

## RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



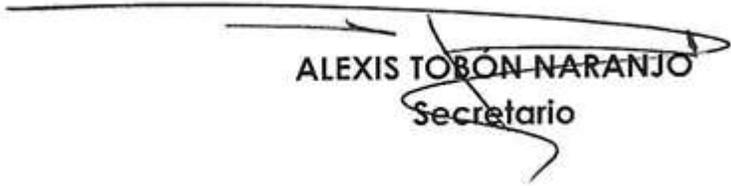
### TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA SALA PENAL

#### ESTADO ELECTRÓNICO 097

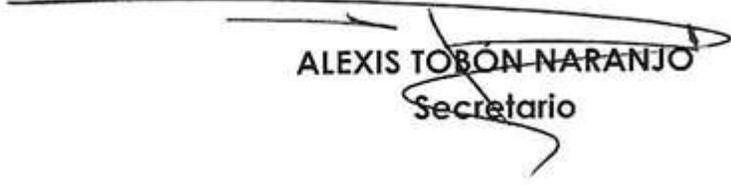
La Sala Penal del Tribunal Superior de Antioquia en cumplimiento al inciso 3° del párrafo 1 del artículo 13 del acuerdo PCSJA20-11546 del 25/04/2020 y sus prorrogas expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, fija el presente estado electrónico.

Radicado Interno	Tipo de Proceso	Accionante/Solicitante DELITO	Accionado / Acusado	Decisión	Fecha de decisión
2022-0600-1	Tutela 2ª instancia	SAID GARCÍA SUÁREZ	COLPENSIONES y otros	Revoca fallo de 1º instancia	Junio 06 de 2022
2022-0537-2	auto ley 906	Concierto para delinquir agravado	MIGUEL ANGEL CARVAJAL VALENCIA Y OTROS	confirma auto de 1 instancia	Junio 06 de 2022
2022-0449-2	auto ley 906	Homicidio tentado	HUBER LEY GARZÓN FLÓREZ	Se abstiene de resolver	Junio 06 de 2022
2021-0560-2	Sentencia 2ª instancia	ACCESO CARNAL VIOLENTO AGRAVADO	JUAN DIEGO TAPIAS JIMENEZ	Confirma sentencia de 1º instancia	Junio 06 de 2022
2022-0639-3	Tutela 2ª instancia	Luis Fernando Arbeláez Londoño	INPEC y otros	Declara nulidad	Mayo 26 de 2022
2022-0705-6	auto ley 906	Concierto para delinquir agravado	ROBERTOCARLOSOSTENMESTRA	confirma auto de 1 instancia	Junio 06 de 2022

**FIJADO, HOY 07 DE JUNIO DE 2022, A LAS 08:00 HORAS**

  
ALEXIS TOBÓN NARANJO  
Secretario

**DESEFIJADO EN LA MISMA FECHA A LAS 17:00 HORAS**

  
ALEXIS TOBÓN NARANJO  
Secretario

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

**Medellín, seis (06) de junio de dos mil veintidós (2022)**

Proyecto discutido y aprobado en sesión de la fecha, Acta 102

**PROCESO** : 05615 31 04 002 2022 00027 (2022-0600-1)  
**ASUNTO** : ACCIÓN DE TUTELA  
**ACCIONANTE** : SAID GARCÍA SUÁREZ  
**AFECTADO** : ORLANDO DE JESÚS CACANTE LÓPEZ  
**ACCIONADO** : COLPENSIONES  
**PROVIDENCIA** : TUTELA DE SEGUNDA INSTANCIA.

=====

La Sala resuelve el recurso de impugnación interpuesto por la Directora de Acciones Constitucionales de la Administradora Colombiana de Pensiones- Colpensiones-, en contra de la sentencia proferida el 19 de abril de 2022 por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Rionegro (Antioquia), mediante la cual concedió el amparo del derecho fundamental de petición que se estima vulnerado al señor ORLANDO DE JESÚS CACANTE LÓPEZ.

**LA DEMANDA**

Señaló el accionante que el 15 de febrero del 2022 se radicó ante Colpensiones solicitud de pérdida de capacidad laboral, donde figura como interesado el señor CACANTE LÓPEZ.

Indicó que el 21 de febrero del 2022 le fue rechazada la solicitud según la entidad por que arrojó una calificación mayor al 50%, por lo que procedió el 04 de marzo del 2022 con un PQRS donde resaltó que

la calificación era de 33.30% y no del 50% como lo quería hacer ver, ante lo anterior, Colpensiones respondió que si bien la calificación corresponde a 33.30%, se requiere que haya pasado al menos 1 año desde la expedición del último dictamen.

Adicionó que según el decreto 1507 de 2014 existe la posibilidad de una recalificación antes de los 12 meses, siempre que existan nuevas patologías, indicando que su representado padece de hipertensión esencial, enfermedad auditiva y episodio depresivo moderado.

Por último, solicitó conceder la protección al derecho fundamental de petición del señor ORLANDO DE JESÚS CACANTE LÓPEZ y subsidiariamente, solicitó conceder el derecho al debido proceso, ordenando a COLPENSIONES para que en el término legal realice la calificación solicitada.

## **LA RESPUESTA**

La Directora (A) de la Dirección de Acciones Constitucionales de la Administradora Colombiana de Pensiones, señaló que lo solicitado en sede constitucional desnaturaliza el proceso tutelar bajo las directivas propias de este mecanismo.

Resaltó que ante la petición del 15 de febrero del 2022 la Dirección de Medicina Laboral emitió el Oficio N° 2022\_1963650- 0453841 de febrero del mismo año dando respuesta, donde se referenció que no es factible atender la solicitud al existir un dictamen de pérdida de capacidad laboral superior al 50%.

Indicó que, el solicitante generó peticiones los días 03 y 04 de marzo

del 2022, a las cuales se les contesta con los Oficios N° 2022\_28628650579695 del 09 de marzo y N° 2022\_2932900-0594047 del 10 de marzo de 2022, aseverando que debido a la existencia de una calificación del 10 de diciembre del 2021 y teniendo en cuenta que debe de pasar al menos un año para una nueva solicitud según el decreto 1507 del 2014 se rechazaba el requerimiento.

Expresó que, la entidad accionada no ha venido vulnerando las garantías superiores que hacen parte del señor ORLANDO DE JESÚS CACANTE LÓPEZ y ha estado obrando conforme a derecho, además, que es el accionante quien pretende saltarse los pasos administrativos respectivos para este tipo de procedimientos.

Resaltó con jurisprudencia varia la cual fundamenta la postura jurídica y que explican el porqué del rechazo a las solicitudes constitucionales, recalcando que, no está facultado el juez de tutela en el caso bajo análisis para emitir un pronunciamiento, en el sentido de que su competencia es subsidiaria y no principal.

Finalmente, afirmó que, por parte de la entidad no se evidencia ninguna vulneración a las garantías constitucionales del señor CACANTE LÓPEZ por lo que solicitó que por parte de la judicatura se negara la solicitud de amparo ya que es improcedente.

### **EL FALLO IMPUGNADO**

El Juez de primera instancia concedió el amparo de tutela de manera transitoria, expresando:

“...En el asunto de marras son hechos que no se discuten la presentación de múltiples derechos de petición en procura de los intereses del señor

ORLANDO DE JESÚS CACANTE LÓPEZ que datan de los días 15 de febrero de 2022, 03 y 04 de marzo de 2022. Ante las anteriores manifestaciones y también como el mismo accionante lo corrobora se recibieron respuestas por parte de COLPENSIONES, las mismas en término según obra en el expediente, respuestas que finalmente, niegan de manera tajante las peticiones del accionante, por lo tanto, adelantó esta acción constitucional. No se evidencia en la respuesta a la acción de tutela ni en las diferentes respuestas dadas por la entidad, que exista dentro de la normatividad colombiana un término perentorio entre la realización de un dictamen y otro, sin embargo, es clara la jurisprudencia constitucional traída a colación, que: “DERECHO A LA VALORACION DE LA PERDIDA DE CAPACIDAD LABORAL-No depende de un periodo de tiempo específico, sino de las condiciones reales de salud, grado de evolución de la enfermedad o el proceso de recuperación o rehabilitación”

Al no allegarse las calificaciones de pérdidas de capacidad laboral del afiliado por ninguna de las partes, mismas que son necesarias para determinar la procedencia de una nueva calificación, corresponde entonces a COLPENSIONES emitir una respuesta de fondo, que con base en esas calificaciones realizadas al señor ORLANDO DE JESÚS CACANTE LÓPEZ determine la procedencia de la misma, para lo cual deberá especificar si existe una nueva patología, o si hay una evolución desfavorable de la enfermedad que padece. De encontrarlo procedente, deberá realizar los trámites para la realización de una nueva calificación.

Bajo ese entendimiento se tutelaré el derecho a la seguridad social del señor ORLANDO DE JESÚS CACANTE LÓPEZ, actualmente vulnerado por COLPENSIONES, evidenciándose que la respuesta dada al actor está fuera de contexto al no analizar la situación particular del mismo...”

## **LA IMPUGNACIÓN**

La Directora de Acciones Constitucionales de la Administradora Colombiana de Pensiones, -Colpensiones- impugnó la decisión, indicando que lo solicitado por el accionante por vía de tutela, desnaturaliza este mecanismo de protección de carácter subsidiario y residual frente a los derechos invocados cuando no han sido sometidos a los procedimientos pertinentes e idóneos para su solución; desconociendo así la norma constitucional, ya que este no es el mecanismo para realizar este tipo de reconocimientos.

Manifestó que, una vez verificadas las bases de datos de

Colpensiones, se evidencia que el accionante presentó petición el día 15 de febrero de 2022 bajo el radicado 2022\_1963650, razón por la cual la dirección de medicina laboral emitió el oficio N° 2022\_1963650-0453841 del 23 de febrero de 2022, indicando que no era posible atender la solicitud por existir un dictamen con pérdida de la capacidad laboral superior al 50%.

Expresó que, el accionante presentó una nueva petición los días 03 y 04 de marzo de 2022 bajo los radicados 2022\_2835948 y 2022\_2903056, respectivamente, razón por la cual la dirección de medicina laboral emite los oficios N° 2022\_28628650579695 del 09 de marzo y N° 2022\_2932900-0594047 del 10 de marzo de 2022, dando respuesta clara y de fondo a las solicitudes recibidas.

Dijo que es evidente que Colpensiones, hasta la fecha, ha obrado de forma responsable y en derecho, sin que exista vulneración alguna a los derechos del ciudadano, por lo que el accionante debe agotar los procedimientos administrativos y judiciales dispuestos para tal fin y no reclamar su pretensión vía acción de tutela, ya que ésta solamente procede ante la inexistencia de otro mecanismo judicial.

Adujo que resulta evidente que la tutela no está llamada a prosperar frente a las pretensiones por cuanto no cumple con los requisitos excepcionales para resolver de fondo la controversia que por naturaleza compete al juez ordinario, así como no existe acción u omisión por parte de la entidad mediante el cual se configure la vulneración de los derechos invocados por el accionante.

Señaló que, de acuerdo con lo establecido por el artículo 4 del Decreto 1352 de 2013, las Juntas de Calificación de Invalidez, son entidades

autónomas e independientes, que gozan de personería jurídica, razón por la cual, esa Administradora de Pensiones, no tiene ninguna injerencia sobre los términos en los cuales estas Juntas deban pronunciarse y la decisión que se tome, la cual deberá ser notificada directamente al afiliado, para que si es del caso haga uso de los recursos pertinentes.

Mencionó que, la tutela no está llamada a prosperar contra Colpensiones en la medida en que no existe acción u omisión por medio del cual se configure la vulneración alegada, al no cumplir con los requisitos excepcionales para que el asunto se resuelva por vía de tutela, por lo que la acción de tutela de torna improcedente.

Por último, solicitó se revoque el fallo de primera instancia, como quiera que la tutela no cumple con los requisitos de procedibilidad del art. 6º del Decreto 2591 de 1991, así como tampoco se demostró que Colpensiones haya vulnerado los derechos reclamados por el accionante ya que está actuando conforme a derecho.

### **CONSIDERACIONES**

Conforme con el artículo 86 de nuestra Constitución Política, toda persona tiene derecho a interponer la acción de tutela, en todo momento y lugar, para obtener la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública, pero siempre y cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Por ende, es claro que la Acción de Tutela es un mecanismo jurídico de carácter subsidiario y, por tanto, en principio no es procedente cuando el actor tiene a su disposición otro mecanismo judicial de defensa.

Por tanto, la Sala se contrae en determinar si la entidad accionada, vulneró o no el derecho de petición del accionante.

La Constitución Política, en su artículo 23 consagra que *“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”*.

Frente a las características esenciales del derecho de petición, ha sido abundante y reiterativa la jurisprudencia de la Corte Constitucional, al considerar que el núcleo esencial de este derecho reside en la resolución pronta y oportuna de la solicitud.

En este sentido, esa Corporación ha manifestado:

*“(i) El derecho de petición es fundamental y determinante para la efectividad de los mecanismos de la democracia participativa, garantizando a su vez otros derechos constitucionales, como los derechos a la información, a la participación política y a la libertad de expresión; (ii) el núcleo esencial del derecho de petición reside en la resolución pronta y oportuna de la cuestión; (iii) la petición debe ser resuelta de fondo, de manera clara, oportuna, precisa y congruente con lo solicitado; (iv) la respuesta debe producirse dentro de un plazo razonable, el cual debe ser lo más corto posible; (v) la respuesta no implica aceptación de lo solicitado ni tampoco se concreta siempre en una respuesta escrita; (vi) este derecho, por regla general, se aplica a entidades estatales, y en algunos casos a los particulares; (vii) el silencio administrativo negativo, entendido como un mecanismo para agotar la vía gubernativa y acceder a la vía judicial, no satisface el derecho fundamental de petición pues su objeto es distinto. Por el*

*contrario, el silencio administrativo es la prueba incontrovertible de que se ha violado el derecho de petición; (viii) el derecho de petición también es aplicable en la vía gubernativa; (ix) la falta de competencia de la entidad ante quien se plantea, no la exonera del deber de responder; y (x) ante la presentación de una petición, la entidad pública debe notificar su respuesta al interesado".<sup>1</sup>*

De lo anterior, se destaca que el derecho de petición exige, por parte de las autoridades competentes, una decisión de fondo a lo requerido por el ciudadano, lo cual implica la prohibición de respuestas evasivas o abstractas, sin querer decir con ello que la respuesta deba ser favorable. La respuesta de fondo implica un estudio sustentado del requerimiento del peticionario, acorde con las competencias de la autoridad frente a la que ha sido presentada la petición.

De suerte que la administración tiene que responder las solicitudes respetuosas elevadas por los asociados, sin que para el efecto interese la persona, como tampoco la dependencia que recibió la petición, porque las autoridades deben coordinar lo relacionado con la recepción de peticiones y la oportuna y congruente respuesta de las mismas, facilitando así la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política administrativa y cultural de la nación, como lo disponen los artículos 2º, 23 y 209 constitucionales.

Es por ello por lo que, sin perjuicio de lo anterior, se ha señalado en diferentes oportunidades que sobre las autoridades públicas recae un deber de orientación, cuyos fundamentos constitucionales residen en el principio de solidaridad (artículo 1º Superior) y en la razón misma de la existencia del Estado, consagrada en el artículo primero de la Constitución Política, que no es otra que servir a las personas que residen en territorio colombiano.

---

<sup>1</sup> Sentencia T- 249 de 2001.

En el caso concreto, se tiene que el señor ORLANDO DE JESÚS CACANTE LÓPEZ, por intermedio de su apoderado, solicita se ordene a COLPENSIONES de respuesta a las peticiones radicadas mediante el cual solicita se le realice un nuevo dictamen de pérdida de capacidad laboral por nuevas patologías.

Al respecto, revisado lo descrito en la acción constitucional y sus anexos, se advierte que el actor si bien allegó la solicitud a Colpensiones, también es cierto que dicha entidad dio respuesta corrigiendo la primera respuesta donde por error indicó mal el porcentaje de la calificación proferida e indicando que no era posible acceder aún a una nueva calificación de pérdida de capacidad laboral, ya que se debe esperar un año después del último dictamen y los pasos a seguir para presentar la solicitud, en el momento indicado, las mismas respuesta fueron aportadas por el accionante.

Para mayor claridad, en lo expresado por la entidad accionada, con respecto al decreto 1507 de 2014, el cual determina el término para hacer un dictamen de pérdida de capacidad laboral, se puede evidenciar que el decreto, consagró:

“...4. Definiciones relativas a la aplicación. Con el objeto de valorar de la forma más apropiada, objetiva, equitativa y. precisa las deficiencias, el Manual acogerá las siguientes definiciones que se aplican en el proceso de calificación.

(...)

4.6 Mejoría Médica Máxima 'MMM': Punto en el cual la condición patológica se estabiliza sustancialmente y es poco probable que cambie, ya sea para mejorar o empeorar, en el próximo año, con o sin tratamiento. Son sinónimos de este término: pérdida

comprobable, pérdidas fija y estable, cura máxima, grado máximo de mejoría médica, máximo grado de salud, curación máxima, máxima rehabilitación médica, estabilidad médica máxima, estabilidad médica, resultados médicos finales, médicamente estable, médicamente estacionario, permanente y estacionario, no se puede ofrecer más tratamiento o se da por terminado el tratamiento. Incluye los tratamientos médicos, quirúrgicos y de rehabilitación integral que -se encuentren disponibles para las personas y que sean pertinentes según la condición de salud...”  
(subrayas fuera del texto)

Como se indicó, se advierte como el accionado cumplió con lo exigido al brindarle respuesta al accionante a sus peticiones en el momento indicado con los respectivos argumentos a su actuar, de ahí que no podría darse válidamente una orden de responder de una forma u otra por parte de la Entidad, cuando las respuestas fueron claras, expresas y de fondo, además de seguir las directrices emitidas en el decreto antes mencionado y donde coloca un término para verificar la pérdida de la capacidad laboral. Correspondía al peticionario indicar a la entidad las razones para solicitar la nueva valoración ante hechos posteriores a la anterior que la ameritaran.

De lo anteriormente expuesto, se puede concluir que la acción de tutela no puede invocarse a fin de sustituir u omitir los procedimientos que debe seguir quien pretenda le sea brindada respuesta respecto de una solicitud invocada, toda vez que existen medios ordinarios para solicitarlos. Esto de acuerdo con el principio de subsidiariedad en el que se erige la acción de tutela.

En consecuencia, la Sala observa que la presente acción de tutela se

encuentra dentro de un hecho superado, pues, la entidad accionada ha brindado respuesta clara, expresa y de fondo a todas las peticiones, esto es, motivo por el cual, la orden dada en sede de primera instancia pierde la motivación señalada en la parte considerativa.

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

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

Así las cosas, al observar la Sala que la AFP COLPENSIONES ha dado respuesta de fondo a las peticiones elevadas por el señor ORLANDO DE JESÚS CACANTE LÓPEZ, por intermedio de su apoderado judicial, referente a la nueva calificación de la pérdida de la capacidad laboral, para lo cual ha informado al accionante sobre el trámite a seguir, no le queda más remedio que declarar que se está

ante un hecho superado, y en tal sentido, negar la pretensión de éste por carencia de objeto actual.

Con fundamento en lo expuesto, el Tribunal Superior de Antioquia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, REVOCA la sentencia de naturaleza, fecha y origen indicados en la parte motiva de esta providencia y en consecuencia, se declara IMPROCEDENTE por hecho superado la acción de tutela presentada por el señor ORLANDO DE JESÚS CACANTE LÓPEZ por intermedio de su apoderado judicial.

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

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA

Magistrado

NANCY ÁVILA DE MIRANDA

Magistrada

GUERTHY ACEVEDO ROMERO

Magistrada

**Firmado Por:**

**Edilberto Antonio Arenas Correa**

**Magistrado**

**Sala 001 Penal**

**Tribunal Superior De Medellin - Antioquia**

**Nancy Avila De Miranda**

**Magistrado Tribunal O Consejo Seccional**

**Sala 003 Penal**

**Tribunal Superior De Antioquia - Antioquia**

**Guerthy Acevedo Romero**

**Magistrada**

**Sala 004 Penal**

**Tribunal Superior De Medellin - Antioquia**

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

Código de verificación:

**c9c19371db4439fe497a7c39a5fbc6973e2f6c6cc487c31e005466e5b  
5d415eb**

Documento generado en 06/06/2022 02:19:41 PM

PROCESO No. 05615 31 04 002 2022 00027 (2022-0600-1)  
ACCIONANTE: SAID GARCÍA SUÁREZ  
AFECTADO: ORLANDO DE JESÚS CACANTE LÓPEZ  
TUTELA SEGUNDA INSTANCIA

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

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

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



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

---

**M. P. NANCY ÁVILA DE MIRANDA**



**Rdo. Único:** 050306000000201900011  
**No. Tribunal:** 2022-0537-2  
**Procesado:** MIGUEL ANGEL CARVAJAL VALENCIA Y OTROS  
**Delito:** CONCIERTO PARA DELINQUIR Y OTROS  
**Asunto:** se confirma

**Medellín, seis (06) de junio de dos mil veintidós (2022)**  
Aprobado según acta Nro. 048

**1. ASUNTO**

Procede la Sala Penal de Decisión del Tribunal Superior de este Distrito Judicial a resolver el recurso de apelación interpuesto por la defensa del procesado Miguel Ángel Carvajal Valencia en contra del auto proferido el día 22 de abril de 2022 por medio del cual el Juzgado Sexto Penal del Circuito Especializado de Antioquia, durante el desarrollo de la audiencia preparatoria, decidió no decretar de manera oficiosa el testimonio de Yuliana Andrea Zapata Sánchez.

**2. HECHOS**

En el escrito de acusación, la Fiscalía General de la Nación los plasmó de la siguiente manera:

---

<sup>1</sup>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.

*“El 3 de octubre de 2018, a eso de las 19:40, en la estación de servicio CAMILOCE del municipio de Amagá, la policía de vigilancia observó un camión tipo volqueta de color verde que transportaba 4 isotanques plásticos en el que se transportaban 1200 galones de combustible tipo ACPM y GASOLINA, cuyo contenido se preparaban para descargar en la referida EDS. Al percatarse de la irregularidad, los policiales abordaron a tres personas que se encontraban a cargo del vehículo y su carga, quienes no exhibieron la guía de transporte, tampoco algún documento que permitiera establecer la legalidad de la procedencia del combustible que era transportado en esa oportunidad. Por esta razón se procedió a dar captura a las tres personas que allí se encontraban quienes fueron identificados como LUIS NORBERTO ZAPATA, conductor del camión, JONATHAN MORALES LÓPEZ y LUIS GUILLERMO MONTOYA GÓMEZ, quienes fueron judicializados como presuntos responsables del delito definido en el artículo 372 del C.P., receptación de hidrocarburos.*

*A estas personas se les incautaron sus teléfonos celulares y de ellos se extrajo la información que contenían, todo ello con apego a las normas procedimentales legales. Del contenido del whatsapp se recuperaron chats, fotografías y audios mediante los cuales se tuvo conocimiento de la ejecución de varias actividades de apropiación de hidrocarburos; además se pudo establecer que el combustible era extraído de una válvula que se encontraba instalada en la finca Namur, vereda Poblano, jurisdicción del municipio de Fredonia, lugar que fue inspeccionado y por parte de Ecopetrol se procedió al sellamiento de la válvula ilícita.*

*A través de la investigación de diferentes actos de investigación (entrevistas, interrogatorios, reconocimientos fotográficos, búsqueda selectiva en bases de datos, interceptaciones telefónicas, análisis link, se pudo establecer que la conducta delictiva se había realizado en seis oportunidades y para ello se había constituido una empresa criminal con duración en el tiempo, división de funciones y asignación de tareas para cada uno de los integrantes”.*

### **3. ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE**

Entre el 24 y 28 de octubre de dos mil diecinueve, ante el Juzgado 3 Penal Municipal de Medellín, con funciones de control de garantías, fue legalizada la captura de los señores Jhon Bayron Arroyave Blandón, Miguel

Ángel Carvajal Valencia, Diego Alejandro Serna Álvarez, Julio Cesar Tobón Restrepo, Andrés Javier Uribe González, Nelson Adrián Herrera Cardona, Cesar Augusto Gómez Lalinde, Juan Alejandro Campo Acevedo, Francisco Javier García Gallego, Juan Felipe García Muñoz, Hernán Darío Fernández Posada, Yuliana Andrea Zapata Sánchez y Luis Fernando Galeano Doría, a quien les fue comunicado, por parte del delegado de la Fiscalía General de la Nación, que estaban siendo investigados como presuntos responsables de los delitos de concierto para delinquir agravado, apoderamiento de hidrocarburos, sus derivados, biocombustibles o mezclas que los contengan y concusión, sin que aceptaran responsabilidad penal por la comisión de dichas conductas.

Correspondió el asunto por reparto al Juzgado Tercero Penal del Circuito Especializado de Antioquia, que realizó audiencia de acusación, tras un aplazamiento a petición de la defensa, el seis de julio de dos mil veinte. Se fijó audiencia preparatoria para el día 20 de agosto de la misma anualidad.

En audiencia del cuatro de diciembre de 2020, el delegado de la Fiscalía General de la Nación anunció que había celebrado un preacuerdo con el acusado John Bayron Arroyave Blandón consistente en que este aceptaba su responsabilidad penal y a cambio, como beneficio, se le degradaba su participación de autor a cómplice, siendo aprobado por el juez, emitiéndose sentencia en ese mismo acto, ordenándose la ruptura de la unidad procesal para continuar el juicio únicamente en contra los otros procesados.

Conforme al Acuerdo PCSJA20-11686 del 10 de diciembre de 2020, se remitió el expediente al Juzgado Quinto Penal del Circuito Especializado de Antioquia, quien una vez recibió la causa penal, fijó los días 13 y 14 de abril, para dar trámite a la audiencia preparatoria, sin embargo, debió ser reprogramada para el día 5 de agosto, fecha en la cual se da inicio a la diligencia preparatoria, no obstante, ser suspendida por las solicitudes

realizadas por las abogadas Manuela Toro cardona y Diana Vergara, programándose para su continuación el día 22 de noviembre de 2021.

Luego de varios aplazamientos, y de conformidad con el Acuerdo PCSJA21-11853 del 2º de septiembre de 2021, se envió el expediente penal al recién creado Juzgado Sexto Penal del Circuito Especializado de Antioquia. El veintidós de abril de la presente anualidad, se continuó la audiencia preparatoria y, en la última sesión, la Jueza no decretó una prueba de oficio solicitada por la defensa de Miguel Ángel Carvajal Valencia que, inconforme con tal decisión interpuso y sustentó, en ese acto procesal el recurso de apelación que ahora se desata.

#### **4. DE LA PROVIDENCIA APELADA**

Del extenso listado enunciado y pedido por los defensores, la Jueza decretó en su totalidad las pruebas por aquellos solicitados, exceptuando, el decreto oficioso del testimonio de Yuliana Andrea Zapata Sánchez, pedido por la defensa de Miguel Ángel Carvajal Valencia, al considerar que en la ley 906 de 2004 está prohibido el decreto de pruebas de oficio.

Aclaró la togada que las entrevistas se utilizarían exclusivamente para efectos de refrescar memoria o impugnar credibilidad.

#### **5. DEL RECURSO DE ALZADA**

Corrido el traslado a los sujetos procesales, el defensor de Miguel Ángel Carvajal Valencia, pidió a la Sala se revocara la decisión de inadmisión dada por la A quo respecto del decreto oficioso del testimonio de Yuliana Andrea Zapata Sánchez, como quiera que *“dada la obligatoriedad del operador jurídico de auscultar la realidad de los hechos, es por lo que el suscrito le solicitó a la operadora jurídica de que decretara dicha prueba de manera oficiosa, reitero, en aras de “oscular” la realidad de los hechos y, más aún, que es obligatoriedad del ente acusador de esbozar tanto lo*

*positivo como lo negativo dentro de la investigación penal en aras de la realidad de los hechos y de la responsabilidad del presunto implicado”.*

Si bien, no desconoce el principio de preclusividad, achaca errores en el manejo defensivo de su antecesor, por lo que con base en ello, acude a la judicatura para que de oficio se decrete la prueba testimonial en mención, aduciendo *“dada la necesidad de la contradicción, el debido proceso y la realidad de los hechos y dada el momento en que llega el suscrito al proceso, es por lo que se le pide colaboración al Despacho. Que así sea de manera oficiosa, dado que el señor Fiscal no la ofreció pese a haber sido parte de la investigación penal y haberle precluido la misma, para dilucidar la realidad de los hechos”.*

Solicitó entonces la revocatoria de la decisión de primera instancia y el decreto de las pruebas pedidas.

**Por su parte, el delegado de la Fiscalía General de la Nación, como no recurrente,** solicitó se mantuviera incólume la decisión e instancia, como quiera que le precluyó la oportunidad de hacer la solicitud que ahora, eleva. Considero, que en caso tal, se acceda al pedimento del recurrente, se reserva el derecho de contrainterrogar a la testigo.

**De otro lado, el representante de víctimas, como no recurrente,** pidió a la Sala, primeramente, que se declare desierto el recurso de apelación en tanto, en el sistema adversarial esta proscrito el decreto oficioso de pruebas. Además, no atacó, las razones expuestas por la Jueza de Primera Instancia. Debe ser declarado desierto el recurso pues no basta para sustentar la impugnación insistir en la práctica de los medios de prueba denegados, aun cuando tal solicitud en nuestro sistema es improcedente.

En segundo lugar, demanda de la Sala que la decisión se mantenga pues los argumentos expuestos por la primera instancia guardan coherencia y consultan los fines de la prueba. Por ello pide a la Sala la confirmación de la providencia apelada.

La jueza, hallando sustentado así fuera precariamente el recurso de apelación lo concedió en el efecto suspensivo, no obstante considerar que el mismo debió ser declarado desierto por lo impertinente de la solicitud.

## **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 Sexto Penal del Circuito Especializado de Antioquia, conforme al precepto contenido en el artículo 34 numeral 1º del Código de Procedimiento Penal.

### **6.2. Caso Concreto**

Se tiene por sabido que las pruebas tienen como finalidad llevar al conocimiento del juez, más allá de toda duda razonable de los hechos y circunstancias de la conducta que se investiga y la responsabilidad de aquél a quien se le atribuye, como autor o partícipe. Por ello, acorde con el inciso 2º del artículo 357 de la Ley 906 de 2004, el juez decretará las pruebas solicitadas por las partes cuando *«ellas se refieran a los hechos de la acusación que requieren prueba, de acuerdo con las reglas de pertinencia y admisibilidad»*..

A su vez, el artículo 375 establece que el elemento material probatorio, evidencia física y medio de prueba, debe *«referirse, directa o indirectamente, a los hechos o circunstancias relativos a la comisión de la conducta delictiva y sus consecuencias, así como a la identidad o a la responsabilidad penal del acusado»*.", ampliando la pertinencia cuando *«sólo sirve para hacer más probable uno de los hechos o circunstancias mencionados, o se refiere a la credibilidad de un testigo o perito»*.

Según lo expuesto, el estudio de pertinencia comprende dos aspectos perfectamente diferenciables, aunque estén íntimamente relacionados: la trascendencia del hecho que se pretende probar y la relación del medio de prueba con ese hecho. La inadmisión de la prueba puede estar fundamentada en una u otra circunstancia, o en ambas. En efecto, es posible que una parte logre demostrar que un determinado medio de prueba tiene relación directa o indirecta con un hecho, pero se establezca que el hecho no haga parte del tema de prueba en ese proceso en particular.

Por lo demás, el artículo 359 de la Ley 906 de 2004 dispone que tanto las partes como el Ministerio Público, tienen la potestad de pedir la exclusión, rechazo o inadmisibilidad de aquellas pruebas que resulten inadmisibles, impertinentes, inútiles, repetitivas o encaminadas a probar hechos que, bien sea por su notoriedad o por cualquier otro motivo, no requieran prueba.

La discusión que ahora analiza la Corporación, tuvo origen en que la defensa de Miguel Ángel Carvajal Valencia, solicitó a la judicatura el decreto oficioso del testimonio de la señora Yuliana Andrea Zapata Sánchez, al considerarlo relevante para “la búsqueda de la verdad” en la causa penal que su defendido fue llamado a responder penalmente.

Sin embargo, olvida el censor que tal solicitud en la sistemática de Corte Acusatorio que rige nuestro país, es abiertamente impertinente, dado que si la parte actora no hizo solicitud cuando le correspondía, la Judicatura no puede oficiosamente suplir las falencias presentadas por la parte interesada, a efectos de sacar adelante su teoría del caso.

Sobre el decreto de prueba de oficio por parte de la Judicatura, ha dicho la Corte Suprema en su Sala de Casación Penal<sup>2</sup>:

---

<sup>2</sup> CSJAP – 130 del 18 de enero de 2017. Radicado 43.879.

El censor alega también al interior de este cargo, que la decisión condenatoria se produjo sin que mediara prueba científica alguna que demostrara la existencia de los supuestos actos cometidos por el acusado. **Este fundamento propuesto por el actor desconoce los principios de libertad probatoria, de aportación de parte, y la prohibición de decretar pruebas de oficio, consagrados en los artículos 373, 374 y 361 de la Ley 906 de 2004, respectivamente:**

*“ART. 373.- **Libertad.** Los hechos y circunstancias de interés para la solución correcta del caso, se podrán probar por cualquiera de los medios establecidos en este código o por cualquier otro medio técnico o científico, que no viole los derechos humanos.”*

Del mismo modo, el artículo 382 ejusdem, prevé los siguientes medios de conocimiento:

*“Son medios de conocimiento la prueba testimonial, la prueba pericial, la prueba documental, la prueba de inspección, los elementos materiales probatorios, evidencia física, o cualquier otro medio técnico o científico, que no viole el ordenamiento jurídico.”*

Con relación al principio de libertad probatoria la Corte Constitucional ha referido:

*“...el área penal rige el principio de libertad probatoria y, por ende, la apreciación de las pruebas debe hacerse, en forma conjunta, de acuerdo con las reglas de la sana crítica; así las cosas, la apreciación de las diversas pruebas allegadas en desarrollo del proceso penal deben ser valoradas de manera autónoma por el juez de conocimiento, partiendo de una apreciación lógica y razonada. De otro lado, nuestro sistema penal sólo de manera excepcional exige la tarifa probatoria, es decir que ciertas circunstancias o hechos puedan ser probados a través de unos mecanismos expresamente señalados en la ley.”<sup>3</sup>*

*“...lo que implica que el juez puede formar su convicción a partir de cualquier medio probatorio, a menos que la ley exija prueba especial.”<sup>4</sup>*

En el juicio, el juzgador valora las pruebas practicadas para tomar su decisión final mediante la sana crítica, la cual está conformada por las reglas de la experiencia, los postulados lógicos y las leyes de la ciencia; sin embargo, el censor afirma que la decisión del *ad quem* no se fundamentó en una prueba científica, siendo que, como reza el principio de libertad probatoria, la prueba científica no es el único medio probatorio

---

<sup>3</sup> Cfr. Corte Constitucional, Sentencia T-594 de 2009.

<sup>4</sup> Cfr. Corte Constitucional, Sentencia T-555 de 2009.

para hallar a una persona penalmente responsable de los actos que se le acusan.

**La prohibición de decretar pruebas de oficio, consagrada en el artículo 361 del Código de Procedimiento Penal de 2004, es una garantía de la imparcialidad del juzgador que, desde el punto de vista del diseño institucional del proceso, está estrechamente relacionada con la forma en que las funciones judiciales están estructuradas.**

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

En esta vía interpretativa, la Corte Constitucional sostuvo que<sup>5</sup>:

*“El anterior análisis muestra que la prohibición del decreto y , por su práctica oficiosa de pruebas hace parte de la estructura del sistema penal acusatorio y está concebida, de un lado, como un principio procesal dirigido a determinar el rol de los intervinientes en el proceso penal y, de otro, como una garantía sustancial de eficacia del deber del Estado de aproximarse a la verdad de lo sucedido dentro de los parámetros señalado por las garantías y libertades individuales de orden constitucional y legal. De esta manera, la Sala concluye que no es correcto ligar, por sí solo, el concepto de verdad con la búsqueda de oficio de aquella, pues esa regla probatoria debe ser mirada en su contexto y a partir de su finalidad sustancial.”.*

**De manera, que son las partes procesales las llamadas a proponer las solicitudes probatorias que estimen necesarias para respaldar su teoría del caso. En tal sentido, los artículos 8° literal i) y 357 de la Ley 906 de 2004, establecen el derecho de la defensa a solicitar las pruebas que estimen conducentes, pertinentes y necesarias para tal fin.**

Por ello, cuando el censor reclama que se ha proferido fallo adverso a sus intereses con la usencia de una prueba de índole científica que ha debido ser practicada pero que no especifica, lo que hace es alegar su propia culpa, puesto que era él el llamado a requerirla en la audiencia preparatoria.

---

<sup>5</sup> Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-396 de 2007.

Conforme con lo anterior, al no cumplir los requisitos necesarios para la presentación de la demanda de casación, la censura no prospera.

Reafirmó lo anterior en posterior providencia<sup>6</sup> explicando:

3.1. Según se reseñó, la declaración de la médica pediatra Vivian Melissa Prieto Pérez, con quien se incorporaría la primera valoración efectuada a la víctima una vez su progenitora tuvo conocimiento de las relaciones sexuales que sostuvo con **VARGAS MONQUIRÁ**, fue una prueba decretada a favor de la fiscalía, considerándola su delegado útil para demostrar su teoría del caso.

Ello, a tono con el régimen probatorio demarcado en la Ley 906 de 2004, que permite a las partes aportar los elementos de convicción necesarios para respaldar su postura. Es a la fiscalía y a la defensa a quienes les compete desde sus respectivos roles la carga de la prueba de sus pretensiones, en aras de que el juez arribe al conocimiento necesario para definir la responsabilidad penal frente al comportamiento que da lugar al ejercicio de la acción penal.

Es potestad de las partes sopesar qué elementos materiales de prueba, evidencia física e información legalmente obtenida resulta pertinente y conducente con ese cometido, lo cual habrán de justificar en la audiencia preparatoria. Ese rasero de utilidad y necesidad es el que define en esa fase procesal su ingreso al juicio oral, para que el mismo se circunscriba al debate de las aristas que aquellas perciban de interés y que guarden coherencia con su teoría del caso, o bien sea para la defensa con miras a controvertir la de la fiscalía.

Por ende, las partes, conforme la dinámica del juicio, pueden prescindir de las pruebas decretadas a su favor en la audiencia probatoria, en el evento que así lo consideren y en consonancia con las pautas en las que desarrollan su rol, sin que tal facultad esté sometida a control alguno.

**En ese orden, en este asunto es improcedente alegar como circunstancia lesiva de la legalidad del proceso, que era imperativo para el delegado del ente acusador aportar a través del protocolo correspondiente la citada valoración, pese a que renunció a dicha prueba, con argumentos propios a una especie de deber de investigación integral y en los términos en que se consagraba este principio en la Ley 600 de 2000.**

---

<sup>6</sup> CSJAP-2343 del 04 de agosto de 2021. Casación 56401.

**Mucho menos tiene cabida insinuar que no debió aceptarse por la judicatura aquel desistimiento, por cuanto al juez de conocimiento le está prohibido de manera expresa decretar pruebas de oficio (Ley 906 de 2004, artículo 361). (Negritas por la Sala)**

Así las cosas, ante la notoria improcedencia del argumento expuesto por la defensa a efectos del decreto de prueba oficioso, mención así sea tangencial que para la Sala es manifiestamente inadmisibles, al punto que la solicitud pudo haberse rechazado de plano, tal y como lo dispone el artículo 139 del estatuto procesal penal y no conceder el recurso de alzada, es por lo que se CONFIRMARA la decisión de la Juez de Instancia.

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

#### **7. RESUELVE:**

**PRIMERO:** CONFIRMAR la decisión de origen, fecha y contenido indicados, ello, de acuerdo con las razones expuestas en la parte motiva.

**SEGUNDO:** Esta providencia queda notificada por el medio más expedito y contra ella no procede recurso alguno.

**TERCERO:** Retorne el asunto al Juzgado de origen para que se continúe con el desarrollo de la audiencia preparatoria del juicio oral.

**DEVUÉLVANSE LAS DILIGENCIAS Y CÚMPLASE**

**NANCY ÁVILA DE MIRANDA  
MAGISTRADA**

**(Con aclaración de voto)  
GUERTHY ACEVEDO ROMERO  
MAGISTRADA**

**PLINIO MENDIETA PACHECO  
MAGISTRADO**

**Firmado Por:**

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

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

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

**Firma Con Aclaración De Voto**

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

Código de verificación:

**71f69dbb5a9963b872154cd6e760cfd58c27ab78f6f130e3d281be79689d586d**

Documento generado en 06/06/2022 04:31:37 PM

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

REPÚBLICA DE COLOMBIA  
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO DE ANTIOQUIA  
SALA DE DECISIÓN PENAL

---

**M. P. NANCY ÁVILA DE MIRANDA**



**Rdo. Único:** 056156099153202050881  
**No. Tribunal:** 2022-0449-2  
**Procesado:** HUBER LEY GARZÓN FLÓREZ  
**Delito:** HOMICIDIO TENTADO  
**Asunto:** SE ABSTIENE DE DECIDIR

**Medellín, seis (06) de junio de dos mil veintidós (2022)**  
Aprobado según acta Nro. 048

**1. ASUNTO**

Resuelve la Sala el recurso de apelación presentado por el defensor del acusado Huber Ley Garzón Flórez, contra la decisión del 6 de abril del presente año, a través de la cual el Juzgado Penal del Circuito de la Ceja, negó la nulidad por éste solicitada a partir de la audiencia de imputación celebrada el 12 de mayo de 2021.

**2. HECHOS**

Estos se describen en el formato escrito de acusación en los siguientes términos:

*“En fecha 25 de enero de 2020 siendo aproximadamente las 09:52 horas, en la vereda San Luis comprensión (sic) de ste municipio en las*

---

<sup>1</sup> 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.

*instalaciones de la finca de nombre Rancho Quemao, es atacado con arma corto-contundente (machete) con manifestaciones de querer cegarle la vida, el señor ALBEIRO DE JESÚS JARAMILLO OROZCO, a manos de HUBER LEY GARZÓN FLÓREZ, quienes habían tenido anteriormente problemas relacionados con sus tierras que son colindantes, ataque al que se interpuso la señora Flor Dinency Orozco Loaiza, pero que sin embargo le generó hasta el momento lesiones descritas como: 1- herida en rodilla derecha de 7 centímetros, 2- fractura abierta de tuberosidad tibial derecha, ruptura y lesión de tendón rotuliano, 3- sospecha de compromiso de bursa, 6-herida en región distal del tercer dedo de metacarpiano de mano izquierda, 7- contusión y herida en labio superior e inferior izquierda con leve edema, contusión en mandíbula, RX de rodilla derecha: compromiso de fractura abierta en tuberosidad tibial, compromiso de tendón rotuliano derecho ascendida la rótula con atención de cirugía reconstructiva determinándose la existencia de cirugía de patillos tibiales que conlleva a incapacidad definitiva de 90 días y como secuelas perturbación funcional de miembro de carácter por determinar, perturbación del órgano de la locomoción de carácter por definir, perturbación funcional del miembro inferior derecho de carácter por definir ”.*

### **3. ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE**

En audiencia celebrada el 13 de mayo de 2021, la Fiscalía General de la Nación, a raves de su delegado, imputó al señor Huber Ley Garzón Flórez, el delito de homicidio en grado de tentativa, en calidad de autor, cargo que no fue por él aceptado.

Seguidamente en la misma diligencia, por solicitud que elevara el ente acusador, el Juzgado Promiscuo Municipal de Abejorral, profirió medida de aseguramiento de detención preventiva en el lugar de residencia del imputado. La defensa interpuso recurso de apelación, misma que fue confirmada por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Abejorral.

El escrito de acusación fue radicado el 01 de junio, ante el Juzgado Promiscuo del Circuito de Abejorral, agencia judicial que se declara impedida para conocer la causa penal, siendo remitida al Juzgado Penal del Circuito de la Ceja (Antioquia).

El 24 de marzo del año que transcurre, cuando se corrió a las partes el traslado del artículo 339 de la Ley 906 de 2004, la defensa solicitó declarar

la nulidad de lo actuado a partir de la formulación de imputación, manifestando lo siguiente:

Reconoce que la regla general, por tratarse de un acto de parte, es que los jueces no realizan control material a las audiencias de imputación y formulación de acusación; no obstante, la Fiscalía está en la obligación de comunicar los hechos jurídicamente relevantes en lenguaje claro, comprensivo y conciso, aspectos éstos no cumplidos en sede de tipicidad estricta, en el caso concreto, aduciendo además, la obligación que tiene de enunciar "No solo la tipicidad objetiva, sino las circunstancias de mayor y menor punibilidad, las modalidades; todo aquello de la norma penal y que tiene una relevancia".

Precisamente, cuestiona la actuación de la Fiscalía General de la Nación, mediante los siguientes interrogantes: ¿tenía la Fiscalía que identificar la idoneidad de los actos dirigidos a causar un resultado muerte?, porque sí, hubo unos cortes en los dedos, hubo una herida en un pie, pero ¿eso era idóneo para causar la muerte? o ¿estábamos entre una riña? Entonces, ¿qué hubiese subsanado esto?, aclaraciones que no quedan zanjadas con la formulación de imputación, donde se explicó que Albeiro estaba laborando de espaldas, siendo agredido con un machete, sin que se detallara ¿cómo fueron esas lesiones? ¿A qué altura? ¿En qué tipo de lesiones? ¿en qué condiciones? ¿dónde está la circunstancia de esas lesiones? Si bien, se dijo que "le propinó varias lesiones"; no obstante aquellas deben ser descritas en la formulación de imputación sin identificar el tipo.

En su sentir, lo que se observa es una imputación y acusación por el delito de lesiones personales, el cual fue tipificado por el ente acusador como una tentativa de homicidio, sin embargo, se pregunta ¿Qué llevaría a que esa imputación fuera por tentativa de homicidio? Que allí estén los hechos circunstanciados que acreditan la tentativa o que, por lo menos hacen subsumir un comportamiento probabilísticamente en el comportamiento de tentativa.

En este caso, para sustentar su pedimento acudió al pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia SP-3168/17 de radicado 44599, aduciendo violación al debido proceso.

En consecuencia, pidió que se declarara la nulidad a partir de la diligencia de imputación, por la falta de claridad en la exposición de los hechos jurídicamente relevantes.

La Fiscalía, por su parte, aludió *“las lesiones que finalmente se le ocasionaron al señor Albeiro de Jesús Jaramillo Orozco es una lesión que comprometió su extremidad derecha a la altura de la rodilla con unas lesiones que le comprometieron la movilidad de la misma y, de la misma manera, una contusión en el labio superior-inferior izquierdo en un edema en esa mandíbula. Este es, más o menos, las consecuencias de la agresión del señor Huber Ley Garzón Flores en contra de Albeiro de Jesús Jaramillo Orozco. Este despacho en realidad, y como lo ha manifestado la defensa, amplió los medios de conocimiento y se escuchó a la víctima, en este caso, el señor Albeiro de Jesús Jaramillo Orozco. Hace unas rectificaciones con relación a ese aspecto de la intención de manifestar al señor Huber Ley Garzón Flores de quererle matar y, de la misma forma, hace una modificación del sitio donde ocurrió el hecho, ubicándolo, no dentro de su inmueble. Por tal motivo, señora juez, considero que teniendo en cuenta que existe, para este funcionario, un lindero muy delgado entre la imputación que se le hizo y la imputación que reclama la defensa; considero que, en criterio de este funcionario, le asiste razón al señor Defensor, con relación a esa imputación que, de acuerdo ya con esos medios de conocimiento que conocí, de pronto inflaron ya la imputación”*.

En esas condiciones, pide que se acceda al pedimento de la defensa.

El representante de víctimas, aduce, por su parte, dejarle el control material del acto a la judicatura y se verifique que lo manifestado por la defensa corresponda a la realidad a fin de garantizar los derechos

fundamentales que le asisten al procesado, pues no puede aportar mucho al debate, como quiera que apenas le fue asignada dicha causa penal.

#### **4. LA DECISIÓN IMPUGNADA**

Por auto del 6 de abril del año que transcurre, la Juez Penal del Circuito de la Ceja, luego de analizar los principios que rigen las nulidades y los antecedentes jurisprudenciales que en apoyo de su pretensión invoca la defensa, al efectuar el estudio del caso en concreto negó la solicitud de nulidad invocada por el defensor de Huber Ley Garzón Flórez, por las siguientes razones:

Sobre la determinación judicial de los hechos, la Jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia ha sido cada vez más enfática sobre el cuidado que debe tener la Fiscalía y, por supuesto, debe controlar la judicatura. Entonces, desde sentencias con Radicado 44599 de 2017, se ha considerado el marco de lo debe entenderse por hechos jurídicamente relevantes, que son ese presupuesto fáctico previsto por el Legislador en las respectivas formas penales. Postulado reiterado en la decisión radicada 56505 del 14 de octubre de 2020, en la que se indica que los hechos jurídicamente relevantes deben abarcar el tipo básico, así como las circunstancias genéricas y específicas de mayor punibilidad. Por eso, la primera exigencia va dirigida a la Fiscalía, como labor intelectual a la hora de encuadrar el tipo penal, debiendo responderse las preguntas que, a su vez, necesita para construir su teoría del caso: *cuándo, dónde, quién, cómo, porqué y qué.*

En ese rito, el delegado de la fiscalía, destacó la estructura de las disposiciones jurídicas requeridas de los artículos 27 y 103 del C.P. Primero se describe el inicio de esa conducta punible por parte del señor Huber Ley, a quien se le atribuye que le propinó machetazos a la víctima; segundo, hay una idoneidad de los actos, un machete, ya que propinar machetazos es idóneo para matar. Tercero, esos actos deben ser inequívocamente dirigidos a la consumación del delito, en este caso de matar, donde

cuenta con componentes tanto volitivos como cognitivos, es decir, que la persona pretendía lograr el resultado de matar. Entonces, el elemento volitivo y cognitivo, además de los machetazos propinados, también cuentan con un sustento fáctico de manifestaciones del procesado dirigidas a la víctima puntualmente que la quería matar. Esa expresión verbalizada al momento en que lo agredía tal como quedó en la formulación de imputación según da cuenta la Fiscalía, no es una manifestación inocua en este contexto. Entonces, admitir una finalidad en el comportamiento, esto es, decir que se quiere matar a alguien, eso un hecho. Que a la postre podría servir de inferencia o para deducir esa intención, eso es, digamos, de manera preliminar. Y, como cuarto punto, en la tentativa el resultado típico pretendido por el sujeto activo no se configura por circunstancias ajenas a su voluntad, por lo que de la imputación es claro que, la familia de la víctima y unos trabajadores que se encontraban en la finca fueron quienes impidieron que el procesado siguiera lesionando al señor Albeiro de Jesús.

Para la a-quo, no le asiste razón al Defensor tampoco, en su insistencia en la falta de descripción de las lesiones sufridas pues, tal como lo establecieron las decisiones del órgano de cierre 52341 del 10 de junio de 2020 y radicado 5718228 de julio de 2021, la descripción del tipo, identidad de las lesiones y el riesgo inminente de morir en el que estuvo la víctima; no resultan datos obligatorios para configurar en un caso concreto el dispositivo amplificador de la tentativa.

Anota, igualmente, *“No hay vacíos o contradicciones, en este aspecto, que vulneren el derecho a la defensa y al debido proceso o, una indeterminación o confusión, que impidiera materializar ese ejercicio defensivo o que niegue a la defensa la posibilidad a la defensa de conocer circunstanciadamente los hechos como también es una exigencia del artículo 8 del C.P.P. Si el Fiscal, por ejemplo, en virtud del carácter progresivo de la actuación pues tiene otros datos o tuviera otros datos y cambie el núcleo fáctico”*. Así, los eventuales errores en torno de la calificación jurídica serán los que se debatan en juicio, aspectos que,

pueden ser refrendados en las distintas etapas procesales, en claro acatamiento del principio de congruencia que rige en la Ley 906 de 2004.

En esas condiciones, negó la nulidad incoada por la defensa, por no tener vocación de prosperidad.

## 5. DE LA IMPUGNACIÓN

Inconforme con la decisión anterior, el defensor del procesado interpuso recurso de apelación e insiste, como lo hiciera ante la Primera Instancia, en solicitar que se decrete la nulidad de lo actuado a partir, inclusive, de la audiencia de imputación de 4 de agosto de 2020, toda vez que se vulneró el debido proceso.

Luego de relatar los hechos objeto de la imputación, aduce que el ente persecutor no informó donde fue agredida la víctima, si esas agresiones fueron en su espalda, pudo ser un machetazo, pudo ser un golpe con la cacha. Es más, se tiene claro que los hechos que fueron establecidos en la acusación, no se señaló que el señor Albeiro de Jesús Jaramillo tuviera alguna lesión en la espalda, todas las lesiones fueron en un pie, en un dedo y en su frente a lo que se denominó "leve" edema o un golpe en la cara, ni siquiera un machetazo. Quiere decir que, esa falta de circunstanciación lleva a generar una duda, cuando se dice "ingresó y lo agredió con un machete y le causó lesiones", habría de entenderse como una "¿tentativa de homicidio? ¿Qué hecho distingue en este caso que se trató de una tentativa de homicidio o de unas lesiones?, ¿cuál es el hecho que muestra la idoneidad?".

A la sazón, solicita que el ente acusador explique *"cuáles de esas lesiones corresponden a una agresión con un machete, con una mano, con qué parte del machete se hizo, dónde se hicieron esas lesiones, dónde lo golpeó; porque, si eso no sé, Huber Ley Garzón Flores se tendría que defender de algo indeterminado, de algo que no sabe qué es; entonces, sencillamente lo que se está diciendo acá, lo están acusando de que*

*“ingresó en la residencia de Albeiro Jesús Jaramillo que se encontraba laborando y de que estaba de espalda”, punto y seguido dice “usted procedió a agredirlo con un machete propinándole varias lesiones”. ¿cuáles lesiones?, ¿Cuáles fueron las lesiones? Y ¿cuál fue la idoneidad del para causar la muerte? más allá de un hecho indicador que se le dice que lo quiere matar, en una afirmación dada por un tercero y será objeto de tema probatorio”.*

Argumenta, que su intención, es que la Fiscalía reacomode su imputación, indicando si esos hechos fueron inequívocamente dirigidos a causar la muerte, además porque en la formulación de imputación no se mencionó que se había iniciado una conducta inequívocamente dirigida con actos idóneos a causar la muerte, así como tampoco se cuenta con el enunciado sin hechos. Recrimina así, “se imputó jurídicamente esta condición de la tentativa, solamente se imputó “usted atacó por la espalda” y no dijo si le causó lesiones o no, “a otra persona”. “Le causó unas lesiones y eso para mí es tentativa”. Ni siquiera dijo en la calificación jurídica si era idóneo o no, ni siquiera lo dijo”.

En base a lo anterior, solicita que se revoque la decisión del a-quo, y en su lugar, se decrete la nulidad de lo actuado desde la formulación de imputación, ordenándosele a la Fiscalía, que corrija el acto de imputación.

## **6. NO RECURRENTES**

La Fiscalía General de la Nación en calidad de no recurrente, solicita se confirme la decisión de la juez de instancia, toda vez que en relación a las lesiones que padeció el señor Albeiro de Jesús Jaramillo Orozco, fueron una herida en rodilla derecha, la fractura abierta de la tuberosidad tibial derecha, la lesión del tendón rotuliano, la sospecha de compromiso de aquellas y las heridas en región distal del dedo metacarpiano y la contusión en el labio derecho; por lo que ha de entenderse que existe una línea delgada en lo podría haber sido o surgió del ataque realizado por Huber Ley Garzón Flores en contra del señor Albeiro de Jesús Jaramillo

Flores, como una tentativa de homicidio, pero, también, como una acción que no alcanzaba a trascender la tentativa de homicidio.

Por lo expuesto, considera que debe confirmarse la decisión de primera instancia.

Por su parte, la representación de víctimas, manifiesta que deja en manos de la Corporación, la decisión de decretar o no, la nulidad desde la formulación de imputación, de conformidad con lo expuesto por las partes.

## **7. CONSIDERACIONES DE LA SALA**

### **7.1 Competencia**

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

### **7.2. Caso Concreto**

La formulación de imputación, como lo prevé el artículo 285 de la Ley 906 de 2004, es un acto procesal de vital importancia, dado que a través de este la Fiscalía General de la Nación «*comunica a una persona su calidad de imputado, en audiencia que se lleva a cabo ante el juez de control de garantías*».

Es a partir de allí que se da inicio al proceso formalizado, dentro del concepto de antecedente-consecuente, que implica una sucesión escalonada y consecutiva de actos con carácter preclusivo que, de ser respetados, no pueden revivirse por capricho de una parte.

Dígase, además, que mucha tinta ha corrido respecto a que, en el acto procesal de imputación, la Fiscalía General de la Nación comunica a una persona su calidad de imputado, en audiencia presidida por el juez de control de garantías y en presencia de un defensor (art. 286 C.P.P.). Uno de los contenidos medulares de ese acto es la «*relación **clara y sucinta** de los hechos jurídicamente relevantes en lenguaje **comprensible**, ...» (art. 288.2 ibidem), es decir, de los supuestos fácticos atribuidos y que se corresponden con los elementos de un específico tipo penal.*

La Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Penal en distintas decisiones<sup>2</sup> ha indicado las características del acto procesal en mención:

- El «juicio de imputación» corresponde, de manera exclusiva, a la Fiscalía General de la Nación; por ende, no puede ser objeto de control material por los jueces de control de garantías, sin perjuicio de que estos como directores de la audiencia cumplan los siguientes deberes:

**(i) velar porque la imputación reúna los requisitos formales previstos en el artículo 288 de la Ley 906 de 2004;** (ii) evitar que el fiscal realice el “juicio de imputación” en medio de la audiencia; (iii) igualmente, debe **intervenir para que no se incluyan los contenidos de los medios de prueba, u otros aspectos ajenos a la diligencia;** (iv) evitar debates impertinentes sobre esta actuación de la Fiscalía General de la Nación; (iv) **ejercer prioritariamente la dirección temprana de la audiencia, para evitar que su objetivo se distorsione** o se generen dilaciones injustificadas; y (v) de esta manera, la diligencia de imputación debe ser esencialmente corta, pues se limita a la identificación de los imputados, la relación sucinta y clara de los hechos jurídicamente relevantes y la información acerca de la posibilidad de allanarse a los cargos, en los términos previstos en la ley. (Negritas fuera del texto original).

- La imputación cumple tres funciones esenciales: (i) garantizar el ejercicio del derecho de defensa, (ii) sentar las bases para el análisis de la detención preventiva y otras medidas cautelares, y (iii) delimitar los cargos para viabilizar el allanamiento a los mismos -o preacuerdos- con respeto de las garantías fundamentales.

---

<sup>2</sup> Sentencia de casación SP2042-2019, jun. 5, rad. 51007, reiterada en la SP5400-2019, dic. 10, rad. 50748, entre otras.

- La necesaria claridad, precisión y univocidad de los hechos jurídicamente relevantes conlleva a que la Fiscalía no pueda imputar «cargos alternativos».

Por **cargos alternativos** debe entenderse la coexistencia de hipótesis diferentes frente a unos mismos hechos, como cuando, por ejemplo, se plantea que un determinado apoderamiento de dinero constituye hurto o estafa; que un puntual abuso sexual consistió en acceso carnal o en actos diversos del mismo; que un homicidio se cometió por piedad o para obtener tempranamente una herencia, etcétera. Es, por tanto, un fenómeno sustancialmente diferente de la imputación de concursos de conductas punibles, pues lo que denota es que la Fiscalía está dubitativa o no ha logrado estructurar la hipótesis de hechos jurídicamente relevantes.

Presentar **hipótesis factuales alternativas** resulta abiertamente contrario a los fines de la imputación, toda vez que: (i) el procesado no tendría claridad sobre los hechos frente a los cuales ejercerá su defensa; (ii) si el procesado decide allanarse a la imputación, no existiría certidumbre sobre los cargos frente a los cuales opera esa manifestación de la voluntad; (iii) en casos de allanamiento a cargos o acuerdos, el juez no tendría elementos suficientes para decidir acerca de los hechos que puede incluir en la sentencia; y (iv) no estarían claras las bases del debate sobre la procedencia de la medida de aseguramiento.

Dicho lo anterior, se tiene que la petición de nulidad del trámite fue soportada por la defensa sobre la base de afirmar que el juicio de imputación hecho por la Fiscalía no cumplió los parámetros establecidos en el art. 288 del Código de Procedimiento Penal, aserto que sustentó en (i) la deficiente exposición de los componentes fáctico y jurídico del acto de imputación y (ii) la ausencia de valoración de pruebas que, a juicio del recurrente, no cuenta con el elemento subjetivo del tipo penal de tentativa de homicidio y (iii) la objeción de la calificación jurídica realizada a su defendido por no contar con elementos idóneos que la ratificaran, frente a lo cual señaló el apelante que su intención es que “la fiscalía reacomode su imputación”.

De tal análisis puede observarse con facilidad que la tesis con la que el opugnante soporta la petición de nulidad del proceso desde el acto de imputación está encaminado, realmente, a cuestionar la connotación

jurídico penal de la conducta por la cual esta siendo procesado su defendido.

A la postre, la defensa en sus argumentos se dedicó a censurar los referentes fácticos y jurídicos que soportaron aquel acto de parte, discutiéndolos a partir de varios interrogantes, los cuales considera, indispensables de aclarar a efectos de realizar un adecuado juicio de tipicidad, lo que, de suyo, si así se realizase, implicaría una calificación jurídica distinta o, por lo menos, que se rehaga la imputación.

La petición de nulidad formulada, en esos términos, se advierte manifiestamente inconducente, pues es claro que se dirige contra un acto procesal de parte como es la imputación, pero aquella medida extrema – la nulidad del trámite – solo procede contra las actuaciones de los funcionarios judiciales, como lo advirtió el órgano de cierre de la justicia ordinaria, quien, en reciente decisión<sup>3</sup>, dilucidó:

En efecto, para los primeros, al constituir meras postulaciones, la ley procesal establece sanciones como la inadmisibilidad<sup>4</sup>, el rechazo<sup>5</sup> o la exclusión que, por regla general, no inciden en la validez del proceso<sup>6</sup>. Mientras que, los actos procesales del juez, al ser vinculantes y decidir asuntos con fuerza de ejecutoria material, sí tienen la potencialidad de lesionar garantías fundamentales, entre ellas el derecho a la defensa y el debido proceso, por lo que la irregularidad de los mismos debe repararse con la anulación, claro está, si ello no fue posible con otros remedios como la corrección de los actos irregulares<sup>7</sup> o la revocatoria de las providencias en sede de impugnación.

Y la Fiscalía, como consecuencia de las reformas introducidas en el contexto de la Ley 906 de 2004, es «parte» dentro del proceso

---

<sup>3</sup> AP-1128 del 16 de marzo de 2022. Radicado 61004. M.P. Patricia Salazar Cuellar.

<sup>4</sup> Se inadmiten, por ejemplo, el desistimiento de la querrela cuando no es voluntario, libre e informado (art. 76 C.P.P./2004) y el medio de prueba impertinente, inconducente o inútil (art. 359 C.P.P./2004).

<sup>5</sup> El rechazo es la sanción a la falta de descubrimiento de los elementos probatorios y evidencia física (art. 346 C.P.P./2004) y a los actos manifiestamente inconducentes, impertinentes o superfluos (art. 139 C.P.P./2004).

<sup>6</sup> La sanción a la prueba ilícita e ilegal es la exclusión (arts. 23 y 359 del C.P.P./2004), más cuando se configura la primera hipótesis y la causa de la ilicitud es la obtención del medio de conocimiento mediante tortura, desaparición forzada y ejecución extrajudicial, se produce la nulidad total del proceso, tal y como se dispuso en la sentencia C-591 de 2005.

<sup>7</sup> “El juez de control de garantías y el de conocimiento estarán en la obligación de corregir los actos irregulares no sancionables con nulidad, respetando siempre los derechos y garantías de los intervinientes”. (art. 10, último inciso, C.P.P./2004)

penal, pues: (i) se le despojó de la mayoría de facultades jurisdiccionales de injerencia en los derechos fundamentales<sup>8</sup> y de disponibilidad de la acción penal, frente a las cuales ahora tiene sólo un poder de postulación<sup>9</sup>; (ii) aunque la acusación sigue siendo presupuesto del juicio y, por ende, de la competencia del juez de conocimiento, la naturaleza de ese acto varió: de decisión judicial<sup>10</sup> pasó a ser una pretensión; y, (iii) se delimitó su rol al de investigador y acusador, pues un juez imparcial conoce del juicio y decide, y otro controla el respeto de las garantías (ídem).

Desde esa perspectiva, la pretensión de nulidad resulta improcedente, no solo porque se dirige contra la imputación como acto de parte de la Fiscalía, sino en razón a que, además, se edifica sobre la base de criticar los fundamentos fácticos y jurídicos del juicio de imputación, dejando de lado que aquellos aspectos son incontrovertibles antes del juicio oral.

Así lo dejó sentado la Corte en decisión CSJSP2042 – 2019 en la cual, luego de llevar a cabo un compendio sobre el desarrollo que ha tenido el juicio de imputación en la jurisprudencia, fijó las siguientes reglas:

**(i) el análisis sobre la procedencia de la imputación –juicio de imputación- está reservado al fiscal; (ii) los jueces no pueden ejercer control material sobre esa actividad, sin perjuicio de las labores de dirección, orientadas a que se cumplan los presupuestos formales del acto comunicacional y a evitar la tergiversación del objeto de la audiencia; (iii) producto de ese análisis, el fiscal debe extraer la hipótesis de hechos jurídicamente relevantes, que debe abarcar el tipo básico, las circunstancias genéricas y específicas de mayor punibilidad, etcétera, para lo que debe diferenciar los aspectos fácticos y jurídicos del cargo; (iv) el referido análisis, o juicio de imputación, no puede realizarse en medio de la audiencia; (v) en ese escenario la defensa no puede controvertir el juicio de imputación, ni determinar a la Fiscalía para que formule los cargos; (vi) en la audiencia de imputación no hay lugar a**

---

<sup>8</sup> La fiscalía conservó funciones judiciales como son: la captura excepcional, los registros, los allanamientos e interceptación de comunicaciones (Art. 250, num. 1, inc. 3º, y 2).

<sup>9</sup> Art. 250 de la Constitución Política: "(...) En ejercicio de sus funciones la Fiscalía General de la Nación, deberá: 1. Solicitar al juez que ejerza las funciones de control de garantías las medidas necesarias que aseguren la comparecencia de los imputados al proceso penal, la conservación de la prueba y la protección de la comunidad, en especial, de las víctimas. (...) 4. Presentar escrito de acusación ante el juez de conocimiento, con el fin de dar inicio a un juicio público, oral, con inmediación de las pruebas, contradictorio, concentrado y con todas las garantías. 5. Solicitar ante el juez de conocimiento la preclusión de las investigaciones cuando según lo dispuesto en la ley no hubiere mérito para acusar. 6. Solicitar ante el juez de conocimiento las medidas judiciales necesarias para la asistencia a las víctimas, lo mismo que disponer el restablecimiento del derecho y la reparación integral a los afectados con el delito. (...)".

<sup>10</sup> En el Código de Procedimiento Penal de 2000, la acusación era una providencia judicial, tal y como expresamente lo disponía, entre otros, el artículo 397: "El Fiscal General de la Nación o su delegado dictarán resolución de acusación cuando..."

descubrimiento probatorio, por lo que el fiscal debe limitarse a la identificación del imputado, a comunicar la hipótesis de hechos jurídicamente relevantes y a informar, en los términos previstos en la ley, sobre la posibilidad de allanarse a los cargos; (vii) al efecto, no pueden confundirse los hechos jurídicamente relevantes, los hechos indicadores y los medios de conocimiento que les sirven de fundamento; y (viii) si el fiscal, por estrategia, pretende descubrir anticipadamente evidencias físicas, entrevistas o cualquier otro tipo de información, debe hacerlo por fuera de la audiencia, para evitar la dilación y tergiversación de la misma.

(...) **Lo anterior bajo el entendido de que la imputación es un aspecto estructural del sistema de enjuiciamiento criminal regulado en la Ley 906 de 2004**, no solo por su incidencia en el derecho de defensa, sino, además, porque determina el debate sobre la medida de aseguramiento, fija los límites factuales de la sentencia en los casos de terminación anticipada de la actuación y limita significativamente los hechos que pueden incluirse en la acusación, sin perjuicio de su importancia en materia de prescripción, competencia, preclusión, etcétera, razones suficientes para que la Fiscalía realice esta función con el cuidado debido (resaltados fuera del original).

Agregó también en CSJ SP3988 – 2020 que:

**La Fiscalía realiza el juicio de imputación y el juicio de acusación, sin que los jueces puedan realizar un control material a esa actividad de parte** (salvo lo anotado con antelación sobre calificaciones jurídicas manifiestamente improcedentes), pero, al emitir la sentencia, el juez debe constatar los prepuestos fácticos y jurídicos». Ello, entraña una suerte de “control material” a la acusación (entendida como pretensión), que no opera cuando la Fiscalía realiza las actividades reguladas en los artículos 286 y siguientes y 336 y siguientes de la Ley 906 de 2004, sino al momento de la emisión del fallo.

Pero en el caso concreto, el apelante, bajo el disfraz de un supuesto desconocimiento de los derechos al debido proceso y defensa de sus asistidos, **soportó la pretensión invalidatoria echando de menos un control material de la imputación como acto de parte que mal podría haber llevado a cabo el juez de control de garantías en la audiencia de imputación. Así se observa de los argumentos que soportan la nulidad pretendida, pues todos están orientados a corregir la calificación fáctica y jurídica del acto adelantado por la Fiscalía, con base en la percepción que para el defensor ostentan, tanto las decisiones emitidas por sus defendidos, como otros medios de convicción que ampliamente reseñó.**

Ante actuaciones de esa naturaleza, esto es, aquellas que resultan ostensiblemente infundadas e inconducentes, no es potestativo, sino obligatorio que el juez, en su condición de director del proceso, con sujeción al contenido artículo 139 – 1 del Código de Procedimiento Penal, disponga su rechazo de plano bajo una orden no susceptible de recursos, pues claramente tienden a entorpecer la actuación.

Debió entonces el Tribunal proceder de esa manera desde el inicio mismo de la sustentación de la solicitud de nulidad postulada por la defensa que, tras mencionar que la imputación fue «ambigua, incierta e indeterminada» y dejar de lado las razones de tal aseveración, procedió, en contraste, a reprochar que la delegada fiscal no corroborara probatoriamente la calificación fáctica y jurídica de la imputación y obviara las motivaciones de la sentencia por cuyo medio la Corte Constitucional revisó las decisiones de tutela emitidas por sus defendidos, entre otros motivos bajo los cuales, realmente, sustentó la nulidad.

La omisión de la Colegiatura de primer grado, en cuanto debió aplicar oportunamente aquel correctivo judicial, terminó dilatando el proceso, si se considera, no solo la suspensión de la audiencia por poco más de un mes calendario que le llevó a esa Colegiatura el resolver la infundada petición (del 6 de septiembre al 15 de octubre de 2021) sino también la que se ha ocasionado desde que se concedió el recurso de apelación hasta la fecha actual.

No puede dejarse de lado tampoco que, aunque el Tribunal dio trámite a la solicitud de nulidad formulada por el defensor y la resolvió bajo la forma de un auto respecto del cual es viable el recurso de apelación según lo previsto en el artículo 177 – 3 del Código de Procedimiento Penal, como en efecto se procedió, en verdad la absoluta improcedencia y falta de fundamento de la petición invalidatoria no puede mutar la naturaleza de la única consecuencia jurídica válida que, como ya se anunció, es la de una orden de rechazo de plano contra la que, obviamente, no procede recurso alguno (cfr., en similar sentido, CSJ AP5563 – 2016).

Como se viene exponiendo, en el caso de marras, los cuestionamientos de la defensa respecto a los hechos jurídicamente relevantes en la formulación de la imputación, resultan abiertamente inconducentes porque su argumento se dirige a aspectos que son incontrovertibles con anterioridad al juicio oral por estar adscritos a la potestad de la parte acusadora, como es la conformación de los fundamentos jurídicos que

respaldan la atribución del delito de tentativa de homicidio y además porque se fundan en la ausencia de un control material que está vedado al juez de control de garantías en la imputación<sup>11</sup> -y al de conocimiento en la acusación-, como aquél que versaría, por ejemplo, sobre la corrección de la calificación típica de los hechos; pues ello supondría una inadmisibles intromisión en el rol del titular de la acción penal y una lesión grave al principio de imparcialidad, tal como se indico en párrafos anteriores.

Conforme a lo anterior, aunque la a-quo dio trámite a la solicitud de nulidad formulada por el defensor y la resolvió con la forma de un auto respecto del cual procedería el recurso de apelación, conforme lo establece el artículo 177, numeral 3, del C.P.P./2004, el cual efectivamente se ejerció; lo cierto es que la absoluta improcedencia y falta de fundamento de la petición no muta la naturaleza de la única consecuencia jurídica válida que, como ya lo ha expresado el alto tribunal, es una orden de rechazo de plano contra la que, obviamente, no procede recurso alguno.

En esa hilatura argumentativa, siguiendo la línea del máximo Tribunal de cierre de nuestra jurisdicción, como quiera que, en el presente evento, se promovió un recurso de apelación contra una decisión respecto de la cual el mismo no es procedente; la entidad tribunalicia carece de competencia para pronunciarse sobre el fondo de los argumentos de sustentación planteados por el recurrente, por lo que se abstendrá de desatar el recurso interpuesto por la defensa de Huber Ley Garzón Flórez, previniendo a la señora Juez Penal del Circuito de la Ceja, el deber que le asiste de evitar las maniobras dilatorias (art. 139 de la Ley 906 de 2004) debiendo apreciar los valores comprometidos en la causa sujeta a su juzgamiento, asumiendo su condición de directora del proceso, debiendo mantener la buena marcha del mismo en su desarrollo general, para lo

---

<sup>11</sup> En auto AP299-2016 del 27 de enero, se afirmó que: *“El juez de garantías, se ha dicho en múltiples ocasiones, no es un convidado de piedra en la audiencia de formulación de imputación, a pesar de que es éste un acto de comunicación que le ha sido deferido por el legislador al fiscal, pues, sin que ello implique afectar el principio de imparcialidad, el juez puede verificar que se cumplan los formalismos de ley y que no se menoscaben las garantías fundamentales de las partes e intervinientes”*.

cual se dispondrá la devolución de la actuación a efectos que se continúe con la celebración de la audiencia de formulación de acusación.

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

#### **8. RESUELVE:**

**PRIMERO:** ABSTENERSE de resolver la impugnación interpuesta por la defensa del procesado en contra del auto del 6 de abril de 2022 a través del cual se negó la nulidad solicitada por la defensa, por lo expuesto en la parte motiva.

**SEGUNDO:** Contra esta decisión no procede recurso alguno.

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

#### **DEVUÉLVANSE LAS DILIGENCIAS Y CÚMPLASE**

**NANCY ÁVILA DE MIRANDA  
MAGISTRADA**

**GUERTHY ACEVEDO ROMERO  
MAGISTRADA**

**PLINIO MENDIETA PACHECO  
MAGISTRADO**

Firmado Por:

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

**Tribunal Superior De Antioquia - Antioquia**

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

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

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:

**0b4b48ca312933e3d3064c4e65dbed9443a6aeaeabc17dc0acf871642bc06  
a2e**

Documento generado en 06/06/2022 04:31:25 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



1

**RADICADO:** 05 647 61 00114 2019 00054  
**INTERNO:** 2021-0560-2  
**DELITO:** ACCESO CARNAL VIOLENTO  
**ACUSADO:** JUAN DIEGO TAPIAS JIMENEZ  
**DECISIÓN:** CONFIRMA DECISIÓN

---

**Medellín, seis (06) de junio de dos mil veintidós (2022)**

Aprobado según acta Nro. 049

**1. ASUNTO**

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la defensa del señor Juan Diego Tapias Jiménez, contra la sentencia condenatoria del 24 de marzo de 2021, dictada por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Ituango, que lo condenó a pena principal de ciento cuarenta y cuatro (144) meses de prisión, por encontrarlo penalmente responsable, como autor, de la comisión del delito de acceso carnal violento siendo víctima Sor María Correa Serna.

---

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

## 2. ANTECEDENTES FÁCTICOS

El 5 de septiembre de 2019, Sor Maria Correa Serna, de 23 años de edad, contó a las autoridades que ese día, alrededor de las 05:40 horas, mientras se dirigía a trabajar en compañía de su hija de tres años en la recolección de café en la vereda San Rafael del municipio de San Andrés de Cuerquia, un tipo se le abalanzó por detrás, le tiró la menor al piso y a ella le puso una mano sobre el cuello y la otra sobre la boca, dándose cuenta que usaba guantes quirúrgicos, la amenazó con un machete y cuando logró controlarla le metió la mano por la blusa, tocándole los senos. Luego de ello, la obligó a quitarse su ropa interior, pero como ella no accedió, sacó una navaja de su pantalón, le desabrocho y bajo pantalones hasta la cadera, y con ese instrumento le rasgo los costados de su ropa interior, logrando sacársela, para olerla.

Luego de ello, le metió los dedos en su vagina por espacio de 10 minutos, orinándose y llorando del susto, pero ello no impidió que el sujeto siguiera satisfaciendo su libido sexual, a tal punto que la amenazó con matar a sus hijos de 3 y 8 años, si contaba lo sucedido, indicándole saber el colegio donde estudiaba su hijo mayor.

Terminado el acto, el agresor le indicó que debía quedarse sentada en el lugar por espacio de 20 minutos mientras él llegaba a su destino, sin llamar a nadie a contarle lo que había pasado. Pasados 10 minutos de haberse retirado el victimario, siguió rumbo hacia su destino, que era la casa de su madre, allí contó lo sucedido a su hermana Claudia, quien a su vez le

contó al esposo y de inmediato salieron a denunciar el caso. El victimario fue identificado después como Juan Diego Tapias Jiménez, vecino del sector.

### **3. ANTECEDENTES PROCESALES**

Ante el Juzgado Promiscuo Municipal de Ituango (Antioquia), el 07 de octubre de 2020, se surtieron las correspondientes audiencias preliminares de legalización de captura, formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento, donde se declaró legal la captura y se imputó el delito consagrado en el artículo 205 del Código Penal, acceso carnal violento, frente a lo cual el procesado manifestó no aceptar los cargos. Aunado a lo anterior, se impuso en cabeza del imputado, medida de aseguramiento de detención preventiva en el domicilio.

El 18 de septiembre de 2020 la Fiscalía 017 Seccional presentó escrito de acusación y el siguiente 21 de octubre, ante el Juzgado Promiscuo del Circuito de Ituango (Antioquia), se adelantó la audiencia respectiva, oportunidad en la que se atribuyó al encartado el delito de acceso carnal violento consagrado en el artículo 205 del C.P.

Seguidamente con fecha al 27 de noviembre de 2020 se surtió la audiencia preparatoria.

Posteriormente el 01 de marzo de 2021 se dio inicio al juicio oral, diligencia que culminó en esa misma fecha con la emisión del sentido de fallo de carácter condenatorio y en misma diligencia

a la ejecución de lo preceptuado en el artículo 477 del Código de Procedimiento Penal.

El 23 de marzo de 2021 el Juzgado Promiscuo del Circuito de Ituango profirió sentencia condenatoria en contra de Isaías Quiroz.

#### **4. SENTENCIA IMPUGNADA**

En el fallo materia de revisión<sup>2</sup>, el funcionario de primera instancia, después de relacionar la identidad del procesado, recordar los hechos que motivaron el proceso, así como la teoría del caso y los alegatos de conclusión de las partes, plasmó las consideraciones del caso, trayendo a colación lo normado en los artículos 7, 380, 381, 382 y 404 de la ley 906 de 2004.

En el punto, indicó que del dicho de la víctima en cuanto al lugar de los hechos - ratificado por el testigo de la fiscalía Ricardo Antonio Mazo Chaverra, y de la defensa Maria Janeth Chaverra, Cesar de Jesús Tapias y Daniela Tapias Jiménez, puede verificarse que el hecho ocurrió en zona rural del municipio de San Andrés de Cuerquia específicamente en la vereda San Rafael, lugar hacia donde se dirigía la víctima a recolectar café en la finca de Ángel Vásquez ese día desde el casco urbano con su menor hija de 3 años, paraje donde queda ubicada también la finca del señor Ricardo Antonio Mazo Chaverra empleador del endilgado para el día de los hechos, lugar al que se dirigía Tapias Jiménez con su padre -

---

<sup>2</sup> Archivo carpeta digital rotulada "0007-2020-00037 sentencia condena.pdf".

quien lo acompañó durante cierto trayecto luego del cual su hijo continuara solo- partiendo de la vivienda de sus padres ubicada en la vereda Guayabal según los dichos de los testigos.

Para el a-quo resultó relevante de la extracción de los testimonios el que ese sector de San Rafael donde se ubicaba la finca donde laboraba Tapias se llegaba por la misma ruta que tomo la víctima y su agresor aquel día, o que al menos cruzaban y compartían un punto común, coincidiendo lo narrado por la víctima respecto al insuceso en que el lugar de destino era camino hacia la vereda Guayabal, donde para la época permanecía con su padres y hermanos Juan Diego tapias Jiménez, gran parte del camino se tomaba por un destajo o camino paralelo al principal, el cual era solitario, el punto donde ocurrieron los hechos quedaba a unos 5 minutos de la finca de Ricardo Antonio Mazo, lugar donde había un árbol muy grande, que no se veían casas. La deponencia del señor Cesar de Jesús Tapias, padre del procesado, quien indica que del lugar hasta donde acompañó a su hijo restaban unos 3 minutos a la casa de Ricardo Mazo, describiendo un desecho y lo solitario del camino, advirtiéndose de lo decantado que el tramo entre la vereda guayabal de donde partió el acusado con su padre es ostensiblemente más corto que el tomado por la víctima que salió del casco urbano de municipio de San Andrés, informando progenitor del enjuiciado que hasta donde acompañó a su hijo se encuentran "unos árboles muy grandes".

A la par, el señor Ricardo Mazo ratificó la ubicación de la finca en la vereda San Rafael, confirmando, además que, para la fecha de los hechos, en horas de la mañana Juan Diego Tapias

llegó a laborar, y de hecho relato una conducta extraña del hombre aquel día quien llegó por la parte de atrás de la finca, elementos que permiten deducir con grado de certeza un lugar determinado de la ocurrencia de los hechos, tornándose creíbles los dichos de los deponentes.

En cuanto al aspecto temporal de los acontecimientos, para el juzgado de instancia, fueron unisonos los testigos de la defensa (esposa, padre y hermana del acusado) al describir de manera casi exacta la hora en que salió su congénere a las labores donde Ricardo Mazo, esto es las 6:35 de la mañana, y que de allí al sitio de destino eran aproximadamente 20 minutos, por otra parte, la víctima relata que salió a eso de las 4:30 de la mañana y se demoraba entre 1 hora y 1 hora y cuarto en llegar a la vereda San Rafael, indicando que el desecho o atajo lo tomaba a los 30 o 40 minutos de recorrido, por lo que si en gracia de discusión, se da por sentada cada una de las horas expuestas, se tendría que la víctima paso por el lugar de los hechos una hora antes que su victimario, pero debe entenderse que ese lapso de horario cuando se hablan de términos aproximados, distancias casi que intangibles y relativas según quien toma la ruta, aunado a otras circunstancias como las horas en que la víctima llegó a la casa de su hermana y madre a informar lo sucedido, el aviso a su esposo quien por demás indico que compañeros suyos habían visto transitar a las 5:30 am aproximadamente por el sector al acusado aquel día, y la manera como se describen los acontecimientos, no se cuenta con prueba sólida más allá del mero dicho de los familiares, que desligue a Juan Diego del espacio temporal en que se dio el

ilícito, pues ello, en modo alguno permite descartar la participación en esa franja horaria del acusado con el ilícito.

Frente al desarrollo de las acciones que configuran el hecho en sí, plantea el fallador, que se debe tener en cuenta que de acuerdo a las solicitudes probatorias de la defensa se presentarían testigos que darían fe sobre condiciones anteriores al hecho y la confesión de circunstancias reales con lo que se impugnaría la credibilidad de la misma, mismas que no se desarrollaron al no darse testimonio sobre aquellas, en el marco de la libertad sobre la estrategia defensiva la misma quedó enmarcada como se dilucida hasta el momento, básicamente en propugnar que Juan Diego Tapias salió de su casa a una hora en la que no era plausible un encuentro con la víctima y que además iba vestido con prendas totalmente diferentes a las descritas por la afectada, aunado a la imposibilidad de que el fuera el autor de las amenazas ya que no sabe conducir un velocípedo tipo motocicleta, lo que hace intuir que el encartado no fue partícipe de la conducta que se le acuña, si bien es válida la estrategia, para el caso ese análisis se quedó corto al no tener sustentos adicionales a los meros dichos de los declarantes que más que ser creíbles o no, no tienen un poder suasorio suficiente para predicar la inocencia del acusado.

Si bien para la defensa, le resulta sospechoso o poco creíble el dicho de la procesada por ejemplo el detalle de que el atacante usara guantes desechables, o que en cierto momento ante el desespero de la menor (y la falaz versión de su madre en aras de que no le hiciera daño de que la infante sufría del corazón) el atacante le tomara el pulso, pues no tienen más

respaldo que la suposición, y no resultan hechos fuera de la realidad o más bien inverosímiles, en esta época más que en cualquier otra, los guantes están a disposición de cualquier persona y el tomar el pulso a la menor no necesariamente requiere un conocimiento técnico específico (que el abogado adujo su prohijado no tenía) y de hecho puede responder a una práctica empírica de verificación, en todo caso no resulta increíble que ello haya podido suceder.

Tampoco resulta de recibo la oposición del defensor sustentada en que estando cerca de la casa de Ricardo Antonio Mazo no se escuchara el llanto de la menor y se hubiera acudido en su auxilio, en concreto se tiene que el estar a 3 o 5 minutos de distancia de la casa más próxima (de acuerdo a lo vertido en juicio) en medio de un lugar no transitado y rural como también quedó visto, en realidad se está en un sitio apartado 3 minutos caminando puede ser una distancia considerable para que en medio de árboles se escuche el llanto de un menor y si al campo del supuesto se llega, realmente no es usual - lamentablemente que ante el llanto de un menor por unos veinte minutos, alguien vaya a socorrerlo o averiguar qué pasa, más cuando se describió solamente que la menor lloraba pero no que emitiera voces de auxilio, algo plausible ante su temprana edad.

Otro aspecto relacionado directamente al hecho pero posterior al mismo, se refiere a las amenazas posteriores y desplazamiento del municipio tanto de la víctima como su núcleo familiar, en síntesis se describió por la afectada en un par de días después y al acusado conocer que había sido denunciado profirió

amenazas de muerte desde una moto, por lo que solicitaron apoyo a las autoridades para salir del municipio, si bien esta versión muestra ciertas imprecisiones como que la amenaza proferida fue en presencia del esposo de la víctima el cual en su declaración si advirtió haber visto la moto que los seguía y que si bien el no escucho la amenaza no descarto que la hubieran proferido contra su esposa, de las circunstancias que rodean ese hecho resulta razonable la acción tomada por la afectada quien acudió a personería y policía para informar lo sucedido y pedir acompañamiento para salir del pueblo lo que sugiere efectividad en el amedrentamiento.

Por otro lado, la médica que realizó la valoración médico legal no encontró muestras de violencia sobre la denunciante, pero sin embargo dio una incapacidad por el dolor manifestado por la misma en la garganta, versión que no podía descartar fehacientemente la ocurrencia o no del hecho delictual.

En ese orden de ideas, concluye el a-quo que con la prueba recaudada misma que fue analizada en su conjunto, con especial referencia en el relato de la víctima, corroborados periféricamente con otros elementos de prueba, diserta acreditada más allá de toda duda, con el convencimiento que se exige en el artículo 381 del Código de Procedimiento Penal que el señor Juan Diego Tapias Jiménez cometió un delito de acceso carnal violento en contra de la señora Serna Correa.

## 5. FUNDAMENTOS DE LA APELACIÓN

El defensor del procesado inconforme con la decisión de instancia, la recurre argumentando que no se apreciaron de manera razonada las pruebas allegadas al plenario. Las razones son las siguientes:

- Falta de credibilidad en el dicho de la víctima, así como contradicciones en su versión. Para el efecto, exteriorizó que su relato es falseado, utilizando como chivo expiatorio al procesado, pues no entiende como reconoció al agresor a pesar tener el rostro cubierto, por lo que no pudo haberlo reconocido. No logra entender la consecución de hechos relatados por la denunciante, cuestionándose acerca de cuantas manos tenía el victimario para manosearla, penetrarla con dedos, y sostener “todas esas herramientas”, sin que se le generase rasguño alguno en su humanidad, tal y como lo certificó la médica del hospital.

Además, si los hechos ocurrieron a las 5:30 am en un cafetal, tal como lo exteriorizó la víctima, donde todo es silencio, había varias casas cerca de allí a menos de 5 minutos y la menor durante los 20 minutos lloró y gritó fuertemente y nadie las escuchó para acudir en su ayuda, es algo salido de todo contexto, pues la experiencia indica si en verdad el hecho hubiera sucedido, se hubieran escuchado los gritos de la infanta. Otra cosa es que, según la familia de su prohijado, aquel salió de su casa a trabajar en compañía de su padre a las 6:30 am, lo que de *“bulto tumba la versión de una persona*

*mentirosa contra los testimonios de 4 personas que aseguran lo que realmente ocurrió ese día”.*

Al compás, debió valorarse que la señora Sor María le mintió a la judicatura al asegurar que contra ella pesaron una serie de amenazas las cuales, según la versión de su esposo, nunca existieron, pero como necesitaba irse del pueblo estableció una coartada y para ello, utilizó el nombre de Juan Diego.

- En segundo lugar, para que se configure el delito en investigación es necesario que se pruebe el acceso carnal y que además la violencia se demuestre. En el caso del acceso carnal se tiene lo denunciado por la víctima en su momento, pero de manera casi inmediata, ese mismo día se le realiza valoración médica por legista especializado, quien en su valoración determinó que *“no se encontró síntomas ni hallazgos que den cuenta de violencia física ejercida en contra de la denunciante. Además, en el examen sexológico no hay señal ninguna de violencia sexual en sus genitales ni en sus mamas. tampoco escoriaciones, golpes, eritemas, maguyaduras ninguna”*. En ese orden, al no existir evidencia física o científica que prueben como cierta la violencia como elemento estructural del tipo penal acusado, la conducta es atípica.
- La individualización e identificación del procesado quedó en entredicho por parte del ente acusador al no realizar una adecuada individualización, en tanto la captura de su defendido se basó exclusivamente *“en la denuncia subjetiva y dudosa por parte de la supuesta víctima”*. Para el apelante

*“era necesario una verdadera y plena identificación e individualización porque según narró esta, el victimario se protegió tanto el rostro como su cuerpo de tal forma que no fuera fácil identificarlo y para ello y no cometer una injusticia material con un inocente se tenía que haber agotado todos los medios procesales necesarios para lograrlo”.*

- No existe concordancia en el tiempo en que ocurrieron los hechos, pues la víctima manifestó que los hechos ocurrieron a las 5:30 am, mientras que los testigos de descargos revelaron que el procesado para la fecha de los hechos, salió a trabajar de su casa después de las 6:30 am, por ende, no sería su prohijado la persona que cometió la lujuriosa violación.
- De manera sospechosa la víctima narra la forma como aparentemente ocurrieron los hechos, denotando cálculo en su dicho, tiempos incluidos, distancias, personas, sitios, además de narrar la vestimenta que traía el supuesto agresor, detallar los guantes quirúrgicos, las armas cortopunzantes como machete, navajas con las cuales la amenazo permanentemente, y a pesar que el victimario contaba con “arsenal bélico, no le ocasiono ni un rasguño, pero además con todas esas armas en su poder, en que forma la accedió con las mismas manos manoseándole permanentemente sus senos y además le introdujo los dedos por la vagina”, lo cual da entender que los hechos en realidad nunca existieron.
- Si el hecho hubiera acaecido en realidad, lo propio era habersele realizado valoración psicológica a la hija menor de

Sor María, lo que nunca sucedió, y ello fue así, porque claramente el hecho jamás acaeció, reprochando el indebido actuar de los padres de la infanta, considerando *“si en realidad eso hubiera ocurrido como lo denunció la supuesta víctima, quizás por el mismo impacto de la supuesta violencia, hechos tan fuertes como los narrados, la mayor víctima fue la menor de edad y no fue tomada en cuenta su situación por su madre y padre. Incluso se sugiere que la menor pudiera haber sido entrevistada con los protocolos correspondientes como testigo directa para apoyar la teoría de la fiscalía, pero no fue así”*.

En ese orden de ideas, solicita se revoque la sentencia de primera instancia, como quiera que, al existir duda probatoria, la misma debe favorecer los intereses de su defendido.

## **7. CONSIDERACIONES DE LA SALA**

### **7.1 Competencia**

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

### **7.2. Problema jurídico**

Los hechos que dieron origen a la presente actuación fueron puestos en conocimiento por parte de la propia víctima, mediante denuncia que realizará el día 05 de septiembre de 2019, quien informó que, para esa fecha en horas de la mañana, mientras iba camino a su trabajo fue asaltada por detrás, por parte de un sujeto, quien luego de amenazarla, le tocó sus senos, le quitó su ropa interior y le penetró su cavidad vaginal, con sus dedos.

La Corporación debe realizar el análisis tanto del conjunto probatorio como de los argumentos de la defensa tendientes a lograr que se profiera un fallo absolutorio a favor de su representado, todo ello con miras a determinar si la decisión de condena proferida por la primera instancia se encuentra ajustada a derecho.

De la información válidamente allegada a la actuación y en punto de la presunta materialidad y responsabilidad en la ilicitud

que le fuera atribuida al señor Juan Diego Tapias Jiménez, la Fiscalía presentó en juicio senda prueba testimonial, entre otras, la de la víctima; en tanto, por parte de la defensa se escuchó la versión de la señora María Janeth Echavarría Oquendo -esposa del procesado, Cesar de Jesús Tapias y Daniela Tapias Jiménez, padre y hermana del procesado, respectivamente.

Luego de concluido el juicio oral, el funcionario a-quo emitió un fallo de carácter condenatorio al estimar que la exposición de la víctima respecto de lo acaecido, merece total credibilidad al estar respaldada con otras pruebas debatidas en juicio oral, ya que de estas se logró establecer no solo la materialidad de la ilicitud sino además la responsabilidad del justiciable.

Frente a ello la defensa sostiene, que la decisión de condena se sustenta exclusivamente en el testimonio de la víctima Sor María Correa Serna, y el fallador primigenio, al valorar el mérito de esta única prueba, incurrió en errores de valoración probatoria que erosionan el fundamento de la sentencia, porque le otorgó credibilidad a su dicho, a pesar de las múltiples contradicciones e inexactitudes que contiene.

Las inconsistencias que le atribuye, las deriva, en su mayoría, de disconformidades que dice encontrar entre el testimonio rendido por Sor María en el juicio oral y las declaraciones entregadas por otros deponentes. Y también del carácter inverosímil que, en su criterio, revisten algunas de sus afirmaciones que sirven de sustento al fallo de condena.

Al margen de lo expuesto, confrontados los audios del juicio oral, se establece, sin embargo, que los motivos que el recurrente aduce para cuestionar la veracidad del testimonio de Sor María Correa Serna - inverosimilitud de su relato - no fueron utilizados por la defensa para impugnar su credibilidad en el juicio, de manera directa ni indirecta, y que los cuestionamientos que contienen quedaron al margen de toda controversia a lo largo de la etapa de juicio oral.

El instituto de la impugnación de la credibilidad, permite a las partes cuestionar la credibilidad del testigo, por la naturaleza inverosímil o increíble del testimonio, por la capacidad del testigo para percibir, recordar o comunicar, ya sea por la existencia de motivos de parcialidad del testigo, debido a la discrepancia con declaraciones anteriores, por la tendencia a la mendacidad, o en razón a las contradicciones internas del testimonio.<sup>3</sup>

Y así se ha planteado porque el ejercicio de dicha prerrogativa procesal obliga a la parte interesada presentar en la vista pública, ante el juez de conocimiento los argumentos que sustentan la impugnación, y con ello aquellos que acreditan el supuesto fáctico del motivo alegado, de allí, que su solicitud es facultativo, en cuanto la parte decide si echa mano de tal garantía en la etapa probatoria, pero si decide renunciar a su ejercicio, ya no podrá plantear en estadios procesales subsiguientes, ni en instancias superiores, ataques a la credibilidad de la prueba testimonial por motivos que requieran base o acreditación probatoria.

---

<sup>3</sup> Artículo 403 ley 906 de 2004.

Solo podrá hacerlo si la alegación que plantea no exige acreditaciones de esta índole, por ejemplo, cuando se invoca inverosimilitud o ausencia de credibilidad porque el relato suministrado por el testigo contradice los principios de la lógica, las reglas de experiencia o los postulados científicos, que como se sabe, no requieren acreditación, o cuando se invocan contradicciones internas en la declaración rendida en el juicio oral.

Así lo ha planteado, la Corte Suprema de Justicia en su sala de Casación Penal<sup>4</sup>, cuando aseveró:

En este punto resulta pertinente recordar que, para la Corte, la posibilidad de atacar en sede de casación la credibilidad de un testigo cuando la parte recurrente no ha hecho uso de esta prerrogativa en el juicio oral, se encuentra restringida a eventos específicos en los que no se requiera acreditación probatoria. Al respecto se lee en CSJ SP, 13 may. 2020, rad. 47909:

*«[...] Dicho instituto, permite a las partes cuestionar la credibilidad del testigo, por cualquiera de los siguientes aspectos, (i) naturaleza inverosímil o increíble del testimonio, (ii) capacidad del testigo para percibir, recordar o comunicar, **(iii) existencia de motivos de parcialidad del testigo**, (iv) discrepancia con declaraciones anteriores, (v) tendencia a la mendacidad, y (vi) contradicciones internas del testimonio.<sup>5</sup>*

*El ejercicio de esta garantía procesal impone a la parte interesada presentar en audiencia, ante el juez, (i) los argumentos que sustentan la impugnación, y (ii) las evidencias que acreditan el supuesto fáctico del motivo alegado, en los eventos en que su demostración exija*

<sup>4</sup> CSJ – SP. Rad. 55583 del 16 de junio de 2021.

<sup>5</sup> Artículo 403 ley 906 de 2004.

acreditación probatoria, como sería el caso, por ejemplo, de los motivos previstos en los ordinales (ii), (iii), (iv) o (v) del precepto.

Su invocación es discrecional, en cuanto la parte puede hacer o no uso de ella en el juicio oral, pero si decide renunciar a su ejercicio, ya no podrá plantear en estadios procesales subsiguientes, ni en instancias superiores, ni en casación, ataques a la credibilidad de la prueba testimonial por motivos que requieran base o acreditación probatoria.

Solo podrá hacerlo si la alegación que plantea no exige acreditaciones de esta índole, verbi gracia, cuando se alega inverosimilitud o ausencia de credibilidad porque el relato suministrado por el testigo contradice los principios de la lógica, las reglas de experiencia o los postulados científicos, que como se sabe, no requieren acreditación, o cuando se invocan contradicciones internas en la declaración rendida en el juicio oral.

La razón es elemental. En el modelo de enjuiciamiento acusatorio, toda prueba debe practicarse y controvertirse en el juicio oral, en presencia del juez de conocimiento.<sup>6</sup> Este es el escenario natural del debate probatorio. Después de este momento procesal no hay espacio para la práctica de pruebas en ninguna de las instancias, ni en casación.

**Esto impone afirmar que los motivos de impugnación que requieren base probatoria, deben plantearse y debatirse necesariamente en el juicio oral,** porque después ya no habrá lugar a la incorporación de pruebas, y al juzgador no le es permitido apoyarse, para fundamentar sus decisiones, en material probatorio que no han sido sometido a los requerimientos de los principios de publicidad, inmediación y contradicción.

Por eso, la respuesta que se sigue al interrogante planteado, es que **las partes no pueden sorprender con esta clase de ataques en estadios posteriores al juicio oral** cuando, requiriéndose acreditación probatoria de la causal que se invoca, no se ha hecho uso de la

---

<sup>6</sup> Artículos 377 y 379, que regulan los principios de publicidad y de inmediación.

*garantía de impugnación en esta oportunidad procesal, en los términos previstos en el estatuto procesal penal».*

Y es que el modelo de enjuiciamiento de corte acusatorio, toda prueba debe practicarse y controvertirse en el juicio oral, en presencia del juez de conocimiento.<sup>7</sup> Este es el escenario natural del debate probatorio. Después de este momento procesal no hay espacio para la práctica de pruebas en ninguna de las instancias, tal como lo dejó establecido la jurisprudencia.

Esto impone afirmar que los motivos de impugnación que requieren base probatoria, deben plantearse y debatirse necesariamente en el juicio oral, porque después ya no habrá lugar a la incorporación de pruebas, y al juzgador no le es permitido apoyarse, para fundamentar sus decisiones, en material probatorio que no han sido sometido a los requerimientos de los principios de publicidad, inmediación y contradicción.

En realidad, para impedir que al acudirse a la impugnación de credibilidad, las partes utilicen las declaraciones anteriores para fines diferentes, el máximo órgano de la justicia ordinaria ha precisado que para el ejercicio de la prerrogativa regulada en el artículo 403 atrás citado, a la parte interesada le corresponde:

- (i) a través del conainterrogatorio, mostrar la existencia de la contradicción u omisión (sin perjuicio de otras formas de impugnación); (ii) darle la oportunidad al testigo de que acepte la existencia de la contradicción u omisión (si el testigo lo acepta, se habrá demostrado el

---

<sup>7</sup> Artículos 377 y 379, que regulan los principios de publicidad y de inmediación.

punto de impugnación, por lo que no será necesario incorporar el punto concreto de la declaración anterior), (iii) si el testigo no acepta el aspecto concreto de impugnación, la parte podrá pedirle que lea en voz alta el apartado respectivo de la declaración, previa identificación de la misma<sup>8</sup>, sin perjuicio de que esa lectura la pueda realizar el fiscal o el defensor, según el caso; y (iv) la incorporación del apartado de la declaración sobre el que recayó la impugnación se hace mediante la lectura, mas no con la incorporación del documento (cuando se trate de declaraciones documentadas), para evitar que ingresen al juicio oral declaraciones anteriores, por fuera de la reglamentación prevista para cada uno de los usos posibles de las mismas. (CSJ SP, 31 ago. 2016, rad. 43916; CSJ SP, 25 ene. 2017, rad. 44950, entre otras.)

En la misma línea, ha precisado que esas herramientas deben utilizarse razonablemente, en orden a materializar la referida garantía con el menor uso posible de declaraciones anteriores u otro tipo de información que no haya sido decretada como prueba, precisamente para evitar la desestructuración del modelo procesal. Por tanto, se ha dicho que antes de introducir el contenido de declaraciones anteriores al juicio oral, se le debe dar la oportunidad al testigo de aceptar las contradicciones o las omisiones en sus relatos, pues, si las reconoce, ya no tendría sentido hacer dicha incorporación ni, por ende, asumir las dilaciones y los riesgos que la misma implica -entre ellos, que el juez acceda a información por fuera de las reglas del debido proceso- (CSJ AP, 5 jun. 2019, rad. 55337).

---

<sup>8</sup> Esto es, que la reconozca como la declaración que rindió antes del juicio, bien porque allí esta su firma, ora por cualquier otra razón que le permita identificarla.

Sin embargo, en el caso que se estudia, los motivos que el opugnante aduce para cuestionar la credibilidad del testimonio de Sor María Correa Serna, no fueron invocados en el juicio oral para impugnar su credibilidad, situación que determina que sus alegaciones, en relación con los que requerían para su acreditación base probatoria, resulten de entrada ineficaces.

Con las anteriores claridades, la entidad tribunalicia se ocupará de estudiar los reparos realizados por el censor al mencionado testimonio, y de revisar paralelamente los fundamentos fácticos, probatorios y jurídicos de la sentencia impugnada, con el fin de establecer si se cumplen los estándares de conocimiento requeridos para sustentar una decisión de condena, como lo dispone el artículo 381 del estatuto procesal penal.

Aterrizando al caso concreto, en el testimonio rendido en el juicio oral, por la señora Correa Serna manifestó que en el desarrollo de los hechos, inicialmente, advirtió a una persona que venía detrás de ella, de pronto la asalto intempestivamente colocándole una mano sobre su cuello y la otra en la boca para que no gritara, cuando ella trató defenderse él sacó un machete le bajo el pantalón, y con una navaja que él tenía en su bolsillo, le cortó su ropa interior a lado y lado y así quitárselas, inmediatamente le introdujo los dedos en la vagina. Y la misma afirmación la realizó en la denuncia el 5 de septiembre de 2019, en el informe pericial de clínica forense realizado el mismo día de la denuncia y en la entrevista calendada 19 de marzo de 2020.

El recurrente sostiene que la testigo incurre en una contradicción esencial que afecta su credibilidad, porque en su declaración, es inentendible la consecución de hechos por ella relatados, cuestionándose acerca de cuantas manos tenía el victimario para manosearla, penetrarla con dedos, y sostener “todas esas herramientas”, sin que se le generase rasguño alguno en su humanidad.

La primera precisión que debe hacerse en relación con este cuestionamiento, es que la defensa pretende hacer ver que todo ello ocurrió en un solo instante, situación más alejada de la realidad, además porque desestructura el testimonio de la víctima, pues si bien, el acceso carnal se llevó a cabo en un solo hecho, el suceso delictivo comprendió una sucesión de actos causalmente entrelazados, que se extendieron por cerca de 20 minutos, en cuyo desarrollo pueden distinguirse cinco fases: (i) De asalto (ii) de retención (iii) de sometimiento y tocamientos libidinosos (iv) de violación y (v) de transición crítica.

También se establece que los momentos en que saca las armas el procesado, se presentaron en fases totalmente distintas. El zurriago lo tenía en su poder cuando la asalto por detrás, el machete lo sacó en la etapa de sometimiento y la navaja la extrae de su bolsillo en la etapa de violación.

Al respecto, narró la denunciante que cuando iba hacía su labor de recoger café acompañada de su hija de tres años, avisto a un hombre que iba detrás de ella portando un zurriago, luego cuando la asalta, trata de defenderse, por lo que él saca un machete manifestándole “esta perra se va a hacer picar”,

prontamente la coloca de espaldas e ingresa una mano por debajo de su ropa interior mientras que con la otra le sostenía el cuello, inmediatamente para poder cortar su ropa interior saca una navaja que tenía guardada en su bolsillo, para satisfacerse con el olor de dicha prenda, y seguidamente introduce sus dedos, no sus manos, en la vagina de la ciudadana.

Lo anterior, desarticula el fundamento del ataque, porque la condición de simultaneidad de las reacciones que se dice inentendibles, no se presentó. Y no es posible sostener que las distintas armas que portaba el victimario marcaron toda la secuencia fáctica en un solo suceso, hasta su culminación, porque este tipo de situaciones suelen presentar variantes en su intensidad y tiempo de permanencia, dependiendo de muchos factores, siendo perfectamente posible que se cambie de arma o se utilice otro artefacto de mayor sometimiento, a efectos de lograr el cometido esperado.

Lo segundo que se debe manifestar es que el censor no impugnó en el juicio oral la credibilidad del testimonio de Sor María Serna por el referido motivo, y que esta situación cierra las puertas para su alegación en esta sede, por tratarse de un motivo que exigía acreditación y debate probatorio. Argumentación que también se extiende para desacreditar a la víctima, porque las amenazas nunca existieron.

Al revisarse los registros de audio, se constata que la defensa, en el contrainterrogatorio de la testigo, se limitó a realizar una serie de preguntas repetitivas, de manera tal, que el a-quo debió llamar la atención del representante de la Fiscalía para que

ejerciera un papel más activo en la práctica probatoria, de tal manera que cuando el representante del ente acusador empezó a objetar las preguntas, el censor decidió no seguir con el ejercicio del conainterrogatorio.

Al margen de esto, es importante precisar, para despejar las inquietudes planteadas por la defensa, que para la Corporación merece toda credibilidad el dicho de la víctima, su persistencia en la incriminación –sin ambigüedades ni contradicciones– es clara y no deja duda de los actos desplegados por el acusado sobre su corporeidad, que no solamente fueron asociados como meros actos sexuales violentos, sino que fue más allá, incursionando en acceso carnal violento, pues la manipulación de zona genital, conforme a su relato, implicó la introducción de los dedos. Conjuntamente, su exposición se compagina con las declaraciones rendidas con anterioridad en la etapa investigativa.

Ahora bien, con el fin de cuestionar la existencia del hecho, el recurrente sostiene adicionalmente que lo razonable es que con “el arsenal bélico que tenía el victimario debió dejarse alguna señal de diera cuenta del insuceso”, esto es, lo lógico era que se utilizara en la acción delictiva alguna de las armas que dice la víctima, tenía el victimario en su poder y así dejar alguna huella física en su cuerpo. Pero esto no constituye un principio lógico, ni una máxima de experiencia, ni un postulado científico. Es solo una apreciación personal del impugnante, que no tiene la virtualidad de incidir en el proceso de apreciación racional de la prueba.

En ninguno de los referidos ámbitos existe regla alguna que permita afirmar que siempre o casi siempre que un victimario que lleva armas cortopunzantes consigo para cometer delitos sexuales violentos, las deba utilizar dejando huella en la humanidad de la víctima, pues un postulado de esta naturaleza no tiene la aptitud de descartar de plano o de poner en duda las afirmaciones de quien sostiene lo contrario. Esto no tiene ningún soporte empírico, racional ni científico.

Sintetizando, ni la defensa impugnó en el juicio la credibilidad de Sor Maria por el motivo que se estudia, ni concurren elementos de juicio que respalden mínimamente la tesis del apelante de que siempre que utilizan armas en el delito que se investiga, se deben dejar huellas físicas por el uso de aquellas sobre la humanidad de la ofendida. Esta no es una conclusión que pueda válidamente obtenerse de las alegaciones que le sirven de soporte.

El petente sostiene también que como sobre la víctima no se encontraron rasgos de violencia, se descarta el elemento normativo del tipo penal, por ende, la conducta es atípica, porque no se logró demostrar la violencia, como elemento necesario para estructurar el tipo penal de acceso carnal violento. Al respecto concluyó *“En tratándose de una conducta que tiene dos elementos estructurales del tipo como son **EL ACCESO CARNAL Y LA VIOLENCIA**, que debió ejercer el actor en su momento, siempre en todos los casos, tiene que quedar alguna evidencia tanto del acceso como de la violencia. En gracia de discusión aceptemos que la señora asegura que el*

agresor la accedió con los dedos de sus manos por la vagina y no quedo huella física allí; pero tampoco le quedo rastro alguno en sus senos que manifestó se los cogió varios minutos y por las circunstancias narradas y por las reglas de la experiencia sabemos que este tipo de agresiones siempre dejan marcas o huella de su violencia en alguna parte del cuerpo...esta aparente ausencia de violencia desplegada en su contra pudo ser corroborada por la médico del hospital LUZ ELIANA VELASQUEZ SIERRA quien en conclusiones **NO LE ENCONTRO NINGUN RASTRO DE VIOLENCIA FISICA, increíble esto"** (subrayas y mayúsculas en el texto original)

Desconoce así lo expuesto de vieja data por la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Decisión Penal en punto de la noción de violencia en la esfera de los delitos contra la libertad e integridad sexuales, entendiéndose por ella «la fuerza, el constreñimiento, la presión física o psíquica –intimidación o amenaza– que el agente despliega sobre la víctima para hacer desaparecer o reducir sus posibilidades de oposición o resistencia a la agresión que ejecuta» (Cfr. CSJ SP, 26 oct. 2006, rad. 25743).

Por ejemplo, en CSJ SP, 23 en. 2008, rad. 20413, se dilucidó:

*[e]s cierto que tradicionalmente se ha distinguido en las modalidades jurídicamente relevantes de violencia entre la llamada violencia física o material y la violencia moral.*

*La primera se presenta si durante la ejecución del injusto el sujeto activo se vale de cualquier vía de hecho o agresión contra la libertad física o la libertad de*

*disposición del sujeto pasivo o de terceros, que dependiendo las circunstancias de cada situación en particular resulte suficiente a fin de vencer la resistencia que una persona en idénticas condiciones a las de la víctima pudiera ofrecer al comportamiento desplegado.*

*La violencia moral, en cambio, consiste en todos aquellos actos de intimidación, amenaza o constreñimiento tendientes a obtener el resultado típico, que no implican el despliegue de fuerza física en los términos considerados en precedencia, pero que tienen la capacidad de influir de tal manera en la víctima para que ésta acceda a las exigencias del sujeto agente, a cambio de que no le lesione grave y seriamente la vida, integridad personal, libertad o cualquier otro derecho fundamental propio o de sus allegados [subrayado original del texto].*

Pareciera entender el impugnante por violencia, solo la arista física o material, dejando de lado la moral o psíquica, que es precisamente la relatada por Sor María habida cuenta que, fue muy dicente su dicho frente al acto intimidatorio que el procesado ejerció, el cual, desde un punto de vista objetivo y ex ante, permite verificar que las armas utilizadas en el acto, así como su sometimiento por el cuello, el temor que conllevó a que se orinara por el susto que estaba viviendo y las continuas amenazas desplegadas en el acto resultaron idóneas para someter la voluntad de la víctima, al punto, que luego cde presentada la denuncia, tanto ella como su familia debieron salir desplazados del municipio de San Andrés de Cuerquia, para lo cual expuso, que recibió la ayuda de la personería municipal y del comandante de la policía del sector, quien la sacó de la municipalidad hasta Santa Rosa de Osos.

Además, la violencia física tampoco sería descartable en el caso concreto, como quiera que, dada la evidente relación de asimetría entre un hombre adulto trabajador de la construcción y una mujer del campo cuando aquel, la sometió cogiéndola por el cuello oprimiéndoselo, es entendible, el esfuerzo que aquel debió imprimir sobre su humanidad para doblegar la resistencia de la agraviada.

En esas condiciones, la introducción de los dedos por vía vaginal configura una modalidad de acceso carnal, conducta padecidas por Sor María y atribuida a su victimario.

Además, como atrás se detalló, es violento cuando se recurre a la fuerza física o al doblegamiento de la voluntad por presiones psicológicas, descritas previamente como el miedo, las amenazas y el contexto intimidatorio propiciado por Juan Diego Tapias Jiménez para su ejecución.

El impugnante sostiene también que el dicho de la víctima no es concluyente porque no pudo reconocer a su agresor, quien tenía el rostro tapado, por ende, existe inverosimilitud en su relato, el cual es falseado, pues las circunstancias de tiempo, lugar y modo se contraponen con lo vertido en el juicio por los testigos de la defensa, de quienes se puede esperar absoluta credibilidad, por cuanto sus aserciones no fueron desvirtuadas por el ente acusador.

Además, exterioriza que las características de la vestimenta que utilizaba el procesado todos los días para ir a trabajar, según lo

manifestado por sus familiares, era diferente a la mencionada por la víctima.

Para la Magistratura, este ataque es igualmente inaceptable, pues es dable asegurar que la declaración de la señora Sor María alcanzó el cometido esencial para determinar lo acontecido y permite, aunque sea prueba única, irradiar certeza sobre el acceso carnal violento mediante violencia psicológica y física, a la que fue sometida.

En esas condiciones, en virtud del principio de libertad probatoria, sus varias salidas procesales –denuncia, entrevista, declaración jurada–, que se valoran en su integridad y no de forma parcelada como lo hace el recurrente, son suficientes para emitir condena.

No puede olvidarse que lo relatado por la agraviada Serna Correa se aviene a lo decantado por la jurisprudencia de nuestro máximo tribunal de la justicia ordinaria, en el sentido que el delito en cuestión, la mayor de las veces se presenta en un entorno íntimo, privado, clandestino o «a puerta cerrada», suceso que dificulta su demostración, dado que, ante la ausencia de elementos objetivos de confrontación, el debate se centra en la credibilidad de las versiones que ofrezcan denunciante y denunciado.

Así, a pesar que la conducta atentatoria de la libertad sexual suele cometerse en ausencia de testigos, ello no impide que la víctima pueda brindar un relato preciso, claro y, en términos generales, coherente, que, al no comportar contradicciones

internas en sus expresiones, ni externas en relación a otros medios de convicción, pueda llevar al conocimiento del juez, en grado de certeza, de los hechos y circunstancias materia del juicio y la responsabilidad penal del acusado.

En este orden de ideas, oportuno es evocar la postura de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal en relación con el testimonio único, en cuanto que de él perfectamente puede apuntalarse la certidumbre de una sentencia, si en cuenta se tiene que, lo que en verdad interesa, es la credibilidad que irradie una vez sometido a las reglas de la sana crítica.

Ello es lo percibido en el caso concreto de la testimonial de Sor María, quien guardó coherencia en su narración en las diversas salidas procesales y de la cual se desprende la descripción de un escenario de vulneración a su intimidad, con elementos propios de un suceso realmente vivenciado y no fantaseados, ideados o maquinados, como lo pretende hacer ver la defensa.

De ese relato no es dable deducir el ánimo protervo recriminado por la defensa de Tapias Jiménez. En ese sentido, no se percibe incredibilidad subjetiva, derivada del insuceso entre agraviada y acusado que pueda evidenciar rencor, odio, resentimientos u otras que pudieran incidir en la parcialidad de su relato o poner en entredicho su aptitud probatoria.

Contrario, entonces, al criterio del recurrente, en la narración de Sor María Serna Correa no se advierten fisuras. Recuérdense que

la apreciación positiva de la prueba testimonial no se supedita a que las distintas declaraciones exhiban absoluta y total concordancia y uniformidad, sino a que posean consistencia en lo esencial del relato, de suerte que permitan forjar el conocimiento sobre el núcleo del mismo, con independencia de las variaciones que se adviertan respecto de particularidades tangenciales, que pueden modificarse por el paso del tiempo y otras circunstancias similares.

En el caso de la especie, lo fundamental consistió en el señalamiento de Serna Correa de haber sido agredida sexualmente por Juan Diego Tapias Jiménez, a través del acceso carnal violento, indicación que realizó de manera directa y sin atisbo de duda, pues tal como lo reveló en su deponencia, al procesado lo conocía de toda la vida, además era amigo de su anterior pareja sentimental, distinguiéndolo fácilmente a pesar de tener el rostro tapado, aclarado que aunque aquel trato de cambiar la voz, para ella su tono de voz fue inconfundible.

Conjuntamente, reconoció en la vista pública al procesado como aquella persona que había abusado de ella, amenazándola de muerte e increpándola para que abandonara el pueblo porque “teníamos los días contados porque lo habíamos denunciado”. En sus palabras: *“estoy 100% segura, él es bajito, trocito, piel no muy morena ni muy blanca, le gusta mucho andar con un zurriago en la mano, portaba un reloj negro, portaba gorra negra, tenía una bufanda, tenía unos guantes de esos que tenían en los hospitales, tenía un jean, en el día de hoy lo veo por la cámara, es la misma persona, estoy*

segura”<sup>9</sup>. En el contrainterrogatorio ante pregunta que le hiciera la defensa, de quien fue la persona que la amenazó, con contundencia, exteriorizó *“Juan Diego Tapias Jiménez, me amenazó, él iba en una moto de color roja, él estaba solo”*<sup>10</sup>.

Dígase además, que el argumento de la defensa no tiene asidero porque en el juicio oral, no impugnó la credibilidad del testimonio por este motivo, y esto hace que no se cuente con base probatoria que permita su verificación, ni en forma directa ni indirecta, por cuanto, en ningún aparte de su contrainterrogatorio le recriminó tal hecho, o ello lo trato de confrontar con sus declaraciones, simplemente sus preguntas fueron repetitivas e inconclusas, concluyéndose, que el dicho de la víctima fue concluso y fehaciente, en punto a todo lo vivido, la madrugada del 05 de septiembre de 2019.

No resultaría conforme a la experiencia que una mujer orqueste la escena recreada por aquella, esto es, salir desplazada del territorio donde ha vivido a lo largo de los años, donde reside su familia, padres y hermanos y donde tenía sus raíces, para inculpar a una persona, cogiéndolo como un “chivo expiatorio” como lo asevera la defensa, sin que exista ánimo alguno para tal efecto.

Tampoco se percibe de común ocurrencia que en la situación en la que se encontraba la víctima, quisiera exponer, ante terceros, aspectos tan vergonzantes que afectaban su propia

---

<sup>9</sup> Audiencia de juicio de fecha 1 de marzo de 2021. Récord. 45:20

<sup>10</sup> Audiencia de juicio oral de fecha 1 de marzo de 2021. Récord 1:10:05

intimidad, como los narró en la diligencia y en sus distintas salidas procesales.

El opugnante ataca también el testimonio de la víctima por adolecer de excesos descriptivos, pues le resulta extraño, que narre en detalle lo que sucedió, describiendo con precisión todo el acontecer fáctico.

Al respecto, debe decirse que bastan dos precisiones para desestimar el argumento edificado por la defensa. El primero que el estado de conmoción o susto que padecía la víctima no le impedía, percibir lo que estaba sucediendo. Y segundo, que la defensa tampoco demostró que la testigo sufriera afecciones o alteraciones de otra índole que limitaran sus capacidades de percepción, recordación o comunicación.

En el juicio nunca se ventiló que la afectada hubiese sufrido un estado de shock que le impidiera recordar lo vivido, por el contrario, el temor que aquella vivió esa madrugada cuando fue sometida física y psicológicamente por parte de Tapias Jiménez, solo afectó su capacidad de respuesta, no otras facultades, y que los cuestionamientos orientados a minar su credibilidad por informar de hechos y situaciones de las cuales, en su criterio, no le generan confiabilidad su dicho, carecen por completo de fundamento, pues en modo alguno, desdibujan la realidad fáctica.

Para el recurrente, la historia entregada por Sor María Serna Correa no existió, porque las reglas de experiencia enseñan que los gritos de su hija menor que se dice fueron fuertes, y por

espacio de 20 minutos, debieron ser escuchados por alguien, pero como el suceso nunca existió, era apenas obvio que nadie llegara en su ayuda.

Si por máxima de experiencia entendemos toda regla construida a partir del conocimiento repetido de hechos o situaciones similares, de los que se establece que siempre o casi siempre que acontecen, se repiten las mismas consecuencias, la conclusión que se sigue es que las formulaciones fácticas que el impugnante realiza para descalificar el relato de la testigo, no tienen este carácter.

Es posible que no se hayan podido escuchar los gritos de la menor, contrario a lo que quiere hacer notar el apelante, pero esto no significa que su actuar no corresponda a la realidad histórica, o que la testigo mienta, o sea sospechosa de mentir, porque cuando se está frente a construcciones inferenciales que no generan certeza, la conclusión que se obtiene será solo una verdad posible, o una verdad probable.

Para una mejor aproximación a la verdad, será necesario analizar el caso en su contexto fáctico probatorio, con el fin de establecer si el hecho de que no se haya podido escuchar los llantos de la menor encuentra explicación razonable alguna en el marco de las circunstancias que acompañaron el acontecer delictivo, y si disipan o enervan cualquier afrenta a las reglas de la sana crítica.

En el presente caso, la víctima, al relatar lo sucedido, hizo entre muchas otras precisiones **“llegue a una parte donde está un**

**árbol muy grande, desde ahí no se ven las casas y es una parte bastante oscura por café, yo fui a descargar a la niña para descansar, y yo le dije mami, venga bájese para yo descansar y para que le demos permiso al señor, cuando yo fui a descargar la niña el señor me echo mano por detrás, me tapó la boca y me dijo que no podía gritar”<sup>11</sup>.** Subrayas por la Sala

Este contexto fáctico despeja cualquier inquietud sobre lo acaecido, porque si bien la menor lloraba fuertemente, dicho lugar es alejado de la sociedad en la medida que no se ven casas y oscuro porque los árboles de café son altos. En ese orden, era impensable que alguien llegara en ayuda, asimismo porque aquella manifestó al inicio de su intervención que el camino que cogía para llegar a su lugar de trabajo donde debía recoger café, era solitario.

De otro lado, alega el recurrente “pero NUNCA esta señora se preocupó desde el primer momento en hacerle valoración psicológica a la menor en el hospital de San Andrés de Cuerquia, por el contrario al llegar allí solo ingresaron a la madre según su relato y el del esposo quien solo atinó a decir que como la niña no fue abusada, por eso no era necesario revisarla, por dios, si en realidad eso hubiera ocurrido como lo denunció la supuesta víctima, quizás por el mismo impacto de la supuesta violencia, hechos tan fuertes como los narrados, la mayor víctima fue la menor de edad y no fue tomada en cuenta su situación por su madre y padre”.

---

<sup>11</sup> Audiencia de juicio oral de fecha 1 de marzo de 2021. Récord 29:10

Al respecto se evidencia que el apelante distorsiona el medio de prueba, por cuanto la señora Sor María, con voz sollozante y entre lágrimas exteriorizó que su hija menor estaba muy afectada, por lo que *“la niña desde eso fue al psicólogo, quedaron en que me volvían a llamar y no, no me han vuelto a llamar, la niña no duerme, la niña todo el tiempo es con pesadillas, ella hace sino decir que donde la mamita no vuelve porque allá está el viejo malo, se duerme y de una se sienta en la cama, gritando, ella ve un hombre mayor y ella no permite que nadie se le acerque, ella le dice a mi hijo mayor, cierto que al pueblo no podemos volver porque allá esta el viejo malo y nos hace mucho daño”*.<sup>12</sup>

En ese orden de ideas, su apreciación además de subjetiva, no aporta relevancia para la situación fáctica vivida por la víctima y que, en modo alguno, logra derruir los argumentos de la sentencia condenatoria.

Por el otro lado, no puede el recurrente impugnar la credibilidad del testimonio de la víctima alegando, por fuera de tiempo, una mejor prueba como lo fue la prueba testimonial de descargos, pues este es un aspecto que requiere de una base probatoria que, para el caso, es inexistente. Nuevamente, al verificar la audiencia de juicio oral se obtiene que la actividad de la defensa en orden a demostrar la falta de credibilidad de la víctima originada de los dichos de las pruebas de descargo, al punto que ni siquiera, en ejercicio del contrainterrogatorio a Sor María, se le indagó a ésta sobre el particular.

---

<sup>12</sup> Audiencia de juicio oral de fecha 1 de marzo de 2021. Récord 38:10

Debe aclararse además, que ninguno de los testigos de la defensa aportó información pertinente para, por lo menos, generar un mínimo estado de duda sobre los hechos de la acusación, pues además de que nunca estuvieron en el lugar de los hechos y por lo tanto nada les constaba sobre lo ocurrido, también pierden toda credibilidad por su evidente interés de favorecer al procesado, pues esposa, hermana y padre del acusado trataron de traer a colación situaciones distintas a las narradas por la víctima, pero que en modo alguno, desacreditan sus declaraciones. Para la Corporación, del testimonio de los antes mencionados, es fácil advertir la carga parental y familiar influenciada para querer favorecer a Juan Diego.

Al mismo tiempo, resulta pertinente recordar que, para la Jurisprudencia<sup>13</sup>, la posibilidad de atacar en sede de apelación la credibilidad de un testigo cuando la parte recurrente no ha hecho uso de esta prerrogativa en el juicio oral, se encuentra restringida a eventos específicos en los que no se requiera acreditación probatoria.

Como en uno de sus apartes, el recurrente manifestó que *“Consideramos que el señor juez de instancia no valoro de manera imparcial las pruebas recaudadas y practicadas en sede de juicio oral, omitió dar la relevancia de detalles en todas y cada una de las inconsistencias enunciadas por este defensor en juicio, porque su decisión debe estar construida más allá de toda duda razonable en cimientos facticos y probatorios que se*

---

<sup>13</sup> CSJ SP, 13 may. 2020, rad. 47909.

desarrollaron en las audiencias mas no en prejuicios que indicaba la denuncia inicial.”, encuentra la Sala, en primer término, que sin más, el defensor sugirió un indebido interés de la del a-quo en condenar a su asistido, afirmación delicada, irrespetuosa, inmerecida y falaz.

Definitivamente, y con el propósito de abordar el cuestionamiento que planteó el recurrente, en punto a que *“solo se atinó a acusar con el dicho de la supuesta víctima a pesar de no haber sido capturado en flagrancia. violando por parte del ente acusador las garantías procesales y que dan lugar a todas las dudas de la real responsabilidad del acusado en los hechos que le imputan, más aun cuando este siempre ha sostenido que no es responsable absolutamente de nada de esto y que lo condenaron injustamente. gran error de procedimiento de la fiscalía en la investigación que no fue tenido en cuenta por el juez al momento de decidir”*, baste con recordar que en el modelo de enjuiciamiento criminal con tendencia acusatoria en el que impera un régimen eminentemente adversarial, a la fiscalía, en ejercicio exclusivo de su rol acusador, sólo le incumbe probar su teoría del caso.

En ese orden, si a la defensa le asaltaron todas las dudas que enlistó su recurso de alzada y se dolió del presunto indebido proceder la Fiscalía General de la Nación, debió asumir un papel activo en la confección de la prueba y en el recaudo de la información que le interesaba aportar al debate. Sobre el

particular, la Sala de Decisión de la Corte Suprema de Justicia<sup>14</sup>, expresó:

*«En el sistema procesal de tendencia acusatoria acogido por la Ley 906 de 2004, por el cual se rige este asunto, los ataques dirigidos a criticar la labor investigativa del órgano acusador resultan intrascendentes, porque quien cumple esta función no está sometido a los mandatos del principio de investigación integral, que impone indagar con igual celo lo favorable y desfavorable a los intereses del procesado.*

*En este modelo, las partes gozan de total libertad en el ejercicio del derecho a probar y en la selección de la estrategia a seguir en procura de sacar adelante su teoría del caso. Se trata de una actividad regida por los principios de independencia y autonomía, en cuyo ejercicio no es posible que una parte exija de la otra que oriente la actividad probatoria en determinado sentido, o de una determinada manera.*

***Su naturaleza adversarial determina que la función investigativa ya no sea exclusiva del órgano acusador, sino también de la defensa, y que dentro de su resorte esté, por tanto, adelantar las gestiones investigativas necesarias orientadas a acopiar las pruebas que estime de interés para sustentar su teoría del caso, sin depender de lo que probatoriamente haya hecho o pueda hacer su contraparte.***

*La Sala ha reconocido que, en este modelo de enjuiciamiento, a la fiscalía le incumbe probar su teoría del caso, no las hipótesis defensivas del procesado, y que si en ejercicio de esta función acopia pruebas que pueden ser de interés para la contraparte, el deber que surge para ella es sólo de descubrimiento, para que la defensa las conozca y las utilice en el juicio, si lo considera necesario (CSJ AP446-2015, revisión 42815 y CSJ AP de 23 de mayo de 2012, casación 38642, entre otras).*

---

<sup>14</sup> CSJ SP, 13 may. 2020, rad. 47909

*Esta la razón por la cual el principio de investigación integral resulta exótico en este modelo de enjuiciamiento, y por qué los ataques de la defensa, orientados a cuestionar la gestión investigativa del órgano fiscal por omisiones o deficiencias en el recaudo de pruebas, supuestamente favorables a ella, carecen de fundamento». -Resalta la Sala-.*

En resumen y según quedó visto en las consideraciones que antecede, este Órgano Colegiado considera, como creemos no puede ser de otra manera, que la prueba válidamente allegada al juicio, analizada tanto en forma individual como de conjunto según corresponde, da pie a asegurar que el funcionario de instancia no se equivocó en sus apreciaciones probatorias, pues al margen de los infundados reproches probatorios que en esta oportunidad formuló la defensa, la decisión de condena se encuentra suficientemente respaldada con el testimonio directo de la víctima que cuenta con serios factores de credibilidad, junto con las demás pruebas que lo corroboran, existiendo mérito suficiente para confirmar la determinación adoptada.

## **OTRAS DETERMINACIONES**

Como de las pruebas recaudadas se evidencia que Juan Diego Tapias Jiménez, luego de que la señora Sor María Correa Serna presentara la denuncia por los actos impúdicos a los que fue sometida por parte de aquel, debió salir del municipio de San Andrés de Cuerquia ante el peligro que corría su vida pues había sido amenazada de muerte por parte del procesado,

recibiendo ayuda para su subterfugio por parte de la Personería Municipal y de la Policía Nacional, se dispone por la Secretaría de la Corporación remitir copias del expediente junto con las evidencias con destino a la Fiscalía General de la Nación, a fin de que se establezca la posible comisión del delito de desplazamiento forzado, precisando, desde ya, que esta última determinación no implica el desconocimiento de la prohibición de reforma en peor porque, como así lo ha dicho la Corte Suprema de Justicia:

*«Que el juzgador hubiese ordenado la expedición de copias para que se investigara al procesado por otros delitos, vale aclarar que dicho acto en manera alguna implica hacer más gravosa la situación del acusado, puesto que constituye un deber legal del funcionario dar la noticia críminis cuando advierta la comisión de conductas que puedan ser calificadas como delictuosas y perseguibles de oficio. Además, tal situación no se vio reflejada en el proceso que conocieron en virtud del recurso de apelación»<sup>15</sup>.*

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: SE CONFIRMA** la sentencia del 24 de marzo de 2021, por medio de la cual el Juzgado Promiscuo del Circuito de Ituango condenó a Juan Diego Tapias Jiménez como autor del

---

<sup>15</sup> Auto de 29 de julio de 2008, rad. 28875.

delito de acceso carnal violento, de conformidad con los razonamientos expuestos en la parte motiva de la decisión.

**SEGUNDO:** Por la Secretaría de la Corporación, **REMITIR** las copias a las que se hizo alusión en la parte motiva de este proveído.

**TERCERO:** Contra la presente decisión procede el recurso de Casación, el cual deberá ser interpuesto y sustentado dentro de las oportunidades de ley.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**NANCY ÁVILA DE MIRANDA  
MAGISTRADA**

**GUERTHY ACEVEDO ROMERO  
MAGISTRADA**

**PLINIO MENDIETA PACHECO  
MAGISTRADO**

**Firmado Por:**

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

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

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

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:

**44dea9d6ecfceed56f4aeb34c41db607881d9d2a334ffe16b2eef72  
203d8244c**

Documento generado en 06/06/2022 04:31:52 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**

N.I.	2022-0639-3
Radicado	05 190 31 89 001 2022 00058
Accionante	<b>Luis Fernando Arbeláez Londoño</b>
Accionado	<b>INPEC</b>
Asunto	Impugnación fallo de tutela
Decisión	Revoca

**Medellín, veinticinco (25) de mayo de dos mil veintidós (2022)  
Aprobado mediante Acta N° 132 de la fecha**

**ASUNTO**

Sería el caso pronunciarse sobre la impugnación presentada por las accionadas<sup>1</sup>, contra la decisión adoptada por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Cisneros – Antioquia el 8 de mayo del presente año, pero se advierte que en el presente trámite, se incurrió en irregularidad sustancial que afecta de nulidad la actuación surtida en primera instancia.

**FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN**

Manifestó Sindi Cristina Vásquez, actuando en calidad de Personera Municipal de Guadalupe, Antioquia<sup>2</sup> que, el 04 de abril de 2022 se realizaron audiencias preliminares en contra del señor Luis Fernando Arbeláez Londoño, fecha en la que se le dictó medida de aseguramiento en la Cárcel y Penitenciaria de Santo Domingo por el delito de fabricación,

---

<sup>1</sup> PDF N° 13 y 14 del expediente digital

<sup>2</sup> PDF N° 01 del expediente digital

tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones, sin embargo, continua recluido en la **Estación de Policía de Guadalupe** mientras se dispone su traslado a un centro carcelario.

En dicha esa Estación de Policía no existen condiciones dignas de alojamiento, pues solamente tiene capacidad para dos personas y de forma transitoria, pero en la actualidad hay otros cinco ciudadanos privados de la libertad, lo que genera condiciones de hacinamiento que vulnera los derechos fundamentales a la dignidad humana, la integridad personal, el debido proceso, el trabajo y la educación, la salud, a la resocialización, a la unidad familiar, a la salubridad, a la prohibición de tratos crueles e inhumanos y degradantes y a la intimidad personal.

Por lo anterior, requiere la protección de sus derechos fundamentales y se ordene a la **Dirección General del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario**, al **Comando del Departamento de Policía Antioquia** y a la **Cárcel y Penitenciaría de Media Seguridad de Santo Domingo** realizar el traslado inmediato del ciudadano al establecimiento carcelario designado desde las audiencias preliminares.

## ACTUACIÓN RELEVANTE

1. El Juzgado Promiscuo del Circuito de Cisneros – Antioquia, el 25 de abril del año en curso<sup>3</sup>, asumió conocimiento del asunto y ofició a las entidades accionadas para que, en ejercicio de sus derechos de defensa y contradicción, procedieran a manifestarse respecto de los hechos expuestos en el escrito tutelar.

---

<sup>3</sup> PDF N° 2 del expediente digital

2. El 27 de abril de los corrientes<sup>4</sup>, ordenó vincular a la Dirección de la Regional Noroeste del Inpec y el 03 de mayo de 2022 a la Alcaldía de Santo Domingo<sup>5</sup>.

## DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA<sup>6</sup>

El Juzgado Promiscuo del Circuito de Cisneros – Antioquia tuteló el derecho fundamental al debido proceso del accionante y ordenó al **Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario – INPEC, a la Dirección Regional Noroeste del Inpec, así como la Cárcel y Penitenciaria de Mediana Seguridad de Santo Domingo** realizar los trámites necesarios y pertinentes, para que en el plazo de diez (10) días materialicen el traslado de Luis Fernando Arbeláez Londoño, a la Cárcel y Penitenciaria designada por el juez con funciones de control de garantías.

Lo anterior, teniendo en cuenta que la Ley 906 de 2004 y el Código Penitenciario y Carcelario, estableció que, la custodia de las personas que se encuentren en calidad de sindicados o condenados corresponde legal, fáctica y jurídicamente al Inpec, razón por la cual, debe ser esta institución la cual debe proceder a la ubicación del accionante o a la asignación de cupo para cumplir con la medida de aseguramiento intramural impuesta.

## DE LA APELACIÓN

El coordinador del grupo de acciones constitucionales del **INPEC**<sup>7</sup>, solicitó se revoque el fallo de tutela y se desvincule a la institución que representa puesto que, no se ha vulnerado ningún derecho de rango fundamental del accionante ello teniendo en cuenta que, la competencia para atender a las

---

<sup>4</sup> PDF N° 06 del expediente digital

<sup>5</sup> PDF N° 09 del expediente digital

<sup>6</sup> PDF N° 11 del expediente digital

<sup>7</sup> PDF N° 13 del expediente digital

personas detenidas preventivamente le corresponde al departamento y a los municipios los cuales deberán construir sus propias cárceles bajo su estricto control atención y manejo.

La directora regional el **INPEC Noroeste**<sup>8</sup>, también impugnó la decisión de primer grado refiriendo que la oficina que regenta no recibe, custodia o traslada personal privado de la libertad, pues es un espacio de oficinas, sin celdas para reclusos ni personal de la guardia.

Afirma que la responsabilidad frente a personas en calidad de sindicatos recae sobre los entes territoriales, pues el **INPEC** no tiene como soportar física ni presupuestalmente la orden emitida, por lo tanto, solicita se revoque el fallo emitido por la primera instancia.

## **CONSIDERACIONES**

### **De la indebida integración del contradictorio**

Jurisprudencialmente se ha precisado en forma pacífica y reiterada, que según el artículo 13 del Decreto 2591 de 1991, al trámite del amparo constitucional se debe vincular a la autoridad pública o al particular al que se le atribuye en la demanda la violación o amenaza para los derechos fundamentales.

Así mismo, a todos los que tengan un interés legítimo en la decisión respectiva, o puedan ser afectados por ella, en fin, que tengan la condición de eventuales destinatarios de las órdenes que deban impartirse para la efectiva protección de aquellos. Lo anterior, por cuanto sólo de este modo resulta viable satisfacer el principio de efectividad de los derechos

---

<sup>8</sup> PDF N° 14 del expediente digital

fundamentales, como también, garantizar el debido proceso y el derecho a la defensa de quienes resultarían comprometidos por razón del pronunciamiento, así como el de doble instancia.

De tal suerte, al juez de tutela le compete, la debida y completa integración del legítimo contradictorio. En lo específico, en aquellos casos en los cuales *“según el análisis de los hechos y de la relación entre las funciones que se cumplen o las actividades que se desarrollan y la invocada vulneración o amenaza de derechos fundamentales (nexo causal) encuentre que la demanda ha debido dirigirse contra varias entidades, autoridades o personas, alguna o algunas de las cuales no fueron demandadas (...)”*<sup>9</sup>. Esto último, desde luego, sin perder de vista que *“en muchas ocasiones el particular que impetra la acción ignora o no sabe identificar a las autoridades que considera han violado o amenazado sus derechos fundamentales...”*<sup>10</sup>.

Por tal motivo, la convocatoria de la parte que por legitimación pasiva debe concurrir al proceso constituye presupuesto necesario *“para una decisión de fondo y responder así a la protección eficaz de los derechos fundamentales”*<sup>11</sup>. Lo anterior al punto que echada de menos, se configura una causal de nulidad, situación, que anticipa el Tribunal, se estructuró en el presente asunto.

En efecto, para el caso que nos ocupa los hechos que propiciaron la presente acción pública y con base en los cuales se afirma la violación de los derechos fundamentales del accionante, se relacionan con el mantenimiento de privación de la libertad en la **Estación de Policía del municipio de Guadalupe**, la cual se encuentra en condiciones de hacinamiento, carentes de elementos básicos para el descanso de las personas que se encuentran privadas de la libertad, con poco aseo y

---

<sup>9</sup> En este sentido, el auto 055 de 1997; criterio reiterado en autos 025 de 2002 y 011 de 2002, entre otros.

<sup>10</sup> Auto 055 de 1997, citado ut – supra.

<sup>11</sup> Ver entre otros, el auto 107 de 2002.

ventilación, situación por la que requiere la asignación de un cupo carcelario al interior de la Cárcel y Penitenciaria de Mediana Seguridad de Santo Domingo.

Ahora bien, el artículo 304 del Código de Procedimiento Penal, sobre la formalización de reclusiones estipula que una vez se imponga medida de aseguramiento *-como ocurrió en el sub examine-* el funcionario judicial a cuyas órdenes se encuentre lo entregará de inmediato en custodia al **INPEC** o a la autoridad del establecimiento de reclusión que corresponda, para efectuar el ingreso y registro al sistema penitenciario y carcelario.

De lo anterior se comprende que, mediando orden de autoridad judicial, quien soporta una medida de aseguramiento intramural, podrá cumplirla al interior de un centro penitenciario a cargo del **INPEC** o de conformidad a lo normado en la Ley 65 de 1993, al interior de un establecimiento asignado para tal fin por intermedio de los entes territoriales.

Y continua el párrafo del artículo en cita enunciando que, el director del **INPEC** ordenará el traslado de cualquier ***imputado*** afectado con medida de aseguramiento de detención preventiva *cuando así lo aconsejen razones de seguridad nacional, orden público, seguridad penitenciaria, descongestión carcelaria, prevención de actividades delincuenciales, intentos de fuga, o seguridad del detenido o de cualquier otro interno.*

Lo anterior, en concordancia con la Resolución No. 6349 de 2016, por medio de la cual se expide el reglamento general de los establecimientos de reclusión del orden nacional -ERON- a cargo del INPEC, que en su artículo 25 informa que *“El ingreso de una persona privada de la libertad a un establecimiento de reclusión en calidad de sindicado, imputado, acusado, condenado o capturado con fines de extradición, será únicamente en cumplimiento de orden escrita de autoridad judicial*

*competente y siempre que esté plenamente identificada.*”, conlleva a la necesidad de establecer si el juzgado que estuvo a cargo de las audiencias preliminares que concluyeron con la medida de aseguramiento impuesta al accionante, dictó orden específica para que el cumplimiento de la medida fuera en determinado centro penitenciario.

Por lo tanto, resulta imperiosa la vinculación del juzgado que tramitó las audiencias preliminares en contra de **Luis Fernando Arbeláez Londoño**, pues debe tenerse certeza de la orden emitida por este operador judicial, esto es, si determinó algún lugar específico para el cumplimiento de la medida de aseguramiento intramural y si efectivamente realizó los oficios que comunicaban dicha medida al **INPEC**.

Lo anterior adicionalmente podría conllevar a brindar ordenes específicas al juzgado de control de garantías, ello si hubiere omitido su deber de oficiar al **INPEC** para la formalización de la reclusión con independencia del sitio asignado para el cumplimiento de la medida de aseguramiento.

Aunado a lo anterior, y en caso de haber comunicado la boleta de encarcelamiento al INPEC, a través de su respuesta, se podrá establecer si el accionante le ha solicitado hacer efectiva su orden o si por el contrario acudió a la acción de tutela sin haber agotado dicho mecanismo judicial.

Por lo tanto, estima esta instancia judicial que la vinculación del juzgado de control de garantías que presidió las audiencias preliminares en contra del promotor, resultaba imperativa dentro del presente trámite constitucional para emitir un fallo justo y acorde a los requerimientos del particular.

De tal suerte, en estas diligencias fue omitido el deber de integrar en forma debida y completa el contradictorio, impuesto en el artículo 13 del Decreto 2591 de 1991. Por consiguiente, con fundamento además en los artículos 61

y 133 del Código General del Proceso aplicables en este trámite por virtud de la remisión efectuada en el artículo 3o del Decreto 306 de 1992, decretará la nulidad a partir del auto que admitió la demanda de tutela adiado el 25 de abril de 2022, con la finalidad de que en la reposición del trámite se subsanen las irregularidades advertidas, dejando incólume las pruebas y respuestas obtenidas en el trámite tutelar.

Por tanto, así se declarará y se devolverá la actuación al Juzgado Promiscuo del Circuito de Cisneros, a fin de que proceda a subsanar la irregularidad advertida, esto es, integre debidamente el contradictorio, vinculando al juzgado de control de garantías que presidió las audiencias preliminares en contra del promotor.

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

### **RESUELVE**

**PRIMERO: DECLARAR** la nulidad de todo lo actuado a partir de auto que admitió la demanda de tutela, proferido por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Cisneros, el 25 de abril de 2022, dejando incólume las pruebas y respuestas obtenidas en el trámite tutelar.

**SEGUNDO: REMITIR** la actuación al Juzgado de origen, para que proceda con la vinculación al extremo pasivo de la litis, y el juzgado de control de garantías que presidió las audiencias preliminares en contra de **Luis Fernando Arbeláez Londoño**.

**TERCERO: NOTIFICAR** a las partes, incluyendo a la accionante, conforme lo ordena el Decreto 2591 de 1991, informándoles que contra la presente decisión no procede ningún recurso.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

*(firma electrónica)*  
**GUERTHY ACEVEDO ROMERO**  
**Magistrada Ponente**

*(firma electrónica)*  
**PLINIO MENDIETA PACHECO**  
**Magistrado**

*(firma electrónica)*  
**RENÉ MOLINA CÁRDENAS**  
**Magistrado**

**Firmado Por:**

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

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

**Rene Molina Cardenas**  
**Magistrado**  
**Sala 005 Penal**

**Tribunal Superior De Medellin - Antioquia**

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

Código de verificación:

**8b250d35bc58ad9f156357647f15c20f34ffc4061c370459857331ac96d5a4d4**

Documento generado en 26/05/2022 02:26:14 PM

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

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

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE ANTIOQUIA**

**SALA DE DECISIÓN PENAL**

**Proceso No.** 0525061000002019-00006

**NI:** 2022-0705

**Acusado:** ROBERTO CARLOS OSTEN MESTRA

**Delito:** Concierto para delinquir agravado

**Motivo:** Apelación niega nulidad

**Decisión:** Confirma

**Aprobado Acta No 83 de junio 6 del 2022 Sala No: 6**

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

Medellín, junio seis de dos mil veintidós.

**I. Objeto del pronunciamiento. -**

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación contra la determinación que se tomó el pasado 3 de mayo del año en curso el Juzgado Sexto Penal del Circuito Especializado de Antioquia de negar una petición de nulidad a partir de la audiencia preparatoria por violación del derecho de defensa y el debido proceso.

**II. Actuación procesal relevante. -**

Se adelantó inicialmente ante el Juzgado Cuarto Penal del Circuito Especializado de Antioquia actuación penal en contra de ROBERTO CARLOS OSTEN MESTRA, en la que el pasado 5 de junio del año 2019 al momento de instalarse la audiencia de acusación, el defensor del procesado reclamó la nulidad de la actuación desde la formulación de la imputación, por vulneración al principio del *no bis in ídem*, pues por los mismos hechos

se adelantaba actuación en el Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Antioquia, así como por la carencia de una inferencia razonable de presunta autoría o responsabilidad, dicha petición fue despachada negativamente por el Juez de primera instancia y contra la misma se interpuso el recurso de apelación que esta Corporación confirmó en auto del pasado 3 de julio del 2019. Regresó la actuación al juzgado de primera instancia y allí se tramitó la audiencia preparatoria que se celebró los días 2, 9, y 25 de septiembre, 30 de octubre, 6 y 13 de noviembre, 16 de diciembre del 2019 y 21 de enero del 2020, en la que se resolvieron las peticiones probatorias de las partes, se fijó fecha para la audiencia de inicio del juicio oral y se indicó que como la defensa quería pedir una nulidad bien podía hacerlo al inicio del juicio oral. Fue así como ~~después~~ de varios aplazamientos el pasado 8 de julio debía instalarse el juicio oral, el defensor, solicitó un aplazamiento pues pretendía problemas técnicos no podía poner en conocimiento de los asistentes de la audiencia los elementos con el que pretendía fundar su pretensión de preclusión, razón por la cual se señaló el día 27 de Julio del año corriente para tal fin. Instalada nuevamente la audiencia el señor defensor pasó a explicar sus pretensiones las que incluían una solicitud de preclusión por violación del *no bis in ídem*, y una de nulidad por vulneración del derecho de defensa.

El juez de instancia desechó las pretensiones de la defensa e indicó que las mismas eran repetitivas y buscaban dilatar la actuación, y además respecto de la nulidad al fundamentar la misma no se argumentó porque no se satisfacían los principios que hacía procedente la nulidad e indicó que era un rechazo de plano y no procedía recurso alguno, razón por la cual al defensa interpuso el recurso de Queja, que fue resuelto por esta Corporación el pasado 10 de agosto del año 2020 concediendo la apelación únicamente en relación a la negativa de nulidad desde la audiencia preparatoria.

El pasado 13 de agosto ante el Juzgado de primera instancia la defensa sustentó el recurso de apelación y como no recurrente el señor representante de la Fiscalía General de la

Nación y el Procurador Judicial expusieron sus argumentos frente al recurso de apelación

Surtido dicho trámite el pasado 20 de agosto del 2020 esta Corporación al desatar la alzada negó la petición de nulidad en la que visto que ahora se hace similar petición resulta imperioso transcribir lo allí enunciado:

*“El asunto que concitaría el interés de la Sala lo es el establecer si en efecto cuando el Juez de primera instancia, vulneró el debido proceso y el derecho de defensa cuando negó la petición de suspensión de la audiencia preparatoria que hacia la defensa y dispuso que las partes procedieran con sus peticiones probatorias sobre las cuales finalmente tomó una decisión y dispuso fecha y hora para el inicio del juicio oral.*

*Sin embargo, como quiera que el señor defensor, no interpuso recurso alguno al final de la audiencia preparatoria, sino que plantea su inconformidad con lo ocurrido, por la vía de la nulidad, debemos ocuparnos entonces de si resulta posible vista que tal audiencia ya culminó, reabrir un debate sobre lo allí ocurrido cuando la actuación ya está para el inicio del juicio oral.*

*Al respecto debe indicarse que cuando se pretende decretar una nulidad, que es el remedio extremo para las fallas de procedimiento o la afectación de garantías fundamentales, el operador judicial, debe tener en cuenta ciertos principios que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha desarrollado de tiempo atrás y que mantienen su plena vigencia en el nuevo sistema acusatorio. Al respecto la Alta Corporación señala:*

*“Tales axiomas se concretan en los siguientes postulados: sólo es posible solicitar la nulidad por los motivos expresamente previstos en la ley (principio de actividad)<sup>1</sup>; quien alega la configuración de un vicio enervante debe especificar la causal que invoca y señalar los fundamentos de hecho y de derecho en los que se apoya (principio de acreditación); no puede deprecarla en su beneficio el sujeto procesal que con su conducta haya dado lugar a la configuración del yerro invalidante, salvo el caso de ausencia de defensa técnica (principio de protección); aunque se configure la irregularidad, ella puede convalidarse con el consentimiento expreso o tácito del sujeto perjudicado, a condición de ser observadas las garantías fundamentales (principio de convalidación); no procede la invalidación cuando el acto tachado de irregular ha cumplido el propósito para el cual estaba destinado, siempre que no se viole el derecho de defensa (principio de instrumentalidad); quien alegue la*

*rescisión tiene la obligación indeclinable de demostrar no sólo la ocurrencia de la incorrección denunciada, sino que ésta afecta de manera real y cierta las bases fundamentales del debido proceso o las garantías constitucionales (principio de trascendencia) y, además, que para enmendar el agravio no existe remedio procesal distinto a la declaratoria de nulidad (principio de residualita).”<sup>2</sup>*

*En el presente caso, aprecia la Sala que cuando se presentó el supuesto yerro en el proceso que denuncia el defensor afectaron sus garantías y el derecho de defensa, esto es la negativa de suspensión en la audiencia preparatoria y el disponer que se procediera con el descubrimiento probatorio y luego las solicitudes probatorias y se resolviera sobre las mismas para entonces fijar fecha para el inicio de juicio oral ; el abogado defensor no interpuso recurso alguno contra las decisiones que allí se tomaron, lo que implica que el terminó convalidando la decisión del Juez a quo en ese momento, aspecto este que acertadamente fue el que fundamentó la determinación ahora se censura al negar la petición del abogado defensor.*

*Tampoco se puede decir que como quiera que al final de la audiencia preparatoria se señaló que el defensor si quería plantear una nulidad podía hacerlo en el juicio, con esto se estuviera justificando la no interposición de recursos, pues si la defensa no compartía algo de lo que se resolvía en tal audiencia debía interponer los recursos de ley, pues este es el camino procesal adecuado, si no se comparte una decisión se interpone recurso contra este, no se alega que se va a interponer una nulidad sobre un aspecto en el que fue vencido, pues contra esto proceden son los recursos de ley.*

*Igualmente debe resaltarse que aunque ahora alegue el recurrente que esa negativa de aplazamiento le impidió recabar pruebas con las que podía efectivizar su derecho de defensa y solicitar su práctica en el juicio, no indica en efecto cuales fueron esas pruebas que no pudo pedir y como esto afectó su teoría de defensa, con lo que indudable es que no cumple en debida forma con indicar de qué manera las falencias anotadas trascienden y afectan de forma cierta el debido proceso y el derecho de defensa.*

*De otra parte como lo resalta el señor Procurador en el presente caso múltiples aplazamientos hubo de la audiencia preparatoria, concretamente como se aprecia al repasar la actuación esta se tramitó en sesiones los días 2, 9, y 25 de septiembre, 30 de octubre, 6 y 13 de noviembre, 16 de diciembre del 2019 y 21 de enero del 2020, y en parte alguna el ahora recurrente señalada porque no pudo, pese al transcurso del tiempo entre todos los aplazamientos recoger los elementos de prueba que dice le hacen falta, por lo que aunque es cierto que la defensa tiene derecho a preparar en debida forma su estrategia y buscar sus pruebas, tal plazo no puede arrogarse indefinidamente en el tiempo a menos que se indique una razón válida para ello.*

*Sobre el tiempo razonable para preparar la defensa la Corte Suprema de Justicia en su Salade Casación Penal<sup>3</sup>, precisa:*

*“ Al tenor de los artículos 8.2.c del Pacto de San José, 14.4.b del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 29 de la Constitución Política y 8.i del Código de Procedimiento Penal resulta cierto e indiscutible que al inculpado se le debe garantizar perentoriamente la posibilidad de disponer de un tiempo razonable para preparar adecuadamente su defensa. La jurisprudencia constitucional ha decantado el alcance de la mencionada garantía en los siguientes términos: “el derecho a contar con el tiempo*

*Como lo resalta la jurisprudencia en cita, el suficiente tiempo para preparar la defensa, es un concepto que varía según las circunstancias del proceso y las solicitudes de suspensión deben tener una justificación razonable, y aquí el recurrente aunque dice que debía buscar pruebas no está señalando en la sustentación de su pedimento de nulidad como ya se resaltó que evidencias o elementos materiales de prueba no pudo recoger , o cuales eran los obstáculos que le impedían a sus investigadores recabar tales elementos probatorios que buscaba descubrir para que posteriormente se le decretaran como pruebas para el juicio, por lo mismo bajo una genérica argumentación de que necesitaba más tiempo para preparar la defensa, no resulta ahora admisible que se entre a ordenar repetir la audienciapreparatoria, que es la consecuencia necesaria de la nulidad deprecada.*

*Debe además resaltarse que al repasar el audio de lo ocurrido en la audiencia preparatorio que planteó en su momento el señor defensor es que como no se cumplió con el descubrimiento probatorio de la defensa, no era posible avanzar en el trámite del proceso y entrar a decretar las pruebas hasta que el mismo se agotara, pues el proceso implicaba una serie de actos concatenados que no se podían omitir, argumento que contrario a lo que plantea en la apelación si fue objeto de pronunciamiento en su momento por el Juez de Primera Instancia como se aprecia en el audio de la audiencia preparatoria donde acotó “se debe indicar dentro del debido proceso entendido como un principio antecedenteconsecuente no hay norma que indique que es obligación de la defensa solicitar elementos o hacer postulaciones probatorias para que así pueda intervenir la fiscalía, es una facultad y dentro de sus pretensiones verifica si es necesario practicar prueba de su parte o si considera que con una actuación pasiva logra atender los interés de su protegido al entender*

*que el material probatorio de la Fiscalía General de la Nación es insuficiente para derribar la presunción de inocencia, no es cierto entonces que se debía realizar petición probaría de su parte para que se pudiera acceder a la petición probatoria de la Fiscalía.”*

*Si consideró que lo que en ese momento el juez resolvía era erróneo debió interponer recursos contra tal determinación, pero no lo hizo, por ende, no puede ahora señalar que esto admita una nulidad, y pretenda presentar la inconformidad bajo el manto de una faltade motivación al desechar sus pretensiones, cuando estas fueron resueltas.*

*En ese orden de ideas, no encuentra la Sala posible ahora entrar a decretar la nulidad reclamada.....”*

Al retornar la actuación al Juzgado Cuarto Penal del Circuito Especializado de Antioquia el defensor presentó memorial en el que recusaba al Juez, y este señaló el día 10 de noviembre del 2020 para continuar con el Juicio oral, al instalar la audiencia advirtió el memorial de recusación pero indicó que la misma debía interponerse en audiencia dado el carácter oral del proceso penal y como el defensor no se hacía presente a la audiencia, resolvería al respecto en la sesión que también estaba fijada previamente para el día siguiente, luego el defensor presentó memorial en el que solicitaba suspensión de la audiencia referida y el Juez negó la suspensión mediante determinación del día 11 de noviembre. Instalada la audiencia el defensor no compareció y mediante una orden se dispuso que seguiría el juicio el día 17 de noviembre siguiente.

Posteriormente la defensa presentó nuevo escrito solicitando suspensión de la audiencia y el Juez emitió nueva determinación negando dicha suspensión, y al instalar la audiencia el día 17 de noviembre al no hacerse presente el defensor, el Juez señaló que no emitiría pronunciamiento sobre el escrito de recusación, pues la misma se debía interponer en audiencia y ante la no presencia del abogado defensor dispuso su remoción y ordenó compulsar copias ante la Sala Disciplinaria seccional. Luego aparece en la actuación que se fijan fechas para continuar con la audiencia de juicio oral una vez se garantice el derecho del procesado de contar con un nuevo defensor por lo que se hace solicitud a la defensoría pública.

Posteriormente el señor ROBERTO CARLOS OSTEN MAESTRA designó una nueva defensora y se adjuntó el respectivo poder.

En virtud de los acuerdos emitidos por el Consejo superior de la Judicatura que crearon nuevos Juzgados Penales del Circuito Especializados para Antioquia, la actuación paso al nuevo Juzgado Quinto Penal del Circuito Especializado de Antioquia, donde el día 13 de abril del 2021, se fijó como fecha para continuar con el juicio oral los días 30 y 31 agosto del 2021 y al instalarse la audiencia la nueva abogada defensora presenta incidente de nulidad que se expuso en la sesión del 30 de agosto y al día siguiente se pronunciaron sobre el mismo los demás sujetos procesales y se fijó el 19 de octubre del 2021 para resolver sobre la nulidad propuesta.

Posteriormente se reprograma dicha audiencia para el día 30 de noviembre del mismo año y la defensa solicita aplazamiento fijándose entonces el día 30 de enero del 2022 para celebrar la audiencia en que se resuelve el incidente de nulidad, pero como el procesado no se puede conectar en la nueva fecha de la audiencia esta se reprograma para el día 25 de marzo siguiente, la cual no se puede realizar por inconvenientes del despacho, y se reprogramó la misma para el día 16 de agosto del 2002.

Como se crearon otros dos despachos en los Juzgados Penales del Circuito Especializados de Antioquia, la actuación paso al Juzgado Sexto Penal del Circuito Especializado de Antioquia, donde el pasado 3 de mayo mediante providencia escrita se resolvió el incidente de nulidad, determinación frente a la cual la defensa interpuso el recurso de apelación. Sustentado el mismo y una vez se corrieron los traslados de ley se dispuso la remisión de la actuación al Tribunal Superior de Antioquia Sala Penal.

La actuación fue repartida al despacho del magistrado ponente el pasado 31 de mayo del año en curso.

### **III. Petición incidente de nulidad.**

Señalando que era un incidente de nulidad la nueva defensora del procesado reclamó la nulidad de la actuación desde la audiencia preparatoria la que fundamento señalando que se presentaba una grave e insalvable vulneración al derecho de defensa y debido proceso, relatando lo ocurrido en la audiencia preparatoria, y como la Fiscalía en la audiencia preparatoria del día 21 de enero del 2020, realizó un descubrimiento probatorio extemporáneo de unos elementos que conocía desde el año 2019, cuando presentó la acusación, y pese a la solicitud de la defensa de que se diera un aplazamiento de la audiencia el juez no lo permitió, y con su actitud desobligante y autoritaria cercenó la posibilidad de preparar una adecuada defensa garantía reconocida no solo en nuestro ordenamiento jurídico penal sino también en varios instrumentos internacionales.

Relató que la no interposición de recursos en ese momento no se puede tomar como un motivo para desechar ahora la petición de nulidad, pues su predecesor entendió que podía pedir la nulidad al inicio del juicio, como lo menciona el Juez, sin embargo con el transcurrir del proceso sea evidenció una grave vulneración del principio de igualdad de armas pues no solo no se permitió realizar las labores investigativas que requería la defensa frente al material descubierto por la fiscalía en forma extemporánea sino que además se cercenó la posibilidad de pedir pruebas.

Frente a tal pretensión la Fiscalía se opuso señalando que no existió un sorprendiendo extemporáneo, que no se pidió la exclusión por esto, ni mucho menos se interpusieron recursos contra el auto que decreto las pruebas en la audiencia preparatoria por lo que la

nulidad no está llamada a prosperar, y no es el escenario de la preparatoria el espacio para alegar una preclusión además evidente es al comparar los dos escritos de acusación que se trata de hechos ocurridos en diversos años.

#### **IV. Auto impugnado.**

Inicialmente se indicó que, aunque el incidente de nulidad no se encuentra regulado en la Ley 906 del 2004, sin embargo, nada impide que se recurra a figuras de otros ordenamientos jurídicos procesales vigentes por lo que asumió resolver el incidente propuesto. Se refirió entonces a los principios que niegan la nulidad, e indicó que las situaciones denunciadas por la defensa no generan la nulidad reclamada, pues en primer lugar en el desarrollo de la audiencia no se alegó el descubrimiento tardío ni se hizo uso de los mecanismos legales para tal fin, tampoco se interpusieron recursos contra la provincia que decreto las pruebas, por ende, no resulta ahora reiniciar un debate ya cerrado.

Se refirió al pronunciamiento que hizo el Tribunal Superior de Antioquia sobre la nulidad previamente planteada por el anterior defensor en la que se pedía dejar sin efecto la audiencia preparatoria y lo expuesto por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia que denegó una acción de tutela impetrada contra dicha determinación.

Hizo énfasis a los aspectos referidos en la petición sobre un supuesto acto arbitrario o de serbia del juez al no acceder a la petición de suspensión de la audiencia e indicó que no se hizo uso de recurso alguno contra tal determinación, ni por esto prospero la nulidad inicial lo que impide ahora considerar que se esté en presencia de una causal que invalide la actuación, por lo que desecho la petición invocada dentro del trámite incidental.

#### **V. Recurso.**

Inconforme con la determinación la abogada defensora interpone recurso de apelación, en el que reitera que, en el presente caso se está en presencia de una nulidad insanable, por vulneraron de las garantías del debido proceso, derecho de defensa e igualdad de armas.

Hizo referencia al reconocimiento de tales garantías en el ámbito internacional de protección de los derechos humanos y en el ordenamiento interno, y como las nulidades han sido establecidas como remedio ante tales vulneraciones conforme jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia.

Procede a transcribir apartes de la audiencia preparatoria y resalta los puntos en los que su sentir se evidenció la actitud desobligante y autoritaria del Juez que presidió dicho acto procesal, como se vulneraron los derechos de defensa e igualdad de armas al no aceptar otorgar un plazo para preparar la defensa ante el descubrimiento tardío de la Fiscalía, y como el Juez sin mayor argumentación cercenó la posibilidad de solicitar una preclusión por vulneración del derecho al *no bis in ídem*.

Indicó que las desavenencias entre el anterior defensor y el Juez que en ese momento presidió la audiencia no pueden cercenar los derechos del procesado, quien está siendo tratado en forma desigual al impedirle estudiar las pruebas pedidas por la fiscalía o solicitar nuevas pruebas.

Reclamó entonces la declaratoria de la nulidad desde la audiencia preparatoria.

#### **VI. Para resolver se considera.**

El asunto que consta la atención de la Sala es el de si la nulidad deprecada por las defensa está llamada a prosperar, visto lo dispendioso de esta actuación en la que ya se ha reclamado nulidad por motivo idéntico, y lo extraño que resulte ahora darle curso a un incidente de nulidad figura no prevista en Ley 906 del 2004 y las disquisiciones sobre lo

viable uno de esta figura, La Sala en aras de evitar más dilaciones en este tortuoso proceso desde ya anuncia la confirmación de la providencia materia de impugnación por las siguientes razones:

Bajo el ropaje de un incidente de nulidad, con argumentos expuestos de forma más ordenadas, haciendo referencia a instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos y transcribiendo apartes de la audiencia preparatoria, la nueva defensora pretende una nulidad por los mismos motivos que ya fueron debatidos en primera y segunda Instancia, en auto del 27 de Julio del 2020 del Juzgado Cuarto Penal del Circuito Especializado de Antioquia que inicialmente conoció de esta actuación, y de esta Corporación del pasado 20 de agosto del mismo año, esto es que no se suspendió la audiencia preparatoria para preparar en forma adecuada la defensa, ante el descubrimiento probatorio posterior de la Fiscalía, y que con esto se vulneró el debido proceso, el derecho de defensas y el principio de igualdad de armas, y la garantía de contar con el tiempo adecuado para preparar la defensa lo que de entrada hace improcedente que se vuelva a debatir un punto ya resuelto en el trámite del proceso.

De otra parte y como si se buscara que esta Corporación modificar la que ya se había resuelto se enfatiza sobre posibles razones que tuvo la defensa anterior para no interponer recursos y hasta se indica que estos podían implicar un desgaste para la administración de justicia, se agrega que la actitud arrogante y autoritaria del juez que en ese momento presidió la audiencia afectó gravemente el efectivo derecho de defensa del procesado pues las desavenencias entre que ejercía la defensa en ese momento y el Juez que presidía la audiencia no la debe soportar finalmente el destinatario del ejercicio de la acción punitiva y se hacen largas elucubraciones que la petición inicial no se expusieron a profundidad sobre la garantía a contar con tiempo suficiente para para preparar la defensa.

Dichos argumentos presentados como se viene diciendo en forma más ordenada que los que en su momento expuso el primer defensor y con copiosa referencia a instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos y jurisprudencia sobre la nulidad en nada implican que se este frente a un hecho nuevo no contemplado en la decisión que ya está Corporación tomó y que en extenso se transcribió párrafos atrás y que la petición que ahora se viste de incidente de nulidad y hace énfasis en el derecho de contar con el tiempo necesario para preparar la defensa, o el describir como ya se anotó pormenorizadamente lo que ocurrió en dicha audiencia, no es otra cosa que un ejercicio más elegante de insistir sobre lo ya resuelto.

De otra parte el hecho que se cuente con una nueva defensa, que pueda tener una visión distinta de cómo se debe adelantar la actuación y considere que lo ya pedido podía argumentarse de mejor manera no implica entonces que se deba olvidar que el pretérito defensor no solicitó la sanción que la ley ha previsto dentro del trámite mismo de la audiencia preparatoria, si es que en efecto existía un descubrimiento extemporáneo, ni mucho menos interpuso recurso alguno contra las determinaciones que se tomaron en la audiencia predatoria, pues que ahora se vea como más viable una estrategia defensiva y se busque controvertir de mejor manera lo que ya se controvertió en la audiencia preparatoria no puede ser un motivo que habilite la declaratoria de nulidad.

La Corte Suprema de Justicia sobre el enfoque que pueda darle un nuevo defensor a la estrategia de defensa de su antecesor y la posibilidad de habilitar solicitud de nulidad por vulneración al derecho de defensa y otras garantías señala<sup>1</sup> :

*“La jurisprudencia de la Sala ha sido enfática en señalar que, en materia del respeto al derecho de defensa técnica o asistencia letrada en el nuevo procedimiento acusatorio, la nulidad del juicio oral prospera cuando el profesional del derecho encargado de velar por los intereses del acusado no asume “una actitud pro activa y diligente en el desarrollo y concreción de las labores inherentes a su función, entre ellas, las de controvertir pruebas, interrogar, contrainterrogar testigos, peritos, etc.”<sup>2</sup>, o a su vez manifiesta de manera*

---

<sup>1</sup> CP 2746SP de 2019

<sup>2</sup> Sentencia de 11 de julio de 2007, radicación 26827.

*ostensible ignorancia incompetencia o falta de instrucción respecto de las reglas y principios que rigen la Ley 906 de 2004<sup>3</sup>.*

*Así mismo, ha reiterado la Corte, incluso para este sistema, que no es posible plantear vulneraciones del derecho de defensa técnica con base en pruebas o estrategias que después de conocido el resultado del juicio le hubiera gustado proponer al demandante:*

*“Frente a la índole del ataque intentado en el primero de los reproches, hay que enfatizar en que no son cotejables los presupuestos de estas nociones en que se funda la razón de ser de la defensa técnica con la argumentación a posteriori que procura reivindicar su quebranto simplemente bajo el enunciado de haber estado -quien así lo alega-, en mejor condición profesional o de estrategia de defensa frente a quien hubo de intervenir en desarrollo de la actuación.*

*”Se trata de una perspectiva eminentemente subjetiva y arbitraria que desde luego resulta más que insuficiente para acreditar un pretendido quebranto de este derecho. La Corte ha rechazado en forma radical que se preteje un argumento semejante en orden a discutir la eficacia de la defensa técnica, al señalar como deleznable que:*

*”...profesionales del derecho entren a postular mejores estrategias defensivas que las asumidas por quien tuvo a cargo durante el trámite judicial la representación de los intereses del procesado, habida cuenta que el ejercicio de profesiones liberales como lo es la del derecho parte de la base del respeto del conocimiento que cada persona tenga de las materias de las que se ocupa, sin que sea posible determinar en forma acertada o por lo menos irrefutable frente a cada asunto cuál hubiera sido la más afortunada estrategia defensiva, pues cada individuo especializado en estos temas, tiene de acuerdo a su formación académica, experiencia y personalidad misma, su propia forma de enfrentar sus deberes como tal”*

Aquí lo que plantea la nueva defensa, es que su predecesor por temor o por estar confiado en que más adelante podía solicitar nulidad no ejerció los recursos de ley, ni presentó las peticiones previas, pero eso es una suposición de quien ahora detenta la defensa, que ve de una manera distinta como se debe ejercer la defensa del interés de su asistido, pero de manera alguna es un motivo que convalide reabrir una discusión sobre un punto ya resuelto.

---

<sup>3</sup> Sentencia de 1º de agosto de 2007, radicación 27283.

Ahora no encuentra arrogante, ni mucho menos arbitrario te el actuar del juez que inicialmente dirigió este proceso, él si en un tono rígido, busca mantener el orden en el proceso, que los múltiples aplazamientos, peticiones impertinentes y demás argucias que la pretérita defensa no continuaran, por lo tanto, no se puede decir que la conducta el juez impidió un cabal ejercicio de la defensa.

En ese orden de ideas, no encuentra razón alguna la Sala para que se reabra un debate ya resuelto sobre una nulidad, o mucho menos que se insista en que bien podía pedirse preclusión y no adelantar la audiencia preparatoria que ya había iniciado, pues bien, distinto son los dos escenarios frete a tales peticiones y lo convocado en ese momento era a una audiencia preparatoria y no una de preclusión y sobre el tema de la nulidad por vulneración del principio del *no bis in dimen*, también tuvo esta Corporación a pronunciarse en auto del pasado 5 de Junio del 2019, cuando se negó petición de nulidad al respecto.

Si quien ahora detenta la nueva defensa, quiere insistir en una preclusión por ese tema, lo que no queda claro en su actual petición tiene los escenarios procesales para hacerlo, pero se itera esto de manera alguna convalida ahora que se diga que se deje nulitar la audiencia preparatoria.

Innecesario entonces resulta hacer más consideraciones, pues en efecto el tema ya fue resuelto y no hay razón alguna para volver a ocuparse del mismo, motivo por el cual la providencia recurrida que niega nuevamente la petición de nulidad deberá ser confirmada.

Providencia discutida y aprobada por medios virtuales.

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

**RESUELVE:**

**PRIMERO:** Confirmar la providencia materia de impugnación por las razones expuestas en el cuerpo motivo de esta sentencia.

**SEGUNDO:** Contra esta determinación no procede recurso alguno.

**CÓPIESE** y a su ejecutoria **DEVUÉLVASE** al Juzgado de origen.

**Gustavo Adolfo Pinzón Jácome**  
Magistrado Ponente

**Edilberto Antonio Arenas Correa**  
Magistrado

**Nancy Ávila de Miranda**  
Magistrada

**Alexis Tobón Naranjo**  
Secretario

**Firmado Por:**

**Gustavo Adolfo Pinzon Jacome**  
**Magistrado Tribunal O Consejo Seccional**

Proceso No. 0525061000002019-00006 NI: 2022-0705  
Acusado: ROBERTO CARLOS OSTEN MESTRA  
Delito: Concierto para delinquir agravado  
Motivo: Apelación niega nulidad  
Decisión: Confirma

**Sala 007 Penal**

**Tribunal Superior De Antioquia - Antioquia**

**Nancy Avila De Miranda**

**Magistrado Tribunal O Consejo Seccional**

**Sala 003 Penal**

**Tribunal Superior De Antioquia - Antioquia**

**Edilberto Antonio Arenas Correa**

**Magistrado**

**Sala 001 Penal**

**Tribunal Superior De Medellin - Antioquia**

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

Código de verificación:

**898fe0f86602a297b8b8e9076666f351e4d4c258f2f2a6ae23f1abd874f7b5e3**

Proceso No. 0525061000002019-00006 NI: 2022-0705  
Acusado: ROBERTO CARLOS OSTEN MESTRA  
Delito: Concierto para delinquir agravado  
Motivo: Apelación niega nulidad  
Decisión: Confirma

Documento generado en 06/06/2022 02:38:19 PM

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

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