi, Antioquia. El día 12 de enero de la presente anualidad, tuvo lugar ante el Juzgado Promiscuo Municipal de Amalfi la práctica del testimonio de la menor H.Y.Q.D, diligencia que culminó el día 13 de enero.

El 01 de diciembre de 2022, la Fiscalía 43 Seccional de Amalfi, Antioquia, radicó escrito de acusación ante el Juzgado Promiscuo del Circuito de Amalfi, Antioquia; no obstante,

mediante auto del 2 de diciembre de igual año, la titular de ese despacho de declaró impedida para conocer de la actuación de conformidad con lo dispuesto en el numeral 13 del artículo 56 del C.P.P., en vista de lo cual remitió las diligencias al Juzgado Promiscuo del Circuito de Yolombó, Antioquia; último que avocó conocimiento de la actuación, realizándose la audiencia de formulación de acusación el día 6 de febrero de 2023. El día 15 de marzo tuvo lugar la audiencia preparatoria, data en la cual el delegado de la fiscalía anunció dentro de acervo probatorio la prueba anticipada relacionada con el testimonio de la menor H.Y.Q.D., practicado ante la Juez Promiscuo de Amalfi, Antioquia el pasado 12 de enero.

En audiencia de juicio oral llevado a cabo el 30 de mayo del año que discurre, solicitó el delegado de la fiscalía la proyección de la prueba anticipada antes relacionada, advirtiéndole que, no han desaparecido las circunstancias que anticiparon su práctica; solicitud ésta que encontró oposición en la defensa técnica del encartado señalando que, en la audiencia preparatoria el delegado de la fiscalía argumentó que iba a presentar la prueba anticipada, habida cuenta de que podría desaparecer la menor, quien podría cambiar de residencia, que ya no vivía en Amalfi y que, por lo tanto, se requería esa prueba anticipada a efectos de que no se fuera a extravíar la testigo. Sin embargo, la Fiscalía simplemente manifestó la frase de cajón de que no han desaparecido las circunstancias, por lo que solicita se acredite los elementos materiales probatorios en que se acredite que la menor desapareció, que la menor no puede declarar en juicio debiéndose abrir el espacio para ese incidente, en el cual que

se pueda determinar que efectivamente la menor ya no puede dar su declaración. De lo contrario, advierte, solicitaría la repetición de su testimonio ante al juez de conocimiento.

Ante esta manifestación el **Delegado de la Fiscalía**, advierte que no es procedente la petición de la defensa en tanto que los motivos fundados que dieron origen para la práctica de la prueba anticipada, tal como se argumentaron en su momento no han desaparecido, en tanto lo que se pretende con la práctica de la prueba anticipada en este tipo de delincuencias que afectan la integridad y la formación sexual de los menores, es evitar la revictimización y de repetirse la prueba se estaría en presencia de una revictimización o victimización secundaria. Señaló además que, la menor y su familia han sido víctimas de amenazas para que no concurran a juicio o cambien su versión, lo cual fue argumentado en el momento de solicitar el decreto de este medio probatorio.

Destaca que, la prueba anticipada se practicó con todos los protocolos que exige la norma, se respetó a profundidad el principio de inmediación de la prueba, tuvo la oportunidad el mismo abogado que acompaña al procesado, de hacer control al interrogatorio, hacer el uso del contrainterrogatorio y en esa medida fue practicada con todas las exigencias de ley ante un juez, en este caso era la Juez de Control de Garantías y se respetaron esos principios de contradicción e inmediación.

4. LA DECISIÓN APELADA

El Juez Promiscuo del Circuito de Yolombó, negó la solicitud de la Fiscalía, arguyendo que, si bien la Fiscalía argumentó en su momento la razones que dieron lugar a la práctica anticipada del testimonio de la menor, en la audiencia de juicio oral argumenta razones relacionadas con la no revictimización de la víctima, además, que ella y su familia se encuentra en peligro si declara en el juicio oral y público, sin embargo, al no acreditar ese extremo procesal esta última situación, resuelve negar su solicitud.

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

El delegado del ente persecutor solicita que la decisión sea revocada, pues en su sentir lo que pretende la prueba anticipada como bien lo establece el artículo 284 inciso 1 de la ley 906/2004, en delitos que afectan la libertad, integridad y formación sexual de los menores, es prevenir que se someta a un nuevo interrogatorio a la víctima.

Destaca que, durante la investigación y hasta antes de la instalación de la audiencia del juicio oral, se puede practicar anticipadamente cualquier medio de prueba pertinente con el cumplimiento de los requisitos legales, y de acuerdo al numeral tercero de la norma referida su práctica se da por motivos fundados y de extrema necesidad y para evitar la pérdida o alteración del medio probatorio o que se trate de investigaciones que se adelanten por el delito de violencia intrafamiliar, en ese orden, considera que la prueba anticipada fue practicada respetando todos los principios de inmediación y

contradicción, pues el defensor hizo uso del contrainterrogatorio y se realizó frente a la Juez Promiscuo Municipal de Amalfi (Antioquia).

Señala que, en delitos en contra de menores donde se lesiona la integridad personal y la dignidad humana y, se generan daños psíquicos y/o físicos, el Código Penal Colombiano, en el título cuarto artículo 138-141, 188a, 188b, 188c, 188d, en pro de los derechos de los niños, niñas y adolescentes víctimas de esta tipología delictual, no se otorga beneficios a los victimarios y taxativamente se consagran procedimientos especiales para la práctica de pruebas cuando intervienen menores, donde suelen ser sometidos a diversas entrevistas, interrogatorios, valoraciones y exámenes ante la fiscalía, ante la policía judicial, ante el médico legista, psicólogo, psiquiatras y juez, todo ello aunado a la entrada de la denuncia y la celebración del juicio oral lo cual comprende un tiempo de aproximadamente de dos años o más, dilaciones que permiten que se presente en el menor sentimientos de culpa que le generen huellas psíquicas, las cuales contribuyen a su vez a revivir sucesos traumáticos que se han visto diferidos en el tiempo.

Aduce que, es la Corte Constitucional en la sentencia T-116/2017 donde llama la atención de la Fiscalía General de la Nación, para que en las causas penales en que los menores tengan la calidad de testigos o víctimas y dentro del ejercicio autónomo de sus funciones, contemple la posibilidad de hacer uso de la practica de la prueba anticipada para que los menores rindan testimonio dentro del proceso, evitando la revictimización que puede significar volver sobre hechos

delictivos acontecidos tiempo atrás, así como para evitar la pérdida o alteración del medio probatorio y garantizar el derecho a la defensa del presunto responsable.

Explica que, el mismo día que se instaló la audiencia de prueba anticipada y una vez concluidos y cerrado el audio, la víctima recibió llamadas intimidantes y amenazantes indicándole que no presentara denuncia y que no continuara con este caso.

Recalca que, el hecho de traer al juicio a una niña que ya fue escuchada en varios escenarios, se le revictimiza y no tendría sentido haber practicado el medio de prueba para repetirlo, prevaleciendo los derechos de los menores de cara a lo dispuesto en el artículo 44 de la constitución, en concordancia con lo dispuesto artículo 284 de la ley 906/2004, los artículos 150 y 193 de ley 1098 de 2006 y la jurisprudencia de la Corte constitucional decisiones C-591/2005, T-008/2020, T-116/2017 y de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en radicados 44056 del 28 de octubre del 2015, SP 934 del 20 de mayo de 2020 Rdo. 52045 y el memorando 037 de 2020 expedido por el Fiscal General de la Nación.

Por su parte la Representante de Víctimas coadyuva la solicitud de la fiscalía en punto de revocar la decisión de primer grado, pues considera que la prueba anticipada es el instrumento eficaz para proteger los derechos fundamentales de las víctimas menores en delitos sexuales, evitando la revictimización y asegurando la identidad, claridad, veracidad y originalidad de

la prueba, En el caso concreto la menor y su familia se fueron del municipio de Amalfi, por amenazas del agresor, por lo tanto, se encuentra en la ciudad de Medellín. El señor fiscal para poder asegurar la prueba, para evitar cambiar la versión de la menor en un futuro, solicitó la prueba anticipada y de repetirse la misma se afectaría psicológicamente a la menor.

La defensa en calidad de sujeto no recurrente, solicita que se ratifique la decisión del a quo, pues considera si bien existe legislación, jurisprudencia y doctrina que aconsejan el recaudo de la prueba anticipada, misma que en este caso se realizó ante Juzgado de Control de Garantías de Amalfi con las debidas formalidades, no le resta la obligación a la fiscalía de probar y argumenta por qué no se debe repetir la declaración de la menor, es decir, la no desaparición de las circunstancias por las cuales se llevó a cabo esa prueba anticipada. El señor fiscal habla de unas llamadas intimidantes luego de la audiencia de imputación siendo ésta la argumentación que usó en su momento para que le fuera aprobada la prueba anticipada hace ya unos meses. También habló en ese momento de que la menor se extraviara o perdiera porque había cambiado de domicilio y ya no vivía en Amalfi, sino en Medellín, debiendo traer pruebas de que esas circunstancias persisten, pues el hecho de que se haya decretado y se haya recaudado una prueba anticipada con todas las formalidades, no quiere decir que no tenga esa esa obligación, misma que no ha cumplido,

Señala que, el argumento de no la revictimización o de riesgo de violencia, manipulación o afectación emocional del testigo,

es para el delito de violencia intrafamiliar de acuerdo al párrafo tercero de la norma, no para delitos sexuales con víctimas menores de edad, pues de ser así, lo habría indicado el legislador .

6. CONSIDERACIONES DE LA SALA

6.1 Competencia

Es competente la Sala para conocer del recurso de apelación interpuesto contra el auto proferido por el Juzgado Tercero Penal del Circuito Rionegro, conforme al precepto contenido en el artículo 34 numeral 1° del Código de Procedimiento Penal.

6.2. Caso Concreto

Acorde a la sustentación del recurso interpuesto por la Fiscalía y la Representación de Víctimas en contra del auto impugnado, el problema jurídico a desatar por parte de la entidad tribunalicia se contrae a definir si el funcionario de primer grado acertó o no, al negar la incorporación en el juicio oral del testimonio de la menor presunta víctima practicado de manera anticipada el pasado 12 de enero ante el Juzgado Promiscuo Municipal de Amalfi, Antioquia.

Para comenzar, se dirá que frente al tema objeto de estudio, tenemos que la prueba anticipada es una excepción al principio de inmediación, ya que se practica antes de la instauración del juicio oral y ante un juez de control de garantías. Puede ser solicitada por el defensor, la fiscalía o el

Ministerio Público cuando haya ejercido funciones de policía judicial de conformidad con el Artículo 112 del Código de Procedimiento Penal.

Los jueces con funciones de control de garantías son competentes para practicar la prueba anticipada, de conformidad con lo manifestado por la Corte Constitucional:

“Cabe señalar que la prueba no solo se encuentra condicionada al cumplimiento de los requisitos de carácter formal para su aducción, que son los mismos a que aludió el Constituyente en el séptimo debate como requisitos de validez, sino además al cumplimiento de requisitos materiales que exigen que la prueba sea obtenida con pleno respeto de normas procesales y sustanciales de todo rango, examen inherente al control de garantías conforme se advierte de lo que fue el trámite en primera vuelta.”²

En ese orden, si la prueba es admitida por el togado luego de determinar que cumple con los criterios de pertinencia y admisibilidad, ordenará su práctica, la cual estará sujeta a los principios de contradicción, oralidad y concentración, garantizando así lo establecido en el Artículo 125 N°4 de la ley 906 de 2004.

Ahora, frente a la práctica de la prueba anticipada cuando comparecen los menores de edad como testigos o presuntas víctimas, debe señalarse que la Sala de Casación Penal H. Corte Suprema de Justicia ha resaltado la importancia de esta figura cuya finalidad primordial, ha señalado, es evitar la pérdida o alteración del medio probatorio y la victimización secundaria o revictimización de los menores de edad que

² Corte Constitucional Sentencia C-1092 de 1993

acuden a los estrados judiciales, al respecto señaló en decisión CSJSP, 16 Mar. 2016, Rad. 43866, lo siguiente:

(...)

En síntesis, la Sala encuentra que en el plano internacional la armonización de los derechos del acusado y los de los menores que comparecen en calidad de víctimas de delitos sexuales se ha caracterizado por lo siguiente: (i) evitar que los menores presuntas víctimas de delitos sexuales sean objeto de victimización secundaria; (ii) garantizar, en la mayor proporción posible, los derechos del procesado; (iii) limitar el valor probatorio de las declaraciones frente a las que el acusado no tuvo la oportunidad de ejercer el derecho a la confrontación, (iv) limitar la posibilidad del acusado de estar frente a frente con el testigo (menor) pero brindarle herramientas para que pueda ejercer el contra interrogatorio, (v) la utilización de la grabación de la declaración como una forma de preservar el testimonio y garantizar la defensa, y (vi) cuando deba anticiparse la declaración del menor, debe garantizarse en la mayor proporción posible los derechos del procesado, sin perjuicio de las medidas necesarias para evitar que el menor sea objeto de victimización secundaria.

(...)

En las reformas introducidas a la Ley 906 de 2004 el legislador ha evidenciado su propósito de ampliar la cobertura de la prueba anticipada cuando el medio de conocimiento se encuentre en riesgo. Así, por ejemplo, en la Ley 1474 de 2011, en su artículo 37, se dispuso la posibilidad de practicar como prueba anticipada el testimonio de quien haya recibido amenazas en su contra o la de su familia por razón de los hechos que conoce, en las actuaciones seguidas por delitos contra la Administración Pública y por delitos

contra el patrimonio económico que recaigan sobre bienes del Estado, cuando frente a los mismos proceda la detención preventiva.

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

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

De otro lado, en este tipo de casos la prueba anticipada puede reportar beneficios importantes, en cuanto: (i) si se le da a la defensa la posibilidad de ejercer la confrontación, con los límites necesarios para proteger la integridad del niño, la declaración no tendrá el carácter de prueba de referencia y, en consecuencia, no estará sometida a la limitación de que trata el artículo 381 de la Ley 906 de 2004; (ii) la intervención del juez dota de solemnidad el acto y, además, permite resolver las controversias que se susciten sobre la forma del interrogatorio; (iii) la existencia de un registro judicial

adecuado le permitirá al juez conocer de manera fidedigna las respuestas del testigo menor de edad, así como la forma de las preguntas y, en general, todos los aspectos que pueden resultar relevantes para valorar el medio de conocimiento, y (iv) permite cumplir la obligación de garantizar en la mayor proporción posible la *garantía judicial mínima* consagrada en los artículos 8 y 14 de la CADH y el PIDCP, respectivamente, reglamentada en el ordenamiento interno en las normas rectoras 8, 15 y 16 de la Ley 906 de 2004 y en los artículos que regulan aspectos puntuales de la prueba testimonial.

A lo anterior debe sumarse que la práctica de prueba anticipada no **sólo constituye una forma de protección de los derechos del acusado, sino además una forma de obtener medios de conocimiento más útiles para la toma de decisiones en el ámbito penal, lo que también favorece los intereses de las víctimas y el interés de la sociedad en una justicia pronta y eficaz.**" NEGRILLAS FUERA DEL TEXTO.

La Corte Suprema de Justicia ha sido reiterativa sobre importancia de hacer uso de la figura de la prueba anticipada, baste con referir las decisiones **CSJSP, del 11 de julio de 2018, Rad. 50637, CSJSP de 4 de diciembre de 2019, Rad. 55651 CSJSP del 20 de mayo de 2020, Rad. 52045**, en las que se replica los beneficios de esta figura como **mecanismo para equilibrar la protección de los niños y la materialización de los derechos del procesado.**

Bajo este panorama, queda claro que, tratándose de menores de edad que comparecen como testigos o presuntas víctimas, la prueba anticipada funge como una de las mejores herramientas para evitar la revictimización o victimización

secundaria ante la práctica de varios interrogatorios en diferentes escenarios, además, de evitar alteración del medio probatorio ante la superación del episodio traumático —entre otras razones— y, a la vez, permite ejercer la confrontación del medio probatorio de cara a los derechos del procesado, de ahí su procedencia.

Ahora, en el asunto sub judice, tenemos que, en audiencia de juicio oral llevada a cabo el pasado 30 de mayo ante el Juzgado Promiscuo del Circuito de Yolombó, encontrándose en la práctica de la pruebas de la Fiscalía, la defensa del procesado se opuso a la proyección del testimonio de la menor H.Y.Q.D practicado el 12 de enero de la presente anualidad, ante el Juzgado Promiscuo Municipal de Amalfi, ello porque la Fiscalía no acreditó que continuaban vigentes las razones que dieron lugar a su decreto, razones éstas que corresponden a las enunciadas en la audiencia preparatoria y tiene que ver con la eventual desaparición de la menor, requiriendo la apertura de un trámite incidental a efectos de determinar sí efectivamente la menor podía brindar o no su declaración.

Ante tal manifestación el delegado de la fiscalía señaló que las razones que dieron lugar a la práctica de la prueba anticipada atañen, primordialmente, a evitar la revictimización de la menor, además de señalar la existencia de amenazas hacia la víctima y su familia en caso de concurrir al juicio. Por su parte, el Juez de Primer Grado acogió los argumentos de la defensa al señalar que la Fiscalía en la etapa de juicio oral no acreditó que la víctima y su familia corrían peligro si ésta declaraba nuevamente.

Así las cosas, para determinar los motivos que dieron lugar al decreto y práctica de la prueba anticipada ante el juez de control de garantías, debemos acudir a diligencia en que aquella actuación tuvo lugar, esto es, la vista pública llevada a cabo el 4 de noviembre de 2022 ante el Juzgado Promiscuo Municipal de Amalfi, Antioquia, data en la cual el Delegado de la Fiscalía expresó como motivos fundados los siguientes³:

(...)

“... El mismo 21 de septiembre del año que discurre ante la Comisaria de Familia de municipio de Amalfi, Antioquia se recibió entrevista en formato de policía judicial 14 en cumplimiento de sus funciones legales y constitucionales asignadas al comisario de familia, en la cual la propia víctima, la menor H.Y.Q.D. informó pormenorizadamente las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que acaecieron los hechos investigados y que en principio el ente persecutor a calificado como acceso carnal violento agravado consagrado en los artículos 205 y 211 del numeral 4º de la ley 599 de 2000 (...) con base en la precitada entrevista el 21 de septiembre de 2022, señora juez, la Psicóloga de la Comisaria de Familia de Amalfi, realizó valoración psicológica a la víctima que es la menor H.Y.Q.D. y en el numeral sexto de ese informe, en el acápite de impresión diagnóstica indica:

*“Durante la entrevista, la menor de edad se mostró algo nerviosa e intranquila, pero le dio respuesta a cada una de las preguntas realizadas por el comisario de familia, durante el relato de H.Y.Q.D., se evidencia que tenía conocimiento de cada uno de los espacios de la vivienda del presunto abusados, mientras avanzaba en la entrevista la menor describe cada uno de los hechos, sus gestos fueron agachar la cabeza, salieron algunas lágrimas de sus ojos, pero continuaba relatando los hechos ocurridos el 19 de septiembre de 2022 en la vivienda del presunto abusador, **H presenta afectación emocional y mental por los hechos ocurridos, la menor de edad manifiesta ansiedad, dentro de su relato manifiesta***

³ Minuto 15 y ss del archivo denominado: “015.AudioNov4-22.pm4” ubicado en la subcarpeta : PruebaAnticipada de la Carpeta C01PrimeraInstancia del expediente electrónico.

angustia e intranquilidad por lo que el presunto abusador le pueda hacer a ella y a su familia”

(...)

“En el caso de estudio, señora juez, la práctica de la prueba anticipada del testimonio de la menor H.Y.Q.D. menor de 14 años, víctima de delito contra libertad, integridad y formación sexual, se identifica como motivo fundado la **pérdida del testimonio en el tiempo que evitara así la victimización o segunda victimización.**

Ante la primera premisa, pérdida del testimonio en el se tiene que el proceso evolutivo cognitivo de la preadolescente, el evento traumático experimentado y el tiempo son factores que influyen en su memoria, así mayor es la probabilidad de perder el relato de los hechos vividos, la calidad de la declaración se ve afectada por diversos variables, como la transformación del inconsciente, el intervalo del tiempo transcurrido, la adquisición de nuevos conocimientos y el estrés del evento vivido, la capacidad de la menor edad como testigo depende del momento evolutivo y de sus capacidades cognitivas. **Pues bien la pretensión del ente acusador es evitar un factor predominantemente, que es el llamado la segunda victimización, que se presenta en el momento cuando la preadolescente sube a rendir su declaración después de pasado un año o más de ocurrido los hechos, la espera hasta la celebración del juicio origina también en la víctima un cuadro más o menos claro de estrés pos traumática, lo cual supone que el recuerdo de los hechos vaya acompañado de sentimientos de ansiedad o depresivos, esto no permite que se lleve a cabo una de las finalidades del sistema penal acusatorio que es la reparación de la víctima .**

Señora juez el paso del tiempo antes de la celebración del juicio, puede generar problemas de recordación debido a que la memoria del niño, niña o adolescente puede no haber codificado la información correspondiente, en atención a la limitación de la memoria o factores de deterioro de la memoria en el tiempo, la incidencia de actividades intermedias, los cambios cognitivos y en casos extremos cambios de pensamientos.

En cuanto a evitar la revictimización, tiene el propósito de evitar el daño psicológico y secuelas emocionales que deriven de su colaboración en el proceso judicial al través del tiempo, en atención a que el niño, niña o adolescente se encuentran en una etapa del desarrollo en sus esferas cognitiva y evolutiva y afectiva, que

requieren continuar su proceso evolutivo a fin de superar el evento traumático. la memoria y su incidencia en el testimonio del menor, pues el bien el desarrollo de la memoria del niños y el procesamiento de la información, se encuentran diferenciados por el proceso cognitivo que se presenta en cada etapa del crecimiento del infante, el proceso del almacenamiento en la memoria, comienza con la comprensión de un hecho, la forma como se vive y el significado que le da a la experiencia vivida, por ello es importante resaltar que las representaciones de la memoria no son entes estáticos, si bien las representaciones se establecen a medida que se viven los hechos, ellas pueden cambiar drásticamente en el tiempo, en parte como resultado del deterioro, y en parte como resultado de conversaciones, de la exposición a los diversos medios y de otras vivencias intermedias, igualmente se establece que se puede implantar un relato modificado cuando el recuerdo tiende a pasar al olvido, debido al lapso de ocurrencia del hecho o por la manipulación del recuerdo central del niño a través de promesas, miedos, temores o amenazas. **Asimismo, es de resaltar que la solicitud de la prueba anticipada, se puede realizar desde el inicio de la investigación hasta antes del juicio oral, esto es, desde el conocimiento de la noticia criminal, lo cual permite que el testimonio del menor, se pueda recibir en un término prudencial para evitar su revictimización por parte del sistema judicial, de acuerdo con lo mencionado, pues se busca evitar la segunda victimización de la menor víctima y conservar la prueba en el tiempo.**

Dicho lo anterior señora juez, se considera que el motivo fundado que procede a la toma del testimonio anticipado con la finalidad de no revictimizar a la menor, lo anterior a tendiente a evitar demoras de los procesos judiciales que actualmente se encuentran investigando la integridad sexual del niño.” NEGRILLAS INTENCIONALES.

Estas razones fueron acogidas por la Juez Promiscuo Municipal de Amalfi, Antioquia en audiencia realizada el 22 de noviembre de 2022⁴, en cuya decisión se retoma el informe de valoración psicológica del 21 de septiembre de 2022 realizada a la menor, en la que se indica que H.Y.Q.D., ha presentado angustia, ansiedad, intranquilidad y teme que el abusador pueda hacerle

⁴ Minuto 15 y ss del archivo denominado: “015.AudioNov4-22.pm4” ubicado en la subcarpeta : PruebaAnticipada de la Carpeta C01PrimeraInstancia del expediente electrónico.

algo a ella y a su familia, por lo que, al tratarse de una conducta en contra de la integridad sexual de la menor, la figura de la prueba anticipada testimonial se torna eficaz para evitar tanto la alteración del medio probatorio por el paso del tiempo ante la superación del hecho traumático, como su revictimización de acuerdo al informe psicológico señalado. Esta decisión fue confirmada por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Amalfi, Antioquia en diligencia del 1 de diciembre de igual año.

Son estas, entonces, las razones dieron lugar al decreto de la prueba anticipada testimonial de la menor H.Y.Q.D., mismas que, aduce el delegado de la fiscalía no han variado, requiriendo en consecuencia el ingreso de esta prueba al juicio oral. Debiéndose precisar que la audiencia preparatoria, también adujo este extremo procesal que las razones que originaron su decreto no había variado, sin expresar alguna situación adicional⁵.

En este estado de cosas, advierte esta Corporación que el ente persecutor ha sido coherente en punto de las razones que dieron lugar al decreto de esta prueba, mismas que, se circunscriben a la no revictimización de la menor H.Y. de cara al informe psicológico que da cuenta de su afectación ante el presunto evento traumático que es objeto de juzgamiento y la no alteración del medio probatorio por el paso del tiempo, que supone un proceso de superación. Si bien, la Fiscalía en audiencia de juicio oral advirtió, además, de las ya razones

⁵ Ver Carpeta denominada Audios archivo preparatoria: "230215_001.mp3" ubicado en la Carpeta C01PrimeraInstancia del expediente electrónico.

esbozadas, la existencia de amenazas para que la víctima no declare o cambie su versión juicio oral, siendo esta afirmación la razón de la decisión del juez de primer grado para no acceder al ingreso del medio de prueba referenciado, pues ese extremo procesal no acreditó tal situación, es evidente que, al margen de lo anterior, las razones que dieron lugar al decreto y práctica del testimonio de la menor ante el juez de control de garantías, no han variado y se fundan, se reitera, en: **1. Evitar la victimización secundaria o revictimización de la menor al ser interrogada nuevamente y 2. La no alteración del medio probatorio por el paso de tiempo en la medida que H.Y.Q.D haya iniciado un proceso de superación del evento traumático.** Lo anterior de cara al interés superior de la menor que exige constitucional y legalmente adoptar medidas dentro del proceso penal orientadas a la protección de sus derechos, sobre todo en conductas que afectan su integridad y formación sexual.

Corolario de lo dicho precedencia, se **REVOCARÁ** la decisión adoptada por el juzgador singular durante la audiencia de juicio oral llevada a cabo el pasado 30 de mayo, en la que negó la proyección del testimonio de la menor H.Y.Q.D. practicado anticipadamente el 12 de enero del año 2023 ante la Juez Promiscuo Municipal de Amalfi (Antioquia), y en su lugar, se **ORDENA** continuar con la actuación pretendida por la Fiscalía relacionado con el ingreso de este medio probatorio.

Sin necesidad de más consideraciones, con fundamento en los argumentos expuestos, el **TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA, EN**

SALA DE DECISIÓN DE ASUNTOS PENALES, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

7. RESUELVE:

PRIMERO: Se **REVOCA** la decisión adoptada por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Yolombó, Antioquia en audiencia del 30 de mayo, en la que negó la proyección del testimonio de la menor H.Y.Q.D. practicado anticipadamente el 12 de enero del año 2023 ante la Juez Promiscuo Municipal de Amalfi (Antioquia), y en su lugar, se **ORDENA** continuar con la actuación pretendida por la Fiscalía relacionado con el ingreso de este medio probatorio.

SEGUNDO: Regresen, por tanto, los diligenciamientos al juzgado de origen para la continuación del trámite procesal.

TERCERO: Esta decisión se notifica por estrados y contra ella procede no procede recurso alguno.

COPÍESE, NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE

**NANCY ÁVILA DE MIRANDA
MAGISTRADA**

**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**

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

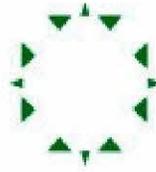
**Isabel Alvarez Fernandez
Magistrada
Sala 001 Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia**

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: **894554b70fefb2ee7467348fd58078ca512b98623a66d7f04d1e77fd36aef2c4**

Documento generado en 04/10/2023 03:38:21 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, doce (12) de octubre de dos mil veintitrés

Magistrado Ponente
RENÉ MOLINA CÁRDENAS

Aprobado en Acta 95 del 20 de septiembre de 2023

Proceso	Penal
Instancia	Segunda
Apelante	Defensa
Radicado	05376 60 00000 2020 0000 (N.I. TSA 2023-1610-5)
Decisión	Confirma

ASUNTO

La Sala resolverá el recurso de apelación presentado por la defensa en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 31 de agosto de 2023 por el Juzgado Quinto Penal del Circuito Especializado de 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.

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

ANTECEDENTES PROCESALES Y SENTENCIA IMPUGNADA

El 24 de agosto de agosto de 2023, instalada la audiencia de juicio oral, la Fiscalía presentó los términos del preacuerdo al que llegó con el acusado previa asesoría de su abogado defensor. El convenio consistió en que Julio César Ríos Castañeda, acepta cargos por los delitos de fabricación, tráfico o porte de armas, municiones de uso restringido de uso privativo de las fuerzas armadas o explosivos agravado artículo 366 del C.P; en concurso heterogéneo con fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones artículo 365 del C.P y receptación artículo 447 ibídem, a cambio de que el encargado del ente instructor, solo para efectos punitivos, le degrade su participación de autor a cómplice, acordando como pena definitiva a imponer la de setenta y seis (76) meses de prisión y multa de tres punto cinco (3.5) S.M.L.M.V..

El procesado aceptó los cargos previa verificación por parte del Juez de los presupuestos contenidos en el artículo 131 del C.P.P¹.

En el trámite del artículo 447 del Código de Procedimiento Penal, la Defensa solicitó el sustituto de prisión domiciliaria. Indicó que, si bien el delito de receptación se encuentra enlistado en los delitos del artículo 68^a, hay un vacío normativo por parte del legislador, ya que existen dos delitos de receptación en la Ley 599 de 2000. La receptación de la que habla el 68^a no tiene nada que ver con el delito del artículo 447 del C.P., si no con la receptación del artículo 327C, el cual es un delito más grave. Advierte que los tipos penales tienen un orden, la receptación en el artículo 68^a lo antecede es el apoderamiento de hidrocarburos por tanto se habla es de la receptación del 327C. No hay claridad frente a cuál de las dos receptaciones se aplica el artículo 68^a por vacío sustancial.

¹ Record 00:11:50 en delante "63 05376600000020200000100_L050003107005CSJ Virtual_01_20230814_083000_V 08_14_2023 02_39 PM UTC".

El Juzgado profirió sentencia condenatoria en contra del citado en razón del preacuerdo por las conductas punibles ya reseñadas, impuso la pena pactada, negó el sustituto y el subrogado penal.

IMPUGNACIÓN

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

Reiteró que hay un vacío normativo por parte del legislador, ya que existen dos delitos de receptación en la Ley 599 de 2000. La receptación de la que habla el 68ª no tiene nada que ver con el delito del artículo 447 del C.P., si no con la receptación del artículo 327C, el cual es un delito más grave. Los tipos penales tienen un orden, la receptación en el artículo 68ª lo antecede es el apoderamiento de hidrocarburos por tanto se habla es de la receptación del 327C.

Por tanto, se puede conceder la domiciliaria debido que ninguna de las conductas por las que fue condenado su representado cuenta con prohibición del artículo 68ª.

La Fiscalía solicita se confirme la decisión de primera instancia debido a que la sentencia respeta el principio de legalidad, el artículo 68ª prohíbe conceder algún beneficio o subrogado legal.

Advierte que, el procesado no ha cumplido con la medida de aseguramiento domiciliaria que tiene actualmente, entonces, mucho menos va cumplir con una sentencia condenatoria en prisión domiciliaria.

El ministerio público solicita se confirme la decisión. Informa que la pena excede los 8 años por tanto no es posible conceder la domiciliaria, además, el delito de receptación se encuentra en el artículo 68ª.

Frente a la solicitud de la defensa, si bien, el orden que trae el listado del artículo 68ª parece que, si se tratara sobre la receptación del artículo 327C, esto no está determinado. Sin embargo, la pena impuesta supera el requisito objetivo para acceder al subrogado o al sustituto, abonado a lo indicado por la fiscalía al informar que el ciudadano anda evadido.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

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

El recurrente no atacó los argumentos advertidos por el Juez Quinto Penal del Circuito Especializado de Antioquia para negar el sustituto de acuerdo a la prohibición que trae el artículo 68A frente al delito de receptación. Reiteró la misma argumentación realizada en la diligencia del artículo 447.

La Sala no desconoce que la teoría que quiso presentar el recurrente en la solicitud realizada en la audiencia de 447 puede ser discutible. No obstante, no fue suficientemente desarrollada, a parte del orden estructural en el que están enlistados los delitos en el artículo 68ª en relación con el orden que se encuentran descritos en los artículos 327A, B, C y D en el C.P., no ofreció un argumento concreto para respaldar su teoría. Además, desconoció la jurisprudencia existente frente a la tesis contraria que no diferencia el delito de receptación del 327C con el 447 frente a la prohibición descrita en el artículo 68A.²

Por otro lado, se constató que, en el acuerdo celebrado, las partes fueron claras y precisas en cuanto a los términos en el que el acusado aceptaba su responsabilidad y la contraprestación que se le reconocía.

² CSJ AP086-2018, rad 51709 y CSJ AP6373-2017, rad 50879

El Juez previa verificación de los presupuestos contenidos en el artículo 131 del C.P.P^{3.}, puso de presente la única contraprestación por el acuerdo. Además, hizo claridad de manera detallada que no procedían subrogados ni sustitutos penales. Finalmente, tanto la defensa como el procesado aceptaron los términos del acuerdo.

La Sentencia 52227 de 2020 de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, dejó claro que el reconocimiento por vía de preacuerdo de la complicidad a quien ha actuado en la realización de la conducta punible en calidad de autor, no puede ser entendido como una calificación jurídica que pretende variar la hipótesis factual aceptada por el sujeto. Por el contrario, debe responder y ser condenado por el delito objeto de la acusación o de imputación. La calificación objeto de negociación está orientada solo a establecer el monto de la pena.⁴

El legislador diferenció expresamente entre aceptación de culpabilidad por “el delito imputado” y la responsabilidad por el “delito base de la negociación”⁵. 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 conllevan a consecuencias excluidas por el legislador en la forma de ejecución de la pena. Esto en virtud del principio de legalidad de los delitos y de las penas.

³ Record 00:11:50 en delante “63 05376600000020200000100_L050003107005CSJ Virtual_01_20230814_083000_V 08_14_2023 02_39 PM UTC”.

⁴ 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.”

⁵ 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 (...)”

A parte de la condena por el delito de receptación del artículo 447 del C.P., Julio César Ríos Castañeda fue declarado penalmente responsable por los delitos de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones dispuesto en el artículo 365 del C.P. y fabricación, tráfico o porte de armas, municiones de uso restringido de uso privativo de las fuerzas armadas o explosivos agravado artículo 366 del C.P., y si bien, la pena prevista en el acuerdo como cómplice tuvo como objeto la aceptación de cargos, los extremos punitivos no sufren ninguna alteración. Se mantiene como pena mínima prevista en la ley para el delito del artículo 365 nueve (9) años y del artículo 366 once (11) años de prisión, montos superiores al exigido por el numeral 1º del artículo 38B del Código Penal para el otorgamiento de la prisión domiciliaria. En estas condiciones no es necesario verificar demás requisitos previstos en la norma para confirmar la decisión apelada.

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 emitida por el Juzgado Quinto Penal del Circuito Especializado de Antioquia el 31 de agosto de 2023.

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

Sentencia de segunda instancia

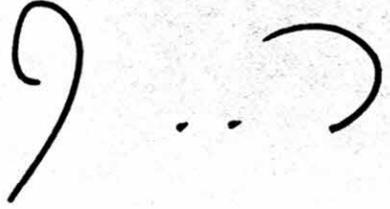
Sentenciados: Julio César Ríos Castañeda

Delito: Fabricación, tráfico y porte de armas, municiones de uso restringido,
de uso privativo de las Fuerzas Armadas o explosivos y otros

Radicado: 05376 60 00000 2020 00001

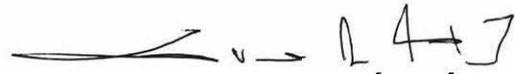
(N.I. TSA 2023-1610-5)

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



RENÉ MOLINA CÁRDENAS

Magistrado



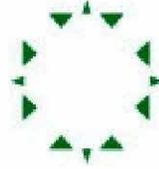
GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME

Magistrado



EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA

Magistrado



TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA PENAL DE DECISIÓN

Medellín, doce (12) de octubre de dos mil veintitrés

Magistrado Ponente
RENÉ MOLINA CÁRDENAS

Aprobado en Acta 95 del 20 de septiembre de 2023

Proceso	Penal
Instancia	Segunda
Apelante	Representante de víctimas
Tema	Dosificación de pena
Radicado	05 607 60 00279 2021-00017-00 (N.I.2021-1371-4-5) ¹
Decisión	Modifica

ASUNTO

La Sala resuelve el recurso de apelación, interpuesto por la representante de víctimas en contra de la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Promiscuo Municipal de El Retiro Antioquia.

¹ El expediente fue repartido al despacho el 2 de agosto de 2023, por medida de descongestión realizada al Despacho IV de esta Corporación.

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

HECHOS

Según los fijó la primera instancia:

“El día 25 de marzo de 2021 en zona rural del municipio del Retiro, Vereda El Chuscal, frente a la placa polideportiva de la I.E. Dolores e Ismael Restrepo y fueron conocidos por la información que suministró la comunidad a la Policía Nacional, según la cual, se encontraban dos sujetos sospechosos al parecer hurtando cable de telefonía y al llegar allí a corroborar los hechos encontraron a dos personas de sexo masculino, uno de ellos ingresando a un predio cerca de la carretera portando un rollo de cable y al seguirlo, se encontraron con otro sujeto pelando el cable con características similares al que se han venido hurtando en el sector y quienes al notar la presencia de los policiales se muestran nerviosos, arrojan la herramienta, por lo que proceden a ser capturados y posteriormente a dejarlos a disposición de la autoridad competente.”

LA SENTENCIA

El 10 de julio de 2021, como producto de allanamiento a cargos el Juez Promiscuo Municipal de El Retiro Antioquia profirió fallo condenatorio en contra de Robinson Alexander Henao Galeano y Carlos Alberto Henao Galeano por haberlos encontrado responsables como autores del delito de hurto agravado previsto en los artículos 239 inciso 2° y 241 numerales 7 y 10 del Código Penal, en consecuencia les impuso una pena de nueve (9) meses de prisión, e inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término. Igualmente, concedió la suspensión

condicional de la ejecución de la pena por un periodo de prueba de dos (2) años.

IMPUGNACIÓN

En contra de esta decisión, la representante de víctimas sustentó oportunamente recurso de apelación.

Su inconformidad se concreta en la dosificación de la pena, informó lo siguiente:

Se impuso una pena privativa de la libertad sustentada en una aplicación errónea del artículo 60 del Código Penal.

El Juez no aplicó de manera correcta el numeral cuarto del artículo 60 del Código Penal. De conformidad con el segundo inciso del artículo 239 del Código Penal, se tiene que los extremos punitivos originales son dieciséis (16) y treinta y seis (36) meses de prisión. Conforme a lo estipulado en el artículo 241 del Código Penal, la pena debe aumentarse de la mitad a las tres cuartas partes. Siguiendo los lineamientos del numeral 4° del artículo 60°, si la pena se aumenta en dos proporciones, como ocurre en el caso objeto de estudio, la menor se aplicará al mínimo y la mayor al máximo de la infracción básica. En tal sentido, los nuevos extremos punitivos oscilarían entre 24 y 63 meses de prisión.

Afirmó que, de acuerdo con el proceso de dosificación punitiva el extremo punitivo mínimo por el delito de hurto agravado equivaldría a veinticuatro (24) meses de prisión y no de dieciocho (18) meses de prisión como se determinó en la sentencia. Por tanto, de aplicarse la rebaja del cincuenta por ciento (50%) por aceptación de cargos, la pena privativa de la libertad a imponer sería de doce (12) meses y no de nueve (9) meses como sentenció el Juzgado Promiscuo Municipal de El Retiro Antioquia. Solicita se modifique la decisión en ese sentido.

No hubo pronunciamiento por parte de los sujetos no recurrentes.

CONSIDERACIONES

La Sala procederá a resolver el recurso de apelación, limitándose estrictamente al asunto que fue objeto de impugnación. Se anuncia desde ahora la modificación del fallo de primera instancia.

El Juez Promiscuo Municipal de El Retiro Antioquia al momento de realizar la tasación punitiva frente al delito hurto agravado previsto en los artículos 239 inciso 2º y 241 numerales 7 y 10 del Código Penal, aplicó un ámbito de movilidad de dieciocho (18) a veinticuatro (24) meses. Finalmente, adoptó el mínimo punitivo y otorgó el 50% de la rebaja por allanamiento a cargos imponiendo una pena de nueve (9) meses de prisión.

Se observa que sí existió un error al momento de la dosificación punitiva. Veamos:

El inciso 2 del artículo 239 del C.P. trae una pena de dieciséis (16) a treinta seis (36) meses de prisión. Según el artículo 241 del C.P. frente a las circunstancias de agravación punitiva *la pena se aumenta de la mitad a las tres cuartas partes*.

Ahora, de acuerdo con el numeral 4 del artículo 60 del C.P. "*Si la pena se aumenta en dos proporciones, la menor se aplicará al mínimo y la mayor al máximo de la infracción básica*". Es decir, aumentada la mitad al mínimo y las tres cuartas al máximo, el ámbito de movilidad aplicar es de **veinticuatro (24) a sesenta y tres (63) meses** de prisión y no de dieciocho (18) a veinticuatro (24) meses como por error lo hizo el Juez de instancia.

Entonces, fijada la pena en el mínimo del primer cuarto como lo realizó el Juez de primer grado, serían **veinticuatro (24) meses**, que, aplicando la rebaja del 50% por el allanamiento a cargos quedaría una pena de doce **(12) meses de prisión.**

Sin necesidad de más consideraciones, se modificará la sentencia emitida el 10 de julio de 2021 por el Juzgado Promiscuo Municipal de El Retiro Antioquia en el literal segundo de la parte resolutive. En su lugar se condena a los señores Robinson Alexander Henao Galeano y Carlos Alberto Henao Galeano a la pena principal de doce (12) meses de prisión.

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: MODIFICAR el literal segundo de la sentencia referida por lo que la pena quedará en doce (12) meses de prisión. En los restante se confirma la decisión de primera instancia.

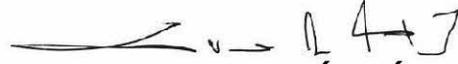
Contra esta decisión procede el recurso extraordinario de casación en los términos del artículo 183 de la Ley 906 de 2004.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



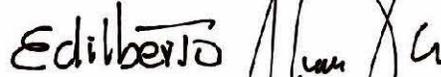
RENÉ MOLINA CÁRDENAS

Magistrado



GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME

Magistrado



EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA

Magistrado

TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA DE DECISIÓN PENAL

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

Nº Interno	: 2022-0478-4 Auto (Ley 906) - 2ª instancia.
CUI	: 05 591 60 00000 2020 00003
Procesados	: Luis Alfonso Montoya Carvajal
Delitos	: Tráfico, fabricación y porte de estupefacientes
Decisión	: Se abstiene de desatar recurso y decreta libertad definitiva por pena cumplida.

Proyecto discutido y aprobado en sesión de la fecha, mediante Acta No. 342.

M.P. Isabel Álvarez Fernández

Correspondería a la Sala desatar el recurso de apelación interpuesto por la defensa del procesado LUIS ALFONSO MONTOYA CARVAJAL, en contra de la sentencia condenatoria derivada de preacuerdo, emitida por el Juzgado Penal del Circuito de El Santuario (Ant.) el 19 de abril de 2022, en la cual se lo condenó al hallarlo penalmente responsable del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes (art. 376 inc 2º C.P.) a las penas de 32 meses de prisión, multa de un (1) smlmv, e inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso de la pena corporal, negándole el subrogado y el sustituto penal; impugnándose la sentencia específicamente frente a la negativa de concederle al procesado el subrogado penal. Sin

Nº Interno : 2022-0478-4
Auto (Ley 906) - 2ª instancia.
CUI : 05 591 60 00000 2020 00003
Acusados : Luis Alfonso Montoya Carvajal
Delito : Tráfico, fabricación o porte de
Estupefacientes.

embargo, debe esta Sala Penal abstenerse de desatar el recurso de alzada, por carencia de objeto, en tanto se ha verificado que durante el trámite del recurso de apelación y antes de que se desatara la decisión de segundo grado, el sentenciado cumplió la pena que se le había impuesto.

SÍNTESIS DE LOS HECHOS

Se desprende la sentencia de primera instancia que ocurrieron, el 28 de abril del año 2020, sobre las 06:50 horas, en el Municipio de Puerto Triunfo, Corregimiento Santiago Berrío, cuando en diligencia de allanamiento realizada al inmueble en el que residía el señor LUIS ALFONSO MONTOYA CARVAJAL, se halló: 1.- Debajo del colchón de su cama, una bolsa negra que contenía en su interior una bolsa grande, transparente, hermética y dentro de ésta varias bolsas pequeñas herméticas, cada una de ellas, con cigarrillos de marihuana. 2.- En el bolsillo de la camisa del señor MONTOYA, dinero en diferentes denominaciones, y tres bolsas herméticas que en su interior contenían cocaína y sus derivados. 3.- Un bolso, color negro, marca Totto, con monedas en diferentes denominaciones. 4.- En una mesa, tres bolsas herméticas, que contenían cigarrillos de marihuana. 5.- En un cuaderno, una bolsa transparente, que en su interior también tenía cocaína y sus derivados. El material incautado arrojó como resultado preliminar que se trataba de sustancias positivas para cocaína y sus derivados con pesos netos de 1.8 gramos; 2.4 gramos; y por último 150.1 gramos de cannabis y sus derivados.

Nº Interno : 2022-0478-4
Auto (Ley 906) - 2ª instancia.
CUI : 05 591 60 00000 2020 00003
Acusados : Luis Alfonso Montoya Carvajal
Delito : Tráfico, fabricación o porte de
Estupefacientes.

RESUMEN DE LO ACTUADO

La audiencia de formulación de imputación ante el Juez de control de garantías se llevó a cabo el 28 de abril de 2020 y se imputó cargos a LUIS ALFONSO MONTOYA CARVAJAL, por el delito de Tráfico, fabricación y porte de estupefacientes por el verbo “vender” consagrado en el art. 376 inc. 2º del Código Penal, cargo que no fue aceptado por el enjuiciado. En esa misma fecha se le impuso medida de aseguramiento consistente en detención preventiva en la residencia del imputado, suscribiéndose la correspondiente diligencia de compromiso.

El 7 de abril de 2021 se modificó la diligencia de formulación de acusación, por audiencia de verificación de preacuerdo tras haberse anunciando el pacto acordado entre la Fiscalía y la Defensa, que consistió en la aplicación de la figura de la complicidad como ficción jurídica, pactando una pena de treinta y dos (32) meses de prisión. Posteriormente el 19 de abril de 2022 se llevaron a cabo las audiencias de individualización de pena y sentencia y lectura de fallo. La sentencia condenatoria fue recurrida por la Defensa de manera oral, ante la negativa de la concesión de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la libertad condicional, porque en criterio del fallador con relación a la primera existía expresa prohibición legal del art. 68 A del CP, y con relación a la segunda, consideró que el competente era el Juez de ejecución de penas y medidas de seguridad, una vez se encontrara en firme y ejecutoriada la sentencia de condena. Por lo tanto, se concedió la alzada ante este Tribunal, en el efecto suspensivo.

Nº Interno : 2022-0478-4
Auto (Ley 906) - 2ª instancia.
CUI : 05 591 60 00000 2020 00003
Acusados : Luis Alfonso Montoya Carvajal
Delito : Tráfico, fabricación o porte de
Estupefacientes.

Posteriormente, mediante auto del 24 de abril de 2023, el Juzgado Penal del Circuito de El Santuario, ordenó el levantamiento de la medida de aseguramiento privativa de la libertad que pesaba en contra del señor LUIS ALFONSO MONTOYA CARVAJAL, por solicitud que hiciera la Defensa en atención a que el procesado ya había cumplido la pena de 32 meses que le había sido impuesta.

CONSIDERACIONES

Es competente esta Corporación para desatar el recurso interpuesto por la Defensa, de conformidad con lo previsto en los artículos 34 numeral 1º, 176 inciso final y 179, Ley 906 de 2004, dentro de los límites fijados por el objeto de la impugnación.

Desde esta perspectiva debería la Sala resolver el recurso de apelación interpuesto por la Defensa, respecto de la sentencia condenatoria proferida en contra del procesado LUIS ALFONSO MONTOYA CARVAJAL, si no fuera porque del examen riguroso del expediente, se ha llegado a la inequívoca conclusión que en el caso sometido a estudio existe carencia de objeto, toda vez que el debate presentado por la defensa se centró en la negativa del Juez de primera instancia de conceder a su prohijado la suspensión de la ejecución de la pena y la libertad condicional, y a la fecha de hoy, advierte esta Magistratura que el señor MONTOYA CARVAJAL cumplió la pena impuesta en la sentencia condenatoria, hecho que llevó incluso el Juez de conocimiento en auto del 24 de marzo de la presente anualidad a levantar la medida de aseguramiento que pesaba en contra del procesado.

Nº Interno : 2022-0478-4
Auto (Ley 906) - 2ª instancia.
CUI : 05 591 60 00000 2020 00003
Acusados : Luis Alfonso Montoya Carvajal
Delito : Tráfico, fabricación o porte de
Estupefacientes.

Conforme con ello, resulta innecesario emitir una decisión sobre el recurso de apelación interpuesto, pues el encausado ya cumplió la pena privativa de la libertad que se le impuso. Por lo tanto, no es necesario pronunciarse sobre si éste debe continuar privado de la libertad en el Establecimiento Penitenciario de Mediana Seguridad y Carcelario de La Ceja (Ant)., tal y como lo consideró el Juez de primera instancia, pues se itera, porque a la fecha se verifica por parte de la Sala que el penado ya cumplió la totalidad de la pena impuesta en la sentencia de primera instancia.

Siendo pertinente en todo caso señalar, que no sería dable que, en sede de apelación, que la Sala abordara otros asuntos que no fueron expresamente considerados por el defensor apelante, en virtud del principio de la prohibición de reforma en peor. Al respecto se ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia de 54535 de 2022, indicando:

La Sala, bien como tribunal de segunda instancia o de casación, de forma mayoritaria, ha venido avalando en la práctica los diferentes preacuerdos sometidos a su conocimiento y en esa medida entendido que la sentencia anticipada se profiere según lo convenido y con las consecuencias jurídicas que le sean anejas, bajo cuatro supuestos: i) Los preacuerdos tienen efectos vinculantes para el juez pues, en términos del inciso 4º del artículo 351 de la Ley 906 de 2004, “los preacuerdos celebrados entre Fiscalía y acusado obligan al juez de conocimiento, salvo que ellos desconozcan o quebranten las garantías fundamentales”; ii) el preacuerdo, en aquellos casos en que se logra después de la formulación de la imputación, hace las veces de escrito de acusación, como que de conformidad con el artículo 350 ídem, “Obtenido este preacuerdo, el fiscal lo presentará ante el juez de conocimiento como escrito de acusación”; iii) no le es legalmente posible al juez controlar materialmente la acusación; la calificación jurídica de los hechos y la fijación de los jurídicamente relevantes corresponde con exclusividad a la

Nº Interno : 2022-0478-4
Auto (Ley 906) - 2ª instancia.
CUI : 05 591 60 00000 2020 00003
Acusados : Luis Alfonso Montoya Carvajal
Delito : Tráfico, fabricación o porte de
Estupefacientes.

Fiscalía, sin perjuicio de que se examinen los requisitos que le defieren legalidad al preacuerdo, ni aquellos que fundamentan la sentencia anticipada y iv) como generalmente se advierte que es el procesado quien impugna como recurrente único, opera la prohibición de reforma peyorativa, de modo que ni aún por vía de nulidad podrían improbarse los preacuerdos toda vez que terminaría agravándose la situación de quien fue impugnante único.

En consecuencia, de lo expuesto, se devolverá la actuación ante el juez de conocimiento para que la remita a los jueces de ejecución de penas, a efectos de que se verifique si es dable decretar la liberación definitiva y extinción de la pena, y en caso positivo, se libren las comunicaciones correspondientes.

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

RESUELVE

PRIMERO: ABSTENERSE de decidir de fondo sobre el recurso de apelación interpuesto por el apoderado del señor LUIS ALFONSO MONTOYA CARVAJAL, por carencia de objeto, conforme a lo dispuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: DEVOLVER el expediente al Despacho de primera instancia, para que la remita a los jueces de ejecución de penas, a efectos de que se verifique si es dable

Nº Interno : 2022-0478-4
Auto (Ley 906) - 2ª instancia.
CUI : 05 591 60 00000 2020 00003
Acusados : Luis Alfonso Montoya Carvajal
Delito : Tráfico, fabricación o porte de
Estupefacientes.

decretar la liberación definitiva y la extinción de la pena, y en caso positivo, se libren las comunicaciones correspondientes.

CÚMPLASE.

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: **47a804907a404cd8eb530546e09756711bde261f6bc6da510cc0ce0c037822f8**

Documento generado en 27/09/2023 06:14:48 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



Radicado único	05 376 60 00339 2022 00135
Radicado Corporación	2023-1516-2
Procesado	SANTIAGO VALENCIA CORRALES
Delito	PORTE ILEGAL DE ARMA DE FUEGO
Decisión	Confirma decisión

Medellín, seis (06) de octubre de dos mil veintitrés (2023)

Aprobado según acta Nro. 104

1. ASUNTO

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la defensa contractual del procesado SANTIAGO VALENCIA CORRALES, contra la sentencia proferida por el Juzgado Penal del Circuito de la Ceja, el día 27 de julio de 2023, mediante el cual se condenó por el punible de fabricación, tráfico, porte o

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.

tenencia de armas, accesorios, partes o municiones a 59 meses de prisión, sin concesión de subrogado o sustituto alguno, tras encontrarlo responsable.

2. ANTECEDENTES FÁCTICOS

Por el sentido de la decisión que se adoptará, se transcriben los hechos narrados en el fallo, los cuales indican lo siguiente:

“La Fiscalía General de la Nación acusó al señor SANTIAGO VALENCIA CORRALES, por el delito de porte ilegal de armas de fuego de defensa personal, por cuanto sin permiso de autoridad competente el día 15 de junio de 2022, en el municipio de la Ceja, portaba arma de fuego tipo pistola CZ 9mm, con cinco cartuchos del mismo calibre”

3. SINTESIS DE LA ACTUACIÓN CUMPLIDA

En función a los hechos mencionados, el día 16 de junio de 2022, se da trámite ante el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de la Ceja (Antioquia) en función de control de garantías, a las audiencias de legalización de captura, formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento en contra de Santiago Valencia Corrales, donde se declaró legal la captura en virtud de orden escrita, imputándose el delito en de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones, de los artículos 365 del código Penal, a título de autor y en modalidad dolosa, cargos que no fueron aceptados. Finalmente se resolvió imponer medida de aseguramiento en su lugar de residencia.

El 09 de agosto de 2022, se allegó por parte de la Fiscalía de encargo, escrito de acusación en contra del encausado, no obstante luego de varios aplazamientos, el 01 de febrero de 2023, se cambia la naturaleza de la audiencia de formulación de acusación para dar paso a un preacuerdo suscrito entre la fiscalía y la defensa del procesado, convenio que fue verbalizado por las partes en el que se reconoce la figura de la complicidad, quedando la pena de 59 meses de prisión a cambio de aceptar responsabilidad por el delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, partes, accesorios o municiones. Los términos del preacuerdo fueron aceptados por el señor Muñoz Castaño.

La lectura y emisión de la decisión se tramitó el día 27 de julio calendas, misma que fue apelada por la defensa del encausado en término oportuno.

4. LA SENTENCIA APELADA

La sentencia fue proferida el 27 de julio de 2023. En dicho proveído el juez de primera instancia dispuso: i) declarar que Santiago Valencia Corrales es autor responsable de la conducta de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones; ii) condenarlo a las penas principales de cincuenta y nueve (59) meses de prisión, iii) imponer como pena accesoria la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por un periodo igual al de la pena principal; iv) la prohibición de portar armas de fuego por

un tiempo igual al de la sentencia impuesta; v) no conceder subrogado ni sustituto penal.

5. LA IMPUGNACIÓN

La defensa del procesado en escrito allegado en término oportuno, reclamó la decisión de primera instancia en lo exclusivamente relacionado con la negativa a concederle la prisión domiciliaria, por ser padre cabeza de familia, tal como lo indica, el artículo 38B del Código Penal.

Arguye, que debe valorarse con mayor ahínco el estudio sociofamiliar realizado por la defensora de familia en el entendido que la disgregación de su poderdante del hogar “reduce un poco el ingreso del hogar” sin que se logre entender cuanto es “poco”, al ser un término subjetivo en el entendido que depende de lo que cada quien gana y gasta. Mírese también que el mismo informe manifiesta que, el solo arriendo de la casa cuesta ochocientos mil pesos (\$800.000), el cual viene siendo cancelado por su prohijado. Otros de los gastos que cubre el señor Valencia Corrales como padre es precisamente el alimento, los gastos en los elementos necesarios y básicos de su hijo, como lo son pañales, medicamentos e implementos de aseo, esto, porque es el principal proveedor del hogar.

Arguye la presencia paternal es importante en este caso particular y concreto porque, su poderdante no solo es importante desde su rol económico, sino también desde el aspecto emocional, al brindar acompañamiento y los cuidados de crianza de su menor hijo, por lo que la decisión del a-quo desconoció el interés superior del menor como criterio final que debe guiar al operador de justicia en el estudio de la viabilidad del beneficio de la detención domiciliaria.

Con esas razones, solicita a la entidad tribunalicia se le conceda la prisión domiciliaria, por su condición de padre cabeza de familia.

7. CONSIDERACIONES DE LA SALA

7.1 Competencia

Competente es la Corporación para conocer de la contención en este caso presentada, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 1° del artículo 34 de la Ley 906 de 2004.

7.2. Problema jurídico

Le corresponde a la Colegiatura determinar en esta oportunidad si el sentenciado Santiago Valencia Corrales reúne los requisitos para ser considerado como cabeza de familia, de tal manera que se le deba conceder en sede de segunda instancia el mecanismo sustitutivo de la prisión intramural por domiciliaria, para que de esta manera pueda asumir el cuidado

de sus hijos, de quienes afirma, se encuentran carentes de ayuda y protección para satisfacer sus necesidades mínimas.

Dicho lo anterior, la Sala se encargará de examinar si se reúnen los requisitos establecidos en la ley para sustituir la pena intramural por prisión domiciliaria, por virtud de la calidad de padre cabeza de familia.

El artículo 2º de la Ley 82 de 1993, modificado por el artículo 1º de la Ley 1232 de 2008, establece lo siguiente:

Jefatura Femenina de Hogar. *Para los efectos de la presente ley, la Jefatura Femenina de Hogar es una categoría social de los hogares, derivada de los cambios socio-demográficos, económicos, culturales y de las relaciones de género que se han producido en la estructura familiar, en las subjetividades, representaciones e identidades de las mujeres que redefinen su posición y condición en los procesos de reproducción y producción social, que es objeto de políticas públicas en las que participan instituciones estatales, privadas y sectores de la sociedad civil.*

*En concordancia con lo anterior, es Mujer Cabeza de Familia quien, siendo soltera o casada, ejerce la jefatura femenina de hogar y tiene bajo su cargo, afectiva, económica o socialmente, en forma permanente, hijos menores propios u **otras personas incapaces o incapacitadas para trabajar**, ya sea por ausencia permanente o incapacidad física, sensorial, psíquica o moral del cónyuge o compañero permanente o deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros del núcleo familiar.*

En la sentencia SU-388 de 2005, la Corte Constitucional señaló:

(...) para tener dicha condición es presupuesto indispensable (i) que se tenga a cargo la responsabilidad de hijos menores o de otras personas incapacitadas para trabajar; (ii) que esa

responsabilidad sea de carácter permanente; (iii) no sólo la ausencia permanente o abandono del hogar por parte de la pareja, sino que aquélla se sustraiga del cumplimiento de sus obligaciones como padre; (iv) o bien que la pareja no asuma la responsabilidad que le corresponde y ello obedezca a un motivo verdaderamente poderoso como la incapacidad física, sensorial, síquica o mental o, como es obvio, la muerte; **(v) por último, que haya una deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros de la familia, lo cual significa la responsabilidad solitaria de la madre para sostener el hogar.** (negrilla fuera del texto).

Por su parte, el artículo 1º de la Ley 750 de 2002², en punto de los requisitos para conceder la sustitución de la prisión, establece:

La ejecución de la pena privativa de la libertad se cumplirá, cuando la infractora sea mujer cabeza de familia, en el lugar de su residencia o en su defecto en el lugar señalado por el juez en caso de que la víctima de la conducta punible resida en aquel lugar, siempre que se cumplan los siguientes requisitos:

Que el desempeño personal, laboral, familiar o social de la infractora permita a la autoridad judicial competente determinar que no colocará en peligro a la comunidad o a las personas a su cargo, hijos menores de edad o hijos con incapacidad mental permanente.

La presente ley no se aplicará a las autoras o partícipes de los delitos de genocidio, homicidio, delitos contra las cosas o personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario, extorsión, secuestro o desaparición forzada o quienes registren antecedentes penales, salvo por delitos culposos o delitos políticos.

(...)

Del contenido de las normas transcritas es palmario que la prisión domiciliaria por la calidad de madre o padre cabeza de familia, opera cuando la persona condenada tiene a cargo hijos menores, como también cuando constituye el **único soporte** de otras personas incapaces o incapacitadas para trabajar, bien

² Norma declarada exequible por la sent. C-184 de 2003, en el entendido que el derecho puede ser concedido por el juez a los hombres que, de hecho, se encuentren en la misma situación que una mujer cabeza de familia.

por su edad o por problemas graves de salud. Lo anterior, siempre y cuando se verifiquen los requisitos consagrados expresamente en la norma que se acaba de transcribir.

Ahora, respecto a la prevalencia del interés superior del menor, es importante recordar que su observancia no releva al juez de verificar el cumplimiento de los requisitos consagrados por el legislador en relación con el sustituto de la prisión domiciliaria por la condición de padre cabeza de familia, en tanto, no existen derechos absolutos.

Sobre este aspecto, la jurisprudencia ha señalado:

El debido respeto al interés superior del menor no implica un reconocimiento mecánico, irrazonable o autoritario de sus derechos. Y dejar como único requisito de la detención o prisión domiciliaria para los padres o madres cabezas de familia la constatación de la simple condición de tal, convierte en absoluto el derecho del menor a no estar separado de su familia, y además en detrimento de unos institutos (la detención preventiva en centro de reclusión y la ejecución de la pena en establecimiento carcelario) que no sólo atienden a principios y valores constitucionales (como la paz, la responsabilidad de los particulares y el acceso a la administración de justicia de todos los asociados), sino que deben ser determinados por las circunstancias personales del agente, motivo por el cual tienen que ser ponderadas en todos los casos. (CSJ, SP, 15 Mar, 2006. Rad. 45322).

Así las cosas, argumentó el togado de la defensa, que el menor Antonio Valencia Álzate, quien aún, cuando cuenta con la presencia de su madre, postuló:

"1. La señora Elizabeth Álzate castro, es menor de edad, pues tiene apenas 17 años, y hace solo cuatro (4) meses dio a luz al menor de edad Antonio Valencia Álzate.

2. Del informe, como lo pudo colegir el togado, la menor de edad no es empleada, razón por la cual se puede afirmar sin lugar a duda que, la familia está quedando desprotegida en su economía.
3. Reconoce el despacho que, la importancia y el rol económico y social del señor Santiago Valencia Corrales no se pueden desconocer.
4. La señora madre, quien es menor de edad, tiene problemas para cargar al menor de edad, pues tiene problemas de salud, esto, en su clavícula, lo cual la hace sentir dolores y cansancio.
5. La misma defensora de familia consigna en el informe, lo que, con todo respeto me permito pegar a la presente página.

Con relación al interrogante planteado en el ítem número tres del oficio enviado al Centro Zonal, en donde hace referencia a la afectación o el riesgo en el que puede estar el niño Antonio por la privación de la libertad de su padre, el joven Santiago, se puede concluir que si bien se reduce un poco los ingresos del hogar, debido a que el joven es el principal proveedor económico del grupo y la madre es ama de casa, si bien es importante, la familia extensa materna y paterna contribuyen con los gastos del hogar, es importante además debido a que el joven no solo se vincula según su pareja desde lo económico sino en la crianza del niño Antonio desde lo emocional, desde el acompañamiento, debido a que por momentos a ella se le dificulta cargar al niño, sobre todo cada que esta creciendo porque hace algunos años sufrió un accidente en donde se lesiono la clavícula, lo que le impide hacer un poco de fuerza, debido a que no tiene la movilidad plena en su hombro izquierdo, por lo que Santiago le ayuda con el cuidado y el acompañamiento de su hijo Antonio.

Hay aquí varios factores importantes que se deben tener en cuenta a la hora de tomar una decisión, y es que, dice la señora defensora de familia que "se reduce un poco el ingreso del hogar" no se logra entender cuanto es "poco" para la defensora de familia, o para el a quo, o para el defensor y con todo el respeto para el ad quem, pues es un termino subjetivo en el entendido que depende de lo que cada quien gana y gasta.

Mírese también que el mismo informe manifiesta que, el mero arriendo de la casa cuesta ochocientos mil pesos (\$800.000) y este ha sido pagado por el señor Santiago Valencia Corrales.

Otros de los gastos que cubre el señor Valencia Corrales como padre es precisamente el alimento, los gastos en los elementos necesarios y básicos de su hijo, como lo son pañales, medicamentos e implementos de aseo, esto, porque precisamente él es el principal proveedor del hogar. También se

puede avizorar que, la presencia paternal es importante en este caso particular y concreto porque, el señor Santiago no solo es importante desde su rol económico, sino también desde el aspecto emocional, el acompañamiento y los cuidados de crianza del menor.

Aduce el a quo, que no se logra evidenciar la condición de padre cabeza de familia debido a la presencia de la madre menor, pues afirma de manera exegética el despacho que se exige para tal reconocimiento la ausencia del cónyuge o compañera permanente, y ausencia del apoyo sustancial de otros miembros del grupo familiar y que, además, no se advierte discapacidad por parte de la menor madre de familia para cuidar al niño.

Totalmente en desacuerdo el suscrito con la determinación del ad quo, puesto que ¿Cómo es posible que en la motivación el juez de primera instancia reconozca la importancia del rol económico y social que cumple el señor Santiago Valencia Corrales, y bajo este mismo presupuesto proceda a negar la prisión domiciliaria por su calidad de padre cabeza de familia? No tiene eso sentido por parte del fallador.

Con este informe, era suficiente para en diligencia del artículo 447 lograr acreditar plenamente que el señor Santiago Valencia Corrales, cumplía con los requisitos normativos para ser acreedor de la prisión domiciliaria por la calidad de padre cabeza de familia, sin embargo, dicho elemento no fue valorado de manera acertada por parte del despacho, pues no se consideró por parte del mismo el desempeño personal, laboral, familiar y social de mi representado, pues si bien es cierto, la infracción cometida por mi representado es reprochable, no se valoró, ni se tuvo en cuenta que la madre del menor no cumple a cabalidad con todas sus capacidades ni físicas ni legales, caso tal que puede traer múltiples dificultades al menor de edad"

Es decir, se plantea la deficiencia sustancial de ayuda económica por parte algún otro familiar, a efectos de suplir las necesidades básicas del hogar del procesado, lo que, en consecuencia, en su sentir, afecta la estabilidad emocional, física, personal, familiar y económica de los menores.

Contrario a lo expresado en la alzada, los requisitos de necesaria acreditación no fueron demostrados, así como

tampoco emergió desvirtuada la argumentación que expuso el *a quo* para no reconocer al procesado la calidad de padre cabeza de hogar.

En efecto, no se acreditó la ausencia permanente o el total abandono por parte de sus parientes cercanos, máxime cuando se da por sentado que cuenta con su madre Elizabeth Álzate Castro, quien deberá colaborar en la manutención y cuidado de su infante.

No se discute, además que el señor Santiago Valencia Castaño posiblemente haya ostentado la dirección del hogar o que su presencia pudiera garantizar mejores condiciones de vida a su hijo, sin embargo, debe reiterarse que conforme ha sido expuesto en precedencia, la normativa que pretende aplicarse consagra dicho derecho para aquella persona que ostenta la condición de ser la *única* que pueda encargarse de la protección, manutención y cuidado de aquel incapacitado para trabajar; lo cual no resultó probado en este caso, por cuanto aún subsiste la madre, persona que esta en condición de protegerlos, cuidarlos y brindarles el afecto requerido, máxime que no se ha acreditado que se encuentre en situación que le impidan velar por los derechos de los menores.

Y no es que se desconozca el valor probatorio de los documentos que presentó la defensa del procesado para reclamar el sustituto penal, sólo que el contexto nos muestra que carecen de la vocación legal para presentarlo como padre cabeza de familia en los precisos términos de los preceptos citados en precedencia,

además de que tampoco demuestran que la integridad del menor se encuentre en peligro, máxime cuando en el referido estudio sociodamiliar se consignó que la madre recibe el apoyo de la familia extensa.

La Colegiatura no desconoce los sentimientos de tristeza, desamparo y soledad que puedan llegar a presentar el infante ante la detención de su padre, sin embargo, le corresponde al núcleo familiar que se encuentra presente acudir en procura de brindarle un mayor bienestar afectivo al niño recién nacido.

En una situación similar a la que hoy consulta el análisis de la Corporación, la Jurisprudencia³ expuso:

Así, por ejemplo, el Tribunal señaló que:

Al analizar lo acreditado por la defensa (...) no están dadas las condiciones necesarias requeridas para el reconocimiento de la condición de padre cabeza de familia (...) en la medida en que el cuidado de sus menores hijos (...) quedan en este caso a cargo de la progenitora (...) lo que a todas luces es indicativo de que los niños no están en situación de abandono ni descuido y si bien se ha presentado una declaración extra proceso rendida por el procesado en donde afirma que responde económicamente por sus menores hijos y su señora madre, con ello no hay demostración de la incapacidad o inhabilidad de [su cónyuge] para asumir el cuidado de sus hijos, aunado a que en ningún momento se acredita que ella no pueda ejercer la atención necesaria y brindar adecuada protección a sus hijos, toda vez que no hay evidencia de que ésta se encuentre en situación de inhabilidad que le impida trabajar y darles la protección necesaria...

En efecto, el Ad-quem indicó que al interior del proceso se encontraban declaraciones extra proceso que aseguraban que tanto la madre como la cónyuge y los menores hijos dependen económicamente de los ingresos que recibe el condenado, demostrándose que la señora ROSA ELENA ALVAREZ es la madre de los menores y es quien los cuida y con quien conviven, es decir,

³ AP2569 de 2020. Radicado 51284.

los niños no están en condición de riesgo o peligro con la detención intramural del padre, por lo que no logró acreditarse que la privación de la libertad del padre ponga en estado grave de indefensión y abandono a los menores, situación que permite señalar que ella debe en este momento prodigarles el cuidado y protección que requieren sin que evidencie situación que le impide asumir esa asistencia personal de sus hijos.

Al margen de lo expuesto, es importante precisar que la postura que acoge la decisión atacada sobre las exigencias para el otorgamiento de la prisión domiciliaria por ser padre cabeza de familia, consulta la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia⁴ en el sentido que esta condición no puede hacerse depender exclusivamente del apoyo económico, como erradamente pareciera entenderlo el apelante.

De ese modo, aunque no puede desconocerse las posibles afectaciones emocionales que puede padecer el menor a raíz de la privación de la libertad de su progenitor, tal situación es la consecuencia lógica de su incursión en los linderos del Código Penal, al no comprender lo que ello podría conllevar a sus familiares más cercanos, en especial a su descendiente.

Como puede apreciarse, el menor para el cual se respecto del cual se reclama el beneficio de la prisión domiciliaria, se encuentra desprotegido, pues cuentan con el apoyo de la señora Elizabeth Álzate Castro, progenitora de aquel, quien vela por su cuidado y protección, y quien además es una persona joven, que tiene todas sus capacidades físicas y mentales para

⁴ cfr. CSJ AP 4330-2019, CSJ SP 4945-2019, entre otras.

generar ingresos que le permitan sobrellevar el escenario generado con la detención del ciudadano Valencia Corrales.

Por lo anterior, considera la Sala, que fue acertada la motivación esgrimida por el funcionario de primer nivel, en el sentido que el caso concreto no colma las exigencias legales para que el procesado acceda a la prisión domiciliaria como padre cabeza de familia, por cuanto ello no fue debidamente acreditado. En ese orden, se confirmará la providencia objeto de alzada.

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: CONFIRMAR la decisión adoptada por el Juzgado Penal del Circuito de la Ceja, durante la audiencia de lectura de sentencia, llevada a cabo el 27 de julio calendas, por medio de la cual rechazó la solicitud de prisión domiciliaria por ser padre cabeza de familia, elevada por la defensa de confianza de Santiago Valencia Corrales.

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

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

**NANCY ÁVILA DE MIRANDA
MAGISTRADA**

**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**

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

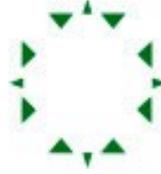
**Isabel Alvarez Fernandez
Magistrada
Sala 001 Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia**

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: **da5d7ace0c22458c616b1e084042c46a999dc055584f13e9a724007b7a2e3a03**

Documento generado en 06/10/2023 04:46:48 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 DE DECISIÓN

Medellín, doce (12) de octubre de dos mil veintitrés

Magistrado Ponente
RENÉ MOLINA CÁRDENAS

Aprobado en Acta N° 97 del 26 de septiembre de 2023

Proceso	Penal
Instancia	Segunda
Apelante	Defensa
Tema	Valoración probatoria
Radicado	05-154-60-00327-2020-00073 (NI TSA 2023-1341-5)
Decisión	Confirma

ASUNTO

la Sala resuelve el recurso de apelación interpuesto por la Defensa de JUAN CARLOS MEDRANO TAPIAS en contra de la sentencia condenatoria de primera instancia proferida por el Juzgado Penal del Circuito de Caucaasia – 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.

HECHOS

En la sentencia de primera instancia el Juez concluyó respecto al delito de acceso carnal violento:¹

“En conclusión, el Despacho adviera que en efecto JUAN CARLOS MEDRANO TAPIAS accedió carnalmente y mediante el uso de la violencia física a E.T.B. en la mañana del 25 de septiembre de 2020, en el camino que del caserío de Pando conduce a su lugar de residencia en la vereda El Reverso de Caucasia, Antioquia, en donde la interceptó y bajo del equino en que se movilizaba, posteriormente la llevo tomada de la mano a un sitio despoblado donde solamente había árboles y cultivos de cacao, le quito la ropa y la tiro con violencia al suelo para introducir su miembro viril en la cavidad vaginal de la menor, ocasionándole desgarró en el himen a las 03:00, 07:00 y 08:00 horas de las manecillas del reloj, lo cual produjo una hemorragia en la víctima que estaba latente incluso al momento de la valoración médico legal y que termino por manchar la prenda íntima tipo cachetero, la cual por demás estaba sucia de barro y vegetación al igual que la demás ropa que llevaba puesta ese día.”

En cuanto a los dos delitos de actos sexuales con menor de 14 años refirió:²

“Igualmente, se indica que en el periodo comprendido entre el ultimo trimestre de 2019 y el primer trimestre de 2020, época para la cual la menor E.T.B. contaba con trece años, JUAN CARLOS MEDRANO TAPIAS la interceptó por lo menos en dos ocasiones en el mismo camino, cuando ésta se desplazaba de regreso a casa desde la Institución Educativa Villa Fátima, ubicada en zona Rural de la Vereda La Reversa de Caucasia, Antioquia, la tomo por la fuerza y realizo tocamientos libidinosos en los senos y vagina.”

¹ Folio 16, archivo “09SentenciaJuanCarlosMedranoTapias”. Conforme al concepto de “*premisa fáctica de la sentencia*” entendido como los hechos que el Juez acepta como probados luego del finalizado el debate oral.

² Folio 2, *Ibidem*.

LA SENTENCIA

El 7 de julio del año 2023 el Juzgado Penal del Circuito de Cauca, de conformidad con el sentido de fallo anunciado, profirió sentencia condenatoria en contra de MEDRANO TAPIAS al declararlo penalmente responsable, como autor, del delito de acceso carnal violento, artículo 205 del C.P., en concurso heterogéneo con un concurso homogéneo sucesivo de dos delitos de actos sexuales con menor de 14 años, artículo 209 *ibídem*, en consecuencia, le impuso la pena de ciento sesenta y ocho (168) meses de prisión, negó la prisión domiciliaria y la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

IMPUGNACIÓN

En contra de la decisión de condena por el delito de acceso carnal violento la Defensa presentó y sustentó el recurso de apelación, con la finalidad exclusiva de obtener la revocatoria parcial de la sentencia y la consecuente absolución de su representado por tal punible. Sus argumentos pueden sintetizarse de la siguiente manera:

- La Fiscalía no logró probar con la suficiencia debida el delito de acceso carnal violento. Así que pide a la Sala un estudio detenido de los errores que llevaron al Juez a condenar por el citado tipo penal, pues las pruebas pudieron ser alteradas y presentan falencias científicas y legales.
- La Defensa propuso, como tesis alterna a la acusatoria, que la menor quiso buscar a su padre porque la situación con su madre era insoportable, sin embargo, dicha hipótesis fue descartada por la

primera instancia, quien dio credibilidad a la víctima y Yorladis Bassa Hernández, su madre.

- La valoración médica efectuada a E.T.B. no fue concluyente sobre la existencia del punible. No se conocieron los resultados de los exámenes realizados a las muestras biológicas recolectadas durante dicha intervención. Además, Bassa Hernández entregó a la médica unas prendas de vestir que supuestamente llevaba puestas la menor, pero en realidad esta se presentó con ropa totalmente diferente y limpia, así que se pudo presentar una alteración de dicho elemento en la casa de la niña o en el baño del consultorio.
- Osneiro José Sotelo Viloría informó que no observó lesiones en la víctima, tampoco daños en su vestimenta o afectaciones emocionales, las que son comunes en las personas que padecen este tipo de punibles. Por el contrario, E. se mostró alegre y conversó normal con el testigo, quien la transportó en una moto taxi hasta el hospital, lugar en el que la niña se encontró con su madre y cambió su "postura", a una que mantuvo hasta dar la entrevista (el recurrente no precisó cuál entrevista).
- Yoledis Tapias Charris no corroboró los hechos, pero dio cuenta de que personas extrañas buscaron al procesado, su sobrino, buscando intimidarlo para que aceptara "algo que no cometió".

Como no recurrente, la Fiscalía solicitó confirmar el fallo pues en este se contestó acertadamente a las proposiciones de la Defensa. Además, las objeciones a las pruebas de cargo son infundadas, y el recurrente no demostró la hipótesis defensiva que planteó.

CONSIDERACIONES

La Sala procederá a resolver el recurso de apelación y anticipa que la sentencia de primera instancia será confirmada. A fin de sustentar debidamente tal anuncio, son necesarias algunas precisiones iniciales:

Primero, en este caso no hay discusión respecto a la condena por el concurso homogéneo sucesivo del delito de actos sexuales con menor de 14 años. Lo que se discute es la valoración probatoria que llevó a la primera instancia a proferir condena por el punible de acceso carnal violento.

Segundo, en desarrollo del principio de limitación de la segunda instancia, es deber de la apelante establecer con claridad los puntos de controversia que considera fueron indebidamente desarrollados en el fallo recurrido. En ese orden, no es posible una revisión general de la providencia, como parece sugerir en su escrito. Entonces, estrictamente a los objetos problemáticos definidos por el recurrente y a los temas que le son inescindibles a estos se debe limitar el pronunciamiento de la segunda instancia. En este caso, así:

- Si es correcto que el Juez condenara por el delito de acceso carnal violento. La defensa alega que no se probó la teoría de la fiscalía y a pesar de ello prevaleció la versión la víctima y a su madre, descartando la tesis alterna de descargo.

Para resolver tal cuestionamiento, el apelante propuso objeciones directas a los testimonios de la médica Melissa Paola Yépez Carmona, del señor Osneiro José Sotelo Viloría y de la señora Yoledis Tapias Charry, la primera, prueba de cargo, las dos restantes, de descargo. Nótese que, pese a su trascendencia, no expuso reparos específicos a los testimonios de E.T.B. o su progenitora, aunque reprocha que se les otorgará credibilidad.

En consecuencia, por ser totalmente necesario para responder a los reparos de la Defensa, la Sala iniciará precisando el contenido de las declaraciones otorgadas en juicio por la víctima y su madre, Yorleis Bassa Hernández, luego, nos ocuparemos de las inconformidades específicas señaladas por el impugnante.

1. El contenido de los testimonios de la víctima y su madre

Para lo que interesa a esta decisión, E.T.B.³, testigo de cargo, sostuvo que el 25 de septiembre de 2020, cuando tenía 14 años de edad, entre las 7 y 8 a.m., en la vereda La Reversa del municipio de Caucasia, se desplazaba a caballo por un camino que conduce a su casa, luego de realizar un mandado a su madre en el sector del “caserío”, hasta que en un punto donde hay una pequeña quebrada, subiendo una pendiente, JUAN CARLOS MEDRANO TAPIAS, sobrino de su padrastro, quien estaba escondido detrás de un árbol, la interceptó llevándola hasta un lugar donde la arrojó al suelo, la desvistió y la accedió carnalmente con el pene vía vaginal, mientras eso sucedía, le tapó la boca pues ella intentaba decirle que “no”. La testigo señaló que regresó a su casa sola, informó lo ocurrido a sus padres y fue atendida en el hospital César Uribe. Además, aseguró que tiene una buena relación con su mamá y su papá, y que se ha visto afectada por lo sucedido, al punto que prefiere estar sola, alejada de su familia y de otras personas.

Por su parte, Yorledis Bassa Hernández,⁴ también prueba de cargo, madre de E.T.B., informó que en la mañana del 25 de septiembre de 2020, envió a E. al “caserío” a llevar unos alimentos y realizar algunas compras, cuando aquella regresó, notablemente angustiada y llorando, le reveló la agresión sexual, por lo que inmediatamente informó al padre de E., y buscó quien las llevara Caucasia, la niña se desplazó en una motocicleta con un vecino,

³ Juicio oral del 5 de agosto del año 2022, archivo “04ContJuicio05-08-2022”, récord 00:05:40 a 00:50:36.

⁴ Juicio oral del 21 de junio del año 2022, archivo “03InicioJuicio21-06-2022”, récord 00:11:24 a 00:36:35.

Osneiro Sotelo. Una vez en el citado municipio, informó a las autoridades y acudió a los servicios hospitalarios. Bassa Hernández expuso que conoce al acusado desde pequeño y que nunca tuvo problemas con él, adicionalmente, que tiene una buena relación con su hija.

Los relatos de las testigos son claros, principalmente el de la víctima, quien da cuenta de las condiciones en las que el acusado, mediante violencia física, logró doblegarla en un paraje desolado del municipio de Caucasia, donde pudo penetrarla vaginalmente con su pene. Así que, contrario a lo pretendido por el recurrente, tal prueba se advierte consistente sobre la materialidad del delito y la responsabilidad de MEDRANO TAPIAS. A su vez, no se observan elementos que le resten credibilidad.

Ante esta contundente conclusión, la posición del apelante es centrar su objeción en otras pruebas, de esa manera propone que no se alcanzó el conocimiento necesario para condenar por el delito de acceso carnal violento y que la niña y su madre no son creíbles. Tales planteamientos resultan desacertados, como pasará a explicarse.

2. El testimonio de la médica Melissa Paola Yépez Carmona

La médica Melissa Paola Yépez Carmona,⁵ testigo de cargo, manifestó que el 25 de septiembre del año 2020 valoró sexológicamente a E.T.B. en el municipio de Caucasia, en desarrollo de tal labor escuchó una versión de los hechos entregada por la menor y su madre. También efectuó un examen físico, observando que la víctima presentaba himen con sangrado y desgarros recientes a las 3, 7 y 8 de las manecillas del reloj, es decir, que la antigüedad de la lesión podía ser de hasta 10 días. La profesional manifestó que no podía asegurar si hubo violencia o cuál fue el objeto específico con el cuál se produjo la lesión en el himen, sin embargo, los hallazgos resultaban compatibles con la narración que se le entregó.

⁵ Juicio oral del 5 de agosto del año 2022, archivo "04ContJuicio05-08-2022" récord 00:51:20 a 01:19:24.

Además, señaló que E. vestía una camiseta con el logo de un perro en la parte frontal, un short de rayas blancas, negras y grises, y como ropa interior, un “cachetero” con un corazón verde al frente, todos estos elementos presentaban rastros de tierra, adicionalmente, la camiseta mostraba trazas de material vegetal, y la prenda de ropa interior, sangre en la parte de la vagina. La víctima se cambió dicha vestimenta en el baño del consultorio por otra que llevó la progenitora.

Nótese que este testimonio entrega información relevante para la corroboración de la versión de la víctima. Primero, da cuenta de lesiones en su zona vaginal que pueden ser compatibles con el tipo de acceso carnal que se le atribuyó al procesado.

El recurrente no se detiene en estas implicaciones de la prueba. En su lugar, intenta darle una trascendencia que no tiene, asegura que la médica no fue concluyente sobre la existencia de la agresión sexual, no dio cuenta de los resultados de los exámenes a las muestras biológicas tomadas durante la valoración, no trató con el cuidado debido la vestimenta de la víctima, y permitió la intervención de la madre de E.T.B.

Estratégicamente, el defensor ignora que no era la médica la indicada para dar cuenta de la causa exacta de los hallazgos en el cuerpo de la niña, o de la existencia del delito, pues sobre lo primero, evidentemente no estuvo en el lugar de los hechos, y en cuanto a lo segundo, solo a los jueces les corresponde definir la real estructuración de los punibles.

La valoración llevada a cabo por la profesional permite asegurar que el cuerpo de E. presentaba huellas que se correspondían con una situación de violencia sexual, la cual pudo implicar la penetración vaginal. En esos términos, esta prueba hace más creíble la versión de los hechos entregada por la víctima en juicio.

En cuanto a los resultados de los exámenes efectuados a las muestras biológicas recolectadas por la médica, debe señalarse que no es con esta profesional con quien debía incorporarse tal información, pues su labor se limitó a la recaudación de dichos elementos, no a su análisis, el que correspondía al instituto de medicina legal, según refirió la propia testigo, de ahí que sea desacertado reclamar que la perito informara sobre un hecho respecto del que no tiene conocimiento directo.

En relación a las prendas de vestir de la niña, es de resaltar que la galena describió la forma en la que E.T.B. llegó vestida a la consulta, pero también señaló que la mamá de E. llevó otra ropa para que esta se cambiara, lo que hicieron en un baño, posteriormente, la vestimenta de la cual la menor se había despojado fue entregada a la profesional a fin de que la evaluara.

Véase que la testigo no afirmó que la menor hubiese llegado con ropa totalmente limpia y diferente a la que tenía durante el abuso. Además, como la médica no estuvo durante la ejecución de los hechos, no podía dar cuenta de la ropa que E.T.B. tenía para el momento de la agresión, pero sí de la que portaba durante la valoración sexológica.

Entonces, resulta totalmente infundado y especulativo el argumento del defensor, pues no hay información que sirva para afirmar que la menor o su madre manipularan indebidamente las prendas de vestir.

Adicionalmente, tales elementos resultan útiles para corroborar periféricamente los hechos, pues la ropa entregada por la niña a la doctora Yépez Carmona presentaba rastros que se corresponden con el relato de la agresión sexual, lo que aumenta el grado de credibilidad de E.T.B.

Sin embargo, en gracia de discusión, aceptando la posibilidad de descartar tal información, lo cierto es que no se afectaría la prueba directa de los hechos, es decir, el testimonio de la víctima, pues independientemente de la ropa que la niña llevara puesta, lo cierto es que su versión de los hechos

se corresponde con las lesiones físicas advertidas en su cuerpo por la profesional de la medicina.

También es importante precisar que con la médica se escuchó una declaración previa de la niña y de su madre, relato que es una pieza imprescindible de su labor, y no tienen un fin distinto que el de establecer el marco fáctico que determinó las observaciones y los hallazgos que sustentaron sus conclusiones, sin que ello habilite su uso como prueba, pues sobre este particular aspecto, es decir, en relación con los hechos que provocaron su asistencia a los servicios médicos, las circunstancias modales del delito y su responsable, su testimonio constituye prueba de referencia inadmisibles.⁶ En consecuencia, la intervención de la madre durante la elaboración de la anamnesis es irrelevante para resolver este caso.

3. Del testimonio de Osneiro José Sotelo Viloría

Osneiro José Sotelo Viloría,⁷ testigo de descargo, informó que en una ocasión, sin precisar fecha exacta, por solicitud de la madre de la menor, transportó en su motocicleta a esta última desde la casa de ella hasta un hospital -no identificó cuál-. Señaló que en aquella oportunidad observó a E.T.B. "normal", y aunque en un principio adujo que no hablaron, luego manifestó que conversaron de cosas personales. Sostuvo que en una parte del trayecto, sobre el puente de Caucasia, se encontraron con los padres de E. y continuaron juntos el camino. Refirió que fue su esposa quien le contó sobre lo sucedido con la niña, y dubitativamente expuso que cree que lo buscaron para llevarla porque esta fue abusada.

Nótese que el defensor propone una apreciación parcializada y contraevidente del testimonio para afirmar que, contrario a lo sucede en

⁶ Sobre la naturaleza referencial de ese tipo de información, véase entre otras, SP CSJ radicados 50637 del 11 de julio de 2018, SP2709-2018, M.P. Patricia Salazar Cuellar; y 53127 del 12 de febrero de 2020, SP358-2020, M.P. Luis Antonio Hernández Barbosa.

⁷ Juicio oral del 1 de septiembre del año 2022, archivo "05ContJuicio01-09-2022SentFallo", récord 00:09:50 a 00:27:08.

este tipo de casos, no se percibió afectación emocional de la niña. Además, el apelante asegura que el testigo no advirtió daños en la vestimenta de E., así como que esta se mostró alegre y conversadora, pero cambió su actitud al encontrarse con su madre.

El recurrente no tiene en cuenta que Osneiro José no llevó a cabo ninguna labor encaminada a identificar algún deterioro emocional o físico en la niña, y aunque afirmó que E.T.B. se mostró “*normal*”, tal expresión no tiene entidad suficiente para desestimar la existencia del delito o la responsabilidad del procesado.

Debe tenerse en cuenta que no siempre que un hecho de este tipo produce, se presenta de inmediato y de manera totalmente perceptible, actitudes o afectaciones negativas en la víctima, incluso, es posible que en muchos casos solo se conozcan los abusos después de un tiempo y sin que se tengan sospechas de su ocurrencia.

En otras palabras, la propuesta del recurrente no puede tomarse como regla por carecer del principio de universalidad, ya que no siempre que una menor sufre una agresión sexual muestra una ostensible afectación de su estado anímico, y por ello, la validación de tal aspecto no es estrictamente necesaria para establecer la real ocurrencia de los hechos jurídicamente relevantes o la responsabilidad del procesado, lo que hace evidente la imposibilidad de dar categoría de regla de la experiencia a tal enunciado.⁸

Adicionalmente, durante su testimonio, Sotelo Viloría no afirmó que E.T.B. estuviera alegre o que entablaran una conversación de la que pudiera inferirse que el delito no sucedió, o que MEDRANO TAPIAS no fue quien lo ejecutó. El testigo tampoco dio cuenta de que la niña cambiara abruptamente de ánimo cuando se encontró con su madre, como sugiere el impugnante, de ahí resulte infundado tal planteamiento.

⁸ Sobre las reglas de la experiencia y la necesidad de acreditar el principio de universalidad en ellas, véase entre otras, SP CSJ radicados 57257 del 15 de septiembre de 2021, AP4172-2021, M.P. Eugenio Fernández Carlier, y 56993 del 30 de noviembre de 2022, SP3981-2021, M.P. Fabio Ospitia Garzón.

4. Sobre el testimonio de Yoledis Tapias Charry

Yoledis Tapias Charry,⁹ testigo de descargo, manifestó que el 25 de septiembre de 2020, en horas de la tarde, unas personas “extrañas” llegaron a su casa buscando JUAN CARLOS MEDRANO TAPIAS, su sobrino, porque la madre de E.T.B. lo señaló de haber abusado de aquella, quien también es su sobrina (de la testigo).

Esta prueba no aporta mayor relevancia para la solución del caso, principalmente, porque la testigo no tuvo conocimiento directo de los hechos, y lo que supo de ellos lo obtuvo gracias a información de terceros.

Adicionalmente, Yoledis nunca dijo que las personas que calificó como “extrañas”, y que buscaban al procesado, intentaran que aquel aceptara su responsabilidad en hechos que no cometió, como quiso hacer ver la defensa.

Hasta el momento se han resuelto cada una de las objeciones concretas propuestas por el apelante, sin que se adviertan falencias sustanciales en tales pruebas.

Ahora, a fin de atender en su totalidad los planteamientos del recurso, es necesario destacar que el recurrente reprocha que la primera instancia no diera relevancia a la tesis defensiva, la cual apuntaba a que la niña quería apartarse de su madre.

Al respecto, con ninguna prueba se abordó tal punto, de modo que la teoría expuesta por el defensor se quedó en el plano hipotético y carece fundamento probatorio. Nótese que el impugnante no propuso ningún

⁹ Juicio oral del 5 de agosto del año 2022, archivo “04ContJuicio05-08-2022”, récord 02:04:10 a 02:14:31.

argumento sobre algún elemento probatorio concreto que sirva y apunte a la demostración de dicha hipótesis, y valga decirlo, la Sala tampoco lo advierte, de ahí que resulte totalmente infundada la posición del apelante.

En esas condiciones, encuentra la Sala que no le asiste razón al impugnante cuando afirma que no se alcanzó el conocimiento necesario para condenar, pues sus objeciones no sirven para refutar lo expuesto por la víctima, testigo directa de los hechos, así que con sus objeciones no es posible sustentar un fallo absolutorio.

Conforme a lo analizado en esta providencia, no se advierte una hipótesis plausible de inocencia que beneficie al procesado. Por el contrario, se alcanzó en términos del artículo 381 del C.P.P., el conocimiento necesario para condenar, pues no existen dudas razonables sobre la responsabilidad penal del acusado en el acceso carnal violento del que fue víctima E.T.B. Respondidas así todas las inconformidades planteadas por la apelante, esta Sala confirmará la sentencia de primera Instancia.

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

RESUELVE

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

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

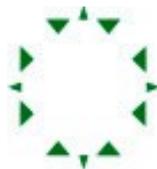
Tribunal Superior De Antioquia - Antioquia

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: **cdb563c93019c348dbf174c38678a0d56ffb5c80678cca1bae9d064a1e5be113**

Documento generado en 27/09/2023 02:26:18 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, doce (12) de octubre de dos mil veintitrés

Magistrado Ponente
RENÉ MOLINA CÁRDENAS

Aprobado en Acta N° 97 del 26 de septiembre de 2023

Proceso	Ley 1826 de 2017
Instancia	Segunda
Apelante	Representante de Víctima
Radicado	05 679 40 89 001 2022 00165 (N.I. 2023-1434-5)
Decisión	Confirma

ASUNTO

La Sala resuelve el recurso de apelación presentada por el representante de víctimas contra la sentencia del 14 de julio de 2023 proferida por el Juzgado Promiscuo Municipal de Santa Bárbara Antioquia.

Es competente el Tribunal Superior de Antioquia en atención a lo previsto en el artículo 34 numeral 1 de la ley 906 de 2004.

HECHOS

Se dieron como probados en la primera instancia los siguientes:

El día 19 de febrero de 2022 siendo las 23:00 horas, concretamente en la Carrera 51 conocida Calle López en el Parque Principal frente al establecimiento de comercio denominado "Bakos" del municipio de Santa Bárbara, la señora Lizeth Johana Vera Bedoya agredió físicamente a la menor de edad Carolina García, quien tenía para el momento 16 años de edad, a quien le propino múltiples golpes con sus manos, puñetazos, además de haber impactado el rostro de la víctima con el asfalto, pavimento. Con dicha agresión le ocasionó múltiples lesiones en el rostro de la menor, generándole una incapacidad de 40 días, deformidad física que afecta el rostro de carácter permanente y perturbación funcional del órgano de olfacción de carácter transitorio.

ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

El 17 de mayo de 2022 la Fiscalía trasladó el escrito de acusación a la señora Lizeth Johana Vera Bedoya por el delito de lesiones personales dolosas, artículos 111, 112 inciso 2º, 113 inciso 2º del Código Penal, cargos a los que no se allanó la procesada.

El 19 de agosto de 2022 se inició audiencia concentrada, no se realizó ninguna adición, corrección o aclaración al escrito de acusación.

Culminado el debate probatorio, el 11 de julio de 2023 el Juzgado Promiscuo Municipal de Santa Bárbara Antioquia condenó a Lizeth Johana Vera Bedoya a la pena principal de treinta y dos (32) meses de prisión y multa de treinta y cuatro punto sesenta y seis (34.66) salarios mínimos legales mensuales equivalentes para el año 2023, por hallarla penalmente responsable en calidad de autora del delito de lesiones

personales dolosas con deformidad física, artículos 111 y 113 inciso 2° de la Ley 599 de 2000. Le concedió la suspensión condicional de la ejecución de la pena por un periodo de prueba de dos (2) años.

IMPUGNACIÓN

En contra de esta decisión el representante de la víctima interpuso y sustentó oportunamente el recurso de apelación, con el que pretende se modifique la decisión en cuanto al subrogado de la suspensión condicional otorgado a Lizeth Johana Vera Bedoya. Informó lo siguiente:

El artículo 44 de la Constitución Política establece algunos de los derechos fundamentales de los menores de edad. Identifica las personas y entidades que tienen a su cargo deberes frente a este grupo y determina que los derechos de ellos prevalecen sobre los de los demás. Además, el Código de la Infancia y la Adolescencia, en su artículo 8° define el interés superior del niño, niña o adolescente como el imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos sus Derechos Humanos. Por tanto, las autoridades administrativas y operadores judiciales deben aplicar el principio de primacía del interés superior del menor y en particular acudir a los criterios fácticos y jurídicos fijados por la jurisprudencia constitucional para establecer cuáles son las condiciones que mejor satisfacen sus derechos.

Advierte que, el dictamen médico otorgó una incapacidad de cuarenta (40) días y secuelas en el rostro de carácter permanente, y a la fecha la víctima continúa en tratamiento médico.

La víctima es una menor de edad que de por sí ésta protegida por la Ley 1098 de 2006, que en su artículo 199 prohíbe todo tipo de

subrogado para quienes, como victimarias, ejecuten hechos que atenten contra la vida y la integridad de estos sujetos de especial protección constitucional.

Afirma que se debe imponer la pena en torno a lo que indica el artículo 114 del Código Penal ya que se trata de un delito de lesiones personales dolosas cometido contra una persona que para el momento de los hechos contaba con 16 años de edad.

Por lo anterior solicita se modifique la sentencia en el sentido de revocar el numeral tercero de la decisión.

La defensa como no recurrente.

Informó que le asiste razón al Juez de primera instancia al determinar que, a la hora del acontecimiento lesivo, la procesada no pudo constatar si la víctima era menor de edad. Lizeth Johana Vera Bedoya no tuvo la posibilidad de conocer la edad de la presunta víctima, lo que conlleva a que en esta ocasión se pueda acceder al beneficio de la libertad condicional. La sanción solo puede ser motivada en el individuo, si este conoce y entiende en contextos razonables el contenido de la prohibición.

Las demás partes guardaron silencio como no recurrentes.

CONSIDERACIONES

La Sala anuncia desde ya que confirmará la sentencia recurrida, de acuerdo con lo siguiente:

Desde la audiencia de 447 el representante de víctimas solicitó la aplicación de la prohibición del artículo 199 de la Ley 1098 de 2006 o Código de la Infancia y la Adolescencia, por procederse por el delito de lesiones personales dolosas y ser el sujeto pasivo una menor de edad: *“4. No procederá el subrogado penal de Suspensión Condicional de la Ejecución de la Pena, contemplado en el artículo 63 del Código Penal.”*

El Juzgado Promiscuo Municipal de Santa Bárbara Antioquia resolvió ese punto en la sentencia, decidió no aplicar la prohibición y en su lugar, concedió la suspensión condicional de la ejecución de la pena privativa de la libertad por un periodo de prueba de dos años a Lizeth Johana Vera Bedoya.

El recurrente cuestionó este punto, pero solo se limitó a indicar que se debe aplicar la prohibición del Código de la Infancia y la Adolescencia por que prima el principio interés superior del menor. No agregó ningún argumento especial o de peso que lleve a la Sala a modificar la decisión. Veamos:

La Sala escuchó con detenimiento la prueba practicada en juicio, a fin de determinar con la información allegada por los testigos, si la procesada tenía conocimiento previo sobre la minoría de edad de la víctima. Lo anterior debido a que la Sala de Casación penal de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SP2195-2022 Radicado N°596016, reiteró lo siguiente sobre la previsión del artículo 199 del C.I.A.:

(...) Cuando se esté ante la comisión de los delitos de «homicidio o lesiones personales, bajo modalidad dolosa, los atentatorios de la libertad, integridad y formación sexuales, o secuestro», se restringe cualquier concesión de subrogados o sustitutos penales si la víctima es menor de edad.

Ahora, aunque podría entenderse que la mentada prohibición es plenamente operante solo con la constatación objetiva de la minoría de edad del sujeto pasivo de la acción penal, lo cierto es que no es así.

En efecto, en el derecho penal está proscrita la responsabilidad objetiva o la responsabilidad por la mera producción del resultado. Por ende, para aplicar la referida restricción normativa es forzoso comprobar que el sujeto activo tenía conocimiento previo sobre esa minoría de edad o que ella era evidente o fácilmente constatable.

De no verificarse ello, su empleo es manifiestamente equivocado.
(...)

Por consiguiente, al funcionario judicial le corresponde examinar la situación concreta a efectos de constatar si el inculcado tenía el conocimiento previo o potencial de la edad de la víctima. De allí que, si no se comprueba esa consciencia en torno a que se estaba atentando contra la vida e integridad de un menor de edad, la referida limitante no puede operar y la situación habrá de analizarse a la luz de las disposiciones contenidas en el Código Penal.” (negritas y subrayas propias)

Del testimonio de la menor C.G., y de la prueba de la defensa se advierte que los sujetos del hecho eran conocidas de “vista”, es decir, C.G. y Lizeth Johana Vera Bedoya no tenían ningún tipo de relacionamiento que llevara a la procesada a tener conocimiento sobre la edad de la víctima. Además, como lo dijeron las testigos Eliana María Corrales¹ y Mónica Lorena Vera Bedoya², la menor C.G. tiene apariencia de mujer mayor, y mantenía en establecimientos de comercio hasta altas horas de la noche, datos que concuerdan con el dicho de la procesada, para finalmente indicar que desconocía que la víctima era menor de edad.³

De la información aportada en juicio se desprende que la menor aparentaba ser una mujer adulta, dato que no fue cuestionado por la fiscalía ni por el representante de víctimas.

¹ Record 01:80:30 en adelante, sesión de juicio oral del 24 de abril de 2023.
“0033ContinuacionJuicioOral2022-00165”

² Record 01:29:00 en adelante. Ibídem.

³ Record 01:41:50 en adelante. Ibídem.

Por tanto, del debate en juicio no fue posible constatar que la procesada tuviera conocimiento previo de la edad de la víctima, al no comprobarse el conocimiento en torno a que se estaba atentando contra la integridad de una menor de edad, la prohibición solicitada no puede aplicarse. En este caso se debe analizar la procedencia del subrogado según las disposiciones del Código Penal.⁴

De forma que acertó el Juez de primera instancia. No es aplicable la prohibición del artículo 199 de la Ley 1098 de 2006, y como la pena privativa de la libertad impuesta es inferior a los 4 años de prisión y la procesada no registra antecedentes penales, se debe conceder la suspensión condicional de la ejecución de la pena de prisión, ya que se reúnen las exigencias del artículo 63 del Código Penal.

Por otro lado, no es posible aplicar la pena del artículo 114 del Código penal como lo sugirió el recurrente, la calificación jurídica acusada por la fiscalía y por la que fue condenada por el Juzgado Promiscuo Municipal de Santa Bárbara Antioquia fue por los artículos 111, 112 inciso 2º, 113 inciso 2º del Código Penal.

Sin necesidad de más consideraciones, se confirmará íntegramente la decisión recurrida.

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

⁴ Así lo indicó la Sala de Casación Penal en sentencia SP3955-2021, radicado N.º 59206 del 8 de septiembre de 2021.

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

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: **e70a91fd5f82b63d597903ac0319c01dbf09a072d4fa18ee0dfda7e18f410d9e**

Documento generado en 27/09/2023 02:26:25 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, veintisiete (27) de septiembre de dos mil veintitrés (2023)

Radicado : 2022-1722-4
Sentencia (Ley 906) - 2ª Instancia.
CUI : 05 001 60 00000 2022 00171
Acusados : Angie Carolina Arenas López
Delito : Tráfico, fabricación o porte de
estupefacientes y otro
Decisión : Confirma sentencia.

Proyecto discutido y aprobado en sesión de la fecha,
mediante Acta No. 343.

M.P. Isabel Álvarez Fernández

1. ASUNTO

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación que interpusiera la defensa de la señora ANGIE CAROLINA ARENAS LÓPEZ, frente a la sentencia proferida el 10 de octubre de 2022 por el Juzgado Cuatro Penal del Circuito Especializado de Antioquia y a través de la cual se declaró a PAULA ANDREA VERA VERGARA y ANGIE CAROLINA ARENAS penalmente responsables por la comisión de las conductas punibles de Concierto para delinquir agravado en concurso heterogéneo con el punible de Tráfico, Fabricación o Porte de Estupefacientes y se les condenó a la pena de cincuenta (50) meses de prisión, multa de mil trescientos cincuenta y dos (1352) S.M.L.M.V. e inhabilitación para el ejercicio de derechos y

Nº Interno : 2022-1722-4
Sentencia (Ley 906) – 2ª Instancia.
CUI : 05 001 60 00000 2022 00171
Acusados : Angie Carolina Arenas López y otra
Delito : Tráfico, Fabricación y porte de
Estupefacientes y otro

funciones públicas por el mismo término de la pena privativa de la libertad, en virtud del preacuerdo logrado entre la Fiscalía y la Defensa de las procesadas.

Se les denegó el subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria como cabezas de familia, decisión última que fue el objeto del recurso de alzada respecto de la procesada ANGIE CAROLINA ARENAS LÓPEZ.

SÍNTESIS DE LOS HECHOS

Se desprende de la sentencia de primera instancia que, mediante labores investigativas adelantadas por la Fiscalía General de la Nación, se estableció que en el Municipio de la Ceja (Ant.) operaba una organización criminal conocida como “Los de Bello”, grupo delincuencia que se dedicada principalmente a la comercialización del tráfico de estupefacientes. Dentro de las actividades de investigación se logró identificar a un grupo de personas que formaban parte de la estructura criminal, entre ellas las señoras ANGIE CAROLINA ARENAS LÓPEZ y PAOLA ANDREA VERA VERGARA quienes se dedicaban al expendio de alucinógenos en dicha localidad.

RESUMEN DE LO ACTUADO

Ante el Juez de control de garantías el 20 de agosto de 2021, se imputaron cargos a ANGIE CAROLINA ARENAS LÓPEZ por los delitos de Concierto para delinquir

N° Interno : 2022-1722-4
Sentencia (Ley 906) – 2ª Instancia.
CUI : 05 001 60 00000 2022 00171
Acusados : Angie Carolina Arenas López y otra
Delito : Tráfico, Fabricación y porte de
Estupefacientes y otro

agravado art. 340 inc. 2° por realizar la actividad con “fines de tráfico” en concurso heterogéneo con el punible de Tráfico, Fabricación o Porte de Estupefacientes, en la modalidad de “venta”, art. 376 inc. 2° C.P., sin que se allanara a los cargos.

Posteriormente, el 23 de febrero de 2022 previo a la instalación de audiencia de formulación de acusación, la Fiscalía manifestó haber llegado a un preacuerdo consistente en que las acusadas aceptarían los cargos por los delitos endilgados, a cambio de que, para efectos punitivos, se les reconociera la figura de la complicidad, pactándose la pena de prisión en cincuenta (50) meses de prisión y multa de mil trescientos cincuenta y dos (1352) SMLV; por tal motivo en la misma fecha se llevó a cabo la audiencia de verificación de preacuerdo. Así entonces, la audiencia de individualización de pena se celebró el 2 de agosto de 2022, en tanto que la lectura de sentencia tuvo lugar el 10 de octubre de 2022.

DE LA SENTENCIA IMPUGNADA

En virtud del preacuerdo al que llegaron las procesadas y la Fiscalía, el Juez *A quo* condenó a las señoras ANGIE CAROLINA ARENAS LÓPEZ y a PAOLA ANDREA VERA VERGARA por los delitos por los cuales fueron acusadas, imponiéndoles la pena pactada y aceptada por ellas en virtud del preacuerdo.

Nº Interno : 2022-1722-4
Sentencia (Ley 906) – 2ª Instancia.
CUI : 05 001 60 00000 2022 00171
Acusados : Angie Carolina Arenas López y otra
Delito : Tráfico, Fabricación y porte de
Estupefacientes y otro

Consideró el *A quo* que en el presente caso las acusadas aceptaron los cargos que se les atribuyeron de forma libre, voluntaria y espontánea, estuvieron debidamente asesoradas por su defensor. Asimismo, advirtió que de los elementos materiales probatorios aportados por el ente acusador se desprendía un conocimiento más allá de toda duda razonable sobre la materialidad de las conductas y la responsabilidad de las procesadas en los delitos endilgados.

Por otra parte, no se les concedió ni el subrogado de la suspensión condicional de la pena, ni la prisión domiciliaria del art. 38 B por expresa prohibición legal (art. 68 A C.P.), y se les negó la prisión domiciliaria como madres cabeza de familia. Con relación a la señora ANGIE CAROLINA ARENAS LÓPEZ explicó el fallador que no se demostró su condición de cabeza de familia, pues de las evidencias aportadas se advirtió que dentro de su núcleo familiar contaba con otras personas para cuidar de su hijo menor, específicamente el abuelo del niño. Adicionalmente, porque la señora ARENAS LÓPEZ figuraba con antecedentes por una conducta dolosa también por el delito de Tráfico de estupefacientes, ya que en el año 2016 un Juzgado de Ejecución de Penas decretó la extinción de la sanción de 32 meses de prisión impuesta dentro del proceso identificado con el CUI 053766100121201680556, por lo que consideró el Juez de primera instancia que de ello se desprendía que poco le interesaba el bienestar de su hijo.

FUNDAMENTOS DE LA ALZADA

La defensa interpuso el recurso de apelación y

N° Interno : 2022-1722-4
Sentencia (Ley 906) – 2ª Instancia.
CUI : 05 001 60 00000 2022 00171
Acusados : Angie Carolina Arenas López y otra
Delito : Tráfico, Fabricación y porte de
Estupefacientes y otro

lo sustentó por escrito, manifestando su desacuerdo con la negación de la concesión de la prisión domiciliaria a la procesada ANGIE CAROLINA ARENAS LÓPEZ. Al respecto argumentó lo siguiente:

- En el presente caso se cumplen con los requisitos exigidos por la jurisprudencia para conceder el sustituto de prisión domiciliaria.

- El Juez desconoció los EMP presentados por la defensa, lo cuales dieron cuenta que, si bien su prohijada tenía un padre que convive con ella, se trata de una persona de 54 años que trabaja como conductor y no está en posibilidad de hacerse cargo del hijo de tres años de su defendida, ni tampoco de los hermanos de ésta, también menores, quienes tienen 7 y 12 años, toda vez que ANGIE era quien se encargaba de la crianza, educación y necesidades de los niños.

- El padre de su defendida debe trabajar todos los días de la semana desde tempranas horas y llega a casa solo en la noche o incluso el día siguiente.

- El Juez no realizó una ponderación del caso en particular, donde los intereses de la sociedad respecto de la ejecución de la pena, deben ceder ante los derechos de los niños que se encuentran a cargo de la persona que ha sido condenada, y en este caso, su defendida es la única que puede cuidar de su hijo y de sus hermanos menores.

N° Interno : 2022-1722-4
Sentencia (Ley 906) – 2ª Instancia.
CUI : 05 001 60 00000 2022 00171
Acusados : Angie Carolina Arenas López y otra
Delito : Tráfico, Fabricación y porte de
Estupefacientes y otro

- El Juez no valoró en conjunto los EMP presentados por la defensa y simplemente se adujo que su defendida ya había sido condenada con anterioridad por un delito doloso, desconociendo el interés de su hijo menor. Además, porque el antecedente al que se refirió el *A quo*, reporta una sanción que fue del año 2016, lo que implica que ya transcurrieron 5 años tal y como lo exige el art. 69 del CP, adicionalmente ese antecedente no fue demostrado por la Fiscalía en la audiencia del 447 del CPP.

Por lo anterior, solicitó que se revocara parcialmente la decisión de primera instancia y que se le concediera a su defendida la prisión domiciliaria como madre cabeza de familia.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Es competente esta Corporación para desatar el recurso interpuesto por la defensa de la acusada, de conformidad con lo previsto en los artículos 34 numeral 1°, 176, inciso final y 179, Ley 906 de 2004, dentro de los límites fijados por el objeto de la impugnación.

Del escrito de sustentación del recurso de alzada presentado por el defensor de la acusada, se advierte que, en su calidad de único sujeto procesal recurrente, cuestionó la decisión de primera instancia sólo en lo que respecta a la no

N° Interno : 2022-1722-4
Sentencia (Ley 906) – 2ª Instancia.
CUI : 05 001 60 00000 2022 00171
Acusados : Angie Carolina Arenas López y otra
Delito : Tráfico, Fabricación y porte de
Estupefacientes y otro

concesión del sustituto de la prisión domiciliaria como cabeza de familia, a la procesada ARENAS LÓPEZ.

Al respecto, la Ley 750 de 2002, consagró el mecanismo sustitutivo de la prisión domiciliaria para el condenado que ostente la calidad de madre o padre¹ cabeza de familia, esto con el fin de proteger a los menores de edad que dependen enteramente de quien resulte condenado o condenada, pero también como respaldo de otras personas bajo su cargo que por su edad o por problemas graves de salud, sean incapaces o estén incapacitadas para trabajar, (CSJ SP 4945-2019, rad. 53863 de 13-11-2019), y que, por lo tanto, como consecuencia de un fallo condenatorio queden abandonados a su propia suerte. Así entonces, dispuso la Ley que la ejecución de la pena privativa de la libertad tendría lugar en el domicilio de quien fuera sentenciado siempre y cuando se cumplieran los siguientes requisitos:

a) Que quien la solicite sea madre o padre cabeza de familia, entendiéndose como tal y de acuerdo con el artículo 2 de la norma, aquél que siendo soltero o casado, tuviera bajo su cargo económica o socialmente, en forma permanente, hijos menores propios o de otras personas incapaces o incapacitadas para trabajar, ya sea por ausencia permanente o incapacidad física, sensorial, psíquica o moral del cónyuge o compañero permanente o deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros del núcleo familiar;

¹La sentencia C-184 de 2003, hizo extensivo el beneficio de la prisión domiciliaria a los padres cabeza de familia.

N° Interno : 2022-1722-4
Sentencia (Ley 906) – 2ª Instancia.
CUI : 05 001 60 00000 2022 00171
Acusados : Angie Carolina Arenas López y otra
Delito : Tráfico, Fabricación y porte de
Estupefacientes y otro

b) Que el delito endilgado no se trate de genocidio, homicidio, delitos contra las cosas o personas y bienes protegidos por el derecho internacional humanitario, extorsión, secuestro, o desaparición forzada;

c) Que no registre antecedentes penales; y

d) Que el desempeño personal, laboral, familiar o social del procesado permita a la autoridad judicial competente determinar que no se pondrá en peligro a la comunidad o a las personas a su cargo, hijos menores de edad, o hijos con incapacidad mental permanente.

Queda claro entonces que la citada Ley busca la protección integral del menor, pues a decir de la Corte², más que el suministro de los recursos económicos para el sustento del hogar, lo importante es el cuidado integral de los niños, esto es, la protección, afecto, educación, orientación, etc., pero debe demostrarse, eso sí, que quien sufre la condena, estaba al cuidado de sus hijos antes de la privación de su libertad, situación que se extiende a las personas dependientes en el seno del hogar, al punto que pueda asegurarse que este hecho determinó el abandono, la exposición y el riesgo inminente para aquéllos.

Para el reconocimiento de tan caro instituto no basta entonces con acreditar la condición biológica de padre o madre de familia, sino que es preciso que se demuestre, que la

²Ibídem.

Nº Interno : 2022-1722-4
Sentencia (Ley 906) – 2ª Instancia.
CUI : 05 001 60 00000 2022 00171
Acusados : Angie Carolina Arenas López y otra
Delito : Tráfico, Fabricación y porte de
Estupefacientes y otro

persona de quien se predica la circunstancia, ostenta la condición jurídica de cabeza de familia, esto que, que era el único soporte afectivo, económico y emocional de los menores, y que no contaba dentro de su grupo familiar con otras personas que pudieran hacerse cargo de las necesidades de todo orden de los niños; sin embargo en el caso concreto, a partir de los elementos aportados por la defensa, se establece que ANGIE CAROLINA ARENAS LÓPEZ no era el único sustento afectivo, económico y moral de su hijo menor hijo de 3 años D.A.L. ni de sus hermanos A.A. y E.A. de 7 y 12 años, respectivamente.

Al respecto, en criterio de la defensa, la condición de cabeza de hogar de la procesada se demostró con el registro civil de nacimiento del menor D.A.L., el certificado de estudio de la procesada, una cuenta de servicios públicos y las declaraciones extrajuicio rendidas por los señores CARLOS ORLANDO ARENAS –padre de ANGIE CAROLINA–, BIBIANA FARLEY CARDONA RIOS y ROBINSON VILLADA FLÓREZ – conocidos de la procesada–.

Sin embargo, la Sala coincide con el *A quo* al considerar que, aunque dichos documentos demuestran la relación filial de la procesada con su hijo D.A.L., no acreditan que se dé el requisito de la deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros del grupo familiar; pero adicionalmente no se demostró si quiera la relación con los menores A.A. y E.A. más allá del dicho del señor CARLOS ORLANDO quien afirmó que su hija ANGIE CAROLINA también se hacía cargo del cuidado de sus hermanos menores, es más, en las declaraciones que

N° Interno : 2022-1722-4
Sentencia (Ley 906) – 2ª Instancia.
CUI : 05 001 60 00000 2022 00171
Acusados : Angie Carolina Arenas López y otra
Delito : Tráfico, Fabricación y porte de
Estupefacientes y otro

rindieran BIBIANA FARLEY y ROBINSON a pesar de decir que conocían por más de una década a la sentenciada, nada refirieron con relación a que, además de su hijo también velara por la protección de otros menores.

De acuerdo con el recurrente su prohijada es la única persona que se puede encargar de la crianza, cuidado y vigilancia de su hijo y hermanos menores de edad, toda vez que su padre, el señor CARLOS ORLANDO es la persona con la que convive ANGIE CAROLINA y debe trabajar como conductor de lunes a sábado entre las 5:00 a.m. hasta altas horas de la noche o incluso hasta el siguiente día. Circunstancias que, si bien fueron confirmadas por el progenitor de la sentenciada mediante declaración extrajuicio, de ello se deriva como lo dijo el Juez de primera instancia que en efecto los menores cuentan con un padre y abuelo que puede hacerse cargo de su protección integral.

Pero es que adicionalmente, llama la atención de esta Magistratura la insistencia del recurrente cuando advierte sobre la larga jornada laboral del señor CARLOS ORLANDO que obliga a ANGIE CAROLINA a permanecer en casa prácticamente las 24 horas para hacerse del cuidado de su hijo y de sus hermanos, cuando del mismo certificado de estudio de la señora ARENAS LÓPEZ se desprende que aquella estudiaba en el centro de idiomas *STEP by STEP* un curso de inglés en jornada semi intensiva los días lunes, martes y jueves entre las 6:00 a 8:00 p.m., es decir, en un tiempo por fuera de la jornada escolar de cualquier menor; por lo tanto, inquieta quién se quedaba a cargos

N° Interno : 2022-1722-4
Sentencia (Ley 906) – 2ª Instancia.
CUI : 05 001 60 00000 2022 00171
Acusados : Angie Carolina Arenas López y otra
Delito : Tráfico, Fabricación y porte de
Estupefacientes y otro

de los niños durante ese tiempo, si el padre de ANGIE se encontraba trabajando.

Pero, además, tampoco resulta creíble que la hoy condenada en efecto viviera con su progenitor, toda vez que para el momento de la comisión de la conducta punible aquella fue capturada en el Municipio de la Ceja (Ant.) en una vivienda familiar localizada en la carrera 23 21-67, que era donde se dedicaba al expendio de estupefacientes, inmueble en la que según los testigos e informes de policía, vivía con dos hermanas más y la madre de aquella, de donde se puede concluir que tanto el hijo como los hermanos menores de ANGIE CAROLINA, cuentan con un amplio núcleo familiar que puede brindar respaldo no solo económico, sino especialmente psicoemocional a los menores.

Así entonces, razón asistió al Juez de primera instancia, cuando advirtió que se debía demostrar que la señora ARENAS LÓPEZ era la única persona que podía velar por el cuidado integral de su hijo y hermanos –de estos últimos, respecto de quienes ni siquiera se respaldó documentalmente el vínculo consanguíneo–, pues de los elementos de convicción traídos a este proceso, no se da cuenta que los niños se encuentren en situación de riesgo o de abandono con ocasión de la privación de la libertad de su la madre y hermana, máxime que del expediente se desprende que en el sitio donde la procesada vendía el estupefaciente habitaban dos adolescentes que eran hijos de las hermanas de la procesada, pero en ningún momento se menciona que allí habitara D.A.L. o hermanos menores de

N° Interno : 2022-1722-4
Sentencia (Ley 906) – 2ª Instancia.
CUI : 05 001 60 00000 2022 00171
Acusados : Angie Carolina Arenas López y otra
Delito : Tráfico, Fabricación y porte de
Estupefacientes y otro

ANGIE CAROLINA.

Si bien es cierto, en este tipo de situaciones debe prevalecer el interés superior del menor, también lo es, tal y como lo ha dicho la H. Corte Suprema de Justicia (CSJ SP 3738-2021, rad. 57905 de 25-08-2021) que:

Respecto a la prevalencia del interés superior del menor, es importante recordar que su observancia no releva al juez de verificar el cumplimiento de los requisitos consagrados por el legislador en relación con el sustituto de la prisión domiciliaria por la condición de padre cabeza de familia, en tanto, no existen derechos absolutos.

Conforme a lo dicho hasta el momento, tal y como acertadamente lo sostuvo el *A quo*, se estableció que ANGIE CAROLINA ARENAS LÓPEZ no es el único soporte de su hijo D.A.L., ni menos aún de sus hermanos menores de edad, en tanto de lo acreditado en la actuación, se establece que los menores cuentan con una familia extensa que puede hacerse cargo de sus necesidades económicas, emocionales y morales. En esas circunstancias, es claro que como lo concluyera la primera instancia, no se satisface el presupuesto de la deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros del grupo familiar, y por ello en el caso concreto, resulta imperioso predicar, como con acierto lo hiciera el *A quo*, que ANGIE CAROLINA ARENAS LÓPEZ no ostenta la condición jurídica de madre cabeza de familia y en por ello, no era dable concederle el sustituto penal de la prisión domiciliaria.

N° Interno : 2022-1722-4
Sentencia (Ley 906) – 2ª Instancia.
CUI : 05 001 60 00000 2022 00171
Acusados : Angie Carolina Arenas López y otra
Delito : Tráfico, Fabricación y porte de
Estupefacientes y otro

Por manera que, es la confirmación íntegra de la sentencia impugnada, la decisión que se impone para esta Magistratura en el presente evento, acorde a los planteamientos que fueron objeto de análisis en líneas precedentes.

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

FALLA

PRIMERO.- SE CONFIRMA íntegramente la sentencia condenatoria proferida por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Especializado (Ant.) , de fecha de 10 de octubre de 2022, en contra de los señoras **ANGIE CAROLINA ARENAS LÓPEZ** y **PAULA ANDREA VERA VERGARA**, según las razones consignadas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO.- Contra esta decisión procede el recurso extraordinario de casación, el cual deberá ser interpuesto dentro de los cinco (5) días siguientes a la última notificación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 98, Ley 1395 de 2010. Una vez surta ejecutoria la presente decisión, **SE DISPONE** que, por la Secretaría de la Sala, se proceda con la remisión de las diligencias ante el Juzgado de origen, a fin que sean destinadas para lo concerniente a la fase ejecutiva de la condena.

N° Interno : 2022-1722-4
Sentencia (Ley 906) – 2ª Instancia.
CUI : 05 001 60 00000 2022 00171
Acusados : Angie Carolina Arenas López y otra
Delito : Tráfico, Fabricación y porte de
Estupefacientes y otro

Quedan las partes notificadas en estrados.

CÚMPLASE.

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

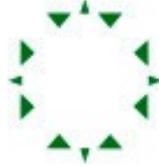
Rene Molina Cardenas
Magistrado
Sala 005 Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

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: **3e1c9662f20ce32b0cd017faa06df38b573c522a03e72ddfa76fe53d6a7be3f9**

Documento generado en 27/09/2023 06:14:55 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 DE DECISIÓN

Medellín, doce (12) de octubre de dos mil veintitrés

Magistrado Ponente
RENÉ MOLINA CÁRDENAS

Aprobado en Acta N° 97 del 26 de septiembre de 2023

Proceso	Penal
Instancia	Segunda
Apelante	Fiscalía
Tema	Evaluación conjunta de la prueba.
Radicado	05031 61 00000 2019 0004 (N.I. 2021-133-4-5)
Decisión	Revoca y condena

ASUNTO

La Sala resolverá el recurso de apelación interpuesto por la fiscalía en contra de la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Promiscuo Municipal de Amalfi -Ant.

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

HECHOS

Hecho uno:

Entre el 6 y 9 de mayo de 2017 el señor John Jairo Londoño Gaviria fue objeto de exigencias extorsivas por parte de sujetos que se presentaron como integrantes de la agrupación criminal Clan del Golfo. Le requirieron la suma de cincuenta millones de pesos bajo la amenaza de atentar contra su familia. En la primera fecha dos sujetos que vestían prendas militares se presentaron a su finca – La primavera- ubicada en la vereda las ánimas del municipio de Amalfi, realizando dicha exigencia, por intermedio de su hijo Homero, ya que la víctima se ocultó, al interior de la vivienda.

En los días siguientes la misma exigencia se hizo por intermedio de su sobrino Diego Londoño quien recibió una llamada del número celular 319 7093512. El 9 de mayo la víctima recibió directamente una llamada del mismo número celular, con el mismo motivo pero esta vez le redijeron la cifra de la exigencia a treinta millones de pesos. Más adelante recibió otra llamada reajustando la suma a treinta y cinco millones de pesos bajo la amenaza de parar un vehículo de su propiedad.

Por labores de policía judicial se pudo establecer que Jhony Sepúlveda Zapata y Edison de Jesús Zapata Hernández estaban entre las personas que realizaron las tareas para concretar la extorsión. Jhony Sepúlveda dispuso de la persona que realizó concurrió a la finca, le suministró la vestimenta para hacerlo y realizó llamadas extorsivas. Zapata Hernández transportó a quien fue a la finca de vuelta al municipio de Amalfi conociendo de la actividad ilegal que se llevaba a cabo.

Hecho dos:

El 25 de julio de 2017, siendo la 3:30 p.m. cuando Wilmar de Jesús Montoya Vásquez se desplazaba en una camioneta acompañado de su hermano y

un trabajador, transportando 434 gramos de oro, en un trayecto de la vía que conduce de Anorí al municipio de Amalfi, fue interceptado por tres hombres armados quienes, para propiciar la detención del vehículo obstaculizaron la carretera con un tronco de árbol, lo que hizo que los ocupantes del carro tuvieran que detener la marcha y bajarse e inmediatamente fueron abordados por tres sujetos que le reclamaron el oro. Para someterlos les amenazaron con las armas e hicieron disparos al piso y al aire, hasta que lograron apoderarse del oro avaluado en 35 millones de pesos. Finalmente los asaltantes emprendieron la huida en dos motos y en una camioneta Duster.

Por labores de policía judicial se pudo establecer que entre las personas que cometieron el delito se encontraban Jhony Sepúlveda Zapata y Edison de Jesús Zapata Hernández. Jhony Sepúlveda decidió quién sería la víctima y cuál sería el objeto del hurto y participó en la fase ejecutiva y consumativa del delito. Édison Zapata estuvo en el lugar con otras dos personas con quienes tumbó “el palo” que atravesaron en la vía para lograr que la víctima se detuviera, amenazaron y amarraron a las víctimas y le hurtaron el oro.

LA SENTENCIA

El 2 de septiembre de 2020, luego de finalizada la audiencia de juicio oral y de conformidad con el sentido de fallo anunciado, la señora Juez Promiscuo Municipal de Amalfi- Antioquia, profirió fallo absolutorio en favor de los delitos de tentativa de extorsión y hurto calificado por los que fueron acusados.

A efectos de soportar su decisión la Juez adujo que: “ En el primer evento ocurrido del 6 de mayo de 2017, a eso de las 8:00 de la noche en la Vereda las Animas, en el testimonio del señor John Jairo Londoño Gaviria, manifestó en reiteradas ocasiones que no reconoció a ninguna de las personas que

visitaron su residencia, que las llamadas recibidas era de una persona con acento costeño, además, quien atendió a los sujetos esa noche fue su hijo Homero Londoño, testigo del cual, desistió la Fiscalía." (sic)

Agrego que: " que el testigo JORGE ELIECER PACHECO GONZALEZ, fue quien incriminó en los actos de extorsión a Jonny Sepúlveda y a Edison de Jesús, refiriendo que el primero de ellos, fue quien le encomendó la tarea de realizar la extorsión y el segundo quien lo transportó en su vehículo para desplegar esta actividad delictiva, sin embargo, se encuentra inconsistencia en su relato, el cual, no fue claro, al señalar que no conocía al vereda, que no conocía a la persona que iba a extorsionar, la relación que tuvo con Jonny para acordar la extorsión y los ofrecimientos dados, el desplazamiento a la vereda quien inicialmente manifestó que lo recogieron en un vehículo y después indicó que se trasladó caminando, cuando concluyendo finalmente que no recuerda bien los hechos." (...)“ En ese orden, se restó credibilidad a este testimonio por las inconsistencias antes anotadas y por la poca claridad en la participación de los procesados en este acto.”

En relación con la identificación de los acusados señaló que: " Pese a que fueron allegados los reconocimientos fotográficos, si es de anotar, que no fueron introducidos los álbumes fotográficos, donde se pudiera constatar que efectivamente las personas señaladas por el testigo correspondieran a los ciudadanos procesados, es decir, que esta prueba documental careció de fuerza para que en el momento de su valoración tuviera peso e importancia relevante.”

Finalmente señaló que sobre los actos de investigación realizados por el investigador del Policía judicial "son indicios mas no prueba de con fuerza y no suma para desvirtuar la inocencia de los procesados.”

En relación con el delito de Hurto, especialmente sobre la declaración de la víctima estimó la sentencia "aludió que conoció a las personas por el vehículo, por el porte, pero no les vio el rostro, porque tenían puestas

pasamontañas y guantes, afirmó que reconoció a Jonny y a pinocho quien se llama Edison, en este sentido, no hay certeza que quien participó en este hecho fuera el señor Edison de Jesús Zapata Hernández, porque en el dicho del señor Wilmar de Jesús, no le vio el rostro a ninguna de las personas que le hurtaron sino que deduce que fuera Edison de Jesús, testimonio que no es suficiente que logre desvirtuar la inocencia del procesado.”

IMPUGNACIÓN

En contra de esta decisión la fiscalía interpuso y sustentó oportunamente recurso de apelación en vía de obtener la revocatoria de la absolución y la consecuente condena de los acusados.

En relación con el delito de Tentativa de extorsión presentó las siguientes inconformidades con la sentencia de primera instancia.

Aduce que no se pretende afirmar que el testigo John Jairo Londoño hubiere reconocido a quienes fueron hasta su finca a extorsionarle. Lo que destaca de este testigo es que las llamadas las recibió desde el número 3117896184.

A propósito de la valoración del testigo Jorge Eliecer Pacheco González, Resala que la Juez “desconoce flagrantemente, como indica el testigo, que fue abordado por el señor Jonny y ante las precarias condiciones económicas este le entrega un mercado y le ofrece un trabajo como él lo indica, explicándole posteriormente cuál era el trabajo, indicándole cuál sería su participación en la conducta y cómo lo equipo para la comisión de la misma, así mismo cómo indico el testigo que prestó su teléfono al señor Jonny para que realizara las llamadas extorsivas a la víctima, teléfono cuyo abonado celular era el 3117896184”

En relación con el delito de Hurto calificado el apelante destacó los siguientes aspectos a propósito de la valoración de la primera instancia:

Objeta que se descarte el valor de la declaración de la víctima por el hecho de que los asaltantes iban encapuchados. Destaca que el testigo dio cuenta de por qué pudo reconocer a los asaltantes a pesar de esa circunstancia, sin que la Juez valorara esos aspectos adicionales que permitieron el reconocimiento. Resalta que la sentencia no relacionó el contenido de esa declaración con el testimonio de Jorge Eliecer Pacheco en lo que informó del Hurto. El apelante transcribe un fragmento de este testimonio que coincidiría con lo expuesto por la víctima.

Además, reprocha que la sentencia diere relevancia a que no se llevaron los álbumes fotográficos usados en los reconocimientos fotográficos, sin detenerse en el hecho de que tal elemento de juicio no es imprescindible para efectos de la identificación, siendo relevante para efectos investigativos.

La defensa de Édison Zapata se pronunció en el traslado de la apelación de la fiscalía.

Solicitó declarar desierto el recurso por indebida sustentación.

Igualmente solicitó conformar la sentencia absolutoria. Alegó que la sentencia fue correcta al apreciar el testimonio de la víctima de la extorsión John Jairo Londoño pues esta persona no reconoció a quienes le extorsionaron. Destaca que según su versión quien le hacía las llamadas era una persona de acento costeño, por lo que no pudo haber sido su defendido sino la persona que aceptó su responsabilidad en los hechos, el testigo Jorge Eliecer Pacheco.

Sobre este testigo aduce que actuó de forma autónoma y que el señalamiento fue aislado dado que se limitó a informar que se trataba de alguien con el alias de pinocho. Alega que Jorge Eliecer Pacheco “demostró ser una persona de no creíble, además de no ubicarse en tiempo, modo y lugar, no recordar fecha de los hechos, ni la vereda, quien era la

víctima, y es que bien lo hizo la Juzgadora, ya que una persona que haya sido sancionado en estos hechos, con que moral, credibilidad, y atención viene a acusar a mi representado.”

Alega que la versión del policía judicial Carlos Alberto Holguín no sirvió sino para demostrar que el acusado fue detenido el 25 de julio de 2017 por unos hechos en que él no participó en los que él recobró su libertad, tal y como se demostró con el testigo de la defensa Gonzalo Piedrahita. Señala que el testigo no pudo determinar a qué grupo criminal quiso ser involucrado su defendido pues “que inicialmente se decía que se habían identificado como del ejército, luego dicen en otras labores investigativas que eran del clan del Golfo y por último el investigador dice que pertenecen a una banda criminal de nombre los nevados”

En relación con el testimonio de la víctima del hurto Wilmar Montoya alega que “la falladora, tomó la decisión más acertada al absolver a mi representado de ambos cargos, pues no se puede condenar, cuando no hay certeza de quien fue el que cometió el hurto, pues véase como el mismo señor Wilmar Montoya, manifiesto que no los reconoció por su cara, que solo los reconoce, por su caminado y su voz, sin haber un reconocimiento facial, pues es como decir hacer un reconocimiento fotográfico solo con el cuerpo, sin ver la cara, pues carece de toda fuerza probatoria, cuando incluso no se incorporó con el testigo reconocimiento fotográfico”

CONSIDERACIONES

La defensa de Édison Zapata pretende que se declare que el recurso no fue sustentado de forma adecuada. Sin embargo, se opone con referencias probatorias a los alegatos del apelante lo que de por sí descarta su pretensión. La apelación sí confrontó, de forma incluso detallada, la sentencia de primera instancia, por lo que se conocerá de fondo el recurso presentado por la fiscalía.

La Sala anuncia desde ya la revocatoria de la sentencia impugnada, por las razones que a continuación se exponen:

Le asiste razón a la fiscalía en sus objeciones a la sentencia de primera instancia. De forma general, la Juez no valoró la prueba allegada a juicio oral de conformidad con los criterios previstos en los artículo 380 y 404 del C.P.P. La prueba fue evaluada de forma aislada en contra de la regla que ordena su evaluación conjunta. Veremos ahora puntualmente las falencias de la sentencia. Como se trata de dos delitos que fueron cometidos en distintas circunstancias de tiempo, modo y lugar, se hará el examen separado de cada evento.

De la responsabilidad penal de los acusados en el delito de tentativa de extorsión.

La Juez no tuvo en cuenta la correspondencia entre lo expresado por la víctima y la relevante declaración de Jorge Eliecer Pacheco. A propósito, la Juez no valoró adecuadamente el hecho de que este sujeto manifestó abiertamente haber sido participe de las actividades que llevaron a la solicitudes extorsivas de las que dio cuenta el mismo declarante en coincidencia con lo expuesto por la víctima. Además que fue condenado por estos mismos hechos.

Jorge Eliecer Pacheco¹ expresó que efectivamente acudió por instrucciones de Jonny, y ante la precaria situación económica que vivía por esos días, a una finca con el fin de extorsionar al señor de una finca por la suma de cincuenta millones de pesos. Contó que las cosas no salieron como planearon ya que no los atendió el señor que iba a ser extorsionado sino su hijo. El testigo indicó correctamente el año en que esto sucedió y con su

¹ Testimonio de Jorge Eliecer Pacheco segunda grabación de la sesión de juicio oral del 17/06/2020 registro 9:32 en adelante.

declaración anterior se pudo establecer que tal suceso ocurrió el 6 de mayo de 2017.

Véase que en todas estas circunstancias el testigo, participe de la extorsión, coincidió con la víctima², quien contó que efectivamente esa era la suma inicialmente exigida, que fue en una finca del municipio de Amalfi y que él mismo no recibió a los extorsionistas, sino que lo hizo su hijo.

Tan específicos detalles de los que dio cuenta la víctima no podían ser conocidos por cualquier persona que no tuviere una posición privilegiada en el curso de los acontecimientos, como lo era la del testigo, participe de las actividades extorsivas, Jorge Eliecer Pacheco. La Juez no tuvo en cuenta tan evidentes y dicientes circunstancias, no se detuvo en su ocurrencia y por supuesto tampoco en su análisis. Se limitó a destacar que el testigo John Jairo Londoño no podía reconocer a quienes acudieron a su finca a realizar las exigencias, aspecto apenas obvio de la que también dio cuenta la víctima, como si tal aspecto diera por terminado el análisis individual y conjunto de la prueba.

En su lugar recalcó aspectos intrascendentes o irrelevantes en la declaración de Pacheco. Que el testigo no conocía la persona a quien iba a extorsionar. No se comprende qué trascendencia jurídica o fáctica tiene tal circunstancia. La tipicidad del delito no requiere que los extorsionistas conozcan a su víctima. El hecho de que no se conozca la víctima no tiene relevancia probatoria, en este evento, para determinar la responsabilidad penal de los partícipes. La misma irrelevancia jurídica y fáctica tiene el

² Segunda sesión de juicio oral 17 /06/2020 registro 44:48 y siguientes. La defensa alega que no se usó de forma técnica la declaración anterior. Se verificó en el registro que, ante la afirmación del testigo de no recordar la fecha de la extorsión, el fiscal dispuso su uso para refrescar memoria. El testigo manifestó no saber leer. La defensa del acusado Jhony Sepúlveda expresó que ante esta situación correspondía al fiscal dar lectura a la declaración y que sobre ello no había ningún inconveniente. El defensor de Édison estaba justo al lado en la misma cámara activada y guardó silencio y no se opuso ante la intervención de su colega. El testigo reconoció su firma- que fue exhibida en el cámara- y el fiscal leyó la fecha de la declaración y expresó a la audiencia que leería la declaración y que con base en ello le haría algunas preguntas. Los defensores no se opusieron a tal procedimiento. Al finalizar la lectura el declarante manifestó: “sí eso fue así” . El fiscal continuó con el interrogatorio, la bancada de la defensa conainterrogó sobre todos los aspectos de consideró pertinentes. El mismo procedimiento se hizo con la declaración anterior del 10 de julio de 2017 ante otra respuesta del testigo quien dijo no recordar unos números telefónicos.

hecho de que el testigo no conociera previamente la vereda donde ocurrió la extorsión.

Ahora, la Juez resaltó que el testigo no fue claro y se contradijo en si llegó al lugar en carro o caminando. Sobre posibles inexactitudes o contradicciones accesorias en el contenido de un testimonio o entre varios testimonios la Jurisprudencia señala su intrascendencia frente a la consistencia y coherencia en los aspectos esenciales.³

La Juez agregó sobre la credibilidad de este testimonio “ En ese orden, se restó credibilidad a este testimonio por las inconsistencias antes anotadas y por la poca claridad en la participación de los procesados en este acto”

Descartadas las “inconsistencia antes anotadas”, se verá que no existió “poca claridad en la participación de los procesados en este acto”.

La participación de Jhony en la extorsión fue establecida con la declaración de Jorge Eliecer Pacheco. Explicó con toda claridad que fue esta persona quien le indicó que le daría un “trabajito”, posteriormente le llamó y le dijo que ya estaba el trabajo en el que le entregó una mochila que tenía en su interior un arma y le contó que iban a extorsionar a un señor por la suma de cincuenta millones de pesos. En estas condiciones no se comprende cuál es la poca claridad que encontró la Juez sobre la participación de Jhony en este delito. De lo narrado por el testigo, se tiene que el acusado no solo consiguió una persona para realizar el delito, sino que fue quien le llevó e indicó el lugar donde lo harían, y la suma que exigirían. También le entregó una mochila con armas. De forma que el testigo dio cuenta de que Jhony

³ CSJ Proceso 33558. 7 de jul. 2010 M.P. A. Ibáñez. “En punto de la credibilidad que se ha de conferir a un testimonio cuando el sujeto que lo rinde incurre en contradicciones consigo mismo o con otros medios de prueba, la Sala ha sido enfática en señalar que, ante inconsistencias irrelevantes o marginales entre varios relatos y coincidencia plena en lo principal, no es posible magnificar aquéllas para restarle crédito al dicho del deponente, sino que, por el contrario, es posible conceder mérito persuasorio a la prueba”.

conocía del delito que iban a cometer, su forma, la exigencia y la víctima, quien efectivamente resultó ser el señor John Jairo Londoño.

La declaración no provino de un tercero ajeno a los hechos, sino de quien participó y fue condenado por ellos. La Juez no explica las razones por las que esta sólida circunstancia no le mereció una valoración de tan confiable fuente.

A propósito de los reproches de la Juez acerca de la individualización del acusado por la circunstancia de que no fue incorporado el álbum fotográficos al reconocimiento llevado a juicio, se observa que el testigo Jorge Eliecer reconoció al acusado en el curso del juicio oral, dio cuenta de su participación en el delito de extorsión y en el de hurto, aunque a este se le acusó en otra actuación. En concreto, cuando fue preguntado si la persona a quien señaló como Jhony estaba en el estrado, respondió: "Tiene una camiseta azul claro la manga tiene rayitas blancas el cuello blanco tiene unos audífonos puestos" A pesar de que el fiscal ni el Juez pidieron que la persona descrita decir su nombre o dejar constancia de quien era la persona señalada, es claro que esa descripción corresponde a quien en la grabación se presentó como Jhony Sepúlveda⁴. Sobre tal aspecto la Juez no tuvo ningún reparo. Incluso su defensor refirió que su cliente fue reconocido por el testigo y reclamó que en esas condiciones era innecesaria la incorporación del reconocimiento fotográfico.

En estas condiciones era completamente irrelevante que no se llevara a juicio el álbum fotográfico que hizo parte de la diligencia de reconocimiento. Como ha resaltado la jurisprudencia, se trata de una labor de la fase de investigación dirigida especialmente a que le fiscalía determine a la persona que habrá posteriormente de acusar. ⁵ De cualquier

⁴ El testigo según se desprende de la grabación podía observar en su cámara al acusado, la descripción de la vestimenta corresponde según la grabación a quien en la presentación de la audiencia se identificó como Johnny Sepúlveda.

⁵ CSJ Penal 45753 29 de abril de 2015 "Para la Corte, lo anuncia de una vez, a pesar de que se verificó que en realidad en la audiencia de juicio oral no se entronizó elemento probatorio alguno referido a la individualización e identificación de la inculpada, se tiene que ello es absolutamente intrascendente, por

modo y dado que el testigo conocía con suficiencia al acusado es claro que no hay razones para demeritar el reconocimiento ya que la diligencia hizo parte de su testimonio. El testigo dijo que la persona que le dio las instrucciones para la extorsión fue a quien él conocía como Jhony y admitió haber realizado una diligencia de reconocimiento fotográfico en contra de esta persona en la cárcel de pedregal.

Lo relevante resulta en que el señalamiento fue certero en juicio oral, de parte de quien dio cuenta de por qué y en qué circunstancias conoció a Jhony Sepúlveda. La sentencia obvió esta clara circunstancia que no deja ninguna duda sobre las razones por las que el testigo señala al acusado, acudiendo al argumento del álbum fotográfico de forma totalmente errada.

En el punto de la responsabilidad de Edison Sepúlveda en la tentativa de extorsión el testimonio de Jorge Eliecer Pacheco también ofrece plena credibilidad. El testigo informó, a parte de las circunstancias ya reseñadas del conocimiento sobre las exigencias económicas, que alias "Pinocho" – Édison Sepúlveda- le transportó luego de ocurridos los hechos hasta donde se encontraba Jhony. Además, en el contrainterrogatorio de la defensa se evidenció el testigo informó abiertamente que alias pinocho conocía de la

cuanto el tópico en mención debe estar lo suficientemente dilucidado en diligencias anteriores a ese acto procesal. En efecto, si bien es cierto que el artículo 128 del Código de Procedimiento Penal del 2004 consagra la obligación para la Fiscalía de "verificar la correcta identificación o individualización del imputado, a fin de prevenir errores judiciales", también lo es que dicha exigencia debe cumplirla desde que inicia investigación. Lo anterior, porque sólo una vez obtenida la debida individualización o identificación del indiciado, puede acudir ante el juez de control de garantías para proponer la realización de algunas audiencias preliminares que así lo demandan. Una de ellas es la de formulación de imputación, regulada en los artículos 286 y ss. de la Ley 906 de 2004, y que en su artículo 288 exige directamente al fiscal que exprese oralmente la "individualización concreta del imputado, incluyendo su nombre, los datos que sirvan para identificarlo y el domicilio de citaciones".

(...)

En esa medida, para la Sala resulta inocua la práctica generalizada en múltiples despachos judiciales del país, de permitir que las partes estipulen probatoriamente lo concerniente a la plena identidad del procesado, puesto que es ese, se repite, un tema que para ese momento ya se agotó, en tanto, fue presupuesto indispensable para celebrar exitosamente las diligencias de imputación y acusación.

De ahí que cuando se afirma que en el juicio oral se aducirá la prueba correspondiente a la responsabilidad del enjuiciado, se parte de un hecho cierto e incontrastable, cual es el que ya está debidamente establecida la plena identidad de la persona inculpada."

extorsión⁶, lo que se reafirma con el hecho de su labor de transporte y se fortalece con el indicio que constituye su posterior participación en el hurto junto con las mismas personas que concurrieron a la extorsión.

Recuérdese que se refiere a que alias "Pinocho" participó con él en el hurto que llevaron a cabo días después, situación que indica que se trataba de uno de los mismos integrantes que también tomó parte de la extorsión transportándolo luego de hacer las exigencias.

En juicio oral, el testigo también señaló a alias "pinocho" de quien dijo, al ser interrogado de cómo estaba vestido, "tiene una camisa blanca tiene negrita tiene como rojo"⁷. Al igual que en el señalamiento del otro acusado, a pesar de que el fiscal ni el Juez pidieron a la persona descrita decir su nombre o dejar constancia de quién era la persona señalada, es claro que es quien, según la grabación en la parte de la presentación de los acusados, corresponde al señalado y se presentó como Edison Zapata Hernández.

En este contexto las labores de verificación de la identidad de los acusados realizados por el investigador Carlos Alberto Holguín⁸ vienen a respaldar los claros señalamientos realizados por el testigo Jorge Eliecer Pacheco, en cuyo número de celular se verificó como contacto a una persona que por esas labores de policía judicial se constató se trataba de Jhony Sepúlveda.

La defensa alega que el testigo actuó de forma autónoma en la exigencia extorsiva y que con el señalamiento pretende perjudicar a los acusados. Tal propuesta fue simplemente especulativa pues nada de ello se probó. No se demostró que el testigo tuviere alguna razón para señalar de forma insidiosa a los acusados involucrándolos sin ninguna razón en la comisión de tan grave delito.

⁶ Registro 2:28:30 sesión del juicio oral del 17/06/2020 segunda grabación

⁷ Registro 51:36 sesión del juicio oral del 17/06/2020 segunda grabación. El testigo según se desprende de la grabación podía observar en su cámara al acusado, la descripción de la vestimenta corresponde según la grabación a quien en la presentación de la audiencia se identificó como Édison Zapata Hernández.

⁸ Sesión de juicio oral del 18/06/2020 registro 34:55 y siguientes.

De la responsabilidad penal del acusado Édison Zapata en el delito de Hurto calificado.

La absolución impartida por la Juez en favor de Edison Zapata alias pinocho, es probatoriamente infundada. Razón le asiste a la fiscalía al reprochar que la Juez descartara la participación del acusado en este delito solo porque las personas que lo cometieron llevaran capuchas en su rostro, sin evaluar íntegramente este testimonio. Y el resto de las pruebas, agrega la Sala.

En efecto, la víctima Wilmar Montoya expresó que entre las personas que los interceptaron, le intimidaron con disparos, los amarraron y le hurtaron oro avaluado en treinta y cinco millones de pesos se encontraba alias pinocho, o alias pan blanco a quien conoce como Edison Zapata. En realidad el testigo admitió que los asaltantes llevaban capuchas. A la Juez le bastó esta circunstancia para absolver al acusado. No valoró que el testigo expresó que a pesar de estar encapuchados, reconoció a esta persona y a Jhony Sepúlveda, otro de los asaltantes. Explicó “Sí, nosotros en ese momento los reconocimos prácticamente a todos.” Y sobre la razón del reconocimiento a pesar del rostro cubierto expresó “Llevo mucho tiempo conviviendo con ellos y en la forma del vehículo, en la forma que los reconocimos por el porte y por todo”.

La defensa contrainterrogó por el mismo punto: “¿Entonces cómo las reconoció si estaban encapuchadas? El testigo explicó : ¿Si a vos te sale el mejor amigo o te sale una persona que la conoces y te puede salir de muchas manera y vos la reconoces?. Luego el testigo explicó que los había reconocido por el físico y por la voz.

Cabe la razón entonces a la fiscalía en el sentido de que la Juez no podía descartar el señalamiento del testigo, acudiendo simplemente al hecho de que los asaltantes estaban encapuchados.

Debía la Juez evaluar las otras respuestas del testigo, que fueron objeto de sus respuestas en punto de percepción y así otorgar una conclusión completa de lo informado por el testigo. En realidad, es posible que una capucha dificulte el reconocimiento de parte de una víctima por parte de quien le ataca. De no ser así no se acudiría a este tipo de prendas al cometer ilícitos. No obstante, puede ocurrir que ese cubrimiento sea insuficiente por distintas razones. En este caso el testigo dijo que conocía los asaltantes previamente, por lo que su físico y su voz le permitió reconocerlos. Hizo especial énfasis en Jhony y alias pinocho -el acusado-. Explicó que los reconocía por que llevaba mucho tiempo conviviendo con ellos.

En verdad, para completar la evaluación hubiese sido útil que el testigo explicara qué quiso decir al referir que “llevaba mucho tiempo conviviendo con ellos” . De cualquier forma la Juez no abordó tan relevante información del testigo y se limitó a descartar la versión solo porque llevaban las capuchas.

Tampoco hizo alusión la sentencia a que, de nuevo, el testimonio de Jorge Eliecer Pacheco, corrobora la versión de la víctima Wilmar Montoya en el sentido de que uno de los encapuchados era alias pinocho.

Otra vez, la Juez dejó de valorar los dos testimonios en conjunto pues la participación de Édison Zapata en el hurto fue verificada de forma abierta y espontanea en la narración de Pacheco, quien también participó como coautor de este delito. Esta circunstancia tampoco ameritó ninguna reflexión en la sentencia.

El testigo narró con detalle la ideación, preparación y ejecución del delito de hurto que cometieron el 25 de Julio de 2017 -tan solo dos meses y algunos días después de cometida la extorsión-.

Informó que Jhony le comentó que iban a atracar a los mineros, les dijo quiénes eran, y le mostró “qué clase la camioneta era” . Luego detalló la

hora en que salieron junto con alias pinocho y se ubicaron en un lugar con señal para que les pudieran comunicar cuando pasaba el carro. Luego Jhony les instruyó para que tuvieran en cuenta el momento en que debían tumbar un palo, que efectivamente lo hicieron así, con una motosierra. El palo quedó atravesado en la carretera por lo que la camioneta tuvo que detenerse. Otro de los partícipes hizo disparos, mientras que él tuvo que amarrar a quienes detuvieron con un lazo, antes de que entregaran el oro. Contó que Jhony se llevó la motosierra y el arma en una camioneta. Más tarde supo que Jhony fue capturado. La narración se hizo en plena coincidencia esencial con el relato de la víctima Wilmar Montoya, circunstancia fortalece la credibilidad del testigo Jorge Eliecer Pacheco y que fue ignorada en la sentencia de primera instancia.

Acerca de la participación de Édison Zapata alias Pinocho la defensa plantea la misma objeción acerca de la diligencia de reconocimiento fotográfico por no haberse aportado el álbum. Sobre tal objeción se remite a las consideraciones ya realizadas, en tanto que el testigo lo señaló en juicio oral tal y como se reseñó en la nota al pie 6; narró que lo conocía desde su participación en la extorsión y expuso claramente su rol en el hurto. De esta forma resulta completamente intrascendente la crítica de la defensa a la labor investigativa de Carlos Alberto Holguín a partir del testimonio de descargo Gonzalo Piedrahita. El resto de las pruebas de la defensa son irrelevantes para confrontar las pruebas de cargo.

De forma que la narración de la víctima acerca de la participación de Jhony y en especial del acusado alias pinocho, a pesar de las capuchas, fue corroborada por el detallado y delator relato de uno de quienes tomó parte como autor del delito de hurto. No se comprende cómo la sentencia dejó de relacionar y evaluar esos dos testimonios para centrarse en alguna deficiencia, en todo caso intrascendente, en el aporte de álbum fotográfico en juicio oral.

En definitiva, es claro que con los elementos de juicio aportados al debate oral se llega a un convencimiento más allá de toda duda razonable para proferir sentencia condenatoria en contra de los procesados en tanto se ha establecido la ocurrencia del delito su la responsabilidad del acusado. Las conductas son típicas, los procesados son sujetos imputables y no se debatió en el presente asunto, ni surgen de las pruebas, ninguna de las causales de ausencia de responsabilidad previstas en el artículo 32 del C.P., por lo que se puede afirmar que actuaron dolosamente, sin justificación alguna y en contra del derecho pudiendo haberse abstenido de hacerlo de esta manera. Se hace necesario entonces proceder a determinar la punibilidad que corresponda.

TASACIÓN DE LA PENA

El delito de extorsión previsto en el artículo 244 del C.P. modificado por las leyes 733 de 2002 y artículo 14 de la 890 de 2004, tiene prevista pena de prisión de 192 meses a 288 meses y multa de 600 a 1200 s.m.l.m.v. . Dado que se procede por una conducta punible en grado de tentativa, la pena será no menor de la mitad del mínimo ni mayor de las tres cuartas partes del máximo, según lo dispuesto por el artículo 27 del Código Penal.

En consecuencia, el límite mínimo será de 96 meses y el máximo se determina en 216 meses. La pena de multa oscilará entre 300 y 900 s.m.l.m.v.

En cumplimiento de lo dispuesto en el inciso primero del artículo 61 del C.P. se dividirá el ámbito punitivo de movilidad referido, así:

Primer Cuarto	cuartos medios	Último Cuarto
96 meses a 120 meses	120 meses y un día a 168 meses	168 meses y un día a 216 meses

De conformidad con los criterios previstos en el inciso segundo del artículo 61, la pena ha de ubicarse dentro del primer cuarto de movilidad en tanto que no se atribuyeron circunstancias agravantes.

Ahora bien, en atención a las pautas establecidas en la misma disposición incisos 3 y 4, la pena no será la mínima del cuarto ya relacionado. Estima este fallador colegiado que la gravedad de la conducta en términos del impacto social que produce en concreto esta acción criminal, se evidencia en el hecho de que la víctima fue objeto de advertencias claramente amenazantes de quienes se presentaron como miembros de un grupo criminal que como hecho notorio ha afectado gravemente a personas honra y bienes no sólo en este sector del departamento sino en varias partes del país. Es claro que los procesados conocían de la entidad de la intimidación que lograban al presentarse como tales y claro está constreñir en forma tal que cualquier ciudadano puede prever la consecuencia del desacato a este tipo de advertencias delincuenciales.

Además de lo anterior en términos de aproximación al momento consumativo del delito se ha destacado que los procesados, alcanzaron hasta las más adelantadas fases de su *Iter criminis*, en tanto que no sólo establecieron su idea ilícita, determinaron el lugar y la persona que sería objeto de sus advertencias.

Atendiendo estas circunstancias la Sala se apartará del límite inferior del cuarto mínimo en cuatro meses, por lo que la pena que en definitiva deberá cumplir los condenados Jhony Sepúlveda Zapata y Édison Zapata Hernández será de cien (100) meses de prisión, por razón de este delito. Siguiendo los mismos criterios la pena de multa será de trescientos veinte (320) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

De manera accesoria, por el mismo tiempo de la pena privativa de la libertad, se les impondrá a los condenados la inhabilitación para ejercer derechos y funciones públicas.

La fiscalía acusó a Edison Zapata Hernández por el delito de Hurto calificado y agravado. Artículos 230 y 240 inciso segundo por cometerse con violencia contra las personas y agravado por numeral 9 por ocurrir en lugar despoblado o solitario. La fiscalía probó la calificación del hurto, pero NO determinó probatoriamente la agravante, por lo que solo será tomada en cuenta la primera para la tasación de la pena.

El delito de Hurto calificado en la modalidad de violencia contra las personas tiene prevista una pena de ocho a dieciséis años de prisión.

En cumplimiento de lo dispuesto en el inciso primero del artículo 61 del C.P. se dividirá el ámbito punitivo de movilidad referido, así:

Primer Cuarto	cuartos medios	Último Cuarto
96 meses a 120 meses	120 meses y un día a 168 meses	168 meses y un día a 192 meses

De conformidad con los criterios previstos en el inciso segundo del artículo 61, la pena ha de ubicarse dentro del primer cuarto de movilidad en tanto que no se atribuyeron circunstancias genéricas de agravación.

Ahora bien, en atención a las pautas establecidas en la misma disposición incisos 3 y 4, la pena no será la mínima del cuarto ya relacionado. Estima este fallador colegiado que la gravedad de la conducta lo fue particularmente en tanto concurren varias personas que validas de armas

de fuego las accionaron para intimidar, se movilizaron en moto y carro para lograr el hurto y amarraron a sus víctimas. Por tanto, la Sala encuentra proporcional imponer el límite máximo del cuarto ya relacionado por lo que la pena será de ciento veinte (120) meses de prisión.

En relación con el condenado Edison Zapata Hernández se deberá aplicar los criterios del artículo 31 del C.P. pues ha sido declarado responsable de los dos delitos objeto de la acusación. Se partirá de la pena más grave esto es 120 meses de prisión por el delito de hurto calificado y se aumentará en veinte meses de prisión por el delito de tentativa de extorsión.

En definitiva, la pena de prisión que habrá de cumplir Zapata Hernández será de ciento cuarenta (140) meses de prisión.

En prevalencia del derecho a la presunción de inocencia, no se libraré orden de captura en contra de los acusados hasta tanto cobre ejecutorio la sentencia de condena en su contra. Esta determinación se toma con base en dos recientes decisiones de Tutela, una de la Corte Constitucional⁹ y otra de una Sala de tutela de la Sala Penal de Corte Suprema de justicia¹⁰, en el mismo sentido, que imponen una carga argumentativa para proferir orden de captura cuando la persona no está privada de la libertad por estos hechos al momento del sentido del fallo. Situación similar a la presente dado que se trata de primera condena en segunda instancia.

MECANISMOS SUSTITUTIVOS

El artículo 26 de la Ley 1121 de 2006 y ahora el artículo 32 de la Ley 1709 de 2014, modificadorio del artículo 68A del Código Penal, prohíben conceder mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad, concretamente

⁹ T.082-23.

¹⁰ SP CSJ radicado 130745 STP495-2023 que revocó una decisión de esta Sala misma del Tribunal que no había acogido las pretensiones del accionante., en relación con una orden de captura proferida al momento del sentido del fallo.

la condena de ejecución condicional y la prisión domiciliaria, a quienes han sido condenados por el delito de **Extorsión**. Por ese motivo no se les concederá la suspensión de la pena o la prisión domiciliaria.

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: REVOCAR la sentencia **ABSOLUTORIA** de primera instancia del 2 de septiembre de 2020 proferida por el Juzgado Promiscuo Municipal de Amalfi-Ant.

SEGUNDO: DECLARAR penalmente responsable al señor Jhony Sepúlveda Zapata como coautor de un delito de EXTORSIÓN EN GRADO DE TENTATIVA, delito previsto en los artículos 244 y 27 del C.P. Como consecuencia de ello se impone las penas principales de cien (100) meses de prisión y multa de trescientos veinte (320) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

TERCERO: DECLARAR penalmente responsable al señor Edison de Jesús Zapata Hernández como coautor de un concurso de delitos de EXTORSIÓN EN GRADO DE TENTATIVA y HURTO CALIFICADO delito previsto en los artículos 31, 244, 27, 239 y 240 inciso segundo. Como consecuencia de ello se impone las penas principales la pena será de ciento cuarenta (140) meses de prisión. y multa de trescientos veinte (320) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

De manera accesoria, por el mismo tiempo de la pena privativa de la libertad, se les impone la inhabilitación para ejercer derechos y funciones públicas.

CUARTO: NEGAR a los sentenciados los mecanismos sustitutivos de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria, por expresa prohibición del artículo 26 de la Ley 1121 de 2006 y el artículo 32 de la Ley 1709 de 2014, modificatorio del artículo 68A del Código Penal. No se librará orden de captura por las razones ofrecidas en la parte considerativa.

Contra esta decisión procede la impugnación especial por tratarse de primera condena en segunda instancia, que podrá proponer la defensa y los acusados.

Los restantes sujetos procesales podrán interponer 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: **d364779296f6d701fdfeec22e2272bf7ccfb5d218d8251120cb40ba9dbb84761**

Documento generado en 27/09/2023 02:26:32 PM

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