

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA SALA PENAL

ESTADO ELECTRÓNICO 148

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

Radicado Interno	Tipo de Proceso	ACCIONANTE/SOLICITANTE DELITO	ACCIONADO / ACUSADO	Decisión	Fecha de decisión
2021-1413-2	auto ley 906	HOMICIDIO	JUAN DAVID GALEANO CACANTE	Declara nulidad	Agosto 23 de 2022
2022-0748-2	auto ley 906	TRAFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES	ANA MARIA NARANJO TAMAYO	Declara nulidad	Agosto 23 de 2022
2022-1190-3	Tutela 1ª instancia	JUAN CAMILO MUÑETÓN VILLEGAS	,	Inadmite acción de tutela	Agosto 23 de 2022
2022-1142-3	Tutela 1ª instancia	UBALDO PACHECO JULIO	JUZGADO PROMISCOU DEL CIRCUITO DE EL BAGRE ANTIOQUIA	Remite por competencia	Agosto 23 de 2022
2022-1015-3	Tutela 2ª instancia	JUAN ESTEBAN MEJÍA ARBOLEDA	JUZGADO PROMISCOU MUNICIPAL DE EL RETIRO ANTIOQUIA	Confirma fallo de 1ª instancia	Agosto 23 de 2022
2022-1065-3	Tutela 2ª instancia	SANDRA MILENA ARENAS CÁRDENAS	NUEVA EPS Y OTRO	Confirma fallo de 1ª instancia	Agosto 23 de 2022
2022-1066-4	Tutela 2ª instancia	JUAN CARLOS LEÓN RIAÑO	FISCALIA 16 LOCAL DE EL CARMEN DE VIBORAL ANT Y O	Revoca fallo de 1ª instancia	Agosto 23 de 2022
2022-1109-5	Tutela 1ª instancia	DEIMER ANDRÉS LONDOÑO CANO	JUZGADO 1º PENAL DEL CIRCUITO ESPECIALIZADO DE ANTIOQUIA Y OTRO	Niega por hecho superado	Agosto 19 de 2022
2020-0939-1	auto ley 906	ACTOS SEXUALES CON MENOR DE 14 AÑOS	JESÚS ALBERTO AGUIRRE GÓMEZ	Declara nulidad	Agosto 23 de 2022
2022-1113-1	auto ley 906	CONTRATO SIN EL CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS LEGALES	TORIBIO GIRÓN DAVID Y OTROS	Se abstiene de resolver recurso de apelación	Agosto 23 de 2022

FIJADO, HOY 24 DE AGOSTO DE 2022, A LAS 08:00 HORAS

**ALEXIS TOBON NARANJO
SECRETARIO**

DESEFIJADO EN LA MISMA FECHA A LAS 17:00 HORAS

ALEXIS TOBON NARANJO – SECRETARIO-

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO DE ANTIOQUIA
SALA DE DECISIÓN PENAL

M.P. NANCY ÁVILA DE MIRANDA



1

RADICADO:	057566000349201900149
INTERNO:	2021-1413-2
DELITO:	HOMICIDIO
ACUSADO:	JUAN DAVID GALEANO CACANTE
DECISIÓN:	DECRETA NULIDAD

Medellín, veintitrés (23) de agosto de dos mil veintidós (2022)

Aprobado según acta Nro. 077

1. ASUNTO

Se pronuncia la Corporación sobre el recurso de apelación interpuesto por la representante de víctimas, frente a la decisión proferida el 25 de agosto de 2021 por el Juzgado Penal del Circuito de La Ceja, en la cual luego de adelantar el juicio oral, el señor Juan David Galeano Cacante, fue condenado en calidad de autor por la comisión del punible de homicidio simple con la atenuante de exceso en legítima defensa, imponiéndosele, una pena de 36 meses de prisión y la

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

correspondiente pena accesoria por el mismo término, concediéndosele la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

2. RESUMEN HECHOS JURIDICAMENTE RELEVANTES

Según lo declarado en la instancia, hacia las 21:00 horas del 6 de agosto de 2019, en un establecimiento público del sector la Galería del municipio de Sonsón, se presentó una riña entre el señor Juan David Galeano Cacante con Humberto Soto López, resultando este último con una herida penetrante a tórax con arma corto-punzante a consecuencia de la cual murió minutos después de ingresar al hospital San Juan de Dios de dicha municipalidad.

3. ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

El 21 de noviembre de 2019, ante el Juzgado Segundo Penal Municipal con funciones de control de garantías de Sonsón, se llevó a cabo audiencia preliminar de legalización de captura, formulación de imputación contra Juan David Galeano Cacante por el delito de homicidio simple, imponiéndosele medida de aseguramiento no privativa de la libertad.

La fiscalía presentó escrito de acusación el 20 de enero posterior en contra del implicado, dejando incólume la imputación jurídica efectuada por el delito de homicidio simple. El conocimiento de la actuación correspondió al Juzgado Penal

del Circuito con Funciones de Conocimiento de Sonsón - Antioquia.

El 11 de marzo de la misma anualidad se llevó a cabo la audiencia preparatoria y la de juicio oral se desarrolló en sesiones que iniciaron el 3 de junio de esa anualidad y culminaron el 06 de julio de 2021, fecha en que se emitió sentido de fallo condenatorio.

El 25 de agosto de la misma anualidad, el despacho condenó a Juan David Galeano Cacante, como autor del delito de homicidio simple, reconociéndole la atenuante de exceso en legítima defensa, de que trata el canon 32, numeral 7-2 del Código Penal.

Le impuso así, treinta y seis (36) meses de prisión y, por tiempo igual, a la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, prohibiéndole el consumo de licor en lugares públicos por un término de dieciocho (18) meses y le concedió la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

La representación de víctimas, en el término oportuno, interpuso recurso de alzada frente a la decisión que ahora se analiza.

4. LA SENTENCIA APELADA

El Juez de primera instancia, luego de identificar al procesado, los hechos materia de acusación, extraer la actuación cumplida

en el juicio oral, pasa al acápite de consideraciones haciendo referencia al punible objeto de debate.

A grandes rasgos, explicó que con la prueba arimada al plenario se estructuraba la conducta por la cual fue llamado a juicio al procesado, pues a pesar de que la riña fue iniciada por el occiso, y las pugnas entre ambos venían sucediendo de años atrás, la reacción del procesado no fue acorde con la protección del bien jurídico vida, hallando así, establecidos los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal de homicidio, otorgando, adicionalmente el exceso en la legítima defensa.

Finalmente, impuso al señor Juan David Galeano Cacante, al hallarlo penalmente responsable en calidad de autor del citado homicidio simple con la diminuyente punitiva, la pena de prisión de treinta y seis (36) meses y la prohibición de consumir alcohol en lugares públicos por un término de dieciocho (18) meses, además de la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término. En cuanto a la concesión del subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, dispuso su concesión.

5. LA APELACIÓN E INTERVENCIÓN DE LAS PARTES

5.1 De la representación de víctimas como recurrente

La apoderada judicial de las víctimas, mediante escrito allegado en su oportunidad sustentó el recurso de apelación, en los siguientes factores:

Expuso que el a-quo tergiversó el testimonio de la señora Beatriz Elena Morales quien fuera la esposa del occiso, al determinar razones que nunca fueron esgrimidas por la testifical en su deponencia, pues claramente aquella explicó, que el procesado era la persona que iniciaba las reyertas y, por el contrario su pareja, en muchas ocasiones salió lastimado, pues aquel acostumbraba a sacar navaja cuando los acontecimientos se presentaban, evocando varios escenarios para el efecto.

Explica la apelante que, al aplicar las reglas fijadas por la jurisprudencia, como elementos estructurales de la legítima defensa, a los hechos demostrados por la Fiscalía, no se verifica la agresión inminente e injustificada, tal como se puede corroborar con el testimonio de Héctor Fabio Osorio Garzón.

Considera que no es correcto pensar, como lo hace el a-quo, que la víctima era el procesado, no siendo tal el temor que le prodigaba el occiso, porque de ese modo en aquella oportunidad no hubiera arribado al mismo lugar donde se encontraba la víctima, más aun, cuando se tenían claros los antecedentes entre ellos, pues de ser así, se echa de menos, denuncia donde el procesado pusiera de presente, el miedo que le prodigaba el interfecto.

Concluye la letrada que los supuestos fácticos relevantes de la acusación y la forma como ellos fueron calificados y probados por la Fiscalía General de la Nación, no se adecuan al reconocimiento de la disminuyente punitiva de exceso en la legítima defensa. Por lo tanto, solicita se revoque la decisión en tal sentido y se condene al procesado por el cargo de homicidio simple.

5.2 Del representante judicial del procesado como no recurrente

El letrado en mención indica que no le asiste razón a la recurrente respecto de los argumentos de disidencia presentados en contra del fallo de primera instancia, por cuanto las contradicciones que dice, se presentaron, no concurren.

Respecto a las declaraciones de los testigos de cargo Beatriz Elena Morales y Héctor Fabio Osorio Garzón, les fue impugnada su credibilidad, ante las variadas contradicciones que se presentaron en sus dichos, derivación que determinó la poca credibilidad merecida para el a-quo, de tal manera que, al señor Osorio Garzón le compulsaron copias por falso testimonio.

Peticiona con lo anterior, se reafirme la decisión objeto de recurso de alzada.

6. CONSIDERACIONES DE LA SALA

6.1 Competencia

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 34 numeral 1º de la Ley 906 de 2004², esta Colegiatura es competente para desatar el recurso de alzada, por lo que procederá al examen del mismo.

6.2. Problema jurídico

La apelación, según la teoría general del proceso, está gobernada por el principio *tantum devolutum quantum appellatum*, según el cual, la segunda instancia judicial únicamente puede pronunciarse sobre los temas que el apelante le ponga de presente, y por fuerza, también en torno a los aspectos que tengan inescindible relación respecto al objeto de alzada³, **empero, si observa que hay afectación a derechos y garantías fundamentales, para efectos de su respeto amen que son legitimadores de la actividad penal del Estado, el ad quem está habilitado para pronunciarse oficiosamente sobre ello, aunque no sea objeto de apelación⁴.**

Lo dicho en precedencia, determinaría que, en esta oportunidad el ámbito de competencia de esta Corporación estaría restringido a resolver el tema objeto de alzada, esto es, si la sentencia condenatoria que se revisa, comporta una decisión ajustada al haber procesal, o si, como lo plantea el impugnante, fue sustentada en una infundada prueba de cargo que no

² Artículo 34. De los Tribunales Superiores de Distrito. Las Salas Penales de los tribunales Superiores de Distrito Judicial conocen:

De los recursos de apelación contra los autos y sentencias que en primera instancia profieran los jueces del circuito y de las sentencias proferidas por los municipales del mismo distrito.

³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia SP4886-2016, radicación No. 45223 del 20 de abril de 2016.

⁴ *Ibídem*

conduce a demostrar inequívocamente la existencia del punible o la responsabilidad del acusado frente al mismo.

No obstante, lo anterior, advierte la Sala, la existencia de un tema que incumbe abordar oficiosamente dado que toca con garantías fundamentales, como pasara a exponerse en párrafos siguientes.

Dígase primero, que el principio de economía procesal enseña que carece de sentido que la Corporación se ocupe previamente de solucionar los cargos que son objeto de impugnación, para luego, al final resolver la cuestión oficiosamente planteada, pues en ese escenario serían vanos todos los razonamientos dirigidos a evacuar los temas de alzada, si luego se establece que hay lugar a anular toda la actuación procesal que este viciada, es decir, que se habría abordado el estudio de unos temas, los de apelación, que luego no surtirán efectos jurídicos si acaso se inválida la actuación procesal; ahora, que si no cabe el instituto procesal de la nulidad, entonces si se dirimirán los cargos de apelación.

Resuelta así la secuencia de problemas jurídicos a tratar, se comenzará por estudiar, valga recordar, de manera oficiosa la existencia de una posible nulidad.

Para resolver el problema evidenciado es necesario determinar, los errores advertidos en la audiencia de juicio oral, frente a la recepción de la prueba testimonial, veamos:

Frente al testimonio de Beatriz Elena Morales Morales, en reiteradas oportunidades, el a-quo debió llamarle la atención a la representante de víctimas⁵, como quiera que inducía las respuestas de la testigo, quien fuera esposa del occiso. Considero, además, el fallador de instancia, que la representación de víctimas podía realizar preguntas de manera directa a la testigo – aun cuando la regla es que sea a través de la Fiscalía General de la Nación - pues se encontraba en el sitio con ella, situación que no encontró objeción en los demás sujetos procesales⁶, avanzando en su labor, con preguntas abiertas, pero que indicaban el sentido de la respuesta.

Se resalta adicionalmente, que ante preguntas que hiciera el a-quo a la deponente, la confronta, con preguntas sugestivas, diciéndole *“señora las explicaciones son mínimas, a mi sino yo no le creo de a mucho, son cositas”*⁷, haciendo notar su desacuerdo con lo relatado por la testigo.

Respecto del testigo Pedro Nel Hidalgo Londoño, testigo de la fiscalía, el a-quo ante interpelaciones que hiciera, le solicita al testigo que diga la verdad, pues en su sentir, en el conainterrogatorio se notaron contradicciones en su dicho, manifestándole *“a ver Pedro estamos en un momento crucial para Usted se lo aclaro Pedro Nel Hidalgo Londoño”*⁸ realizándole interrogante, no obstante, no estar conforme con su respuesta, lo increpa diciéndole *“don Pedro yo le recomiendo lo siguiente, los funcionarios judiciales y todos los*

⁵ Primera sesión del juicio oral. Entre otras, récord 28:35; 37:38; 39:52; 40:07; 45:06

⁶ Primera sesión del juicio oral. Récord 33:25

⁷ Primera sesión del juicio oral. Récord 59:48

⁸ Primera sesión del juicio oral. Récord 1:42:37

que tenemos que ver con esto tenemos cierta pericia en materia de interrogatorio y sabemos cuando una persona esta encaminada, yo le recomiendo a usted que esto de los estrados judiciales es mejor la claridad, es mejor la claridad porque la experiencia enseña cosas en esto, entonces mas fácil la verdad porque Usted termina metiéndose en un problema de falso testimonio de la manera más simple, es la recomendación que le haga es, cuando se le interpone el juramento y se le da a conocer las consecuencias que se derivan de faltar a la verdad es una sanción de carácter penal, y lo que es aún más, es que se está rindiendo ante la misma persona que en un momento dado la puede juzgar, entonces es, si me entiende, la recomendación es hablar con la verdad más fácil para todos”, respondiéndole el testigo “yo estoy hablando lo que es”, interpelando el juez singular “sí, hubo contradicciones, y yo después las evaluó”, resolviendo no continuar son las preguntas al testigo.

Se continuo el trámite procesal, con el interrogatorio de los testigos de la representación de víctimas, procediendo la letrada, de la mano con el delegado del ente acusador a interrogarlos, advirtiendo irregularidades en el recaudo probatorio de:

Omar de Jesús Sánchez Díaz, quien estuvo presente durante el hecho, expuso (i) Juan David y Sebastián el día de los hechos a eso de las 6:30 p.m. se tomaron dos cervezas y se devolvieron. Retornaron a eso de las 8:00 u 8:30 p.m. con otros compañeros, pero se volvieron a ir, regresando nuevamente a eso de las

10:00 a 10:30 p.m. pidiéndole dos cervezas. Mientras fue al enfriador por las cervezas, escuchó un ruido con las sillas, encontrándose con todo el acontecimiento; (ii) cuando regresó con las cervezas, observó al señor Humberto Soto, tirado en la acera del negocio, y a su colaborador Héctor Fabio Osorio en las afueras del negocio.

En lo concerniente al testigo Marlon López Soto, al final de su interrogatorio, la representación de víctimas, solicitó la incorporación de las pruebas recaudadas por parte del investigador, como elementos a tener en cuenta para esa parte procesal, solicitud a la que accedió el a-quo.

Puesto de presente lo anterior, la Sala advierte anomalías en el trámite del juicio oral que desquician el proceso que es debido, con incidencia entre otros principios, en el de imparcialidad del juez que rige en el sistema penal acusatorio introducido mediante la Ley 906 de 2004.

Luego de plasmado lo anterior, reseñaremos las irregularidades que de manera general advierte la Corporación:

- La representación de víctimas incidió en las respuestas dadas por la esposa del occiso.

Como se avistó del registro de audio, las respuestas dadas por la esposa del occiso, en variadas ocasiones fueron adiestradas por la representante de víctimas, quien le susurraba lo que debía

decir, lo que, de suyo, rompe el equilibrio de la actuación procesal.

Y de esa situación, no fue ajeno el juez fallador de primer grado, quien a pesar de que llamó la atención de la letrada, fue reiterativo su actuar.

El actuar de la señora representante de víctimas, permisivo por demás por el a-quo fue claramente desacertado, habida cuenta el espacio común, aislado en el que se encontraban, en el cual se surtía esa diligencia, terminó menoscabando la naturalidad de la exposición de la deponente.

- El a-quo al finalizar los testimonios preguntaba generando otro debate, luego de la intervención de los sujetos procesales.

En torno a la excepcional intervención oficiosa del juez de conocimiento en la práctica de las pruebas con sustento en el artículo 397 de la Ley 906 de 2004, la Corte Suprema de Justicia⁹ ha indicado:

“...sólo a las partes les corresponde la iniciativa de interrogar, debiendo el juez mantenerse al margen, pues cualquier intromisión para orientar el sentido de un testimonio puede evidenciar una predisposición o inquietud de parte; contexto dentro del cual, las preguntas complementarias que le autoriza la ley solamente puede realizarlas por excepción, de forma tal que con ellas no emprenda una actividad inquisitiva encubierta.

...

⁹ Sentencia del 4 de febrero de 2009, Rad. No. 29415; Auto del 30 de junio de 2010, Rad. No. 33658; Sentencia del 22 de marzo 2017, Rad. No. 43665, entre otras.

En consecuencia, en materia probatoria, y en particular en lo atinente al testimonio, la regla es que el juez debe mantenerse equidistante y ecuánime frente al desarrollo de la declaración, en actitud atenta para captar lo expuesto por el testigo y las singularidades a que se refiere el artículo 404 de la Ley 906 de 2004, interviniendo sólo para controlar la legalidad y lealtad de las preguntas, así como la claridad y precisión de las respuestas, asistiéndole la facultad de hacer preguntas, una vez agotados los interrogatorios de las partes, orientadas a perfeccionar o complementar el núcleo fáctico introducido por aquellas a través de los respectivos interrogantes formulados al testigo, es decir, que si las partes no construyen esa base que el juez, si la observa deficiente, puede completar, no le corresponde a éste a su libre arbitrio y sin restricciones confeccionar su propio caudal fáctico.

La literalidad e interpretación que corresponde a la citada norma no deja espacio distinto al de concluir que con la misma se restringe entonces igualmente la posibilidad de intervención del juez en la prueba testimonial practicada a instancia de alguna de las partes, para preservar el principio de imparcialidad y el carácter adversarial del sistema, en el cual la incorporación de los hechos al litigio está exclusivamente en manos de aquellas, evitando de esa manera que el juicio se convierta, como ocurre en los sistemas procesales con tendencia inquisitiva, en un monólogo del juez con la prueba bajo el pretexto eufemístico de la búsqueda de la verdad real, pues el esquema acusatorio demanda un enfrentamiento, en igualdad de condiciones y de armas, entre las partes, expresado en afirmaciones y refutaciones, pruebas y contrapruebas, argumentos y contra-argumentos, desarrollado ante un tercero que decide objetiva e imparcialmente la controversia".

Es que, dada la realidad procesal, el juez intervino activamente, en la recepción de algunos testimonios al formular una serie de preguntas aclaratorias y complementarias, tal como se lo faculta el artículo 397 citado, ello por sí mismo incidió en el sentido de la sentencia recurrida, pues claramente reprochó el testimonio de la señora Beatriz Elena Morales - esposa del occiso

cuando le advirió *“señora las explicaciones son mínimas, a mi sino yo no le creo de a mucho, son cositas”*¹⁰, y ni que decir, de la actitud asumida frente al testigo Pedro Hidalgo, cuando lo reprendió – insinuándole que lo iba a investigar- para que dijera la verdad, a pesar de aquel insistirle, que su testimonio era fidedigno con la realidad percibida.

En esa medida, su actitud sobrepasó los límites de sus facultades al interior del proceso penal.

- El fallador de primera instancia constriñó a un testigo en pro de la verdad

Tal situación fue avistada en el testimonio rendido por el señor Pedro Nel, cuando lo increpó *“a ver Pedro estamos en un momento crucial para Usted se lo aclaro Pedro Nel Hidalgo Londoño”*¹¹ realizándole interrogante, no obstante, no estar conforme con su respuesta, lo increpa diciéndole *“don Pedro yo le recomiendo lo siguiente, los funcionarios judiciales y todos los que tenemos que ver con esto tenemos cierta pericia en materia de interrogatorio y sabemos cuándo una persona está encaminada, yo le recomiendo a usted que esto de los estrados judiciales es mejor la claridad, es mejor la claridad porque la experiencia enseña cosas en esto, entonces más fácil la verdad porque Usted termina metiéndose en un problema de falso testimonio de la manera más simple, es la recomendación que le haga es, cuando se le interpone el juramento y se le da a conocer las consecuencias que se derivan de faltar a la verdad*

¹⁰ Primera sesión del juicio oral. Récord 59:48

¹¹ Primera sesión del juicio oral. Récord 1:42:37

es una sanción de carácter penal, y lo que es aún más, es que se está rindiendo ante la misma persona que en un momento dado la puede juzgar, entonces es, si me entiende, la recomendación es hablar con la verdad más fácil para todos", respondiéndole el testigo "yo estoy hablando lo que es", interpelando el juez singular "sí, hubo contradicciones, y yo después las evaluó", resolviendo no continuar con las preguntas al testigo.

Se recuerda que el testigo en este sistema adversarial y de partes corresponde a aquella que lo presentó, en cuyo favor fue decretado, para intentar probar la teoría del caso cuando son testigos de la fiscalía o para atenuar o exonerar de responsabilidad al enjuiciado en el caso de la defensa. Es a la respectiva parte a la que corresponde probar o refutar los hechos materia de debate, y sólo a esa parte le incumbe dar por terminado o no el testimonio.

En ese orden, la parte que solicita el testimonio tiene la carga de formular las preguntas necesarias para que el testigo le transmita la información al juez. Esto no solo se desprende de lo expuesto en el artículo 391 sobre los fines y la dinámica del "interrogatorio directo", y de lo establecido en el artículo 397 acerca de que el juez solo puede formular preguntas aclaratorias, sino que, además, es inherente a un sistema de corte adversativo, como el regulado en la Ley 906 de 2004, tal

como en innumerables decisiones lo ha dejado claro la jurisprudencia¹² de nuestro órgano de cierre.

Con todo ello, el juez al finalizar el testimonio puede realizar preguntas complementarias, esto es preguntas concretas no genéricas como la que suscita la objeción de la Magistratura, que obedezcan a temas propuestos al testigo por las partes, cuya respuesta no haya sido suficientemente clara o que aparezca insuficiente. Así las cosas, esas actuaciones del señor juez también contradicen flagrantemente los principios del debido proceso.

- El a-quo permitió que la representación de víctimas realizara interrogatorio, ingresara elementos materiales de prueba y presentara objeciones

El juez, como director de la audiencia, tiene el deber de respetar, garantizar y velar por la salvaguarda de los derechos de quienes intervienen en el proceso (artículo 138 de la Ley 906 de 2004).

Concretamente, en lo que respecta con el interrogatorio, le asiste la obligación de asegurar que se realice con acatamiento a los parámetros establecidos en la ley, que sea leal y que las respuestas sean claras y precisas, tal como lo prevé el canon 392 *ibidem*, norma que, además, le atribuye la facultad de prohibir la pregunta «*sugestiva, capciosa o confusa*» o la que

¹² CSJSP, 23 marzo 2011, Rad. 34412; CSJSP, 16 oct 2013, Rad. 39257; CSJSP, 4 feb 2009, Rad. 29415; CSJSP, 22 marzo 2017, Rad. 43665; entre otras.

«tienda a ofender al testigo», así como de excluir aquella «que no sea pertinente», y lo habilita para intervenir «con el fin de que el interrogatorio sea leal y que las respuestas sean claras y precisas».

Su intervención está en íntima conexión con la participación que, a través de las objeciones, realice la parte contraria a la que ofrece el testigo, pues esta última, como manifestación del derecho de contradicción, tiene la facultad de oponerse a los interrogantes que trasgredan las reglas descritas en la ley para el interrogatorio cruzado o que estén prohibidos. De la mano con ello, permitir que realice la práctica de la prueba, la parte avalada para ello, en este caso, la Fiscalía General de la Nación.

No se trata de que el funcionario judicial se convierta en un sujeto procesal y que *motu proprio* contrarreste las preguntas sugestivas que se realicen, en tanto para el efecto -se reitera- está la contraparte y aun el ministerio público, a quien también se le confirió ese cometido vigilante (canon 395 *ibidem*). Su mediación tendrá lugar una vez aquellos formulen la objeción respectiva, la que habrá de resolver de manera inmediata, a manera de «órdenes necesarias para el buen desarrollo del juicio y no de decisiones sujetas a controversia, ni mucho menos, impugnación a través de los recursos ordinarios». (CSJ AP3401-2015, rad. 45974). Sin embargo, en la eventualidad de que no ejerzan tal derecho y el uso de preguntas prohibidas sea reiterado, de modo que impida la objetividad en las respuestas

del testigo o afecte sus derechos, el juez actuará en procura de resguardarlos.

Si bien es cierto las facultades de la víctima se han venido ampliando a partir de plurales decisiones de la honorable Corte Constitucional para suplir el vacío legislativo con que fue diseñado el Código, no lo es menos que en la audiencia pública el representante de víctimas de alguna manera puede intervenir en el debate, solo por intermedio de la fiscalía a quien debe sugerir oportunamente la actitud procesal que según él debe asumir el ente acusador, pues esa parte es afín a los intereses que representa y cuya función finalmente coadyuva.

Las partes en controversia son la fiscalía, como ente acusador y la parte defendida integrada por la defensa material y técnica, sólo ellas y el ministerio público están autorizados para proponer objeciones en el interrogatorio que se esté surtiendo, y además realizar preguntas, así como los primero en solicitar el ingreso de las pruebas luego del interrogatorio respectivo. Eso significa que, si se deja intervenir al representante de víctimas, de la manera como acá se notó, se rompe el equilibrio que debe existir entre las partes en contienda, pues coloquialmente se advierte que en este caso serían dos contra uno y no uno contra uno, inclinando la balanza a favor de la parte acusadora en detrimento de la parte defendida, lo que iría en desmedro, de la sistemática penal de corte acusatoria.

Establece el artículo 457 del C.P.P., que "es causal de nulidad la violación del derecho defensa o del debido proceso en aspectos sustanciales".

Como precedentemente se demostró, el señor juez de primera instancia, durante el trámite del juicio oral asumió y permitió comportamientos procesales con desconocimiento del proceso que es debido, pues rompió el equilibrio que existe entre las partes en igualdad de armas, inexorablemente ligado al principio de imparcialidad y del debido proceso.

Sobre el tema en cuestión, la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Penal¹³, ha señalado:

Uno de los aspectos que guarda singular importancia con la debida imparcialidad del juez es el referido a la atribución que en materia de pruebas ostenta, pues, en términos de teoría general¹⁴, el sistema acusatorio que debe preservarse durante la etapa del juicio implica que sólo a las partes les corresponde la iniciativa en ese rubro, debiendo el fallador mantenerse ajeno al impulso oficioso de incorporar pruebas en la causa, ya que toda actitud mediante la cual por sí solo pretenda obtener el ingreso de elementos de conocimiento o de orientar el sentido de los propuestos por los intervinientes, hace evidente una predisposición o inquietud de parte, indistintamente que sea originado en pro o en contra de alguna de ellas, y tal proceder es inconciliable con la equidistancia y ecuanimidad que debe guardar el juez con los sujetos y el objeto de la controversia.

(...)

[E]n tratándose de la práctica de la prueba testimonial en el juicio, según la orientación del respectivo modelo de enjuiciamiento, hay tres formas de proceder al interrogatorio; son ellas: el directo, el indirecto, y el cruzado.

¹³ CSJ SP, 4 feb. 2009, rad. 29415; reiterado en CSJ SP, 16 oct. 2013, rad. 39257 y CSJ SP, 5 AGO. 2014, rad. 38021

¹⁴ JAUCHEN, Eduardo M. "Derechos del imputado", Rubinzal – Culzoni Editores, Argentina, 2005, pág. 218.

(...)

En la legislación colombiana, esto es, en la Ley 906 de 2004, se acoge expresamente éste último sistema, al disponer en el artículo 391 lo siguiente (...).

Y el artículo 392 de la misma codificación señala las reglas a las que debe sujetarse el interrogatorio, incluyendo entre ellas las precisas facultades de intervención del juez a quien le corresponde prohibir toda pregunta sugestiva, capciosa, confusa, o que tienda a ofender al testigo; autorizar al declarante para consultar documentos que le ayuden a su memoria; excluir toda pregunta que no sea pertinente y, en general, controlar “que el interrogatorio sea leal y que las respuestas sean claras y precisas”, atribuciones que son extensivas a la práctica del contrainterrogatorio reglado en el artículo 393 ídem.

De las anteriores disposiciones se sigue que el juez de la causa, en materia de prueba testimonial, debe tener diligente cuidado para no rebasar aquellas facultades en forma tal que al ejercerlas no emprenda una actividad inquisitiva encubierta, consciente o inconsciente, toda vez que además de los referidos parámetros de intervención, en congruencia con la prohibición consagrada en el artículo 361 de la Ley 906 de 2004, el artículo 397 de la misma prevé:

“**Excepcionalmente**, el juez podrá intervenir en el interrogatorio o contrainterrogatorio, para conseguir que el testigo responda la pregunta que le han formulado o que lo haga de manera clara y precisa. Una vez terminados los interrogatorios de las partes, el juez y el Ministerio Público podrán hacer preguntas **complementarias** para el cabal entendimiento del caso” (se ha resaltado).

Lo excepcional, de acuerdo con el Diccionario de la Lengua Española, es aquello que se aparta de lo ordinario, que ocurre rara vez, o que difiere de la regla común y general, y complementario, según el mismo glosario de términos, es lo que sirve para perfeccionar algo, complemento es la cualidad o circunstancia que se añade a otra para hacerla íntegra o perfecta.

En consecuencia, en materia probatoria, y en particular en lo atinente al testimonio, la regla es que el juez debe mantenerse equidistante y ecuánime frente al desarrollo de

la declaración, en actitud atenta para captar lo expuesto por el testigo y las singularidades a que se refiere el artículo 404 de la Ley 906 de 2004¹⁵, interviniendo sólo para controlar la legalidad y lealtad de las preguntas, así como la claridad y precisión de las respuestas, asistiéndole la facultad de hacer preguntas, una vez agotados los interrogatorios de las partes, orientadas a perfeccionar o complementar el núcleo fáctico introducido por aquellas a través de los respectivos interrogantes formulados al testigo, es decir, que si las partes no construyen esa base que el juez, si la observa deficiente, puede completar, no le corresponde a éste a su libre arbitrio y sin restricciones confeccionar su propio caudal fáctico.

La literalidad e interpretación que corresponde a la citada norma no deja espacio distinto al de concluir que con la misma se restringe entonces igualmente la posibilidad de intervención del juez en la prueba testimonial practicada a instancia de alguna de las partes, para preservar el principio de imparcialidad y el carácter adversarial del sistema, en el cual la incorporación de los hechos al litigio está exclusivamente en manos de aquellas, evitando de esa manera que el juicio se convierta, como ocurre en los sistemas procesales con tendencia inquisitiva, en un monólogo del juez con la prueba bajo el pretexto eufemístico de la búsqueda de la verdad real, pues el esquema acusatorio demanda un enfrentamiento, en igualdad de condiciones y de armas, entre las partes, expresado en afirmaciones y refutaciones, pruebas y contrapruebas, argumentos y contrargumentos, desarrollado ante un tercero que decide objetiva e imparcialmente la controversia. (Subraya fuera del texto original)

Bastan estas consideraciones para que la Sala declare desconocida la garantía fundamental del juez imparcial, de igualdad de armas y del debido proceso por lo que se impone declarar la nulidad a partir de la audiencia de juicio oral de

¹⁵ "Para apreciar el testimonio, el juez tendrá en cuenta los principios técnico científicos sobre la percepción y la memoria y, especialmente, lo relativo a la naturaleza del objeto percibido, al estado de sanidad del sentido o sentidos por los cuales se tuvo la percepción, las circunstancias de lugar, tiempo y modo en que se percibió, los procesos de rememoración, el comportamiento del testigo durante el interrogatorio y el contrainterrogatorio, la forma de sus respuestas y su personalidad."

fecha 23 de junio de 2021, para que el mismo se repita en su integridad.

Con fundamento en los anteriores argumentos, la Sala **DECLARA LA NULIDAD** de la sentencia condenatoria de primera instancia proferida 25 de agosto de 2021 por el Juzgado Penal del Circuito de Sonsón– Antioquia.

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,

7. RESUELVE:

PRIMERO. Declarar la nulidad del proceso adelantado contra Juan David Galeano Cacante a partir de la audiencia de juicio oral de fecha 23 de junio de 2021, para que el mismo se repita en su integridad, conforme lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO. Contra esta decisión no procede recurso alguno.

TERCERO. Regresen las diligencias oportunamente al juzgado de origen y actúese de conformidad.

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: **be34858f306cee756eb2eedc6fc90453a756fb2a82a74300bd1972b5be23875d**

Documento generado en 23/08/2022 02:08:20 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 ESPECIAL DE ASUNTOS PENALES PARA ADOLESCENTES

M. P. NANCY ÁVILA DE MIRANDA



1

Rdo. Único: 056496000298202100019

No. Tribunal: 2022-0748-2

Adolescente: ANA MARIA NARANJO TAMAYO

Delito: TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE
ESTUPEFACIENTES AGRAVADO

Asunto: SE REVOCA DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Medellín, veintitrés (23) de agosto de dos mil veintidós (2022)

Aprobado según acta Nro. 078

1. ASUNTO

Decide la Sala la apelación propuesta por la defensa de la adolescente Ana María Naranjo Tamayo contra del auto dictado por el titular del Juzgado Promiscuo de Familia de Marinilla – Antioquia, el día 02 de junio de 2022 a través del cual se negó la solicitud de nulidad a partir de la imputación, dentro del proceso de responsabilidad penal para adolescentes que se adelanta por el delito tráfico, fabricación o porte de estupefacientes agravado.

2. HECHOS

Los hechos fueron imputados de la siguiente manera²:

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

El día 07 de marzo de 2021 siendo las 11:45 horas en las instalaciones de la estación de policía "El Jordán", fue aprehendida la joven Ana María Naranjo Tamayo llevando consigo sin permiso de autoridad competente sustancia estupefacientes, esto es, 2,8 gramos de sustancia positiva para cocaína y sus derivados y 23.9 gramos para cannabis sativa, mismas que pretendía ingresar al lugar donde se encontraba recluido su compañero sentimental Andrés Felipe Hincapié Usme. Conducta tipificada en el artículo 376 inciso 2º en concordancia con el literal b del artículo 384 del C.P.

3. ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

Por tales sucesos, el 08 de marzo de 2021 ante el Juzgado Promiscuo Municipal con Funciones de Control de Garantías de San Carlos, Antioquia, se llevaron a cabo las audiencias de legalización de la aprehensión y formulación de imputación en contra del de la adolescente Ana María Tamayo Naranjo, siendo imputada como autora del punible de TRAFICO, FABRICACION O PORTE DE ESTUPEFACIENTES AGRAVADO descrito en los artículos 376 inciso 2º y 384 literal b, cargo que aceptó en la citada diligencia.

Correspondió el conocimiento de la actuación judicial al Juzgado Promiscuo de Familia de Marinilla, Antioquia, despacho que fijó en varias oportunidades la audiencia de imposición de la sanción y luego de varias reprogramaciones, la misma tuvo lugar el día 2 de junio de 2022, data en la cual la defensa solicita la nulidad desde la audiencia formulación de imputación de conformidad con lo dispuesto en el artículo 457 del C.P.P. por violación a garantías fundamentales, específicamente por violación al debido proceso.

² Récord 027:00 y ss de la audiencia de formulación de imputación fechada del 8 de marzo de 2021

Arguye la defensa que la audiencia del 8 de marzo de 2021, en palabras de la fiscalía le fue imputada a su defendida lo siguiente:

“este día, siendo las 11:45 en las instalaciones de la sub estación de policía fue aprehendida Ana María Naranjo Tamayo transportando sin permiso de autoridad competente sustancias estupefacientes, sustancias estas que pretendía ingresar a las instalaciones para ser entregadas a su compañero sentimental, conducta esta que se encuentra tipificada en el artículo 376 inciso segundo del código penal, con pena de 64 a 108 meses de prisión. Si bien sabe usted su señoría, la incautación primero fue con base en 2.8 gramos de cocaína y 23.9 gramos de marihuana. La cocaína pasa un gramo más de lo permitido como dosis personal, y la marihuana estaría pasándose en 3, 9 gramos de lo permitido. Además de esto, como lo dice la imputación, agravada la conducta por el artículo 384 en su numeral primero literal B” (...) y continúa la fiscalía aduciendo que variará el verbo rector a transportar, del inciso B del artículo 376. Dice la fiscalía que la pena partiría de 128 meses a 216 meses de prisión y de 4 a 300 smlmv”

(...)

En otras palabras, dice la fiscalía, para que Ana María entienda, que la imputación que le está haciendo la fiscalía en el día de hoy es porque fue aprehendida cuando pretendía ingresar esta sustancia y hacer entrega de la misma a un interno que se encontraba en la estación de policía, y esta sustancia a pesar de ser poca su cantidad.

Tenemos entonces por que se logra establecer que existe una etapa precaria por parte de la fiscalía, porque se tiene un informe ejecutivo del 08 de marzo de 2021, donde en este informe se entrega uno de los actos ejecutados con relación a la aprehensión suya, y en esta se notifica incluso que su compañero sentimental presuntamente Andrés Felipe Hincapié Usma. Se allega acompañado de esta acta, un consentimiento firmado por Ana María, acreditación de arraigo de Ana, reseña fotográfica de la adolescente, dictamen de laboratorio PIPH, donde se comprueba la sustancia, entrevista recepcionada a Diógenes Castillo López, donde indica la forma del procedimiento donde fue aprehendida y diciendo que la joven hacía frecuentemente estas visitas a su compañero sentimental. La

fiscalía entonces hace imputación del delito con su agravante. Sabiendo que en este caso la joven Ana María por ser menor de edad no esta sometida a una pena de prisión, pero si es importante tener en cuenta los límites de la conducta que se reprocha con el objeto de establecer si efectivamente es susceptible de una medida de aseguramiento en un centro de reclusión y por ello la fiscalía el día de hoy hace esta imputación.

Queda así expuesto por esta delegada la formulación de imputación y desde ya le indico que de usted allanarse a los cargos que la fiscalía le ha imputado el día de hoy es que tendrá en beneficio que le da el juez y que se le va a observar como una objetiva la decisión que usted realice y en el evento de que trascienda a otro escenario procesal indicarle la sanción menos gravosa con esa virtud de vocación de colaboración, observando eso como una conducta positiva..."

Aduce que, luego de que el defensor habla con su representada, el juez le pregunta a Ana María si acepta los cargos y ésta dice que, sí acepta los cargos, el juez pregunta que, si lo hace de manera voluntaria y dice que sí, de igual manera le pregunta que si ha sido asesorada por el abogado y responde que sí, que no ha sido coaccionada de ninguna manera.

Y es la aceptación de cargos el objeto de la solicitud de nulidad, en tanto esa afirmación va en contra del derecho de defensa, pues reprocha la falta de control formal de la citada imputación en tanto considera que adecuación jurídica contraviene el principio de legalidad y estricta tipicidad, en el entendido que, a su prohijada le fue incautada una sustancia que sobrepasa ligeramente lo establecido por la ley, pero la conducta se le agrava por que pretendía entrar o ingresar esta sustancia a un cuartel, pero la fiscalía no enfatizó en ese aspecto, en cuanto que pudiera haber sido posiblemente un suministro que era para la venta u otros aspectos diferentes del verbo rector "llevar consigo".

Aduce que, no es posible asimilar la estación de policía a cuarteles o establecimientos carcelarios, últimos descritos en el literal b de artículo 384 ibidem, pues los establecimientos de reclusión están descritos en el artículo 20 de la ley 65 de 1993 y los cuarteles según la RAE

es un edificio destinado para el alojamiento de la tropa, por lo que en virtud del principio de interpretación restrictiva pro homine y de favorabilidad en materia penal no es posible aplicar amplia ni analógicamente un agravante y menos acudir a la motivación de la norma como lo hiciera el juez de primera instancia -Sic-

Por su parte la **Fiscalía**, coadyuva la solicitud de la defensa, en tanto considera que, el delito imputado y sobre todo el agravante imputado no corresponde con los elementos materiales probatorios aportados por el ente acusador.

Aclara que, de acuerdo a la información aportada por las autoridades que realizaron la aprehensión de la joven, se dice específicamente lo siguiente: *“Que siendo las 11:42 horas la patrulla de vigilancia cuadrante 1, integrada por los patrulleros Carlos Andrés Esquivel Narváez y patrullera Aída luz carrillo ortega, nos encontrábamos realizando patrullaje e identificación de personas, por el sector del barrio cristo rey, y se da unas coordenadas, norte 06 grados 5minutos 07.6 y w 0344942.2, momentos en que se observa a un ciudadano de sexo femenino que al notar la presencia policial toma una bolsa plástica de color negro y la esconde en un palo de limón e inmediatamente es abordada por el cuadrante que le solicita un registro personal por parte de la patrullera y se verifica el arbusto donde se halla una bolsa plástica de color negro que en su interior tenía envuelto en papel chicle una sustancia vegetal con características similares a la marihuana, con el peso determinado anteriormente señalado, 23.9 gramos y positivo para marihuana y sus derivados. También es encontrado dos bolsas herméticas transparentes las cuales tienen en su interior una sustancia polvorienta color blanco que se asemeja al clorhidrato de cocaína que de acuerdo a la prueba PIPH el peso fue de 2.8 gramos positivo para cocaína y sus derivados”.*

Señala que, la manera como está narrada la aprehensión realizada a la joven es claro que en ningún momento fue

encontrada distribuyendo en la estación de policía sustancias estupefacientes alguna, es claro que el cuadrante encuentra en un árbol de limón esa sustancia. En la carpeta no existen evidencias de que se está frente a esa circunstancia de agravación imputada descrita en el artículo 384 numeral 1 literal b; Es claro entonces que, la imputación realizada en ese momento no se compadece con los elementos materiales probatorios, por lo que se está vulnerando los derechos de la joven, cuando se le imputa de una manera exagerada los cargos, pues no existen los elementos materiales probatorios. Si bien es cierto hay una declaración que se recibe a uno de los patrulleros donde el manifiesta que días anteriores se le había manifestado que dejara entrar una droga a un detenido, quien hace esta solicitud no es precisamente el compañero sentimental de la joven, ya que el habla de una persona totalmente diferente, hablan de que esta joven tenía allí en el comando de policía un joven llamado Andrés Felipe Hincapié Usme, quien es su compañero sentimental y supuestamente para él iba dirigida la sustancia estupefaciente, pero contrario a ello, lo que dice la declaración del patrullero que es entrevistado en su momento, es que una persona diferente a ésta —Leandro Quintero— le manifiesta que se va entrar una droga y se va a colocar en un árbol, pero en ningún momento puede establecerse que en ese momento sea el novio de esta joven a quien vaya dirigida supuestamente aquella sustancia estupefaciente y, ni siquiera se dio el intento por parte de Ana María de entrar esta droga al comando de policía, en ningún momento ella entró la droga ni le dijo al patrullero que tomara esa droga y se la entregara a tal persona, además, en el tráfico de estupefacientes no se admite la tentativa, si no se admite cómo se puede decir si quiera que se consumó o no se consumó o se intentó ingresar esa droga allí.

Destaca que, la Corte en el delito tráfico, fabricación o porte de estupefacientes ha señalado que es un delito de peligro abstracto cuyo bien jurídico a proteger es la salud pública, y el riesgo termina siendo insignificante cuando el objeto material de la acción, analizando en función de los derechos individuales, está destinado a consumo de quien lo porte así supere en cantidad a la de la dosis

legalmente permitida. No se puede dejar de lado que recientemente la Corte por el verbo rector "portar" o "llevar consigo" absolvió a una persona que llevaba casi 10.000 gramos de marihuana; aquí nos estamos encontrando con una cantidad mínima, verbo rector "portar" o "llevar consigo", aquí nos encontramos con dos 2,8 gramos de cocaína y 23,9 gramos de marihuana , verbo rector portar o llevar consigo, si bien es cierto la fiscalía después de la imputación no adelantó ninguna otra investigación tendiente a identificar por qué Ana María llevaba esta droga, es claro que no ha sido imposible ubicarla para hacer una prueba de estas o preguntar al médico legista y establecer otra cosa, pero en este caso la carga de la prueba la tiene la fiscalía y la joven se allana a unos cargos por un delito que, de acuerdo a las innumerables sentencias de la Corte, es una conducta delictiva atípica porque no vulnera el bien jurídico tutelado por el legislador, la cantidad es insignificante, la llevaba consigo, la pone en un árbol cuando se ve sorprendida por las autoridades, pero en ningún momento intentó entregarla a nadie, no podemos apartarnos del verbo rector "llevar consigo", ya que no se cuenta con los elementos materiales probatorios, entonces ¿cómo se le imputan cargos por este delito?

También existe la necesidad de acreditar por parte de las autoridades de policía judicial que, la sustancia estupefaciente incautada tiene o no la finalidad de comercialización o tráfico de las mismas. En ese momento no era necesario hacer una imputación, se debía recaudar ese material probatorio, incluso con ese material probatorio no era necesario iniciar una audiencia de imputación de cargos para judicializar a esa joven por esa cantidad y en las circunstancias en que fue aprehendida en ese momento.

En vista de lo anterior, considera que sí se vulneraron las garantías fundamentales o el debido proceso de esta joven, quien no fue bien asesorada en el momento de allanarse a cargos, pues de haber sido bien clara la explicación, tal vez ella hubiera optado por seguir con el proceso y tratar de demostrar su inocencia, que hasta ese momento no

estaba quebrantada, solamente existía una presunta inferencia que no está afianzada en ningún elemento material probatorio ya que en la carpeta no se encuentran.

El **Juez de Primera Instancia** niega la solicitud de nulidad deprecada por la defensa, pues escuchada la audiencia de formulación de imputación llevada a cabo por el Juzgado Promiscuo Municipal de San Carlos actuando con función de control de garantías, concluye que ese acto procesal de imputación cumplió con los requisitos formales, ya que conforme al artículo 288 del código de procedimiento penal se individualizó, identificó y ubicó a la imputada, se hizo una narración clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes que dieron origen al proceso de modo que no existen ambigüedades, aludió igualmente a los elementos de juicio que consideraba en su momento necesarios la fiscalía para acreditar el carácter penal del comportamiento reprochado y explicó las razones por las cuales la imputada se relacionaba en el mismo, y en efecto, la imputación fáctica y jurídica fue clara y precisa, situación reconocida por el defensor que no solicitó aclaración o complementación en él y ni siquiera el juez lo requirió.

Advierte que, la solicitud de nulidad deprecada por la defensa coadyuvada por la Fiscalía se divide en dos fundamentos: uno, la atipicidad por antijuricidad material debido a la sustancia que fue incautada a la joven Ana María de cocaína (2.8 gramos) y cannabis (23.9gramos), lo cual según indican excede en una mínima parte la dosis personal que contempla la ley 30 de 1986. El otro punto de la nulidad, es la falta de la inferencia mínima razonable para haberle imputado el agravante del artículo 384 del código penal. Al respecto la Corte Suprema de Justicia ha sido insistente en explicar que, para emitir un fallo de condena, se requiere una mínima prueba o inferir una mínima autoría o participación de la conducta y su tipicidad conforme a lo establecido en el artículo 327 del código de procedimiento penal, si lo indicó en la sentencia 27337 del 23 de agosto de 2007 que: "*debe significar la sala que por virtud de forma extraordinaria de terminación de proceso penal inserta en el*

capítulo de acuerdos y preacuerdos remitida a teleología que anima a la ley 906 de 2004 encaminada a facultar soluciones consensuadas a la pretensión punitiva estatal, la exigencia probatoria pasible para cumplir para efectos de la emisión de fallos de condena, insta mucho de corresponderse con la exhaustiva demostración instituida respecto a la tramitación ordinaria, entre otras razones, porque no se faculta la controversia propia de la audiencia del juicio oral y la decisión se funda no en pruebas dentro del estricto sentido que esta otorga la normatividad en citas, si no en elementos materiales probatorios, evidencia física e informes que hasta el momento se han recopilado por el ente acusador, precisamente como soporte legal y constitucional del presupuesto material demandado, para emitir fallo de condena en los casos de acuerdos y preacuerdos, advierte el artículo 327 del cpp que a fin de no comprometer el principio de presunción de inocencia, en estos eventos debe allegarse el mínimo requerido en aras de inferir la autoría o participación en la conducta y su tipicidad”.

Señala que, siguiendo los lineamientos de la Sala de Casación Penal de la Corte, es claro que el acto de la imputación realizado no se encuentra afectado de nulidad, si no que, lo único alegado aquí por la defensa y la fiscalía como fundamento de la misma, afectaría exclusivamente la posibilidad de dictarse en su momento alguna sentencia sancionatoria, si no existe esa inferencia mínima de autoría o participación en la conducta y su tipicidad, conllevando entonces, si no se acredita mínimamente esa autoría o participación, la lógica decisión que se adoptaría sería absolutoria en favor de la adolescente, mas no una nulidad de todo lo actuado, por que precisamente el acto de la imputación cumplió formalmente con todos los requisitos de ley; correspondiéndole entonces al juez de conocimiento al momento de convalidar la aceptación de la joven, junto con elementos materiales probatorios y evidencia física allegados por la fiscalía, los elementos propios de la conducta penal de antijuricidad material, tipicidad y culpabilidad. Por lo que, es al momento en que se emita el fallo respectivo, en el que se valorará si la fiscalía cumplió mínimamente con esos elementos y, en caso de que no se acredite, la consecuencia será una

sentencia absolutoria de la conducta punible que le fue imputada a la joven Ana María Naranjo Tamayo.

En consecuencia, niega la solicitud de nulidad.

Inconforme con la decisión del Juez A quo, la defensa de Ana María Naranjo Tamayo, interpone el recurso de apelación.

4. DE LA IMPUGNACIÓN

La defensa de la joven Ana María Naranjo Tamayo discrepó de la decisión emitida por el juez de primer grado, cuya revocatoria propulsó, al señalar que si bien la formulación de imputación realizada a su defendida el 8 de marzo de 2021 cumplió con los requisitos formales descritos en los artículos 286,287 y 288, los elementos materiales probatorios y evidencia física sustento de ese acto de comunicación difieren totalmente de los hechos jurídicamente relevantes planteados, pues los hechos ocurrieron alrededor de una estación de la policía, como la misma fiscalía lo enunció en el momento, que observaron a una persona transitando por allí y que arrojó una bolsa a un palo, por lo que no se le puede indilgar que la sustancia se le haya incautado ingresando al cuartel de policía.

Aduce que, es cierto que se observa a una persona que guarda en un árbol una dosis, esta es incipiente, se le imputa el verbo rector "llevar consigo" y según la jurisprudencia vigente, la tipicidad de la conducta "llevar consigo" sustancias estupefacientes, incluye un elemento subjetivo especial que es la finalidad del tráfico o distribución, que en este caso según los informes de policía, no se presentó, además, el agravante imputado por error, no se puede convalidar, pues como se advirtió anteriormente existen muchas sentencias que señalan que los cuarteles de policía de ninguna manera se pueden asemejar a un centro de reclusión.

Señala que, el resultado de las conductas punibles que fueron imputadas a su prohijada va a dar como resultado una sanción punible, en este caso contemplada por la ley 1098 de 2006 y, si bien la adolescente fue asesorada por su representante legal, la manifestación realizada desborda las consecuencias jurídicas que podían afectarle posteriormente, pues la esa manifestación expresa es una autoincriminación que no existe, pues a las personas que se les encuentra poca cantidad o que son consumidores da lugar ello al archivo o a la absolución.

Bajo este panorama advierte que, lo pretendido es que decrete la nulidad a partir de la imputación para que la Fiscalía si a bien lo tiene, con los elementos materiales probatorios haga una buena imputación o, por el contrario, archive el proceso en razón de la cantidad de sustancias que le fue incautada a su prohijada y que guarda en un palo.

Lo anterior atendiendo a los principios de taxatividad ante las causales de nulidad, el principio de convalidación, en el entendido que la defensa no puede convalidar los errores cometidos por la fiscalía, y el principio de trascendencia, en tanto no se puede pasar de lado comunicación realizada por la fiscalía ante la no correspondencia de la situación fáctica y jurídica.

La Fiscalía como sujeto no recurrente, no realiza manifestación alguna.

5. CONSIDERACIONES DE LA SALA

5.1. Competencia

Esta instancia judicial tiene facultad legal para resolver la controversia sometida a su consideración en razón de lo dispuesto por los artículos 168 de la Ley 1098 y 34-1° de la Ley 906.

5.2. Caso Concreto

Previo a estudiar el evento jurídico objeto de del recurso, a efectos de contextualizar la presente actuación, encontramos que la adolescente Ana María Naranjo Tamayo, al inicio del trámite penal seguido en su contra, esto es en desarrollo de la audiencia de formulación de imputación realizada el día 08 de marzo de 2021, ante el Juzgado Promiscuo Municipal con Funciones de Control de Garantías de San Carlos –Antioquia–, expresó de manera libre, voluntaria y consciente que se allanaba a los cargos a él imputados por la Fiscalía. De tal situación, da cuenta no solo la carpeta del expediente, sino también el audio que de dicha diligencia se tomó.

Que los hechos jurídicamente relevantes se circunscriben a los descritos en acápite precedentes y para el efecto, se enuncian nuevamente:

“El día 07 de marzo de 2021 siendo las 11:45 horas en las instalaciones de la estación de policía “El Jordán”, fue aprehendida la joven Ana María Naranjo Tamayo llevando consigo sin permiso de autoridad competente sustancia estupefacientes, esto es, 2,8 gramos de sustancia positiva para cocaína y sus derivados y 23.9 gramos para cannabis sativa, mismas que pretendía ingresar al lugar donde se encontraba recluido su compañero sentimental Andrés Felipe Hincapié Usme. Conducta tipificada en el artículo 376 inciso 2º en concordancia con el literal b del artículo 384 del C.P. “

No obstante lo anterior, la defensa de la adolescente Ana María Naranjo Tamayo, solicita se declare la nulidad desde la formulación de imputación realizada a su defendida, ello en razón a dos situaciones, la primera de ellas tiene que ver con los hechos jurídicamente relevantes imputados en la audiencia del 8 de marzo de 2021, los cuales en su sentir, no guardan coherencia con los elementos materiales

probatorios y evidencia física sustento de la misma, específicamente lo atinente al agravante descrito en el artículo 384 literal b y, segundo, considera que la conducta imputada- tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, verbo rector llevar consigo- de cara a la manera como le fue incautada la sustancia y pesaje de las mismas—2,8 gramos de cocaína y 23.9 gramos de cannabis—, se torna en atípica y, en ese sentido, considera que se viola garantías fundamentales a su prohijada, quien acepto unos cargos que no tienen un sustento probatorio, y que, en etapa de indagación daría lugar al archivo de la investigación, o en caso de llevarse a juicio, daría lugar a la absolución.

Para dar respuesta a la solicitud deprecada por la defensa, pertinente es precisar cuáles son los derechos y facultades de las partes involucradas en el proceso penal, pues se entiende que la posibilidad de allanarse a los cargos, sea a través de tal manifestación en vista pública o mediante preacuerdo, es una potestad exclusiva del imputado, conforme a los literales a), b), k), y j) del artículo 8o del C. de P.P. que es de elemental comprensión, ya que la procesada es quien va a sufrir los efectos de una sentencia condenatoria, y para el efecto se debe tener en cuenta que el artículo 131 *ibidem* dispone claramente que: *“si el imputado o procesado hiciera uso del derecho que le asiste de renunciar a las garantías de guardar silencio y al juicio oral deberá el juez de control de garantías o el juez de conocimiento verificar que se trata de una decisión libre, consciente, voluntaria, debidamente informada, asesorada por la defensa, para lo cual será imprescindible el interrogatorio personal del imputado o procesado”*.

En atención al problema jurídico propuesto, debe decirse que la Corte Suprema de Justicia en decisión adoptada, entre otras³, el 10 de diciembre de 2019⁴, dentro del proceso adelantado contra Héctor Luis Parra Huérfano, por violación del artículo 376 inciso 2º del CP en la modalidad de “llevar consigo”, hizo las siguientes consideraciones:

³ SP, sep. 16/2015, rad. 38154; SP14842-2015, oct. 28, rad.43436; y, SP3714-2016, mar. 30, rad. 40785.

⁴ CSJ. SP 5400-2019 Rdo. 50748

“...Control y funciones de la imputación.

En reciente sentencia (SP2042-2019, jun. 5, rad. 51007), la Sala de Casación Penal precisó unas directrices en torno al acto procesal de la imputación, las que ahora se reiteran:

- El análisis de procedencia de esa actuación o, lo que es igual, el «juicio de imputación» corresponde, de manera exclusiva, a la Fiscalía General de la Nación, a la que, en consecuencia, se ha llamado la atención para que, en cumplimiento de dicha función, actúe con sumo cuidado dada la trascendencia del acto en la estructura del proceso, con mayor razón, se agrega en esta ocasión, cuando responda a la premura de una captura en flagrancia.

- Tal juicio no puede ser objeto de control material por los jueces de control de garantías, «sin perjuicio de que estos, como directores del proceso, deban velar porque la imputación reúna los requisitos formales previstos en la ley (CSJSP, 7 nov. 2018, Rad. 52507; CSJSP, 11 dic. 2018, Rad. 52311; CSJSP, 27 feb. 2019, Rad. 51596; entre otras)», uno de los cuales es la «relación clara y sucinta de los **hechos jurídicamente relevantes**» (art. 288.2), que son aquéllos que se adecúan al supuesto de la norma típica invocada.

- La imputación cumple tres funciones medulares: «(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 frente a los que podría propiciarse la emisión anticipada de una sentencia condenatoria, bien porque el imputado se allane a los cargos o celebre un acuerdo con la Fiscalía».

- En particular, sobre la última de tales funciones, se concluyó que el carácter vinculante de una alegación de culpabilidad no excluye el deber del juez de «verificar que se trata **de una conducta típica, antijurídica y culpable**, que, además, está demostrada con las evidencias y demás información recaudada por la Fiscalía».

.4 Variación jurisprudencial: el mecanismo correctivo de un allanamiento a cargos irregular, por regla general, es la nulidad.

Con la sentencia de casación SP, jul. 8/2009, rad. 31531, se modificó la jurisprudencia que sostenía que, ante la manifestación de culpabilidad del procesado, el juez sólo tenía facultad para (i) aprobarla y, en consecuencia, dictar la sentencia condenatoria o (ii) rechazarla si encontraba que la misma quebrantaba garantías fundamentales y en caso de haberse adoptado la determinación contraria proceder a anularla. Esta posición se varió para admitir que, en sede de casación, (iii) «cuando se trate de la protección de garantías fundamentales de repercusiones sustanciales que se hubieran materializado como errores *in iudicando*», debía sustituirse la sentencia condenatoria por una absolutoria y no decretarse la nulidad.

En la referida decisión, se resolvió casar una condena resultante de allanamiento al cargo de *tráfico, fabricación o porte de estupefacientes*, en la modalidad de llevar consigo, por falta de lesividad de la conducta; sin embargo, se resolvió que lo procedente era dictar la decisión absolutoria de reemplazo en vez de la nulidad,

por virtud del principio de prevalencia del derecho sustancial y del control del respeto a las garantías fundamentales propio del recurso extraordinario.

Esa misma decisión se adoptó en la sentencia SP, ago. 14/2012, rad. 39160 –frente a uno de los delitos juzgados⁵- y en la SP732-2018, mar. 14, rad 46848, al determinarse que las manifestaciones de culpabilidad aprobadas en esos casos vulneraban las siguientes garantías: en la primera, la prohibición de doble sanción por la misma conducta (non bis in ídem), y, en la segunda, el principio de tipicidad en su faceta subjetiva (porte de estupefacientes sin ánimo de tráfico). Dicha tesis jurisprudencial fue avalada en otras decisiones, por ejemplo en la SP9379-2017, jul. 28, rad. 45495.

En los casos resueltos por la jurisprudencia hasta aquí citada, el procedimiento empleado ha dejado de lado que la sentencia dictada con base en la aceptación de los cargos está precedida de un acto procesal que habilita la renuncia –parcial- al principio de jurisdiccionalidad, es decir, la resolución del asunto sin el agotamiento de un «juicio público, oral, contradictorio, concentrado, imparcial, con inmediatez de las pruebas» (art. 8.j).

Ese acto jurisdiccional previo consiste en la aprobación de la manifestación de culpabilidad del procesado (arts. 293, 351 y 369.2), decisión que, como se sabe, dependerá de que tal alegación sea «libre, consciente, voluntaria y debidamente informada», asesorada por el defensor técnico y respetuosa de las garantías fundamentales (arts. 8.1 y 293.par). Sólo en estas condiciones procederá la derogatoria del juicio y, por ende, será imperativo para el juez dictar sentencia **inmediata** y **conforme** a los términos en que fue admitida la acusación.

Entonces, la aceptación de un allanamiento –y del preacuerdo también- limita la facultad decisoria del juez de conocimiento en dos aspectos: (i) en cuanto al momento en que debe dictar sentencia, porque ya no será el ordinario legal, es decir, al finalizar el juicio oral; y (ii) en cuanto al sentido de la decisión, pues esta sólo podrá ser condenatoria. Esta conclusión obedece no solo al fundamento del trámite abreviado –renuncia al derecho a no autoincriminarse- sino a la existencia de reglas legales expresas que así lo disponen:

- El artículo 293 señala que «**Examinado** por el juez de conocimiento el acuerdo para determinar que es voluntario, libre y espontáneo, **procederá a aceptarlo...** y convocará a audiencia para la **individualización de la pena y sentencia**». Seguidamente, el párrafo consagra otro sentido posible de su decisión: declarar la invalidez de la actuación por vicios de consentimiento o, en general, por infracción de garantías fundamentales.

- El artículo 351 dispone que: «**Aprobados** los preacuerdos por el juez, **procederá a convocar la audiencia para dictar la sentencia correspondiente**» (inc. 5), pero antes de esta prescripción dispone el carácter vinculante de la negociación de culpabilidad: «Los

⁵ A pesar de la aceptación de culpabilidad en los delitos de *proxenetismo con menor de edad y utilización o facilitación de medios de comunicación para ofrecer actividades sexuales con personas menores de dieciocho años*, se absolvió por este último bajo el argumento de que la condena simultánea violaba el principio non bis in ídem.

preacuerdos celebrados entre fiscalía y acusado obligan al juez de conocimiento, salvo que desconozcan o quebranten las garantías fundamentales». Esta norma también consagra dos alternativas: o se dicta sentencia en los términos pactados o admitidos, que no pueden ser otros sino los que presuponen la alegación de culpabilidad, o se corrige la violación de las garantías propias del debido proceso.

- Con mayor claridad aún, el artículo 369.2 delimita la competencia material del juez frente a la alegación de responsabilidad: (i) la acepta y procede a dictar la respectiva sentencia condenatoria o (ii) la rechaza y *«adelantará el juicio como si hubiese habido una manifestación de inocencia»*. Entonces, la única consecuencia jurídica posible de la improbación de aquella será la continuación del trámite procesal ordinario y, en caso de haberse avalado un allanamiento irregular, esta decisión tendrá que ser removida para que recobre vigencia la presunción de inocencia y el principio de jurisdiccionalidad a plenitud.

Recuérdese, además, que los allanamientos y preacuerdos son formas de negociación entre la Defensa y la Fiscalía (libro III, título II, C.P.P.); por ende, implican renunciaciones mutuas de ambas partes: el procesado, como se ha dicho, se abstiene de ejercer los derechos a no autoincriminarse y a tener un juicio con todas las garantías descritas en el literal k del artículo 8; mientras que, la entidad estatal pierde la oportunidad de realizar ajustes fácticos y/o jurídicos a la imputación y a la acusación, en los términos definidos en la sentencia SP2042-2019, jun. 5, rad. 51007, así como de continuar la investigación con la posibilidad de hallar más evidencias del delito.

Conforme a los argumentos expuestos, la aprobación de la declaratoria de culpabilidad representa el presupuesto procesal necesario de la respectiva sentencia anticipada que, se recordará, conlleva la renuncia y consecuente derogación del juicio. Siendo así, un vicio en aquél, inevitablemente, se transmitirá al acto procesal derivado o subsiguiente, el que, adicionalmente, pudo haber reproducido la anomalía en sus fundamentos adoptando, entonces, la forma de un error de juicio, como ocurre, por ejemplo, cuando la conducta por la que se declara responsabilidad es atípica. En consecuencia, si la medida correctiva abarca, únicamente, la sentencia –reemplazo por otra–, subsistirá el acto procesal que le sirvió de antecedente, es decir, el control positivo de la autoincriminación cuya firmeza mantiene la obligación para el juez de la causa de dictar una decisión condenatoria.

Ahora bien, es cierto que cuando la irregularidad reside exclusivamente en la sentencia de segunda instancia, la Sala de Casación Penal debe casar el fallo impugnado y dictar el que lo sustituya, tal y como lo preveía expresamente el artículo 217.1 del código procesal de 2000 que sigue siendo aplicable en vigencia de la Ley 906/2004 por virtud de los principios de celeridad y de eficacia de la administración de justicia. Sin embargo, como se ha explicado, en el caso de aceptación de un allanamiento o preacuerdo obtenido con violación de garantías fundamentales, la irregularidad es anterior a la sentencia y trascendente en esta porque invalida su presupuesto procesal; por lo que, la medida correctiva debe abarcar aquella.

Por si fuera poco, el diseño del sistema procesal actual contempla dos escenarios distintos para decidir sobre la atipicidad de la conducta investigada y las demás causales de ausencia o exclusión de la responsabilidad penal, según el momento procesal: primero, cuando el debate y resolución de esos temas **es anticipado**, es decir, previo al inicio a la etapa de juzgamiento⁶ y, de manera excepcional⁷, cuando esta se encuentre en curso, la vía adecuada es la preclusión, según lo disponen los artículos 331 y ss. Y, segundo, cuando la verificación de la concurrencia de una circunstancia exculpante tiene lugar en la definición del objeto del proceso, esto es, después de terminado el juicio oral o, por lo menos, el período probatorio del mismo (art. 442)⁸, el ámbito de decisión posible es el de una sentencia absolutoria.

Además de las razones que ofrece la regulación legal de las manifestaciones de culpabilidad, la teoría de las nulidades y el diseño del sistema procesal, existen otras relacionadas íntimamente con principios medulares de este último:

- El principio acusatorio busca, entre otros fines, la nítida separación en los roles de acusador y juzgador, en aras de una mayor imparcialidad en el último que será el decisor (art. 5). De ahí que, por regla general, sus decisiones dependen de las peticiones de las partes y estas a su vez impliquen un límite material en aquéllas (principio dispositivo: art. 114. 9,10 y 12). Así, cuando la defensa, de manera unilateral o en conjunto con la Fiscalía, somete a la consideración del juez una manifestación de culpabilidad, su decisión debe circunscribirse a aceptarla o a rechazarla, de modo similar a como cuando se le formula una solicitud de preclusión, más aún cuando en aquel caso se lo impone una norma expresa (art. 351.4).

- El principio de contradicción obliga a los jueces a garantizar a las partes la igualdad de oportunidades y de medios para hacer valer sus pretensiones (art. 8), así como la controversia como elemento esencial de un sistema adversarial. Decretar una absolución cuando lo tramitado y debatido por aquéllas es la terminación anticipada del proceso por virtud de una alegación de culpabilidad, se constituye en una decisión fruto de la visión unilateral del juez y no el resultado del ejercicio dialéctico de argumentar–probar y refutar–contraprobar, lo cual es más grave si se tiene en cuenta el carácter definitivo y definitorio de la providencia.

- La situación descrita también representa un menoscabo de las legítimas pretensiones de las víctimas a la verdad, justicia y reparación, a través del desconocimiento de sus derechos procesales «A ser oídas y a que se les facilite el aporte de pruebas» (lit. d), y a que se consideren sus intereses, especialmente, en las formas de terminación abreviada del proceso (art. 351.6⁹ y C-516/2007¹⁰). Esa infracción, obviamente, es

⁶ La preclusión solicitada por la Fiscalía por cualquiera de las causales previstas en el artículo 332.

⁷ El debate de la preclusión se restringe a las hipótesis contempladas en los numerales 1 (Imposibilidad de iniciar o continuar el ejercicio de la acción penal) y 3 (Atipicidad del hecho investigado), de la precitada norma.

⁸ Art. 442: «Terminada la práctica de las pruebas, el fiscal o el defensor podrán solicitar al juez la absolución perentoria cuando resulten ostensiblemente atípicos los hechos en que se fundamentó la acusación y el juez resolverá sin escuchar alegatos de las partes e intervinientes».

⁹ «Las reparaciones efectivas a la víctima que puedan resultar de los preacuerdos entre fiscal e imputado o acusado, pueden aceptarse por la víctima. En caso de rehusarlos, esta podrá acudir a las vías judiciales pertinentes».

¹⁰ El artículo 351 fue declarado exequible por la sentencia C-516 de 11 de julio de 2007, en el entendido que la víctima también podrá intervenir en la celebración de acuerdos y preacuerdos entre la Fiscalía y el imputado o

más palpable cuando la conducta investigada lesionó bienes jurídicos individuales, la vida por ejemplo, eventos en los que resultan afectados concretos; no tanto así frente a intereses colectivos o difusos como «la salud pública» o «el orden económico social».

- Las facultades de intervención del Ministerio Público «en defensa del orden jurídico, del patrimonio público, o de los derechos y garantías fundamentales» (arts. 250 y 277.7 Cons. Pol., 109 C.P.P.), pueden resultar trasgredidas porque la absolución después de un allanamiento a cargos aprobado, eliminaría la posibilidad que tienen sus delegados, en la condición de representantes de la sociedad, de «solicitar condena o absolución de los acusados e intervenir en la audiencia de control judicial de la preclusión». (art. 111.2.a).

Aunque, como se acaba de indicar, la regla general es que el Juez no está habilitado para emitir una sentencia absolutoria cuando se somete a su conocimiento un allanamiento a cargos o un preacuerdo, la Sala advierte que la anterior postura jurisprudencial, según la cual en esos casos es viable la absolución, puede ser aplicada en casos extremos. Ello puede suceder, por ejemplo, si es evidente la atipicidad objetiva de la conducta, como cuando se imputa o acusa al amparo de una norma penal derogada, o cuando la premisa fáctica ni siquiera reúne los requisitos previstos en el artículo 250 de la Constitución Política para el ejercicio de la acción penal, esto es, que no existan motivos fundados para concluir que los hechos revisten las características de un delito.

En casos de estupefacientes, esta regla excepcional podría aplicarse si, por ejemplo, la Fiscalía imputa el porte de 40 gramos de marihuana para su propio consumo, bajo la errada convicción de que ello configura el delito previsto en el artículo 376 del C.P.

En todo caso, cabe advertir que la atipicidad objetiva debe emerger de los términos de la imputación. No es viable que el Juez, a partir de la evidencia aportada para cumplir el requisito previsto en el artículo 327 de la Ley 906 de 2004, infiera un hecho nuevo, porque ello, claramente, violaría el debido proceso, ya que las partes e intervinientes serían privadas de la posibilidad de ejercer los derechos de contradicción y confrontación.

Lo anterior, en sentir de la Sala, permite lograr un punto de equilibrio entre la protección de los derechos del procesado, los intereses de las eventuales víctimas y la eficacia de la administración de justicia, que puede verse afectada por la repetición de trámites innecesarios, cuando se avizore una solución célere, que no comprometa los derechos y las garantías de las partes e intervinientes, así como el legítimo interés de la sociedad en que los delitos sean investigados y los responsables sancionados.

Recapitulando, ante la manifestación de culpabilidad del procesado, el Juez de conocimiento sólo puede (i) aprobarla y dictar la sentencia condenatoria consecuente o (ii) rechazarla si quebranta garantías fundamentales y continuar el trámite procesal ordinario. Ahora, si adoptó la primera determinación frente a un allanamiento irregular, lo

acusado, para lo cual deberá ser oída e informada de su celebración por el fiscal y el juez encargado de aprobar el acuerdo.

procedente será, por regla general, decretar la nulidad de la decisión aprobatoria para que, en su lugar, se profiera el correspondiente rechazo y se continúe el proceso; salvo que se trate de casos extremos como los de evidente atipicidad objetiva de la conducta, frente a los cuales prevalecerá la absolucón inmediata. NEGRILLAS Y SUBRAYAS FUERA DEL TEXTO

Planteamiento que fue reiterado en decisión reciente en el radicado **52755 del 16 de junio de 2021**, donde se insistió:

(...)

"Todos estos argumentos permiten señalar a la Corte que erró la segunda instancia al considerar que por el solo hecho de excederse en la cantidad considerada como dosis personal, se incurre en el delito de *tráfico, fabricación o porte de estupefacientes* consagrado en el artículo 376 del Código Penal.

Debe aclararse que si bien para el momento en que se aceptaron los cargos (20 de septiembre de 2013) y se profirieron las sentencia de primera y segunda instancia (12 de agosto de 2014 y 27 de febrero de 2018), la Corte no había variado su postura jurisprudencial en torno al ingrediente subjetivo en la tipicidad, la conducta desplegada por la procesada tampoco era reprochable, dado que fue capturada cuando transitaba sola por la calle con 2.9 gramos de cocaína o sus derivados, la Fiscalía presumía que era consumidora (como lo estableció al retirar la solicitud de medida de aseguramiento) y la defensa lo sabía para la imputación y lo demostró en la audiencia de individualización de pena, por lo que los funcionarios judiciales han debido reconocer que esa conducta no era lesiva para el bien jurídico tutelado de la salud pública, aplicando el precedente dado en la sentencia del 8 de julio de 2009 (Radicado 31531).

En dicho yerro incurrió la defensa al permitir que se acepten cargos por una conducta que a todas luces no era punible. También la Fiscalía al realizar la imputación pudiendo en un hecho tan ostensible archivar la actuación o solicitar la preclusión, Y finalmente, los jueces de instancia quienes simplemente ignoraron el precedente vigente para la época.

En consecuencia, la conducta aparte de ser atípica no resulta antijurídica, por lo que en esta oportunidad y ante la claridad de los hechos, la Sala casará el fallo del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, al prosperar el cargo de nulidad, derivado de la irregularidad en que se incurrió al avalar un allanamiento a cargos por una conducta atípica."

Sobre el tema hay que decir que esta Sala se adhiere al cambio jurisprudencial ya anunciado, por lo que, con base en el precedente mencionado y pese a la manifestación de allanamiento a cargos por parte de la adolescente Ana María Tamayo, considera esta Corporación que **hay lugar a declarar la nulidad de la actuación desde el**

momento en el que el juez de control de garantías avaló la imputación y el allanamiento a la misma, al advertirse la existencia de una situación que afecta su legalidad, como quiera que en este caso se presentan dudas sobre el **componente subjetivo del artículo 376 del CP, que ha sido deducido por vía de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia-Sala Penal**, ya que finalmente no se contó con ese mínimo probatorio exige el artículo 327 del CPP, esto es, ese mínimo de prueba que permita inferir la autoría o participación en la conducta y **su tipicidad** y que es el requerido en el escenario de la terminación anticipada del proceso por vía de preacuerdo o allanamiento, en tanto, no se acreditó mínimamente que la sustancia estupefaciente que al parecer "llevaba consigo" la adolescente Ana María Naranjo Tamayo, tenía el fin de distribución o venta.

Lo anterior cobra relevancia ante el reproche enunciado por la defensa y coadyuvado por la fiscalía, en punto del agravante que le fue imputado a la adolescente de cara a la situación fáctica indilgada, en la que se indica que, *la adolescente fue aprehendida en las instalaciones de la estación de policía "El Jordán" llevando consigo 2,8 gramos de cocaína y 23.9 gramos de cannabis, mismas que pretendía ingresar al lugar donde se encontraba recluido su compañero sentimental Andrés Felipe Hincapié Usme*, pues no existe elemento material probatorio que soporte tal afirmación, por el contrario el informe de captura en flagrancia¹¹ refiere que su aprehensión se da un lugar diferente, señalando que tal actuación se surte en el barrio Cristo Rey coordenadas N06°15'07.6'' W 074°49'43.2, que según advierte la fiscalía es cerca de la citada estación de policía, pese a ello, lo imputado dista de los elementos materiales probatorios y evidencia física que permita inferir la autoría de la joven Naranjo Tamayo con relación al agravante indilgado— artículo 384 literal b —, esto es, el haber realizado presuntamente la conducta en lugares como cuarteles o establecimientos carcelarios, pues más allá de analizar el concepto o la definición de estos lugares para establecer si son o no similares a una estación de policía, como lo pretende la defensa, lo

¹¹ Ver pagina 13 del archivo denominado "001Expediente Escaneado202100134" de la carpeta de primera instancia

cierto es que, los elementos que soportan la imputación no dan cuenta de que la menor haya sido aprehendida en la estación de policía "El Jordán", luego, los **hechos jurídicamente relevantes indilgados no corresponden al acontecer factico soportado en ese mínimo de prueba que permita inferir la autoría o participación y la tipicidad de la conducta y**, si ello es así, la confesión en modo alguno puede soportar la condena, en tanto se afecta de manera flagrante el principio de presunción de inocencia, así lo indicó la Alta Corporación¹²:

*"En efecto, acorde con lo establecido por la Sala en los precedentes SP2073 de 2020 y 52311 del 11/12/18, cuando las partes acuden a la terminación anticipada de la actuación penal, por allanamiento a cargos o por celebración de preacuerdos, le corresponde al juez verificar si están dados todos los presupuestos para emitir una sentencia condenatoria, esto es, (i) **la existencia de una hipótesis de hechos jurídicamente relevantes que corroboren la tipicidad de la conducta**, (ii) **el aporte de evidencias físicas e información legalmente obtenida que permita cumplir el estándar de conocimiento previsto en el artículo 327 de la Ley 906 de 2004, orientado a salvaguardar la presunción de inocencia del procesado**, (iii) la claridad de los términos del acuerdo a efectos de precisar cuando un eventual cambio de calificación jurídica corresponde a la materialización del principio de legalidad y en qué eventos es producto de los beneficios acordados por las partes, (iv) la viabilidad legal de los beneficios otorgados por la Fiscalía, sea por la modalidad y cantidad de los mismos o por las limitaciones previstas frente a determinados delitos, y (v) que la renuncia al juicio del procesado haya sido libre, informada y asistida por su defensor."*

Ahora, **la verificación** que realiza el juez con relación a ese mínimo probatorio que soporta la aceptación unilateral de cargos **es previa a la emisión de la sentencia**, pues este es requisito sine qua non para la **aprobación** de la declaratoria de culpabilidad, constituyéndose en el presupuesto procesal necesario de la respectiva sentencia anticipada de carácter condenatorio, y en caso, de no satisfacer este requisito, lo procedente es la declaratoria de nulidad ante el acto de

¹² CSJ. SP367-2021 Rdo. 48015 del 17 de febrero de 2022

allanamiento que se torna irregular, verificación que, contrario a lo advertido por el A quo no se realiza en la sentencia.

Es de anotar que, el recurso nulitatorio que aquí se asume, fue el trazado por la alta entidad Tribunalicia en la decisión SP5400-2019 (Radicado 50748), y que vuelve nuevamente a retomarse en la sentencia SP 2566-2021 (radicado 52755) ya citado.

Sean estos argumentos suficientes para **REVOCAR** la decisión del Juez Promiscuo de Familia de Marinilla, Antioquia de fecha 02 de junio de 2022 y, en su defecto, se decretará la nulidad del proceso desde que, en la audiencia respectiva, el juez de control de garantías avaló la imputación y allanamiento a cargos realizado por la adolescente Ana María Naranjo Tamayo por el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes agravado descrito en los articulo 376 inciso 2º y 384 literal b.

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,

6. RESUELVE:

PRIMERO: SE REVOCA la decisión del Juez Promiscuo de Familia de Marinilla, Antioquia de fecha 02 de junio de 2022 y en su defecto se **DECRETA LA NULIDAD** del proceso desde que, en la audiencia respectiva, el juez de control de garantías avaló la imputación y allanamiento a cargos realizado por la adolescente Ana María Naranjo Tamayo por el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes agravado descrito en los artículos 376 inciso 2º y 384 literal b.

SEGUNDO: Esta providencia queda notificada y contra ella 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 SALA PENAL**

**DARÍO IGNACIO ESTRADA SANÍN
MAGISTRADO SALA CIVIL - FAMILIA**

**WILMAR JOSÉ FUENTES CEPEDA
MAGISTRADO SALA CIVIL - FAMILIA**

Firmado Por:

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

Wilmar Jose Fuentes Cepeda
Magistrado
Sala Civil Familia
Tribunal Superior De Antioquia

Dario Ignacio Estrada Sanin
Magistrado
Sala 01 Civil Familia

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: **1828d376d19de03135576d64a26ee658c2b12c9c69365e29e4c78b1962492a05**

Documento generado en 23/08/2022 03:05:58 PM

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

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

**TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA PENAL**

Medellín, veintitrés (23) de agosto de dos mil veintidós (2022)

Del estudio de la demanda y sus anexos, se advierte que la misma es interpuesta por los abogados **Juan Camilo Muñeton Villegas y Federico Londoño Mesa** quienes al parecer, actúan como apoderados de **Yesenia Julieth Ospina Álzate** dentro del proceso penal que se adelanta dentro del radicado 053686000338202200023; sin embargo, no se aportó **Poder Especial** para la interposición de la presente acción de tutela.

De este modo, de conformidad a lo normado en el artículo 90 numeral 5º del Código General del Proceso, 17 del decreto 2591 de 1991, así como a lo dispuesto en las sentencias T-695 de 1998, T-465 de 2010, se dispone **INADMITIR** la demanda, y **REQUERIR** a los precitados abogados, para que dentro del improrrogable término de tres (3) días, subsanen la omisión referida, y adjunte el poder especial otorgado por el procesado, so pena de rechazar la demanda. Así mismo se les solicita el envío del Folio N° 3 del PDF de la acción constitucional pues él mismo es ilegible.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

(Firma electrónica)
GUERTHY ACEVEDO ROMERO
Magistrada

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

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

Código de verificación: **4a628c7c0bb48d87b362198d52b8666dbcc638fdcce11a722e1157e0ba76a3ce**

Documento generado en 23/08/2022 04:05:24 PM

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

**TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA PENAL**

**Medellín, veintitrés (23) de agosto de dos mil veintidós (202)
Acta 218 de la fecha**

Sería del caso continuar con trámite de la acción constitucional interpuesta por el señor **Ubaldo Pacheco Julio**, si no fuera porque de la respuesta allegada por el **Juzgado Promiscuo del Circuito con funciones de conocimiento del Bagre**, se comprende que, la petición elevada por el promotor ante ese Despacho ataca de manera directa la decisión proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior de Antioquia el día 20 de mayo de 2022.

Es menester indiciar que según informó en la demanda de tutela el promotor solicitó ante el **Juzgado Promiscuo del Circuito con funciones de conocimiento del Bagre** el reconocimiento de la libertad condicional o provisional, petición que indicó había sido elevada desde el 03 de junio de 2022 y reiterada el 29 de julio hogafío.

Sin embargo, sólo es hasta el momento en el cual se emitió la respuesta por el Despacho accionado que, se conoció la argumentación de dicha solicitud presentada por el accionante¹ lográndose advertir que, en la misma se controvierte la decisión adoptada por la Sala Penal del Tribunal Superior de Antioquia el 20 de mayo de 2022 M.P. René Molina Cárdenas, a través de la cual supeditó el beneficio liberatorio al pago de la multa. Al respecto el promotor indicó:

“En el presente panorama, es oportuno señalar que la sentencia en contra de quien realiza esta solicitud de libertad, no tiene firmeza, motivo por cual, hacer exigible el pago de la multa resulta desbordado y arbitrario, máxime cuando se tiene como único argumento para no reconocer o conceder el derecho superior de la libertad, pese a tener cumplidos todos los requisitos señalados en el artículo 64 del Código Penal”

En ese sentido, al estar integrada esta Sala de decisión por el Magistrado Ponente

¹ Archivo 017

de la providencia cuestionada y al evidenciarse que, debe ser vinculada como parte en el proceso tutelar, se genera automáticamente una causal de nulidad que debe ser saneada inmediatamente, pues la competencia del presente asunto le corresponde a otra autoridad judicial.

Con base en lo anterior, se hace necesario vincular a la Sala Penal del Tribunal Superior de Antioquia como extremo pasivo en la litis que se plantea, por lo que en razón de las normas que regulan la acción de tutela, surge evidente que el trámite constitucional debe adelantarse por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

Lo anterior, de conformidad con el artículo 1º del Decreto 1382 de 2000, por el cual se establecen las reglas para el reparto de la acción de tutela, modificado por el artículo 1 del Decreto 1983 de 2017, que a su vez varió el artículo 2.2.3.1.2.1. del Decreto 1069 de 2015, y ahora modificado por el artículo 1 del Decreto 333 de 2021, que en el numeral 5 modificadorio indica que las acciones de tutela promovidas en contra de “[l]os Jueces o Tribunales serán repartidas, para su conocimiento en primera instancia, al respectivo superior funcional de la autoridad jurisdiccional accionada”². En ese mismo sentido, auto del 09 de agosto de 2022, Corte Suprema de Justicia M.P. Fernando León Bolaños Palacios Radicado: 125575.

Por tanto, se **DISPONE** remitir inmediatamente el expediente a la oficina de reparto de para lo de su competencia. De igual forma se **ORDENA** informar al accionante de la decisión adoptada por este Despacho.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

GUERTHY ACEVEDO ROMERO
Magistrada Ponente

² Numeral 5, artículo 1 del Decreto 333 de 2021 que modificó el artículo 2.2.3.1.2.1 del Decreto 1069 de 2015.

PLINIO MENDIETA PACHECO
Magistrado

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: **68356662eb46dc80e0b540e65ab2e4dff1d450e8f1e43726aaf17b6a755cb05b**

Documento generado en 23/08/2022 04:22:09 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.	2022-1015-3
Radicado	05376-31-04-001-2022-00045
Accionante	Juan Esteban Mejía Arboleda
Accionado	Juzgado Promiscuo Municipal del Retiro
Asunto	Impugnación fallo de tutela
Decisión	Confirma

Medellín, veintidós (22) de agosto de dos mil veintidós (2022)

Aprobado mediante Acta N° 217 de la fecha

ASUNTO

Procede la Sala a resolver la impugnación presentada por el accionante contra la sentencia de tutela de 07 de julio de 2022¹, emitida por el Juzgado Penal del Circuito de La Ceja, que decidió declarar improcedente la solicitud de amparo constitucional elevada en procura de sus derechos del debido proceso y acceso a la administración de justicia.

La actuación fue repartida a este despacho el 26 de julio de 2022, pero la entrega se materializó por la Secretaría de la Sala Penal hasta el 2 de agosto del presente año.

FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

Manifiesta el accionante que², el **Juez Promiscuo municipal del Retiro**, tramitó solicitud de interrogatorio de parte y demanda de restitución de inmueble arrendado interpuestas por los señores Beatriz de la Cruz

¹ PDF N° 09 del expediente digital.

² PDF N° 02 del expediente digital.

Agudelo Sánchez y Jhon Jairo Castañeda Rueda, en el cual fungió como demandado.

Aduce que, no fue notificado de esos trámites coartándosele la posibilidad de ejercer sus derechos de contradicción y defensa.

Solicita se declare la nulidad de sendas actuaciones, se deje sin efectos el interrogatorio de parte extraprocesal realizado el 19 de enero de 2022 así como también la sentencia emitida el 02 de mayo de 2022.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Según la primera instancia de las respuestas allegadas se logró establecer que, el accionante participó en general del proceso de restitución de bien inmueble arrendado, tanto así que es, precisamente por no coincidir el resultado de la sentencia con sus intereses acudió al amparo constitucional utilizando como elemento de afectación, la decisión judicial.

Indicó que, el presente caso no cumple con el requisito de subsidiariedad exigido para acceder a sus pretensiones a través de la vía de tutela por cuanto, de conformidad con el Decreto 806 de 2020 y el artículo 134 del Código General del Proceso, el accionante cuenta con la posibilidad de solicitar, ante el juez ordinario, la nulidad de las actuaciones atacadas.

Bajo ese escenario declaró improcedente el amparo presentado.

DE LA APELACIÓN

El accionante³ indicó que, a diferencia de lo señalado por el Juez de primera instancia, nunca se enteró de los procesos que se adelantaban en

³ PDF N° 012 del expediente digital.

su contra, siendo precisamente por esa razón que, no pudo ejercer sus derechos al interior de los trámites. Asegura que, el demandante no informó la forma como obtuvo su correo electrónico al cual aparentemente enviaron la notificación de las actuaciones.

A su modo de ver, el titular del Juzgado Promiscuo Municipal del Retiro debía propender en todo momento, porque la notificación judicial sea efectiva, pero en este caso pretermitió dicha labor, causando detrimento a sus intereses.

Finalmente refiere que, no existe un procedimiento por medio del cual se logre la protección de sus derechos fundamentales vulnerados dado que, la sentencia ya se encuentra ejecutoriada, y en la prueba extraprocesal, se dan por confesados hechos inexistentes.

CONSIDERACIONES

Competencia

Según el artículo 86 de la Carta Política, desarrollado en el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991⁴, la Juez *a quo* tenía competencia para conocer de la acción de tutela.

De otro lado, esta Corporación tiene la competencia para pronunciarse conforme a lo previsto por el artículo 32 y 33 del Decreto 2591 de 1991, al tener la condición de superior funcional del despacho de primera instancia.

Del caso concreto

⁴ Modificado por el Decreto 1382 de 2000, que fue ratificado en el Decreto 1069 de 2015 y este a su vez modificado por el Decreto 1983 de 2017

Inicialmente se hace necesario precisar que la acción de tutela es un mecanismo legal, cuya función es posibilitar a los colombianos la obtención de sus derechos fundamentales, mediante un procedimiento preferente y sumario que permita una pronta solución a las vulneraciones o amenazas que presenten las personas en sus derechos fundamentales. Sin embargo, este procedimiento ha sido dotado con la calidad de subsidiario. Es decir, que a ella solo habrá lugar cuando no se conste con mecanismos judiciales alternos, o si bien existiendo, sea acreditado por el interesado la existencia de un perjuicio irremediable que requiera una intervención inmediata.

Luego, el carácter subsidiario tal y como lo ha expresado la Corte en varias de sus sentencias, autoriza el uso de la acción de tutela en alguna de las siguientes hipótesis: (i) cuando no exista otro medio de defensa judicial que permita resolver el conflicto relacionado con la supuesta vulneración de un derecho fundamental; o cuando, aun existiendo; (ii) dicho mecanismo no resulta eficaz ni idóneo para la protección del derecho; o cuando, incluso, (iii) a pesar de brindar un remedio integral, sea necesaria la intervención transitoria del juez de tutela para evitar la consumación de un perjuicio irremediable.

En el asunto sub-judice, el accionante considera que, el Juzgado Promiscuo Municipal del Retiro vulneró sus derechos al debido proceso y al acceso a la administración de justicia al no notificarlo del interrogatorio de parte y de la demanda de restitución de bien inmueble arrendado que se adelantaban en su contra lo que conllevó a que, la sentencia proferida estuviera en contravía de sus intereses.

Luego de revisada la demanda de tutela y las respuestas allegadas al presente trámite es dable predicar que, efectivamente le asistió razón a la primera instancia al momento de estimar que, el accionante cuenta con la

vía ordinaria para alcanzar las pretensiones que eleva a través del mecanismo constitucional.

Nótese que, el numeral 8 del artículo 133 del Código General del Proceso establece que, se podrá decretar la nulidad “cuando no se practica en legal forma la notificación del auto admisorio de la demanda a personas determinadas”. Así mismo establece que, cuando en el curso del proceso se advierta que se ha dejado de notificar una providencia distinta del auto admisorio de la demanda o del mandamiento de pago, el defecto se corregirá practicando la notificación omitida, pero será nula la actuación posterior que dependa de dicha providencia, salvo que se haya saneado.

Teniendo en cuenta que, el accionante solicita la nulidad del proceso de restitución de bien inmueble que se siguió en su contra y del interrogatorio de parte que se surtió para tales efectos, alegando indebida notificación, deberá acudir ante la jurisdicción ordinaria para elevar dichas pretensiones pues el legislador previó la nulidad como la salida procesal ordinaria para dichos efectos.

Finalmente es del caso indicar que, a diferencia de lo manifestado por el promotor en su escrito, la nulidad puede ser solicitada y decretada inclusive después de haberse proferido sentencia, pues así lo establece el artículo 134 del Código General del proceso: *“Las nulidades podrán alegarse en cualquiera de las instancias antes de que se dicte sentencia o con posteridad a esta, si ocurrieren en ella. La nulidad por indebida representación o falta de notificación o emplazamiento en legal forma, o la originada en la sentencia contra la cual no proceda recurso, podrá también alegarse en la diligencia de entrega o como excepción en la ejecución de la sentencia, o mediante el recurso de revisión, si no se pudo alegar por la parte en las anteriores oportunidades...”*

De tal suerte, al contar el accionante con la vía ordinaria para hacer valer sus pretensiones, esta instancia confirmará la postura del operador de primer grado por medio de la cual se declaró improcedente la solicitud de amparo constitucional elevada.

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: CONFIRMAR la decisión proferida por el Juzgado Penal del Circuito de La Ceja el 7 de julio de 2022, a través de la cual se declaró improcedente la solicitud de amparo constitucional deprecada por **Juan Esteban Mejía Arboleda**.

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

TERCERO: REMITIR la actuación a Corte Constitucional para su eventual revisión

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

(firma electrónica)
GUERTHY ACEVEDO ROMERO
Magistrada Ponente

(firma electrónica)
PLINIO MENDIETA PACHECO
Magistrado

(firma electrónica)
RENÉ MOLINA CÁRDENAS
Magistrad

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: **23f5c726e6c67e7a4142b538765aa80b982c30d2b903e9d5eed0751608c9a414**

Documento generado en 23/08/2022 04:25:16 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.	2022-1065-3
Radicado	05 615 31 04 002 2022 00073
Accionante	Sandra Milena Arenas Cárdenas
Accionado	Nueva EPS
Asunto	Impugnación fallo de tutela
Decisión	Confirma

Medellín, veintidós (22) de agosto de dos mil veintidós (2022)

Aprobado mediante Acta N° 216 de la fecha

ASUNTO

Procede la Sala a resolver la impugnación presentada por la accionada¹, contra el fallo de tutela de 22 de julio de 2022², emitido por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Rionegro – Antioquia, a través del cual ordenó autorizar y materializar el procedimiento colangiopancreatografía retrograda endoscópica a la accionante y concedió en su favor, tratamiento integral.

FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

Manifestó la accionante que³, fue diagnosticada con cálculo del conducto biliar sin colangitis ni colecistitis, otras colelitiasis, alto riesgo para coledocolitiasis, síndrome icterico y colelitiasis, motivo por el cual, se encuentra hospitalizada y se le ordenó por los especialistas colangiopancreatografía retrograda endoscópica sod e internación.

¹ PDF N° 03 del expediente digital

² PDF N° 17 del expediente digital.

³ PDF N° 02 del expediente digital.

El procedimiento le había sido programado para el día 12 de Julio de 2022 en la ciudad de Medellín, sin embargo, no logró materializarse por cuanto su ex pareja, quien la tenía afiliada a la nueva EPS, en la actualidad no está laborando, razón por la cual, se le suspendió el servicio por falta de pago.

Finalmente adujo que, es ama de casa, tiene una hija de 13 años y vive con su madre quien es una adulta mayor, no cuenta con recursos económicos y la cirugía que se encuentra pendiente por realizar es urgente y prioritaria aunado a ello, mejoraría considerablemente su calidad de vida.

Aseguró que, la conducta negligente de la **Nueva EPS** atenta contra su derecho fundamental a la salud y a la vida en condiciones dignas, razón por la cual petitionó a la judicatura el amparo de sus garantías constitucionales ordenándose la práctica del procedimiento médico, así como conceder el tratamiento integral necesario para su patología.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Segundo Penal del Circuito de Rionegro – Antioquia, el 22 de julio de 2022⁴, estimó que, si bien durante el trámite de la acción constitucional la Nueva EPS había procedido a habilitar por el término de 2 meses la afiliación de la accionante, y que, aunado a ello, autorizó el procedimiento médico requerido, lo que daba cuenta de su voluntad para proteger los derechos fundamentales de la promotora; lo cierto es que, a la fecha de la emisión del fallo constitucional no se había practicado el procedimiento médico deprecado.

Conforme con ello, amparó los derechos fundamentales de la accionante y ordenó a Nueva EPS que, en el término de 48 horas siguientes a la

⁴ PDF N° 04 de la carpeta digital.

notificación de esa decisión procediera a la realización del procedimiento denominado colangiopancreatografía retrograda endoscópica.

Consideró además que la orden de tratamiento integral requerida resultaba necesaria para evitar que se repitan a futuro acciones de tutela con relación a la patología que motivó el presente trámite constitucional siempre y cuando la accionante cuente con afiliación vigente a la entidad. Por otra parte, negó la exoneración de copagos y cuotas moderadoras.

DE LA APELACIÓN

La apoderada especial de la accionada⁵ únicamente cuestionó la decisión adoptada frente al tratamiento integral; afirmó que, el juzgador de primer grado determinó la prestación de servicios hipotéticos, futuros e inciertos que aún no han sido ordenados por médico tratante.

El fallo de tutela está diseñado para proteger derechos cuando estos estén siendo vulnerados y amenazados y no se puede presumir que ante un eventual atraso ocurrido una vez, en lo sucesivo la conducta será repetitiva y, por lo tanto, adelantarse a ello.

Solicitó se revoque la orden de tratamiento integral brindada.

CONSIDERACIONES

Competencia

Según el artículo 86 de la Carta Política, desarrollado en el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991⁶, la Juez *a quo* tenía competencia para conocer de la acción de tutela.

⁵ PDF N° 21 de la carpeta digital.

⁶ Modificado por el Decreto 1382 de 2000, que fue ratificado en el Decreto 1069 de 2015 y este a su vez modificado por el Decreto 1983 de 2017

De otro lado, esta Corporación tiene la competencia para pronunciarse conforme a lo previsto por el artículo 32 y 33 del Decreto 2591 de 1991, al tener la condición de superior funcional del despacho de primera instancia.

Del caso concreto

Teniendo en cuenta que, el objeto de la impugnación se centra en el reconocimiento del tratamiento integral concedido en favor de la accionante para sus patologías de “cálculo del conducto biliar sin colecistitis, otras colelitiasis”, procederá la Sala a referirse únicamente sobre este aspecto.

Sobre el tratamiento integral, ha expuesto la Corte Constitucional en reciente jurisprudencia, que el mismo *tiene la finalidad de garantizar la continuidad en la prestación del servicio de salud y evitar la interposición de acciones de tutela por cada servicio prescrito por el médico tratante*⁷.

Frente a este tópico, se hace necesario precisar que, de acuerdo con la Corte Constitucional *“en virtud del principio de integralidad, las entidades encargadas de la prestación del servicio de salud deben autorizar, practicar y entregar los medicamentos, intervenciones, procedimientos, exámenes, controles y seguimientos que el médico considere indispensables para tratar las patologías de un paciente, sin que les sea posible fraccionarlos, separarlos, o elegir alternativamente cuáles de ellos aprueba en razón del interés económico que representan. Ello con el fin, no solo de restablecer las condiciones básicas de vida de la persona o lograr su plena recuperación, sino de procurarle una existencia digna a través de la mitigación de sus dolencias”*⁸

Sin embargo, la misma Corporación ha reconocido que el referido principio no puede ser entendido de manera abstracta, y en razón de ello, impuso sobre los jueces de tutela la obligación de verificar previo a su orden *“(i) que la EPS haya actuado con negligencia en la prestación del servicio como ocurre, por*

⁷ Corte Constitucional, Sentencia T-001 de 2021.

⁸ Corte Constitucional, Sentencia T-081 de 2019

ejemplo, cuando demora de manera injustificada el suministro de medicamentos, la programación de procedimientos quirúrgicos o la realización de tratamientos dirigidos a obtener su rehabilitación, poniendo así en riesgo la salud de la persona, prolongando su sufrimiento físico o emocional, y generando complicaciones, daños permanentes e incluso su muerte; y (ii) que existan las órdenes correspondientes, emitidas por el médico, especificando los servicios que necesita el paciente. La claridad que sobre el tratamiento debe existir es imprescindible porque el juez de tutela está impedido para decretar mandatos futuros e inciertos y al mismo le está vedado presumir la mala fe de la entidad promotora de salud en el cumplimiento de sus deberes.”⁹

En el asunto que se ventila, resulta evidente que la Nueva EPS actuó con negligencia en la prestación de sus servicios pues, supeditó la realización de un procedimiento médico prioritario y urgente a un trámite administrativo, desconociendo con ello, entre otros el principio de continuidad de los servicios de salud; razón por la cual se entiende que, el primer presupuesto jurisprudencial se encuentra satisfecho.

Por otra parte, debe indicarse que, junto con la solicitud de amparo constitucional fueron incorporados algunos anexos. Copia del documento de identidad de la promotora,¹⁰ informe de epicrisis del 09 de julio de 2022 en el cual se detalla los motivos del ingreso al servicio de urgencias del Hospital San Juan de Dios¹¹ y a folios siguientes se registra el resumen de la atención, diagnóstico y tratamiento, en este último acápite se indicó que, la paciente tiene sospecha de coledocolitiasis y se ordenó su hospitalización. Aunado a ello, el especialista recetó los medicamentos que deberían suministrársele durante su estancia en el centro médico.

El 13 de julio de 2022, se le diagnosticó colelitiasis, se ordenó un conjunto de exámenes médicos¹² y la realización del procedimiento colangio-

⁹ Ibídem.

¹⁰ PDF N° página N° 10 del expediente digital

¹¹ PDF N° página N° 12 del expediente digital

¹² Bilirrubinas total y directas, folfatasa alcalina, nitrógeno ureico, hemograma IV, entre otros.

pancreatografía retrograda endoscópica sod, sobre el cual la primera instancia ya brindó orden perentoria de materialización.

Luego, resulta evidente que la accionante cumple con los requisitos jurisprudenciales para el otorgamiento del tratamiento integral, los especialistas le han remitido medicamentos, implementos y procedimientos para mejorar sus condiciones de salud lo que significa que clínicamente el diagnóstico se encuentra claramente definido y por ende su tratamiento a seguir.

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: CONFIRMAR el numeral tercero de la sentencia de primera instancia a través del cual se otorgó tratamiento integral a la accionante, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

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

TERCERO: REMITIR la actuación a Corte Constitucional para su eventual revisión

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 Medellín - Antioquia

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

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

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

Código de verificación: **dd55c82b5e95339e2cc9d9d90dab1b4a94d0f67819e159b6fa5a27919974564d**

Documento generado en 23/08/2022 04:25:06 PM

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

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

Medellín, veintitrés (23) de agosto dos mil veintidós (2022)

N° Interno : 2022-1066-4
Sentencia de Tutela - 2ª instancia.
Radicado :05.615.31.04.002.2022.00076
Apoderado : Juan Carlos León Riaño
Accionante : Diego Fernando Diaz Herrera
Accionada : Fiscalía 16 Local de El Carmen de
Viboral, Antioquia.
Decisión : Revoca y declara hecho superado

Proyecto discutido y aprobado en sesión de la fecha.
Acta N° 130

M.P. PLINIO MENDIETA PACHECO

Por vía de impugnación, conoce la Sala de la sentencia de tutela proferida el 22 de julio de 2022, por el *Juzgado Segundo Penal del Circuito de Rionegro (Ant.)*, por medio de la cual se concedió el amparo del derecho fundamental de *Petición* del señor Diego Fernando Diaz Herrera, asistido por el apoderado Juan Carlos León Riaño, dentro de la acción de tutela interpuesta contra LA FISCALÍA 016 LOCAL DE EL CARMEN DE VIBIRAL, ANTIOQUIA.

N° Interno : 2022-1066-4
Sentencia de Tutela – 2ª Instancia.
Radicado : 05.615.31.04.002.2022.00076
Apoderado : Juan Calos León Riaño
Accionante : Diego Fernando Diaz Herrera
Accionada : Fiscalía 016 Local El Carmen Viboral, Ant.

ANTECEDENTES

Los hechos objeto de estudio se resumieron así por el juez de primer grado:

“Señaló el accionante haber radicado en junio trece (13) y julio ocho (8) del presente año, petición ante la accionada, con el fin no se hiciera entrega de un vehículo a la señora Martha Carolinas Velásquez hasta tanto se determinaran una serie de situaciones que enlistó en su escrito, la entrega provisional del rodante se le hiciera a él y se adoptaran las medidas correspondientes, sin que hasta la fecha haya obtenido respuesta.

Solicitó la protección del derecho fundamental de petición y se ordenara a la accionada proceder a resolver de fondo su solicitud. Aportó como prueba documental petición, poderes, documentos notariales, cédulas de ciudadanía de otros ciudadanos, declaraciones extrajuicio, recibos de caja, facturas de venta, pago de impuestos, constancia de envió derecho de petición de junio trece (13) de 2022.

Fue así, que el Juez de instancia procedió a dictar sentencia mediante la cual concedió el amparo invocado y ordenó lo siguiente:

PRIMERO: AMPARAR el derecho fundamental de petición del señor JUAN CARLOS LEÓN RIAÑO identificado con C.C.: 91'534.018vulnerado por la FISCALÍA 016 LOCAL EL CARMEN.

SEGUNDO: En consecuencia, se ORDENA a la entidad accionada que en un término máximo de cuarenta y ocho (48) horas y de no haberlo hecho, proceda a dar respuesta en los términos indicados en la parte motiva de esta decisión”.

N° Interno : 2022-1066-4
Sentencia de Tutela – 2ª Instancia.
Radicado : 05.615.31.04.002.2022.00076
Apoderado : Juan Calos León Riaño
Accionante : Diego Fernando Diaz Herrera
Accionada : Fiscalía 016 Local El Carmen Viboral, Ant.

Frente a dicha decisión, interpuso recurso de apelación la Fiscalía 016 Local de El Carmen Viboral, Antioquia, quien informó que por medio de oficio 168 del 22 de julio de 2022 se procedió a brindar respuesta de fondo, clara y congruente a la solicitud presentada por el actor, por lo tanto, solicita negar la acción constitucional¹.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

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

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

¹ Archivo 11 del expediente digital.

N° Interno : 2022-1066-4
Sentencia de Tutela – 2ª Instancia.
Radicado : 05.615.31.04.002.2022.00076
Apoderado : Juan Calos León Riaño
Accionante : Diego Fernando Diaz Herrera
Accionada : Fiscalía 016 Local El Carmen Viboral, Ant.

Por supuesto que para evitar que se repitan los mismos hechos, el juez constitucional se encuentra habilitado para señalar cuál ha debido ser el comportamiento adoptado por la entidad o entidades demandadas, para no desconocer los derechos fundamentales, en cuanto se hubiera constatado una eventual afrenta. Así, según el *artículo 24, Decreto 2591 de 1991*, cuando cesen los efectos del acto impugnado o éste se ha consumado en forma que resulta imposible ordenar el restablecimiento invocado, *“los accionados serán prevenidos para que en ningún caso vuelvan a incurrir en las acciones u omisiones advertidas, y que, si procedieren de modo contrario serán sancionados, en los términos de la misma disposición”*.

Pues bien, en el caso concreto se tiene que la parte actora reclamaba una respuesta frente a su petición elevada el 13 de junio y 8 de julio de 2022, ante la FISCALÍA 016 LOCAL DE EL CARMEN DE VIBORAL, ANTIOQUIA, en el sentido de obtener información relacionada con un caso en el que al parecer es víctima el señor DIEGO FERNANDO DIAZ HERRERA, sin embargo, durante el término de notificación del fallo de primera instancia la parte accionada se pronunció al respecto, afirmando haber dado respuesta a lo solicitado por el accionante.

En ese orden, logra constatarse entonces, para el presente evento, se está ante la configuración de un supuesto de hecho superado, por cuanto ya tuvo lugar el pronunciamiento reclamado y, así lo pudo constatar esta Magistratura tal y como se puede observar en el archivo N.º 15 del expediente digital.

N° Interno : 2022-1066-4
Sentencia de Tutela – 2ª Instancia.
Radicado : 05.615.31.04.002.2022.00076
Apoderado : Juan Calos León Riaño
Accionante : Diego Fernando Diaz Herrera
Accionada : Fiscalía 016 Local El Carmen Viboral, Ant.

En virtud de lo anterior, esta Sala revocará la sentencia de tutela proferida por el *JUZGADO SEGUNDO PENAL DEL CIRCUITO DE RIONEGRO - ANTIOQUIA*, mediante la cual se concedió la tutela del derecho de petición, y en su lugar se declarará la carencia actual de objeto por hecho superado, en virtud a que ya se procedió por parte de la entidad accionada a responder la solicitud presentada por el actor, siendo notificada en debida forma.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA, SALA DE DECISION PENAL EN SEDE CONSTITUCIONAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, **REVOCA** la sentencia de tutela objeto de impugnación, y en su lugar se **DECLARA** la carencia actual de objeto por hecho superado, acorde con los fundamentos consignados en la parte motiva.

De igual forma, **SE DISPONE** que por Secretaría de la Sala se proceda a comunicar a las partes la presente decisión de según grado, una vez lo cual, se remitirá el expediente ante la *H. Corte Constitucional*, conforme se establece para efectos de su eventual revisión, en el *artículo 32, Decreto 2591 de 1991*.

CÚMPLASE.

LOS MAGISTRADOS,

N° Interno : 2022-1066-4
Sentencia de Tutela – 2ª Instancia.
Radicado : 05.615.31.04.002.2022.00076
Apoderado : Juan Calos León Riaño
Accionante : Diego Fernando Diaz Herrera
Accionada : Fiscalía 016 Local El Carmen Viboral, Ant.

PLINIO MENDIETA PACHECO

RENÉ MOLINA CÁRDENAS

GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME

Firmado Por:

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

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

Rene Molina Cardenas
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: **69657bb8497d2514156b3eb9210226c9e86691dd6b716fcb4fdd049de74e22b4**

Documento generado en 23/08/2022 02:00:58 PM

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

Tutela primera instancia

Accionante: Deimer Andrés Londoño Cano
Accionado: Juzgado Primero Penal Circuito Especializado de Antioquia
Radicado: 05000-22-04-000-2022-00339 (2022-1109-5)



**TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA PENAL**

Medellín, diecinueve (19) de agosto de dos mil veintidós

**Magistrado Ponente
RENÉ MOLINA CÁRDENAS**

Aprobado en Acta N° 73

Proceso	Tutela
Instancia	Primera
Accionante	Deimer Andrés Londoño Cano
Accionado	Juzgado Primero Penal Circuito Especializado de Antioquia y otros
Tema	Debido proceso
Radicado	(2021-1662-5)
Decisión	Niega por hecho superado

ASUNTO

La Sala resolverá en primera instancia la acción de tutela presentada por Deimer Andrés Londoño Cano en contra del Juzgado Primero Penal Circuito Especializado de Antioquia al considerar vulnerado su derecho al debido proceso.

Se vinculó a la Secretaría de los Juzgados Penales del Circuito Especializados de Antioquia y al Centro de Servicios de los Juzgados de

Tutela primera instancia

Accionante: Deimer Andrés Londoño Cano
Accionado: Juzgado Primero Penal Circuito Especializado de Antioquia
Radicado: 05000-22-04-000-2022-00339 (2022-1109-5)

Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia para que ejercieran su derecho de defensa y contradicción en este trámite.

HECHOS

Afirma el accionante que hace aproximadamente nueve meses fue condenado y aún está a la espera que se le asignen juzgado para la vigilancia de su pena.

PRETENSIÓN CONSTITUCIONAL

Se le asigne un juzgado para la vigilancia de su pena amparando su derecho al debido proceso.

RESPUESTA DE LA AUTORIDAD ACCIONADA

El Juez Primero Penal del Circuito Especializado de Antioquia informó que una vez ejecutoriada la sentencia se procedió a remitir el proceso al centro de servicios administrativos a efectos de que se le diera el trámite correspondiente de remisión ante los Jueces de Ejecución de Penas. Afirma que el proceso fue remitido el 9 de agosto de 2022 al Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia para su correspondiente vigilancia.

El Secretario del Centro de Servicios Administrativos de los Juzgados de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Medellín y Antioquia indicó que el proceso de Deimer Andrés Londoño Cano bajo el CUI 05042600000020210000601 y radicado interno 02022 A2-1833, es vigilada por el Juzgado 2º de EPMS de Antioquia. Advierte que el citado proceso fue recibido el 9 de agosto de 2022, siendo radicado en la misma fecha.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

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

De los hechos expuestos en el escrito y la información brindada por las vinculadas se desprende que la presente tenía por objeto que el proceso de Deimer Andrés Londoño Cano le fuera asignado juzgado de ejecución de penas.

Según la respuesta dada por el Centro de Servicios Administrativos de los Juzgados de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Medellín y Antioquia se estableció que el proceso le correspondió por reparto al Juzgado Segundo de Ejecución Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia.

El proceso del accionante no había sido remitido al juzgado de ejecución de penas, lo que quedó subsanado en el trascurso del trámite, correspondiendo por reparto el conocimiento al **Juzgado Segundo de Ejecución Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia con radicado interno 02022 A2-1833**. Por tanto, podrá el condenado elevar las solicitudes respectivas al juez que vigila su pena para obtener la información que deseen de su proceso.

De esta manera, es claro que se ha configurado un hecho superado respecto de su pretensión constitucional.¹

¹ Acerca de la carencia de objeto de protección constitucional por hecho superado, ha dicho la Corte Constitucional que: "La Corte Constitucional, en reiterada jurisprudencia, ha indicado que la carencia actual de objeto se configura cuando frente a las pretensiones esbozadas en la acción de tutela, cualquier orden emitida por el juez no tendría algún efecto o simplemente "caería en el vacío. (...) Este escenario se presenta cuando entre el momento de interposición de la acción de tutela y el fallo, se evidencia que como consecuencia del obrar de la accionada, se superó o cesó la vulneración de derechos fundamentales alegada por el accionante. Dicha superación se configura cuando se realizó la conducta pedida (acción u abstención) y, por tanto, terminó la afectación, resultando inocua cualquier intervención del juez constitucional en aras de proteger derecho fundamental alguno, pues ya la accionada los ha garantizado". Corte Constitucional, sentencia T-038, del 1° de febrero de 2019.

Tutela primera instancia

Accionante: Deimer Andrés Londoño Cano
Accionado: Juzgado Primero Penal Circuito Especializado de Antioquia
Radicado: 05000-22-04-000-2022-00339 (2022-1109-5)

Siendo así, se declarará la carencia de objeto de protección constitucional por hecho superado.

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

RESUELVE

PRIMERO: Declarar la carencia de objeto de protección constitucional por hecho superado en la acción de tutela interpuesta por Deimer Andrés Londoño Cano.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

RENÉ MOLINA CÁRDENAS

Magistrado

GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME

Magistrado

EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA

Magistrado

Firmado Por:

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

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

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

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

Código de verificación: **5314cd0560806ec3b53d8719ccb8d1c4a360678c570a32fc97a0a018ba95aa5**

Documento generado en 19/08/2022 03:51:55 PM

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

TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA

SALA DE DECISIÓN PENAL

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

Proyecto discutido y aprobado en sesión de la fecha, Acta 168

PROCESO: 05 045 60 00360 2016 02161 (2020 0939)
DELITO: ACTOS SEXUALES CON MENOR DE 14 AÑOS
ACUSADO: JESÚS ALBERTO AGUIRRE GÓMEZ
PROVIDENCIA: DECISIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA

La Sala procede a resolver lo pertinente frente al recurso de apelación interpuesto por el Defensor del Procesado, en contra de la sentencia proferida el 21 de febrero de 2020, por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Apartadó (Antioquia), mediante la cual CONDENÓ al señor JESÚS ALBERTO AGUIRRE GÓMEZ por el delito de ACTOS SEXUALES CON MENOR DE CATORCE AÑOS.

En la misma providencia, se absuelve al procesado por el delito de ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE CATORCE AÑOS.

ANTECEDENTES

Conforme se desprende de las diligencias, para el año 2016 en el municipio de Apartadó (Antioquia) el señor Jesús Alberto Aguirre Gómez abusó sexualmente de la sobrina de su compañera sentimental, la menor L.F.A.R., penetrando y tocando o rosando en sus genitales a la víctima, por lo cual le transmitió una enfermedad venérea que fue descubierta en diciembre de 2016 cuando la niña fue hospitalizada por dicha enfermedad de transmisión sexual.

Las audiencias preliminares de legalización de captura, formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento se celebraron el 11 de abril de 2018 ante el Juez 4º Promiscuo Municipal de Apartadó (Antioquia).

El proceso pasó al Juzgado Primero Penal del Circuito de Apartadó (Antioquia) en donde el 7 de junio de 2018 la Fiscalía formuló la acusación. La audiencia preparatoria tuvo lugar el 1º de febrero de 2019 y el juicio oral se desarrolló los días 24 de abril, 24 de mayo, 26 de agosto, 15 y 22 de octubre, 5 y 8 de noviembre de 2019. La sentencia condenatoria fue leída el 21 de febrero de 2020.

LA DECISIÓN OBJETO DE ALZADA

El A quo manifestó que en el juicio oral se probó que la niña L.F.A.R permaneció en la vivienda de su tía Ana Yajaira López y del compañero de ésta, Jesús Alberto Aguirre Gómez, por un tiempo de aproximadamente un mes. Al terminar la estadía y regresar a la vivienda de su progenitora Claudia María Sosa Álvarez, la niña L.F. presentaba un flujo vaginal con mal olor lo que motivó que fuera llevada a consulta médica. El médico detectó gran cantidad de flujo amarillo de olor fétido y desgarró antiguo del himen y quien no presentaba la ETS denominada gonorrea. Entrevistada la niña por la sicóloga adscrita al CTI aquella informó que Jesús le había tocado el “cocón” con el “pipí”, cuando estaba en calzones, hecho sucedido en la cocina de la casa donde vivía con Alejandra y que ello sucedió varias veces. Además, cuando estaba en la cama también fue tocada en el cocón por Miguel, quien es el marido de su mamá Claudia.

Consideró que la declaración de la niña no se muestra inverosímil, pues el relato contiene las circunstancias de modo y lugar suficientes para concluir que el suceso tuvo real existencia.

Señaló que la Fiscalía solicitó la emisión de sentencia condenatoria solo por el delito de actos sexuales con menor de catorce años, porque consideró que no se acreditó el acceso carnal abusivo con menor de catorce años, de acuerdo con la versión del doctor Jaime Montoya Mateus, quien en el juicio oral indicó que verdaderamente la niña no presentaba una ETS sino una vaginitis de origen bacteriano que origina una inflamación del himen que puede ser confundido con un desgarró.

Encontró que para el mes de octubre de 2016 Ana Yajaira todavía convivía con Jesús Alberto y cuando la sicóloga preguntó quién era éste en entrevista de junio de 2017 la niña respondió que era el “maio de Eanda” expresión que interpreta como el marido de Alejandra, lo que indica la separación del acusado de Ana Yajaira con posterioridad al mes de octubre de 2016 cuando ya habían acaecido los hechos. De acuerdo con lo anterior los hechos sucedieron en la vereda Bajo el Oso del municipio de Apartadó, lugar de habitación de la familia en tres casas separadas: Nidia y Claudia, Ana Yajaira y Duván, motivo por el cual se infiere que Claudia María incurrió en lapsus en ubicar el lugar de los hechos en Currulao, pues simplemente ante la separación de Ana Yajaira y el acusado, éste fue el que se estableció en Currulao.

Concluyó que a pesar de la actividad laboral del acusado como conductor al servicio de varias empresas y del horario laboral asignado, la oportunidad se presentó para que aquél tocara el cocón de la niña con el pipí, según expresión de la infante.

LA IMPUGNACIÓN

1. El señor Defensor del Procesado, inconforme con la decisión, interpuso y sustentó oportunamente el recurso de apelación.

Sus argumentos pueden sintetizarse de la siguiente forma:

- Se incurrió en un defecto fáctico como consecuencia de una indebida valoración probatoria. Al valorar las pruebas se le atribuyó un sentido valorativo contrario al que realmente reflejaban, especialmente a la entrevista realizada por la investigadora del CTI concluyendo que el hecho existió y que el señor Aguirre Gómez fue su perpetrador alejándose del principio in dubio pro reo.

- Las pruebas muestran que los supuestos hechos ocurrieron en el mes de octubre de 2016, cuando la niña L.F.A.R. contaba con 4 años de edad. Surgió en la investigación un supuesto delito de acceso carnal abusivo por cuando se dijo equivocadamente que la niña presentaba una contaminación de una enfermedad de transmisión sexual, expresamente "gonorrea", de la cual se dieron cuenta porque la llevaron a la EPS CAFESALUD, pero de acuerdo con el procedimiento médico se concluyó que padecía de un flujo vaginal. Los exámenes resultaron negativos para gonorrea.

- La sospecha recayó en el procesado, porque éste se encontraba enfermo de gonorrea, un hecho completamente especulativo, ya que no se demostró que Aguirre Gómez estuviera infectado de alguna enfermedad ETS.

- La niña fue abordada e interrogada por los hechos por diferentes personas entre familiares y funcionarios profesionales de entidades estatales. La niña inicialmente señaló tres nombres, después solo dos nombres y luego le hicieron una entrevista en donde solo dijo el nombre de Jesús Alberto, por lo que la niña pudo haber sido inducida a realizar este tipo de manifestaciones en su última entrevista.

- Cuestiona la forma como fue solicitada la intervención de la investigadora profesional de la psicología, pues debe existir el cuestionario que en todo caso tiene que ser suministrado por la Fiscalía y revisado por el defensor de familia. En el presente caso, ello no ocurrió así, no se aportó cuestionario alguno por la autoridad respectiva y directora de la investigación, dejando a criterio de la investigadora para realizar las preguntas que considerara. Al conocer previamente los hechos, la investigadora pudo influir en la diligencia con la menor. No se cumplió con el protocolo SATAC. Se utilizaron preguntas inductivas, lo que no permitió que las respuestas de la niña fuesen espontáneas. No se indagó sobre la verdad y la mentira a la entrevistada.

- Aflora de la entrevista algunos interrogantes como que se haya demorado 2 minutos y 15 segundos para desarrollar empatía con la entrevistada, que la niña menciona a una persona que la entrevistadora relaciona como ALEJANDRA de quien no se tiene ningún registro en la foliatura, ni fue objeto de mención por ninguno de los declarantes. La descripción que hace la niña en cuanto a su color de piel no corresponde con la individualización del señor Jesús Antonio Aguirre Gómez. Si la niña le decía tío a Jesús, por qué no lo mencionó como el tío dentro de la entrevista. No se constató el nivel

cognoscitivo, razonamiento, conocimiento y emociones de la niña entrevistada.

- La entrevista constituye prueba de referencia que debe ser analizadas en conjunto con los demás medios allegados al juicio y en el presente caso la valoración no fue suficientemente exhaustiva como para llegar a la conclusión que arribó el Despacho.

- Se trata de una niña de 5 años de edad que fue interrogada en diferentes ocasiones y que además la fecha de los hechos no concuerda con las circunstancias temporo-espaciales. Ello por cuanto la señora Claudia manifestó que permitió que su hermana Ana Yajaira López se llevara a su hija L.F. para su casa en Currulao, quien vivía con Jesús Alberto, lo que contradice con la fecha en la que se señala ocurrieron los hechos y en un lugar diferente al referido, pero esto cobra mayor fuerza probatoria con lo dicho por la señora YAJAIRA LÓPEZ bajo juramento y sede de juicio oral que vivió con JESÚS ALBERTO AGUIRRE hasta el mes de marzo de 2016, en la vereda Bojo El Oso durante 2 años.

Solicita se absuelva al procesado por el delito que fuera objeto de condena.

2. La señora Fiscal 124 Seccional, como sujeto no recurrente, manifestó:

- Se tiene que los testimonios de las víctimas y testigos son confiables, sin prevención, espontáneos, con señalamiento directo en sala de audiencia, de la minoría de edad de la víctima, del directo responsable de actos sexuales, toda vez que no se pudo demostrar el acceso

carnal abusivo con menor de 14 años, así como de los E.M.P. y/o E.F. ingresados oportunamente al juicio.

- Analizada la entrevista forense se tiene que la menor fue espontánea, clara en manifestar que “JESÚS LE TOCÓ EL COCÓN CON EL PIPI” “EL QUE VIVE EN LA CASA DE EANDA, EL MARIDO DE EANDA”, cuando le pregunta quien es Alejandra contestó: “MI TÍA, YO LE DIGO TÍA”. Igualmente, manifestó que los hechos ocurrieron en la “COCINA DE LA CASA DE ALEJANDRA” agrega que “JESÚS LE QUITÓ LOS CALZONES”. Hace señalamientos en las grafías donde fue tocada por Jesús y con que le tocó Jesús el COCON.

- La entrevista merece toda credibilidad. Observó que la investigadora del CTI realizó la entrevista forense según el protocolo SATAC contrario a lo manifestado por la defensa.

- En relación con algunos testimonios de la defensa, tienen contradicciones y tampoco fue de recibo que presentara como prueba una muestra tomada el 10 de octubre de 2018 para gonorrea, ello porque estamos hablando de casi dos años después de los hechos y con el paso del tiempo y los tratamientos ya no quedan huellas de la enfermedad. Además, no era importante determinar si tenía o no esa enfermedad y si la menor fue contagiada, lo esencial fue determinar cómo se vulneraron los derechos tutelados a la libertad, integridad y formación sexual de la víctima.

Solicita se confirme la sentencia.

CONSIDERACIONES

El problema jurídico planteado en esta oportunidad a la Sala se contrae en determinar si al juicio se allegaron pruebas suficientes para obtener un conocimiento más allá de toda duda sobre la responsabilidad del acusado.

No obstante, la Sala no resolverá el problema jurídico planteado, porque puede observarse que existe una situación que impide dictar una sentencia válida en este asunto, por presentarse seria irregularidad al momento de establecer los hechos jurídicamente relevantes en la imputación y acusación. Lo cual vulnera el derecho de defensa y el debido proceso en aspectos sustanciales.

Para mayor comprensión se transcriben los hechos jurídicamente relevantes relatados en estas actuaciones procesales. En la imputación se dijo:

“De los elementos materiales probatorios esta delegada puede inferir una probable autoría en su persona por el delito de actos sexuales con una menor de catorce años con una agravante. Esto se extrae de una denuncia que tuvo que formular la defensora de familia, ya que fue avisada del hospital que había una niña menor de edad que presentaba una enfermedad de transmisión sexual la que es conocida vulgarmente como “gonorrea”, de inmediato pues inicia el código fucsia como ellos señalan y se establece que efectivamente la menor tiene esa enfermedad y aparte de eso tiene un himen desgarrado a la 1 de las manecillas de un reloj, lo que termina esta delegada por inferir que no es solamente unos actos sino también que hay un acceso carnal abusivo. Ya posteriormente esta niña resulta ser una sobrina política suya es la hija de Claudia María Sossa Álvarez y estoy hablando de la pequeña L.F.A muy pequeña por cierto apenas tiene 4 años de edad, entonces se le toma la entrevista a la mamá y ella dice que a la niña de manera inicial le dio como una gripa y ya después se quejaba que le estaba ardiendo la

vagina y a la niña le empezó a bajar un flujo por la vagina. Ya ella la organizó la llevó al médico y el médico de inmediato pues le dijo que eso parecía una enfermedad de transmisión sexual y establecen que se trata de gonorrea le preguntan a la mamá que de quien sospecha y ella dice que de muchos que porque como que el grupo familiar o la parte donde vive hay varias personas que tienen contacto con la niña como es Gerardo, Jesús mi cuñado o sea usted, Luis Miguel mi compañero, Duván Antonio mi hermano y un adolescente de nombre Javier que vive enseguida de mi casa. Ella reconoce que como ella quedó embarazada muy joven y el papá de la niña la abandonó y que le regaló la niña a la mamá, o sea la ha levantado todo el tiempo es como la abuela, por ese motivo entonces el ICBF tuvo que intervenir y creo pues que como que separaron a la mamá de la niña porque no ejercía un buen control sobre ella. Se le toma declaración a Nidia Álvarez Rendón que creo que es la abuela y que es la que aparece registrando a L. o sea legalmente es la abuela y ella la registra como la mamá, entonces refiere que la niña le empezó una rasquiñita a la vagina y ella le decía a Claudia que la llevara al médico y que allá en SaludCoop le diagnosticaron gonorrea. Que dice que la niña vivía con Claudia la mamá y con el padre social o sea el compañero permanente de Claudia que se llama Luis Miguel. Reconoce que su hija es muy descuidada con la niña que desconfía de todos, que desconfía del yerno, que desconfía del otro yerno que es usted Jesús Alberto Aguirre Gómez, de él en especial ya que él ha estado enfermo de algo en el pipi, creo que lo tiene hinchado incluso me ha pedido que le ponga inyecciones y yo le encontré una fórmula médica y si quiere se la muestro o se la entrego para la investigación y se deja constancia en este informe que la señora hace entrega de un formato de la clínica Chinita de un reporte de servicios de urgencia de Jesús Alberto Aguirre Gómez del 20 de octubre de 2016 el cual se anexa al expediente. Que la niña pues ha sufrido mucho que la mamá se golpeaba el estomago desde que se embarazó para no tenerla y que ella le dijo que no la fuera a abortar, sino que cuando la tuviera se la diera a ella y por eso esta señora la registró como si fuera hija de ella y reconoce pues que Claudia su hija no es ningún garante para que esté al cuidado de la niña, porque siempre ha sido muy descuidada. Está la atención de urgencias de la niña donde efectivamente se establece que hay un himen desgarrado aparentemente antiguo a la 1 de las manecillas del reloj, que la deben atender en psicología. La evaluación general los exámenes de laboratorio donde le hacen el cultivo y donde se le detecta aquí en observaciones está el

resultado, a no aquí dice que no se obtuvo. Está el registro civil de la menor en donde efectivamente se establece que la menor nació el 30 de mayo de 2012 estos hechos al parecer sucedieron en el 2016 finalizando lo que efectivamente nos da una edad de 4 años. Está el servicio de urgencias suyo donde efectivamente dice paciente de 23 años que consulta por un cuadro clínico de más de tres días consistente en dolor en el pene, secreción purulenta, es la segunda vez que le ocurre, no se ha automedicado, sin síntomas asociados a fiebre ni urinarios con secreción purulenta por la uretra sin hallazgos positivos en examen físico por lo que se le direcciona cita prioritaria por la EPS para su manejo y se dan signos de alarma y recomendaciones para consultar al servicio de urgencias se explica al paciente el plan a seguir entiende y acepta de consultar su dolor abdominal intenso dolor de cabeza intenso, fiebre si no mejora que tome acetaminofén y dolor para orinar y dolor en el pecho, dificultad para respirar, le dice pues que si tiene esas cuestiones que consulte. Entonces se tiene una entrevista forense que se le hace a la menor víctima donde efectivamente fue la menor señala, en lo que se da entender por su minoría de edad, señala en un dibujo cuáles son las partes que a ella le han tocado y señala pues los genitales que le han tocado a ella, donde más también señala la boca y muestra en la figura masculina con qué le han tocado a ella los genitales y señala pues el pene. Por parte de ella está refiriéndose que hay dos dibujos uno que tiene que ver con usted con Jesús que dice que usted le ha tocado con el pene la vagina y de Miguel señala que le ha tocado la vagina con la boca y con las manos. Por ese motivo más adelante se compulsarán unas copias para investigar a Luis Miguel, pero en este momento pues al la niña haber presentado ese contagio y que lo refiere a usted que es el único que la ha tocado con el pene que se lo ha puesto en la vagina y por ese motivo entonces esta investigación está más avanzada hacia usted. Jesús me tocó el cocó con el pipi el vive en la casa de enda es el marido de enda y enda es la tía. Entonces con estos elementos materiales probatorios hasta el momento Jesús Miguel esta delegada considera que usted es el probable autor de un concurso de delitos, en este momento voy a decir por qué considero que se le debe imputar el acceso y el abuso porque no es normal que una menor de 4 años tenga un himen desgarrado, obviamente se dificulta a veces para la investigación la narración de la niña pero el hecho de que tenga ese himen ese himen se desgarró, por esa edad, con el ingreso de un dedo o un pipi y aparte de eso pues también refiere que la han tocado ahí con la boca y demás entonces

considero que usted debe de empezar a responder pues no en calidad de ya de condenado pero si por el delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años que es el que señala el artículo 208 que dice... en concurso con actos sexuales abusivos en menor de 14 años que es el que señala el artículo 209 (lo lee). En este caso con el agravante señalado en el artículo e 3 que indica que la pena en los delitos descritos en los artículos anteriores se aumentara de una tercera parte a la mitad cuando se produjere contaminación de enfermedad de transmisión sexual. En esta audiencia Jesús Alberto usted si desea puede aceptar los cargos (...) Estos hechos obviamente estaríamos hablando que ocurrieron en el año 2016 y que no se sabe pues una fecha exacta pero si es cercano pues como al mes de diciembre que es cuando se enteran entre octubre y diciembre es que la niña la empiezan a examinar y hacerle pues toda esa activación de restablecer su integridad física porque estaba afectada con esa enfermedad se diría entonces que los hechos sucedieron antes de octubre de 2016 es todo lo que se puede concretar hasta el momento”.

En el escrito de acusación se narraron los hechos jurídicamente relevantes así:

“El día 26 de diciembre de 2016, la señora DEISY YURANI MANCO RIOS, como defensora de familia, denuncia que en el mes de octubre la entidad EPS Cafesalud, le reporta una menor hospitalizada con una enfermedad de transmisión sexual, indica el reporte médico que además tiene himen desgarrado antiguo a la 1 de la manecilla del reloj; teniéndose como sospechosos del abuso sexual al señor JESÚS ALBERTO AGUIRRE GÓMEZ quien es el compañero sentimental de una tía de la menor, quien consultó el 20 de octubre de 2016 en la clínica Chinita con referencia de enfermedad venérea y de LUIS MIGUEL compañero sentimental de la madre de la menor víctima.

Posteriormente se toma entrevista a la señora CLAUDIA MARIA SOSA ÁLVAREZ, madre de la menor víctima L.F. Quien refiere que la menor le dijo que le “ardía el cocon” (como ella le dice a la vagina) que a los días le bajaba un flujo y la llevó al médico y la examinó y le dijo que tenía una enfermedad de transmisión sexual que se llama “gonorrea” y que estaba siendo abusada. Agrega que como ella no es buena mamá, queda en mejores manos la menor, si la tiene la madre social.

ASÍ ENTONCES, ESTÁ DETERMINADA LA PROBABILIDAD DEL COMPORTAMIENTO DOLOSO DEL SEÑOR JESÚS ALBERTO AGUIRRE GÓMEZ, ESTO ES, QUE DE UN LADO TENÍA PLENO CONOCIMIENTO DE LOS PRESUPUESTOS PENALES OBJETIVOS QUE CONFIGURARON EL HECHO DE COMETER ACCESO Y ACTOS SEXUALES CON MENOR DE 14 AÑOS, EL CUAL DE MANERA PREVIA, EL LEGISLADOR PENAL HA DEFINIDO Y SANCIONADO COMO DELITO; DEL OTRO, NO OBSTANTE ESE CONOCIMIENTO, TUVO LA VOLUNTAD DE OBRAR, PENETRANDO Y TOCANDO O ROSANDO EN SUS GENITALES A LA MENOR VÍCTIMA.

IGUALMENTE ES PROBABLE QUE JESÚS ALBERTO AGUIRRE GÓMEZ HAYA LESIONADO EL BIEN JURÍDICO TUTELADO DE LA LIBERTAD, INTEGRIDAD Y FORMACIÓN SEXUALES DE LA ALUDIDA MENOR, SIN QUE MEDIARA UNA CAUSA QUE JUSTIFICARA ESE PROCEDER.

DE LA MISMA FORMA ES PROBABLE QUE JESÚS ALBERTO AGUIRRE GÓMEZ ACTUARA CON CULPABILIDAD, ESTO ES, QUE SEA UNA PERSONA IMPUTABLE, PORQUE AL MOMENTO DE EJECUTAR LA CONDUCTA TÍPICA Y ANTIJURÍDICA ESTABA EN CAPACIDAD DE COMPRENDER LA ILICITUD DE SU PROCEDER O DE DETERMINARSE DE ACUERDO CON ESA COMPRENSIÓN, PUES NO SE TRATABA DE UN INMADURO PSICOLÓGICO, DE ALGUIÉN QUE HUBIERA ACTUADO BAJO EL INFLUJO DE UN TRANSTORNO MENTAL TRANSITORIO, O PERMANENTE, DE UN ESTADO DE DIVERSIDAD SOCIOCULTURAL O ESTADO SIMILAR; UNA PERSONA, DEL COMÚN, ESTÁ EN CONDICIONES DE CONOCER Y COMPRENDER QUE LA LEY PENAL PROHIBE Y SANCIONA A QUIEN ABUSE SEXUALMENTE A UNA PERSONA MENOR DE 14 AÑOS O TENGA CUALQUIER TIPO DE CONTACTO ERÓTICO SEXUAL CON ELLOS Y, POR ESA RAZÓN, EL ORDENAMIENTO JURÍDICO LE EXIGÍA AL SEÑOR MENCIONADO, OTRO COMPORTAMIENTO DIFERENTE AL QUE EFECTIVAMENTE EJECUTÓ, ES DECIR, ABSTENERSE DE COMETER ACCESOS Y ACTOS SEXUALES A PERSONAS MENORES DE 14 AÑOS O DE TENER CUALQUIER CONTACTO ERÓTICO SEXUAL CON LAS MISMAS, EN PRINCIPIO, NO SE PRESAGIA EN SU CONDUCTA LA PRESENCIA DE UNA CAUSAL DE INCULPABILIDAD QUE POR ESA VÍA, EXCLUYA LA RESPONSABILIDAD PENAL”.

En la audiencia de formulación de acusación, celebrada el día 7 de junio de 2018, el Fiscal leyó lo consignado en el escrito de acusación.

Frente a la obligación que tiene el Ente Acusador de hacer una descripción clara y comprensible de los hechos jurídicamente relevantes, se ha pronunciado en varias oportunidades la jurisprudencia de la Honorable Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Penal, señalando que no hacerlo implica una irregularidad sustancial que solo puede corregirse con la declaratoria de nulidad de lo actuado.

En efecto, en decisión del 10 de marzo de 2021, Radicado 54658, M.P. Dr. Diego Eugenio Corredor Beltrán, la Alta Corporación recordó:

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

No se discute, así mismo, que la congruencia opera en los planos fáctico, jurídico y personal. Al respecto, la Sala ha indicado que la determinación jurídica posee una connotación si se quiere flexible, por lo tanto, resulta factible que en curso del juicio se pueda modificar la misma, dentro de las limitaciones que al efecto han establecido la ley y la jurisprudencia de la Corte. Sin embargo, de manera pacífica se ha establecido que la descripción fáctica – o hechos jurídicamente relevantes, como así lo rotula la Ley 906 de 2004-, no puede ser objeto de modificación sustancial a lo largo del proceso, entendido este como el trámite formalizado que comienza con la formulación de imputación y termina con la sentencia ejecutoriada.

(...)

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

(...)

La Sala de manera reiterada, ha señalado que para la construcción de los hechos jurídicamente relevantes es imprescindible que: (i) se interprete de manera correcta la norma penal, lo que se traduce en la determinación de los presupuestos fácticos previstos por el legislador para la procedencia de una determinada consecuencia jurídica; (ii) el fiscal verifique que la hipótesis de la imputación o la acusación abarque todos los aspectos previstos en el respectivo precepto; y (iii) se establezca la diferencia entre hechos jurídicamente relevantes, hechos indicadores y medios de prueba, bajo el entendido que la imputación y la acusación concierne a los primeros, sin perjuicio de la obligación de relacionar las evidencias y demás información recopilada por la Fiscalía durante la fase de investigación –entendida en sentido amplio-, lo que debe hacerse en el respectivo acápite del escrito de acusación (CSJ SP, 08 Marzo 2017, Rad. 44599; CSJSP, 08 Marzo 2017, Rad. 44599, CSJ SP1271-2018, Rad. 51408; CSJ SP072-2019, Rad. 50419; CSJ AP283-2019, Rad. 51539; CSJ SP384-2019, Rad. 49386, entre otras)

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

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

Así se expresó la Corte:

«Si se mezclan medios de prueba, hechos indicadores y hechos jurídicamente relevantes, suele suceder que (i) se extienda

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

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

Sin embargo, como a lo largo de los años en diversos escenarios judiciales se arraigó la mala práctica de comunicar los cargos a través de la relación del contenido de las evidencias y demás información recaudada por la Fiscalía durante la fase de indagación, en cada caso debe evaluarse si, a pesar de ello, se cumplieron los objetivos de la diligencia, especialmente, si al imputado se le brindó información suficiente acerca del componente fáctico de los cargos y sobre la calificación jurídica del mismo, bajo el entendido de que esto último tiene un innegable carácter provisional en la audiencia de formulación de imputación, como se resaltaré más adelante».

Sobre la delimitación de los **hechos jurídicamente relevantes ante la pluralidad de sujetos activos**, la Sala ha establecido que en esos eventos la Fiscalía debe precisar: (i) cuál fue el delito o delitos cometidos, con especificación de las circunstancias de tiempo, modo y lugar; (ii) la participación de cada imputado o acusado en el acuerdo orientado a realizar esos punibles; (iii) la forma cómo fueron divididas las funciones; (iv) la conducta realizada por cada persona en particular; (v) la trascendencia del aporte realizado por cada imputado o acusado, lo que, más que enunciados genéricos, implica establecer la incidencia concreta de ese aporte en la materialización del delito; etcétera (CSJ SP5660-2018, Rad. 52311).

De la jurisprudencia transcrita, se colige que en la formulación de imputación y en la formulación de acusación el Ente Acusador debe delimitar claramente los hechos jurídicamente relevantes. Para ello debe interpretar de manera correcta la norma penal, señalando los presupuestos fácticos previstos por el legislador para la procedencia

de una determinada consecuencia jurídica. Tiene que diferenciar entre hechos jurídicamente relevantes, hechos indicadores y medios de prueba, bajo el entendido que la imputación y la acusación concierne a los primeros.

También que es una mala práctica comunicar los cargos a través de la relación del contenido de las evidencias y demás información recaudada por la Fiscalía en la fase de indagación, confundiendo los hechos jurídicamente relevantes, los indicadores y los medios de prueba.

Igual que hace parte de la delimitación de los hechos jurídicamente relevantes la especificación de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se cometió el hecho punible.

En el caso, claramente se cometieron todos los errores advertidos por la Honorable Corte, pues tanto en la formulación de imputación como en la formulación de Acusación, los hechos jurídicamente relevantes se comunicaron a través de la relación del contenido de las evidencias, algunas veces relatadas en palabras del representante de la Fiscalía y en otras con citas textuales.

Pero el problema real no se limita a la falta de técnica en la comunicación de los hechos jurídicamente relevantes, sino que aquí la Fiscalía a través de los medios de conocimiento fue haciendo inferencias de autoría y responsabilidad del señor Jesús Alberto Aguirre y sin precisar con claridad la conducta o conductas por él realizadas con las circunstancias de tiempo, modo y lugar.

Al principio de la imputación parecía que se iba a endilgar un solo hecho punible y de actos sexuales con menor de 14 años, pero en el transcurso de la narración del contenido de las evidencias se afirmó que era un concurso de hechos entre actos sexuales con menor de 14 años y acceso carnal abusivo con menor de 14 años, sin diferenciar en circunstancias de tiempo, modo y lugar los diferentes eventos que podían cada uno subsumirse en la correspondiente norma penal que se atribuía infringida. Por tanto, faltó claridad en lo que respecta al sustrato fáctico de la acusación en vías de establecer un concurso de hechos punibles. En la imputación no se pudo establecer si endilgaba fácticamente una o dos conductas diferenciadas, pues simplemente se dijo que la niña afirmó tocamiento y que como el himen resultó desgarrado también había acceso.

En la imputación, frente a circunstancias de tiempo, modo y lugar, únicamente se intentó precisar la premisa temporal, señalando que pudo ocurrir antes de octubre de 2016 como inferencia que hizo la Fiscal de las evidencias que narró, pero frente a las otras circunstancias que delimitaban el hecho nada se dijo o fue confusa la información. Tanto que en una parte se confunde con la información relevante para imputar otro hecho a una tercera persona de nombre Miguel.

En la formulación de acusación, la irregularidad es más grave aún, pues sigue la misma línea de la imputación comunicando los hechos jurídicamente relevantes a través de la relación de las evidencias y de lo poco que menciona, ninguno de los hechos que importan para la imputación fáctica se extraen. Se limita a decir que la niña presentó una enfermedad de transmisión sexual y el himen desgarrado. Que el señor Jesús también tenía una enfermedad y por ello se sospecha de

él y del señor Miguel. De esas evidencias hace una imputación fáctica sin ninguna circunstancia de tiempo modo y lugar y en forma alternativa al decir: “tuvo la voluntad de obrar, penetrando y tocando o rosando en sus genitales a la menor víctima”.

No quedó claro si fácticamente se comunicó un hecho o dos, pero jurídicamente se imputó la comisión de actos sexuales con menor de catorce años y acceso carnal abusivo con menor de 14 años.

El Juez terminó condenando por un solo hecho, el de actos sexuales con menor de catorce años y absolviendo por el delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años ante la duda sobre el verdadero desgarró del himen y la solicitud de absolución de la Fiscalía, pero sin que al fin se entendiera si se trataba realmente de dos hechos diferentes o uno solo, ante la falta de determinación fáctica.

Para la Sala, es claro que en el presente caso no se determinó con precisión y en forma circunstanciada la premisa fáctica y en forma alternativa se calificaron dos delitos, actos sexuales abusivos y acceso carnal abusivo, con lo cual se vulneró el debido proceso y el derecho de defensa del procesado.

Por lo anterior, se declarará la nulidad de lo actuado desde la formulación de imputación para que se rehaga el proceso conforme con el ordenamiento jurídico.

En consecuencia, se ordenará la libertad inmediata del señor Jesús Alberto Aguirre Gómez, la cual se hará efectiva siempre y cuando no exista requerimiento por autoridad judicial competente.

Con fundamento en lo expuesto, el Tribunal Superior de Antioquia,
Sala de Decisión Penal,

RESUELVE

PRIMERO: **DECLARAR LA NULIDAD** de lo actuado a partir, inclusive, de la audiencia de formulación de imputación, para que se adelante el proceso conforme es debido.

SEGUNDO: ORDENAR LA LIBERTAD INMEDIATA del señor JESÚS ALBERTO AGUIRRE GÓMEZ, la cual se hará efectiva siempre y cuando no sea requerido por otra autoridad judicial competente.

La decisión aquí tomada queda notificada en estrados y contra ella no procede recurso alguno.

CÓPIESE, CÚMPLASE Y DEVUÉLVASE

EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA
Magistrado

NANCY ÁVILA DE MIRANDA
Magistrada

GUERTHY ACEVEDO ROMERO
Magistrada

Firmado Por:

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

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

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

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

Código de verificación: **4eeeff6af95a9cec8a442d6fcd3b4f6dd8b918fb081561b58e9a30a69dcb1e9e**

Documento generado en 17/08/2022 04:09:44 PM

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

TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA DE DECISIÓN PENAL

Medellín, diecisiete (17) de agosto de dos mil veintidós (2022)
Proyecto discutido y aprobado en sesión de la fecha, Acta 168

RADICADO	: 05 001 60 00000 2017 00708 (2022 1113)
DELITOS	: CONTRATO SIN CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS LEGALES Y OTROS
ACUSADOS	: TORIBIO GIRÓN DAVID JAIRO PADIERNA RESTREPO ASDRÚBAL MENDIVELSO MENDIVELSO
ASUNTO	: DECISIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA

La Sala conoce del presente asunto por recurso de apelación interpuesto por el señor Fiscal en contra de la decisión proferida el 03 de agosto de 2022, por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Dabeiba (Antioquia) mediante la cual decretó prueba sobreviniente.

ANTECEDENTES

El 20 de marzo de 2018, ante el Juez Promiscuo del Circuito de Dabeiba (Antioquia) la Fiscalía acusó a los señores TORIBIO GIRÓN DAVID y ASDRÚBAL MENDIVELSO MENDIVELSO por los delitos de contrato sin cumplimiento de requisitos legales y peculado por apropiación.

El 11 de abril de 2019, se decretó la conexidad con el proceso adelantado contra el señor JAIRO PADIERNA RESTREPO por los mismos hechos.

La audiencia preparatoria se celebró el día 6 de marzo de 2020.

LA CONTROVERSIA

El 3 de agosto de 2022, en transcurso de la audiencia de juicio oral, el defensor del señor Asdrúbal Mendivelso Mendivelso solicitó como prueba sobreviniente el fallo emitido en el proceso de responsabilidad fiscal emitido por la Gerencia Departamental Colegiada de Antioquia, conocido el 17 de enero de 2022 (Corresponde al fallo 002 del 13 de enero de 2022 de la Contraloría General de la República) y mediante el cual declaró no responsabilidad fiscal derivada del contrato objeto de esta investigación.

Solicitud coadyuvada por la señora defensora del procesado Jairo Padierna.

El A quo encontró que la solicitud reunía las exigencias de ley y la jurisprudencia de la Honorable Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Penal y, por tanto, decretó la prueba.

LA IMPUGNACIÓN

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

Sus argumentos pueden sintetizarse de la siguiente forma:

- No tiene conocimiento del fallo objeto de la petición probatoria, pero aquí no se está determinando el sentido de la decisión sino cuáles fueron los elementos probatorios que sirvieron para esa decisión.

- Al margen si esos elementos se descubrieron o no lo cierto es que no los conoce. Si la fiscalía no conoce esos elementos probatorios, esas pruebas que sirvieron de sustento para esa decisión y que venían desde el año 2016, mucho antes de la audiencia preparatoria, tramitados por la contraloría, se pregunta por qué la defensa que los conocía, no los aportó en su momento, indistintamente si el fallo resultare favorable o adverso posteriormente. En ese caso, si podía vincular el fallo con una petición como la presente.

- La misma constitución está diciendo que las pruebas que practique la Contraloría tendrán pleno valor probatorio para la judicatura y la fiscalía, pero no conoce cuáles fueron las pruebas que se practicaron por la Contraloría para sustentar la decisión. Entonces cómo se va a debatir un documento del cual no se conocen sus antecedentes.

- Es la audiencia preparatoria donde se abre una compuerta al derecho de contradicción, en la posibilidad de solicitar rechazo, exclusión de pruebas y la audiencia preparatoria es la sede fundamental, es la puerta de lo que se va a hacer en juicio. La defensa conocía cuáles eran las pruebas que venía practicando la Contraloría General de la Nación, entonces por qué no trajeron esas pruebas, por qué no las aportaron con esta decisión, por qué no aportaron todo el proceso completo que debería ser lo ideal y simplemente trae un fallo que puede o no servir de sustento.

- Si los documentos que tiene la Fiscalía desvirtúan esa decisión de la Contraloría y si las pruebas testimoniales también, por qué no trajeron las pruebas que sustentaron la decisión de la Contraloría, para poderlas debatir más ampliamente y realizar una verdadera investigación de manera integral. No si es favorable o no. Sino lo que la verdad histórica entregue.

- Corresponde a la parte que pretende el decreto de una prueba sobreviniente la carga de demostrar con suficiencia la presencia de los elementos que la habilitan. Se entrega una decisión en donde no declara a los procesados fiscalmente responsables, pero cuál es el sustento de esa decisión. Nadie lo conoce. El defensor solamente dijo que son las mismas pruebas pedidas en el proceso penal, entonces por qué no las trajo, para saber si son las mismas.

- Si esas pruebas realmente corresponden a las mismas. No habría ningún inconveniente que adjunte ese elemento, pues es una prueba sobreviniente, pero tiene un soporte, tiene un antecedente que aquí no lo conocemos.

- Cómo se va a discutir el análisis probatorio que hizo ese funcionario si no se conocen las pruebas. No se sabe la auditoría realizada, la verificación del objeto contractual que hizo la contraloría para debatir sobre esa decisión.
- Era fundamental para el proceso que la defensa los trajera. Aportara todo un cuerpo, un conjunto probatorio de ese fin. No se sabe si allí analizaron en debida forma esos elementos probatorios y si son los mismos que tiene la fiscalía. Elementos que sí conocía la defensa, porque para él poder intervenir en el proceso tuvo que haberlos conocido.
- Cómo se va a pretender decir que con ese fallo se va a demostrar la no responsabilidad si no se conocen los pormenores de éste. Frente a ese fallo la fiscalía se queda maniatada. No puede discutir el porqué de ese fallo.
- Cómo determinar la conducencia de ese fallo. Que hay libertad probatoria sí. Hay muchas debilidades en la aceptación de esa prueba, considerarla como sobreviniente. Pues la norma y la jurisprudencia exigen explicar al dedillo la pertinencia. El peticionario debe responder por la conducencia, la pertinencia y la utilidad de la prueba.
- La defensa no justificó la pertinencia. La norma exige que demuestre la pertinencia, la utilidad y la conducencia. Existe la carencia argumentativa para demostrar la pertinencia de esos documentos y no puede ser considerada prueba sobreviniente porque la estructura de esa providencia viene de tiempo atrás. Eso

no salió de la noche a la mañana. El funcionario debió tener unos soportes. Dónde están esos soportes y se conocían de tiempo atrás cuales son esos soportes, es habilitar una debilidad de la defensa a través de esa decisión para traerla aquí como prueba sobreviniente.

2. El señor defensor del procesado Asdrubal Mendivelso solicita se confirme la decisión, toda vez que el A quo de manera eficaz, clara y concisa y bien fundamentada, accedió a la prueba sobreviniente.

Pide se revisen los fundamentos del Fiscal que denota una clara intención de confundir a la judicatura, primero cuando manifestaba que eran contratos diferentes y ahora al decir que el documento no le fue enviado completo. Incluso, la decisión se la dio a conocer inmediatamente la obtuvo.

Igualmente, sostiene que no es cierto que la defensa tuviera conocimiento de mucho tiempo atrás de las pruebas que soportan el fallo.

Por otra parte, reitera que la prueba si es pertinente.

3. La defensora del señor Jairo Padierna coadyuva los anteriores argumentos.

CONSIDERACIONES

Sería del caso entrar a desatar la alzada si no fuera porque la Sala advierte que el recurso de apelación no debió concederse, toda vez que se interpuso contra una providencia que decreta una prueba y por razones que están relacionadas con su admisibilidad.

Desde tiempo atrás la jurisprudencia de la Honorable Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Penal precisó su criterio sobre la procedencia del recurso de apelación cuando se trata del decreto de pruebas.

En efecto, en decisión del 4 de abril de 2018, Radicado 52345, M.P. Dr. Luis Antonio Hernández Barbosa, la Alta Corporación recordó:

“Se pronuncia la Sala sobre la procedencia del recurso de apelación interpuesto por la defensa de (...), contra el auto proferido por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, mediante el cual decretó la prueba sobreviniente solicitada por la Fiscalía.

(...)

La Sala se abstendrá de resolver el recurso, en tanto la decisión impugnada no es susceptible de impugnación vertical, conforme las razones que se pasan a explicar:

1. El criterio de la Sala en torno a la impugnabilidad del auto que ordena la práctica de pruebas no ha sido pacífico, pues de ello dan fe las diversas posiciones jurisprudenciales asumidas por esta Corporación desde la entrada en vigencia de la Ley 906 de 2004.

Así, la discusión ha gravitado entre dos tesis: por un lado, aquella según la cual el auto que acepta la práctica de pruebas no es pasible del recurso de apelación, y la posición contraria, esto es, que el recurso de apelación procede no solo contra decisiones que niegan la práctica de la prueba (exclusión, inadmisión o rechazo), sino contra las que ordenan su aducción, admisión o aceptación.

Acorde con el criterio actualmente imperante (AP4812-2016, Rad. 47469), por virtud del principio de reserva legal, la facultad de establecer los recursos disponibles, su procedencia respecto de determinada decisión y los presupuestos de oportunidad para su ejercicio competen exclusivamente al legislador. De allí que, atendiendo el tenor literal de los artículos 20 y 359 de la Ley 906 de 2004, se advierte que en materia de pruebas, la intención expresa del legislador es que el recurso de apelación solo proceda contra las providencias que impiden la efectiva práctica o incorporación del medio de convicción.

Tal argumento, reforzado por la distinción que se consigna en los numerales 4 y 5 del artículo 177 *ib.*, respecto del efecto en que ha de concederse el recurso vertical cuando se intenta contra el auto que *niega la práctica de prueba* o contra el que *decide sobre la exclusión* de una prueba del juicio oral, diferenciación que solo cobra sentido si se entiende que en ejercicio de la libertad de configuración, el legislador sólo previó la alzada como medio de impugnación del auto que impide la práctica de la prueba mediante su inadmisión o rechazo, salvo cuando el elemento de convicción adolezca de ilicitud, caso en el cual procede con independencia de si la decisión excluye o acepta el medio de prueba.

2. En el asunto bajo examen, la inconformidad del impugnante versa sobre el decreto de una prueba sobreviniente invocada por la Fiscalía que, en su sentir, no cumplió con la carga argumentativa que le era exigible, en tanto no identificó cuál es el hecho jurídicamente relevante a probar, falencia que no se supera aduciendo que la prueba puede serle igualmente útil a la defensa.

En este orden, emerge evidente que el objeto de debate se centra en la *pertinencia* del elemento cognoscitivo excepcional, en tanto aquello que se censura es la indeterminación en torno al hecho que, en el caso concreto, requiere probarse, su trascendencia para la actuación y la relación (directa o indirecta) con el medio de prueba. Siendo ello así, debe aplicarse la regla general según la cual, el recurso vertical solo procede contra la decisión que niega la práctica de la prueba, pues respecto de la que la acepta, solo procede el recurso de reposición.”

Para la Sala, es claro que conforme con la jurisprudencia de la Honorable Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, contra el decreto de pruebas sólo procede el recurso de apelación cuando se discute la legalidad o licitud del medio de prueba y el debido proceso probatorio, de suerte que se afirma afectación al

derecho de las partes y al debido proceso. No procede el recurso de apelación cuando el debate se circunscribe a razones de admisibilidad, esto es, a la conducencia, pertinencia o utilidad del medio de conocimiento.

En el presente caso, salta a la vista que el documento decretado como prueba sobreviniente data del 13 de enero de 2022 y la misma Fiscalía recurrente admite que como tal es sobreviniente. No obstante, pretende habilitarse para la interposición del recurso de apelación argumentando la falta de petición y decreto de las pruebas practicadas durante el proceso de responsabilidad fiscal y que debieron conocerse con anterioridad a la audiencia preparatoria. Argumento que simplemente pretende distraer la atención de la Sala, pues en últimas, conforme con la sustentación del recurso, lo que critica el señor Fiscal frente a la prueba decretada, es la falta de argumentación por parte del defensor que la solicitó en cuanto a la pertinencia y utilidad de ese fallo con relación al objetivo pretendido, esto es, el poder suasorio del medio de conocimiento para desvirtuar la acusación.

Es claro entonces, que tal posición está referida es a razones de admisibilidad de la prueba y no al debido proceso probatorio, el descubrimiento probatorio y la legalidad o licitud del medio de conocimiento.

En consecuencia, la Sala se abstendrá de desatar la alzada y devolverá la actuación a su lugar de origen para que continúe el trámite del proceso penal.

Con fundamento en lo expuesto, el Tribunal Superior de Antioquia, Sala de Decisión Penal, **SE ABSTIENE DE RESOLVER** sobre el recurso de apelación interpuesto contra el auto emitido por la Juez Promiscuo del Circuito de Dabeiba, por medio del cual decretó una prueba sobreviniente, conforme con lo expresado en la parte motiva de esta providencia.

La decisión aquí tomada queda notificada en estrados y contra ella no procede recurso alguno. El proceso regresará al lugar de origen para continuar con el trámite legal.

CÓPIESE, CÚMPLASE Y DEVUÉLVASE¹

EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA

Magistrado

NANCY ÁVILA DE MIRANDA

Magistrada

GUERTHY ACEVEDO ROMERO

Magistrada

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

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: **06ebe4e401b1bcddf1937bc102aa76258dae961da28f08f447341536c6729b50**

Documento generado en 17/08/2022 04:09:55 PM

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