



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE NEIVA
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN PENAL**

Neiva, siete (7) de diciembre de dos mil veintitrés (2023)

Magistrada Ponente

INGRID KAROLA PALACIOS ORTEGA

Radicación: 41001 31 04 005 2022 00131 03

Aprobado mediante Acta No. 1487

ASUNTO.

La Sala resuelve el recurso de apelación interpuesto por la Defensa de **DAIRO JAVIER CASTRO OVALLES** contra la decisión proferida el 13 de junio de 2023, a través de la cual el Juzgado 1º Penal del Circuito de Neiva, negó una nulidad, la prescripción, la preclusión y modificación del agravante enrostrado al procesado; trámite adelantado bajo la ritualidad de la Ley 600 de 2000.

HECHOS.

Se extractan de la Resolución de Acusación del 30 de noviembre de 2022 de la siguiente manera:

"los hechos investigados fueron dados a conocer el 19 de octubre de 2006 por la menor MARIA ALEJANDRA UVALLES QUINTERO, quien da cuenta de actos abusivos de carácter sexual que de ella hacía su primo DAIRO JAVIER CASTRO OVALLES, lo cual

aconteció en el corregimiento de El Caguán, Jurisdicción del Municipio de Neiva el 16 de agosto de 2006" (sic).

PROVIDENCIA OBJETO DEL RECURSO.

Surtido el término de traslado previsto en el artículo 400 de la Ley 600 de 2000, el profesional del derecho que representa a **CASTRO OVALLES** planteó solicitudes de nulidad, prescripción, preclusión y modificación del agravante enrostrado a su patrocinado, que fueron resumidas por la primera instancia así:

- **DE LA NULIDAD DE LA INVESTIGACIÓN.**

Refirió el petente que existen irregularidades sustanciales que afectan el debido proceso y derecho de defensa porque, en su criterio, se fusionaron en la causa adelantada contra **CASTRO OVALLES** los radicados 131883, 132088 y 130819 que corresponden a hechos diferentes, de ahí que, aseguró, no se podían "fusionar" en razón a los artículos 89 y 90 de la Ley 600 de 2000.

Indicó que la referida anomalía configura las irregularidades previstas en los numerales 2 y 3 del artículo 306 de la Ley 600 de 2000.

- **DE LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL.**

Afirmó que la causa adelantada contra **CASTRO OVALLES** se encuentra extinguida porque la conducta se inició a investigar el 27 de enero de 2014 y solo hasta el 21 de junio de 2022 se le dio apertura.

- **LA NO ACREDITACIÓN DEL AGRAVANTE EN EL TIPO PENAL FORMULADO EN CONTRA DE CASTRO OVALLES.**

Argumentó que, de los hechos enrostrados por la Fiscalía, no se configura el agravante señalado en el numeral 2 del artículo 211 del Código Penal, porque, en su opinión, si bien eran primos, no existía confianza entre su defendido y la presunta víctima, tesis que alega se soporta en las contradictorias declaraciones rendidas por la afectada M.A. y los demás medios de prueba.

- **DE LA PRECLUSIÓN.**

Expresó que se presenta el supuesto previsto en el artículo 39 de la ley 600 de 2000, porque la investigación previa que se inició con el auto del 24 de octubre de 2006 endilgó a **CASTRO OVALLES** el reato de acceso carnal abusivo con menor de 14 años, reglado en el artículo 211 numeral 2º del Código Penal, delito que para la fecha de los hechos tenía como pena máxima 8 años, razón por la que advierte que la prescripción de la acción penal se presentó el 16 de agosto de 2014.

Bajo esa misma línea se refirió frente al delito de acceso carnal abusivo agravado, del que sostuvo prescribió en el año 2018.

La A Quo resolvió de la siguiente forma cada uno de los pedimentos de la Defensa:

- **DE LA NULIDAD.**

Explicó que cada una de las indagaciones se adelantó en averiguación de responsables, con el fin de determinar la presunta existencia de la conducta y si la misma constituía o no delito.

Expresó que el fenómeno presentado en la actuación fue la conexidad procesal de diferentes hechos para no afectar el principio de *non bis in ídem* por unos actos que presuntamente realizó **CASTRO OVALLES** entre los meses de agosto y octubre de 2006.

Adujo que las diferencias y contradicciones que expuso la Defensa son de carácter probatorio y de valoración de la prueba que deberá ser analizada en la sentencia que resuelva la pretensión de la Fiscalía.

Precisó que en las actuaciones adelantadas bajo el procedimiento de la Ley 600 de 2000 existe el principio de permanencia de la prueba, de allí que las contradicciones y verosimilitud de los testigos de cargo se valoran en el respectivo fallo. Agregó que la pretensión del jurista no cumple con los requisitos de trascendencia, instrumentalidad y residualidad.

Argumentó que el togado no especificó ni demostró la garantía fundamental que se desconoció y menos concretó argumento alguno direccionado a demostrar la inexistencia de otro medio procesal para subsanar el acto irregular. Indicó que esta misma petición fue desatada por la Fiscalía Segunda Delegada ante este Tribunal el 4 de enero de 2023, oportunidad en la que esa autoridad la desestimó por improcedente.

• **DE LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL.**

Expuso que al tratarse de una causal objetiva se debe tomar la pena máxima para verificar el fenómeno jurídico señalado por el Defensor, es decir, la pena de prisión de 22 años y 6 meses, motivo por el cual, acotó, si se parte de la fecha de los presuntos hechos la prescripción se configura en agosto de 2026; sin embargo, al quedar ejecutoriada

la Resolución de Acusación el 4 de enero de 2023, los términos de prescripción se interrumpieron, iniciándose los mismos por un lapso de 10 años, en otras palabras, lo pedido por el apoderado judicial se presentaría hasta el 4 de enero de 2033.

- **SOBRE LA NO ACREDITACIÓN DEL AGRAVANTE.**

Manifestó que desde la resolución de acusación se hace alusión a la circunstancia de agravación, pues, allí se especificó la calidad de consanguíneos entre la víctima y victimario, además, refirió, también existe la posibilidad de que **CASTRO OVALLES** haya podido ingresar a la vivienda de la menor en donde se cometió la conducta punible. Adicionó que el momento procesal previsto por naturaleza para acreditar o no el agravante es en el Juicio, por cuanto la ausencia de materialidad y responsabilidad del procesado en el latrocinio conlleva necesariamente a una sentencia absolutoria.

- **DE LA PRECLUSIÓN.**

Reiteró lo explicado en el acápite del petitum de prescripción de la acción penal invocada por el profesional del derecho.

En suma, denegó cada una de las solicitudes que elevó el jurista que representa los intereses del acusado **DAIRO JAVIER CASTRO OVALLES**.

Por otra parte, negó el decreto de los testimonios de la víctima - y del acusado **DAIRO JAVIER CASTRO OVALLE**.

Frente a la anterior determinación la Defensa de **DAIRO JAVIER CASTRO OVALLES** interpuso y sustentó el recurso de reposición y en subsidio el de apelación.

Con relación al recurso horizontal, la Juez resolvió reponer parcialmente su decisión, en el sentido de decretar la prueba testimonial de la menor **M.A.U.Q.**; en lo demás, dejó en firme su decisión, por ende, concedió la alzada.

SUSTENTACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN.

El Defensor insistió en que la conexidad que realizó la Fiscalía no cumplió con los requisitos previstos en los cánones 89 y 90 de la Ley 600 de 2000, reiterando la solicitud de nulidad.

Advirtió que, si bien se presenta unidad procesal entre las tres denuncias por identidad de los sujetos procesales, no sucede lo mismo frente a las circunstancias de tiempo y modo en que sucedieron los hechos.

Afirmó que la Fiscalía varió la calificación jurídica del procesado por el delito de acceso carnal violento agravado, circunstancia que *per se* modificó los términos de prescripción del proceso y, por tanto, no favoreció a su prohijado.

Sobre la prueba testimonial no decretada, refirió que es de vital importancia su práctica en la vista pública, por cuanto su intención es solicitar la nulidad de la indagatoria rendida por su prohijado, pues aseguró que la Fiscalía en esta etapa formuló preguntas "*capciosas, sugestivas y con falsa motivación que no corresponde a lo dicho por él*".

Por lo anterior, demandó revocar la decisión de primera instancia.

NO RECURRENTE

La Fiscalía impetró confirmar el proveído, al estimar que fue debidamente argumentado.

CONSIDERACIONES DE LA SALA.

Sea lo primero indicar que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 76 numeral 1º de la Ley 600 de 2000, este Cuerpo Colegiado es competente para desatar la alzada interpuesta por la Defensa contra la decisión proferida el 13 de junio de 2023 por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Neiva. Alzada que se aborda teniendo presente los principios que la rigen, como es ceñir la decisión a lo que es objeto del recurso, extendiéndolo a los asuntos que resulten inescindiblemente vinculados al motivo de la impugnación.

Entrando en materia, el censor insiste en que la conexidad decretada por la Fiscalía es nula porque no cumplió con la ritualidad prevista en los artículos 89 y 90, razón por la cual y para mayor comprensión es necesario ilustrar el contenido de los aludidos preceptos:

"ARTICULO 89. UNIDAD PROCESAL. <Para los delitos cometidos con posterioridad al 1o. de enero de 2005 rige la Ley 906 de 2004, con sujeción al proceso de implementación establecido en su Artículo 528> Por cada conducta punible se adelantará una sola actuación procesal, cualquiera que sea el número de autores o partícipes, salvo las excepciones constitucionales o legales.

Las conductas punibles conexas se investigarán y juzgarán conjuntamente. La ruptura de la unidad procesal no genera nulidad siempre que no afecte las garantías constitucionales.

ARTICULO 90. CONEXIDAD. <Para los delitos cometidos con posterioridad al 1o. de enero de 2005 rige la Ley 906 de 2004, con sujeción al proceso de implementación establecido en su

Artículo 528> Se decretará solamente en la etapa de investigación, cuando:

1. La conducta punible haya sido cometida en coparticipación criminal.

2. Se impute a una persona la comisión de más de una conducta punible con una acción u omisión o varias acciones u omisiones, realizadas con unidad de tiempo y lugar.

3. Se impute a una persona la comisión de varias conductas punibles, cuando unas se han realizado con el fin de facilitar la ejecución o procurar la impunidad de otras; o con ocasión o como consecuencia de otra.

4. Se impute a una o más personas la comisión de una o varias conductas punibles en las que exista homogeneidad en el modo de actuar de los autores o partícipes, relación razonable de lugar y tiempo, y, la prueba aportada a una de las investigaciones pueda influir en la otra.” Subrayado nuestro.

Ahora bien, después de un análisis pormenorizado a la actuación, se tiene que la conexidad de los procesos radicados bajo los números 131833¹ y 132088 - denuncias formuladas por Sol Mary Rosado Galindo, Defensora de Familia del I.C.B.F.- y el número 130819 - denuncia de la menor M.A.U.Q. - se surtió durante la etapa de investigación porque correspondían a los mismos supuestos fácticos que se denuncian acaecieron durante el año 2006, esto es, los hechos que atentaron contra la libertad, integridad y formación sexual de la infante M.A.U.Q. para la aludida calenda.

Por consiguiente, se configura a plenitud la hipótesis que torna viable la conexidad y, por tanto, no es dable, como lo afirmó la Defensa, decretar la nulidad la actuación judicial; por el contrario, lo que se garantiza con ella es el respeto del principio *non bis in ídem* con ocasión a un único juzgamiento en razón de la presunta materialización de unos actos que se acusa ejecutó **CASTRO OVALLES** entre agosto y octubre de 2006 sobre la humanidad de la niña M.A.U.Q., tal como lo afirmó la primera instancia. En consecuencia, sin mayor reparo resulta evidente que la actuación

¹ Expediente digital folio 125 y subsiguiente.

censurada por parte del profesional del derecho de ninguna manera puede catalogarse como nula por afectación a las garantías constitucionales de su prohijado.

Por otra parte, lo que si encuentra la Sala es que las argumentaciones que trae a colación la Defensa pertenecen propiamente a un despliegue de carácter probatorio que debe ser dilucidado durante la etapa del juicio público y no preliminarmente a este.

En ese orden, reprochó que la Fiscalía varió la calificación jurídica del procesado por el delito de acceso carnal violento agravado, situación que alega afectó a su protegido porque modificó los términos de la prescripción. Sobre este tópico, dígase que todo se originó porque durante la fase de investigación encontró el ente persecutor elementos de juicio suficientes que coligió demostraban la posible configuración del aludido agravante, es decir, el del numeral 2 del artículo 211 del Código Penal², pues, de las pruebas, como son las declaraciones, entrevistas, la denuncia e informes, advirtió que tanto víctima como victimario son primos, gozando este último de la confianza de la menor, al punto que podía ingresar al inmueble en el que pernoctaba; por consiguiente, una vez más, si la Defensa no encuentra enmarcada la precitada circunstancia de agravación, le corresponde cuestionarla en el escenario del que por naturaleza dispone, es decir, en el juicio público y por supuesto, en los alegatos de conclusión.

Baste lo anterior para concluir que, habiéndose calificado la conducta en la oportunidad procesal correcta - aspecto no discutido por el recurrente, aunque no comparta el agravante enrostrado - los

² Artículo 211. Circunstancias de agravación punitiva

Las penas para los delitos descritos en los artículos anteriores, se aumentarán de una tercera parte a la mitad, cuando:

(...)

2. El responsable tuviere cualquier carácter, posición o cargo que le dé particular autoridad sobre la víctima o la impulse a depositar en él su confianza.

términos prescriptivos deben determinarse con base en dicha calificación – no otra -, ergo, si ello es así, la contabilización del lapso prescriptivo que hiciera el Juzgado de primer grado fue también acertada.

Por último, en torno a la negativa de la prueba testimonial materia de apelación, encuentra la Sala que esa decisión se ajusta a las normas adjetivas penales, en vista que el artículo 403 de la Ley 600 del 2000 prevé que los sujetos procesales podrán interrogar al sindicado una vez el director del proceso lo interroga con relación a los hechos, instante en el que por demás, podrán ponerle de presente las declaraciones y/o entrevistas que probablemente haya rendido previamente y desplegar allí todo el arsenal con el que pretende la Defensa controvertir los supuestos fácticos y jurídicos sobre los que se fundamentó la Resolución de Acusación.

Por manera que la negativa obedece a que **Dairo Javier Castro Ovalles** cuenta para su defensa por disposición de la ley con un escenario absolutamente idóneo – valga el pleonismo - donde bien puede abarcar los objetivos que pretende su apoderado, siendo inocuo decretar además su testimonio.

Corolario, son suficientes los anteriores argumentos para que la Sala resuelva confirmar la decisión recurrida.

Al margen de lo anterior, no puede pasar por alto el Tribunal que en el estudio al expediente digital no se encontró el auto a través del cual la primera instancia repuso y decretó la prueba testimonial de descargo, esto es, de **M.A.U.Q.**, de modo que, ante esa anomalía, no queda remedio más que exhortar al Juzgado de Conocimiento para que lo documente conforme al contenido que reposa en el expediente digital.

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, en uso de sus facultades legales,

RESUELVE:

PRIMERO. - Confirmar la decisión objeto de recurso, de fecha y procedencia anotadas.

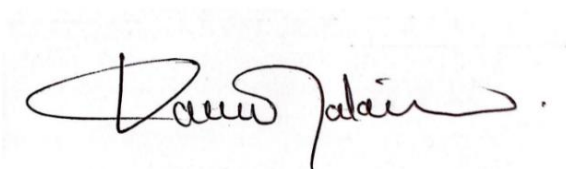
SEGUNDO. - Exhortar al Juzgado Primero Penal del Circuito de Neiva, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

TERCERO. - Notifíquese de conformidad con lo establecido en la Ley 600 de 2000. Contra esta decisión no proceden recursos.

CUARTO. - Devolver inmediatamente la actuación al Juzgado Primero Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Neiva, para los fines pertinentes.

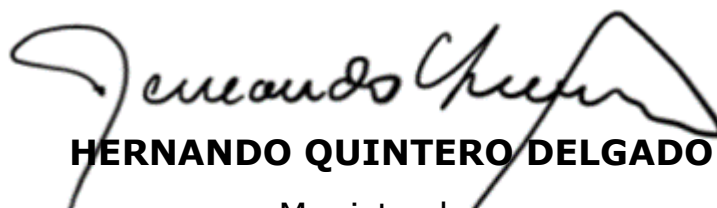
COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

(Decisión adoptada de forma virtual)



INGRID KAROLA PALACIOS ORTEGA

Magistrada



HERNANDO QUINTERO DELGADO

Magistrado


JUANA ALEXANDRA TOBAR MANZANO
Magistrada


LUISA FERNANDA TOVAR HERNÁNDEZ
Secretaria