REPÚBLICA DE COLOMBIA

DISTRITO JUDICIAL DE BARRANQUILLA

TRIBUNAL SUPERIOR

SALA PENAL

Magistrado Ponente	LUIGUI JOSÉ REYES NÚÑEZ
Asunto	Apelación de Auto
Procesados	José Gregorio Restrepo Márquez y Oscar Darío Castro Contreras
Radicación	08-001-031-07-001-2018-00026-01 Referencia interna 2020-00148
Delito	Tortura Agravada
Procedimiento	Ley 600 de 2000
Aprobado	Acta Nº 118

Barranquilla – Atlántico, veinticinco (25) de abril de dos mil veintitrés (2023)

1. ASUNTO:

Procede la Sala a pronunciarse respecto del recurso de apelación impetrado por el doctor AUGUSTO MANUEL BARRIOS TORREGROSA, en su calidad de defensor de los procesados JOSÉ GREGORIO RESTREPO MÁRQUEZ y OSCAR DARÍO CASTRO CONTRERAS, contra el auto dictado el 25 de agosto de 2020, por el Juez Único Penal del Circuito Especializado de Barranquilla – Atlántico[1], quien negó la solicitud de nulidad elevada por el defensor en memorial presentado durante el lapso previsto para el traslado de que trata el artículo 400 de la Ley 600 de 2000.

[1] Doctor Jorge Luis Monsalve Torregroza

2. HECHOS:

Fueron resumidos en la resolución de acusación de segunda instancia de la siguiente manera[2]:

> "Fueron narrados por el A-quo, así: Existe una denuncia presentada por el señor WILSON CASTRILLÓN CANO, y unas actuaciones judiciales las cuales dan cuenta, que el día 15 de junio de 2007, siendo aproximadamente las 17:30 horas, se presentaron unos hechos en el sector del barrio Bella Murillo, en el municipio de Soledad, Departamento del Atlántico, lugar en el cual trabajaba como vigilante o celador informal. Fue requerido por una persona trabajadora o empleado del señor conocido como BLACHO, propietario del almacén de ventas de repuestos denominado como ROMAUTOS, en donde entre la noche anterior y las horas de la madrugada se había producido un hurto, a fin de establecer, si había presenciado algo con relación a los supuestos hechos. De la central de comunicaciones de la policía fue ordenado por radio que al sitio se desplazaran dos agentes de la policía vestidos de civil, quienes resultaron ser funcionarios de la policía judicial, adscritos en el turno correspondiente a esa fecha en la sub estación de la SIJÍN de Soledad Atlántico. Los (Sic) agentes de policía le solicitaron al señor WILSON CASTRILLÓN CANO que los acompañara a la sub estación para unas preguntas, igual proceder a identificarlo e individualizarlo. Para dirigirse a la sub estación se embarcó en el vehículo del señor BLACHO mientras los dos agentes de la policía iban detrás en la moto pequeña. Se anota que se embarcó acompañado de su perro marca Pitbull (sic), que siempre lo acompañaba, todo indica en la parte de atrás de la camioneta. Cuenta la denuncia, que, al llegar a la oficina de las instalaciones de la SIJÍN, los dos agentes le dijeron que "entregaran los repuestos a las buenas o a las malas". A lo cual les contestó que no tenía idea de qué hablaban. Que a continuación en la misma oficina, lo golpearon, le colocaron una bolsa gris en la cabeza, le metieron una cachetada en la boca por encima de la bolsa, le dieron unos golpes en el estómago, luego lo tiraron al suelo, otro le colocaba el pie en la nuca, pedía auxilio, pero nunca llegó nadie a ayudarlo. Después uno de ellos lo alzó del piso, a la altura aproximadamente de cuatro o cinco metros, y lo deja caer, también dijo desconocer los nombres de los dos agentes que hicieron eso. Más adelante, en el desarrollo de la investigación la fiscalía logró establecer entre los servidores de policía que estaba en turno dicho día, y particularmente quienes atendieron el caso antes reseñado, fueron los señores funcionarios de la policía judicial adscritos a dicha sub estación, de nombre JOSÉ GREGORIO RESTREPO MÁRQUEZ Y OSCAR DARÍO CASTRO CONTRERAS."

[2] Dictada el 19 de febrero de 2018, por el doctor MIGEL ANTONIO SALOMON CALVANO Fiscal Octavo Delegado ante el Tribunal Superior de esta ciudad.

3. ACTUACIÓN PENAL RELEVANTE:

1.- Mediante resolución del 26 de octubre de 2011[3], la Fiscalía Quinta Especializada de esta ciudad[4], dispuso la apertura de instrucción por la presunta comisión del delito de Tortura Agravada, en contra de los ciudadanos JOSÉ GREGORIO RESTREPO MÁRQUEZ y OSCAR DARÍO CASTRO CONTRERAS, quienes fueron vinculados mediante sendas indagatorias realizadas en la calenda 15 de mayo del mismo año[5], de contera, en providencia adiada 23 de mayo de 2012, el señor fiscal, resolvió la situación jurídica de los indagados, absteniéndose de imponer medida de aseguramiento de detención preventiva. La Fiscalía Tercera Delegada ante este Tribunal, mediante resolución del 24 de junio de 2014, por su parte revocó la resolución interlocutoria del 23 de mayo de 2012 y en su lugar impuso medida de aseguramiento de detención preventiva en contra de los sindicados.

2.- Mediante resolución calendada el 11 de junio del 2015, la Fiscalía Quinta Especializada de esta ciudad[6], resolvió[7] precluir la investigación en favor de los señores JOSÉ GREGORIO RESTREPO MÁRQUEZ y OSCAR DARÍO CASTRO CONTRERAS, así mismo, revocar la medida de aseguramiento de detención preventiva y ordenó la libertad de los sindicados. Contra esa determinación el doctor Carlos Arturo Maldonado Torres, en su calidad de apoderado de la parte civil, interpuso recurso de apelación.

3.- La Fiscalía Octava Delegada ante el Tribunal Superior de Barranquilla, profirió resolución de segunda instancia calendada el 19 de

[3] Folio 140-141 cuaderno Nº1.
[4] Doctor Edgardo Enrique Salebe Morr
[5] Folio 184 cuaderno Nº1
[6] Doctor JERONIMO ALBERTO MONROY SIERRA
[7] Folio 129.258 cuaderno Nº3

febrero de 2018[8], mediante la cual revocó la providencia de primera instancia, y en su lugar dictó resolución de acusación en contra de los ciudadanos JOSÉ GREGORIO RESTREPO MÁRQUEZ y OSCAR DARÍO CASTRO CONTRERAS, por la presunta comisión de la conducta punible de Tortura Agravada y dispuso mantener la revocatoria de medida de aseguramiento.

4.- El Juzgado Único Penal del Circuito Especializado de Barranquilla, mediante auto del 5 de diciembre del 2018[9], avocó conocimiento de la actuación y ordenó correr el traslado de que trata el artículo 400 del Código de Procedimiento Penal a los sujetos procesales.

4.1.- El doctor EDUARDO BENAVIDES GONZALEZ, en su calidad de Procurador 45 Judicial Penal (e) descorrió traslado mediante memorial adiado 19 de enero de 2019.

5.- El doctor AUGUSTO MANUEL BARRIOS TORREGROSA, en su calidad de defensor de los procesados JOSÉ GREGORIO RESTREPO MÁRQUEZ y OSCAR DARÍO CASTRO CONTRERAS, lo hizo mediante memorial radicado en la data 18 de enero de 2019[10], en donde solicitó **(i)** citar a declarar a los policiales, SS RUBEN DARIO URUETA, SI ERIKA PATRICIA MERCADO CASTAÑEDA, PT HENRY TOLOSA BENITEZ, PT ALEXANDER AGUIRRE PAYARES, PT MARIO VERGARA CANO, AG FELIPE GARCIA RODRIGUEZ, JHONATAN CONTRERAS RIVERA, D2 IVETTE CECILIA SANJUAN MOLINA, así mismo, los ciudadanos SELENE MARGARITA VILLAFAÑE, GELMAN ELMER TORRES CASTRO, y los médicos MONICA PACHECO SIERRA Y VICTOR PACHECO, **(ii)** así mismo propuso colisión de competencia conforme a lo establecido en el código penal militar para

[8] Folio 7-72 cuaderno Nº2 primera instancia
[9] Folio 7 Cuaderno No. 5
[10] Folio 11 cuaderno Nº5

que se remita lo actuado al Consejo Superior de la Judicatura Sala Disciplinaria para que dirima ese asunto **(iii)** igualmente nulidad de la actuación por presuntas irregularidades sustanciales que transgredieron los derechos de defensa y debido proceso de sus patrocinados con fundamento en los numerales 1 y 2 del artículo 388 del código de procedimiento penal, **(iv)** y que se modifique el punible porque estima que, las pruebas demuestran unas lesiones personales y no el tipo penal investigado, **(v)** practicar inspección judicial con fundamento en los artículos 244,245,246 del código de procedimiento penal.

5.1.- El señor defensor, inicialmente, señaló que, solicitaba *"nulidad procesal y la practicas de pruebas por irregularidades sustanciales que afectan el debido proceso desde el momento que se rindieron las declaraciones juradas por partes de los testigos presenciales las cuales deben ser analizadas y aclaradas para establecer que mis prohijados actuaron cumpliendo la constitución y la ley".* Seguidamente, recordó los hechos investigados, hizo connotaciones legales y jurisprudenciales sobre el delito investigado, de contera, alegó que, el fiscal de segunda instancia quien imputó a sus patrocinados (sic), no analizó los hechos objeto de investigación, mucho menos las pruebas bajo el principio de la sana critica, por lo que incurrió en errores judiciales. Igualmente, precisó que, existen irregularidades que afectan el debido proceso conforme los numerales 1 (falta de competencia) y 2 (la comprobada existencia de irregularidades sustanciales que afecta el debido proceso) del artículo 388 de la Ley 600 de 2000; en ese sentido, arguyó que, el Juez Penal Militar es el competente para investigar este tipo de delitos, pues como la incapacidad medica certificada por medicina legal no especifica secuelas y señales de tortura, estima que, el delegado de la fiscalía debería investigar un delito diferente a la tortura agravada, *por la sencilla razón que los testigos presenciales de la víctima fueron testigos de oídas y no testigos presenciales*.

5.2.- Agregó que, los testigos de la víctima no son presenciales sino de oídas, y por tanto, el señor fiscal debió practicar inspección judicial ante los testigos presenciales SS RUBEN DARIO URUETA, SI ERIKA PATRICIA MERCADO CASTAÑEDA, PT HENRY TOLOSA BENITEZ, PT ALEXANDER AGUIRRE PAYARES, PT MARIO VERGARA CANO, AG FELIPE GARCIA RODRIGUEZ, JHONATAN CONTRERAS RIVERA, D2 IVETTE CECILIA SANJUAN MOLINA, y los imputados que se encontraban privados de su libertad en la cárcel de Sabanalarga, factor fundamental para aclarar los hechos investigados y probar que la conducta punible no se llevó acabo.

5.3.- El defensor, indicó que, la inspección judicial no se practicó en debida forma y corresponde a la prueba reina para establecer la ubicación de cada testigo en el procedimiento, además que, los imputados tienen la oportunidad de participar en la diligencia garantizándole el derecho de defensa, para establecer los hechos investigados. Igualmente, precisó que, la prueba es legal, conducente, pertinente, y oportuna en la investigación porque la ubicación de cada testigo y la distancia de cada uno nos podría esclarecer que estas personas observaron si el comportamiento que se investiga se llevó a cabo.

5.4.- De otro lado, señaló que, se debe solicitar la declaración los médicos legistas que certificaron la incapacidad para que indiquen al Despacho si el dictamen muestra señales de tortura en circunstancia de agravación, pues la conducta punible no fue cometida por los imputados. Igualmente, deprecó que, se practique los testimonios de los señores SELENE MARGARITA VILLAFAÑE y GERMAN ELMER TORRES CASTRO conforme lo previsto en los artículos 232, 233 y 234 C.P.P. -

5.5.- Respecto de la colisión de competencia propuesta, indicó que, el tipo penal por el que se procede no se configura en la actuación, por el contrario, estaríamos en presencia de lesiones personales en razón a la incapacidad medica legal, donde no se muestran secuelas, **y para ello, estima que, es necesario se practique las declaraciones solicitadas y se remita el proceso al Consejo Superior de la Judicatura**, para dirimir la colisión de competencia, pues es un desgate para la administración de justicia investigar un delito que no es competencia de la justicia ordinaria.

6.- Después de varios fracasos, el 14 de agosto de 2020[11] se instaló la audiencia preparatoria, y según lo consignado en el acta de la diligencia, el señor juez A-quo indicó que, el defensor de los procesados formuló solicitud de nulidad por falta de competencia e irregularidades de las pruebas, por lo que, corrió traslado a los sujetos procesales, escuchó las intervenciones de los mismos, a continuación el funcionario de primer nivel suspendió la diligencia para pronunciarse por auto aparte.

7.- Mediante auto del 25 de agosto de 2020[12] el Juez de primer nivel, resolvió negar la solicitud de nulidad planteada por el defensor, quien por su parte interpuso recurso de apelación, el cual sustentó de forma escrita el día 23 de septiembre de 2020[13]. El A-quo concedió el recurso de alzada ante esta Colegiatura en el efecto suspensivo mediante auto del 5 de noviembre de 2020.

8.- El asunto por reparto adiado 20 de noviembre de 2020, correspondió al otrora magistrado de esta corporación, doctor LUIS FELIPE

[11] Folio 65 Cuaderno No. 5
[12] Folio 66-71 cuaderno Nº5
[13] Folio 75-79 cuaderno Nº5

COLMENARES RUSSO QEPD, y según constancia secretarial pasó al Despacho de ese funcionario el día 25 de noviembre de 2020.

9.- Mediante auto del 19 de octubre de 2022, esta corporación, resolvió.

> **PRIMERO: ABSTENERSE** de emitir pronunciamiento alguno acerca del recurso de apelación interpuesto por el defensor de los procesados JOSÉ GREGORIO RESTREPO MÁRQUEZ y OSCAR DARÍO CASTRO CONTRERAS, contra el auto adiado 25 de agosto de 2020, dictado por el Juez Único Penal del Circuito Especializado de Barranquilla (hoy Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Barranquilla), de acuerdo con la parte motiva de esta providencia.
>
> **SEGUNDO: REMITIR** por economía procesal lo actuado a la Jurisdicción Penal Militar acantonada en el Departamento de Policía del Atlántico a efectos de que manifieste si asume la competencia de este asunto o la rechaza, en el primer caso remita la actuación al competente para resolver el eventual conflicto positivo de jurisdicciones. **Infórmese por secretaría, lo decidido al juzgado de origen y a los sujetos procesales.**

10.- Mediante auto del 9 de noviembre de 2022, el Juzgado 173 de instrucción penal militar de Barranquilla[14], dispuso rechazar la competencia y devolver la actuación con destino a esta corporación. El proceso pasó al Despacho del Magistrado Ponente el día 30 de enero de 2023.

4. LA DECISIÓN APELADA:

Se trata de la providencia adiada 25 de agosto de 2020, mediante la cual el Juez Único Penal del Circuito Especializado de esta ciudad, negó la solicitud de nulidad incoada por el defensor de los procesados JOSÉ GREGORIO RESTREPO MÁRQUEZ y OSCAR DARÍO CASTRO CONTRERAS.

[14] Mayor Hector Alonso Posada Ariza

El señor juez, indicó que, el defensor invocó la nulidad arguyendo que, en la presente actuación se han presentado irregularidades en la practicas de las pruebas que afectan el debido proceso, la falta de competencia y el decreto práctica de pruebas solicitadas para demostrar que, el delito por el cual se acusó a sus patrocinados no es de tortura sino lesiones personales, al respecto, el funcionario, apuntó que quien invoca la nulidad debe probar en qué forma se afecta las garantías fundamentales, situación que no se avizora, toda vez, que los señores JOSÉ GREGORIO RESTREPO MÁRQUEZ y OSCAR DARÍO CASTRO CONTRERAS fueron acusados por el delito de tortura, y no por lesiones personales como lo señala la defensa.

Agregó que, en cuanto a la nulidad del decreto y prácticas de las pruebas solicitadas por la defensa para esclarecer los hechos en los que depreca la nulidad, ese Despacho estima que, no estamos en la etapa procesal para ordenar la práctica de pruebas encaminadas a esclarecer unos hechos y para demostrar la causal de nulidad invocada por la defensa, siendo que quien invoca la nulidad debe probar los presupuestos de hecho en que se funda y por ello sin el mayor esfuerzo mental la misma no es procedente.

De otro lado, señaló que, el defensor solicitó que, se declare la colisión de competencia, en el sentido que, el delito que se debe investigar es el de lesiones personales, dado que la incapacidad no demuestra secuelas y los testigos no son presenciales sino de oídas, el cual es de conocimiento de la justicia penal militar y no la ordinaria, en la medida en que no se configura el delito de tortura, por lo que es necesario que se practiquen las declaraciones para dirimir la colisión. Al respecto, reiteró que los procesados JOSÉ GREGORIO RESTREPO MÁRQUEZ y OSCAR DARÍO CASTRO CONTRERAS fueron acusados por el delito de tortura, el cual no tiene relación con el servicio conforme lo establece el

artículo 3° de la Ley 522 de 1999, por lo que, en ese sentido la competencia radica en esa judicatura.

Añadió que, los señores JOSÉ GREGORIO RESTREPO MÁRQUEZ y OSCAR DARÍO CASTRO CONTRERAS, son servidores activos de la policía judicial y en el momento de la comisión del hecho estaban en servicio activo, pero la conducta desplegada por la que fueron investigados y hoy acusados fue un acto arbitrario de estos y no un acto propio en el ejercicio de sus funciones, conforme se corrobora con las probanzas allegadas al informativo las cuales dan cuenta que éstos fueron a investigar un delito de hurto, no obstante, la conducta que desplegaron fue otra, es decir que, no fue un acto en el ejercicio propio de sus funciones y ello no tiene relación con el servicio, de contera, resulta contrario al ejercicio de sus funciones.

Resaltó que, el delito de Tortura es un delito que afecta la dignidad humana, y como tal está prohibido por el art 178 del CP, el Bloque de constitucionalidad y los instrumentos internacionales, razón por la cual el dolor o los sufrimientos que se derivan únicamente de sanciones lícitas o que sean consecuencia normal o inherente a ellas, se encuentran excluidas del delito de Tortura, situación que no se avizora en el caso objeto de estudio, teniendo en cuenta que, el acto que realizaron los agentes no fue en el ejercicio de sus funciones y no tiene ninguna relación con la actividad o el ejercicio de sus funciones, como lo pretende alegar el defensor planteado una colisión de competencia que no existe.

Concluyó que, en tal sentido la nulidad planteada por falta de competencia resulta improcedente, por ende, no le asiste razón al

defensor en cuanto a la nulidad alegada y esa judicatura por ser la competente seguirá conociendo la actuación.

5. DEL RECURSO DE APELACIÓN INTERPUESTO POR EL DEFENSOR.

El defensor de los procesados, interpuso recurso de apelación y lo sustentó a través de memorial en el que, señaló que, la jurisprudencia indica que, el primer requisito que, se exige para que un miembro de la fuerza pública sea investigado por la justicia penal militar es pertenecer a la institución y ser miembro activo de ella; al paso que el segundo requisito juega un papel fundamental ya que se exige que el delito cometido debe tener relación con el servicio. Al respecto, precisó que, el Juez de primer nivel no observó las pruebas que obran en el plenario donde se desvirtúa por completo su adecuación al tipo penal de tortura, por la sencilla razón que el dictamen de medicina legal, no supera los 30 días de incapacidad, y, apunto que, por ello, la procuraduría absolvió en el proceso disciplinario a los investigados. El censor, arguyó que, lo anterior demuestra que, es importante acceder a la nulidad planteada por la defensa y a las solicitudes probatorias, que fueron sustentadas en el inicial pedimento.

En conclusión, solicitó que, se acceda a la nulidad y a las solicitudes probatorias elevadas por la defensa.

- **DE LA INTERVENCIÓN DE LOS NO RECURRENTES:**

Los demás sujetos procesales no se pronunciaron.

6. PARA RESOLVER SE CONSIDERA:

- **COMPETENCIA:**

La Competencia del Tribunal se enmarca en los límites previstos por el artículo 76 y 191 de la Ley 600 de 2000, circunscritos al objeto de la apelación, conformado por los asuntos contenidos en la sustentación del recurso y aquellos que resulten inescindiblemente vinculados.

- **CUESTIÓN PREVIA:**

1.- Inicialmente, conviene recordar que, el doctor AUGUSTO MANUEL BARRIOS TORREGROSA, en su calidad de defensor de los procesados JOSÉ GREGORIO RESTREPO MÁRQUEZ y OSCAR DARÍO CASTRO CONTRERAS, a través de memorial radicado durante el lapso previsto para el traslado de que trata el artículo 400 de la Ley 600 de 2000, arguyó que, el Juez Penal Militar es el competente para conocer del presente proceso penal, por tanto, solicitó que, se diera trámite a la colisión de competencia (sic) conforme a lo establecido en el código penal militar y remitiera la actuación al Consejo Superior de la Judicatura Sala Disciplinaria para que dirimiera ese asunto.

2.- Igualmente, se tiene que, el Juez Único Penal del Circuito Especializado de Barranquilla (hoy Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Barranquilla), por su parte, mediante auto del 26 de agosto de 2020, puntualizó que, los procesados JOSÉ GREGORIO RESTREPO MÁRQUEZ y OSCAR DARÍO CASTRO CONTRERAS fueron acusados por el delito de Tortura, el cual no tiene relación con el servicio

conforme lo establece el artículo 3° de la Ley 522 de 1999, por lo que, en ese sentido la competencia radica en esa judicatura.

3.- Esta Corporación por su parte, en auto adiado 19 de octubre de 2022, señaló que, que en tratándose del conflicto de jurisdicciones, es necesario que existan dos funcionarios que reclamen o nieguen su competencia, para que pueda trabarse el conflicto que solicitó la defensa dentro del presente asunto, lo que conllevaba a esperar el pronunciamiento por parte de la Justicia Penal Militar de manera positiva o negativa para que el juez remita lo actuado a la autoridad competente para que desate el conflicto jurisdiccional de conformidad con el numeral 6° del artículo 256 de la Constitución Política y el artículo 112 de la Ley 270 de 1996.

3.1.- En ese sentido, se resaltó que, frente al tópico propuesto por la defensa, el Juez Único Penal del Circuito Especializado de Barranquilla (hoy Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Barranquilla), se atareó a resolver por la senda de un incidente de nulidad, sin tener en cuenta que no se trataba de un conflicto de competencia que deba resolverse en la misma jurisdicción ordinaria, sino que se trataba de un conflicto inter jurisdiccional, que no se había configurado por falta del requisito subjetivo, pues, sí bien el juzgado de origen se pronunció al respecto en la forma antes comentada descartando dicho conflicto y por ende reclamando la competencia para fallar el proceso, aún no existía pronunciamiento de las autoridades de la Jurisdicción Penal Militar que reclamara o negara su competencia para asumir el mismo proceso, según lo solicitaba el recurrente.

3.2.- En virtud de lo anterior, la Sala se abstuvo de pronunciarse y dispuso remitir la actuación a la Jurisdicción Penal Militar Policía

Atlántico a efectos de que manifestaran si asumían la competencia de este asunto o la rechazaban, en el primer caso remitiera la actuación al competente para resolver el eventual conflicto positivo de jurisdicciones.

4.- Mediante auto del 9 de noviembre de 2022, el Juzgado 173 de instrucción penal militar de Barranquilla[15], dispuso rechazar la competencia y devolver la actuación con destino a esta corporación.

5.- Como viene de verse, no se encuentra satisfecho el requisito o presupuesto subjetivo necesario para configurar un conflicto de jurisdicciones, pues es necesario que existan dos funcionarios que reclamen o nieguen su competencia, para que pueda trabarse el conflicto que formuló la defensa dentro del presente asunto, por el contrario, lo que se avista es que, la competencia es reclamada por el Juzgado a quo y rechazada por la Justicia Militar.

- **EL CASO CONCRETO:**

1.- La discusión jurídica que propone el recurrente, permite deducir a la Sala los siguientes problemas jurídicos, determinar sí, **(i)** el juez debe declarar la nulidad de lo actuado, conforme lo solicita la defensa por presuntas irregularidades sustanciales que transgredieron los derechos de defensa y debido proceso de sus patrocinados, y **(ii)** se debe acceder al decreto de las pruebas solicitadas por la defensa, esto es: **(a)** que se repitan las declaraciones de los señores SS RUBEN DARIO URUETA, SI ERIKA PATRICIA MERCADO CASTAÑEDA, PT HENRY TOLOSA BENITEZ, PT ALEXANDER AGUIRRE PAYARES, PT MARIO VERGARA CANO, AG FELIPE GARCIA RODRIGUEZ, JHONATAN CONTRERAS RIVERA, D2

[15] Mayor Hector Alonso Posada Ariza

IVETTE CECILIA SANJUAN MOLINA, así mismo, los ciudadanos SELENE MARGARITA VILLAFAÑE, GELMAN ELMER TORRES CASTRO, **(b)** se practique nuevamente inspección judicial ante los testigos presenciales y los imputados, de contera **(c)** se cite a declarar a los médicos MONICA PACHECO SIERRA Y VICTOR PACHECO.

- **DE LA NULIDAD.**

2.- En primer lugar, debe expresar la Sala que nuestro estatuto procesal penal, tiene definido en torno a la declaratoria de nulidades, que ésta se orienta por los principios consagrados en el artículo 310 del Código de Procedimiento Penal[16] (Ley 600 de 2000), de los cuales se colige (i) su carácter subsidiario, vale decir que sólo procede en aquellos eventos en los que no existe otro mecanismo procesal que permita subsanar el yerro que presuntamente invalida la actuación, y, (ii) además su naturaleza jurídica taxativa, pues su procedencia está condicionada a la estructuración de las causales señaladas expresamente por la ley.

3.- Así mismo, el sujeto procesal que invoca la nulidad tiene la carga de demostrar (i) **que el vicio afecta en forma grave sus garantías constitucionales o que socava las bases mismas de la instrucción y/o del juzgamiento**, (ii) que no ha dado origen al motivo invalidatorio, salvo el caso de la defensa técnica, y (iii) **que no convalidó la irregularidad, siempre que no se afecten las garantías fundamentales**.

4.- Ciertamente, en distintos pronunciamientos ha sostenido la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia que para ese efecto se debe

[16] Radicación No 20929 del 13 de julio de 2005

expresar y probar de qué manera se afectó el debido proceso, cuál fue la trascendencia de la omisión o yerro, esto es si el proceso sufrió alteraciones en su estructura, o tal medida conllevó el cercenamiento de sus garantías fundamentales, así como su incidencia en el goce de las mismas para el procesado. También ha dicho la Corte que al solicitante corresponde expresar, conforme al principio de taxatividad, la irregularidad sustancial que afecta la actuación, para determinar la forma en que ella rompe la estructura del proceso o afecta las garantías de los intervinientes, la fase en la que se produjeron y demostrar que ninguno de los principios que rigen la declaración de las nulidades ha operado en el caso concreto.

5.- Agrega la Corte[17] que si el vicio denunciado corresponde a una violación del debido proceso, es necesario que el actor identifique la irregularidad sustancial que alteró el rito legal, pero si afecta el derecho de defensa, se debe especificar la actuación que lesionó esa garantía; en cada hipótesis, la argumentación debe estar acompañada de la solución respectiva. Igualmente, la fundamentación del ataque se debe hacer a la luz de los postulados que rigen la declaración de las nulidades, esto es, los de convalidación[18], protección[19], instrumentalidad de las formas[20], trascendencia[21] y residualidad[22], pues si se avizora que el defecto denunciado no logra afectar en grado sumo el desarrollo de la actuación, ni alterar lo decidido en el fallo censurado, no hay lugar a la admisión del reproche.-

6.- En el sub lite, se otea que, el defensor inicialmente, ante el Juez a quo, alegó que, **el fiscal de segunda instancia emitió resolución de**

[17] Radicación No 36763 del 18 de abril de 2012
[18] Las irregularidades pueden convalidarse con el consentimiento expreso o tácito del sujeto perjudicado.
[19] El sujeto procesal que con su conducta haya dado lugar a la configuración del vicio, es el único que lo puede alegar, salvo que se trate de ausencia de defensa técnica.
[20] Como las formas no son un fin en sí mismo, siempre que se cumpla con el propósito que la regla de procedimiento pretendía proteger, no habrá lugar a la declaración de la nulidad.
[21] La magnitud del defecto debe tener incidencia en el sentido de justicia incorporado a la sentencia.
[22] La declaratoria de nulidad debe ser el único remedio procesal para superar el yerro detectado.

acusación en contra de sus patrocinados, pero no analizó los hechos objeto de investigación, mucho menos las pruebas bajo el principio de la sana critica, por lo que incurrió en errores judiciales; además, arguyó que, el Juez Penal Militar es el competente para investigar este tipo de delitos, pues como **la incapacidad medica certificada por medicina legal no especifica secuelas y señales de tortura, estima que, el delegado de la fiscalía debería investigar un delito diferente a la tortura agravada.**

6.1.- De igual modo, señaló que, los testigos de la víctima no son presenciales sino de oídas, y por tanto, **el señor fiscal debió practicar la inspección judicial ante los testigos presenciales** SS RUBEN DARIO URUETA, SI ERIKA PATRICIA MERCADO CASTAÑEDA, PT HENRY TOLOSA BENITEZ, PT ALEXANDER AGUIRRE PAYARES, PT MARIO VERGARA CANO, AG FELIPE GARCIA RODRIGUEZ, JHONATAN CONTRERAS RIVERA, D2 IVETTE CECILIA SANJUAN MOLINA, así mismo, ante los imputados que se encontraban privados de la libertad en la cárcel de Sabanalarga. En efecto, el defensor arguyó que, la Fiscalía en quien tiene la carga de la prueba y ellas fueron practicadas ilegítimamente, por ello solicita nuevamente esas pruebas testimoniales para que el juez ordinario o penal militar pueda observar que los testigos presenciales están diciendo la verdad y no los testigos sospechosos del denunciante.

6.2.- Sobre los tópicos en comentos, veamos los siguientes apartes del memorial que radicó el defensor al descorrer el traslado de que trata el artículo 400 de la Ley 600 de 2000[23]:

(…)

[23] Folio 19 s.s cuaderno primera instancia.

Debemos observar que juez penal militar es el competente para investigar este tipo de delitos, como la incapacidad certificada por medicina legal no especifica secuelas y señales de tortura, el fiscal debería investigar un delito diferente a la tortura agravada, por la sencilla razón que los testigos presenciales de la víctima fueron testigos de oídas y no testigos presenciales.

Los declarantes SS RUBEN DARIO URUETA, SI ERIKA PATRICIA MERCADO CASTAÑEDA, PT HENRY TOLOSA BENITEZ, PT ALEXANDER AGUIRRE PAYARES, PT MARIO VERGARA CANO, AG FELIPE GARCIA RODRIGUEZ, JHONATAN CONTRERAS RIVERA, D2 IVETTE CECILIA SANJUAN MOLINA., Estos fueron testigos presenciales pero el fiscal desde el momento de la instrucción incumplió la ritualidad del artículo 244 del código de procedimiento penal, desde ese momento que realizo la inspección debió en la diligencia citar a todos los testigos y a los investigados los cuales se encontraban privados de la libertad en la cárcel de Sabanalarga, el artículo 246 nos explica "la participación del imputado y el testigo en el lugar de los hechos". Un factor fundamental para aclarar los hechos investigados y probar que la conducta punible investigada no se llevó a cabo.

La inexistencia de esta conducta punible que está plenamente demostrada con las pruebas aportadas por la defensa, llegamos a la conclusión que en este estado del proceso no se practicó la inspección judicial en debida forma, esta es la prueba reina para poder establecer y determinar la ubicación de cada testigo y su participación en el procedimiento.

Los imputados tienen la oportunidad de participar de la diligencia garantizándole el derecho de defensa, para esclarecer los hechos investigados.

Esta prueba es legal, conducente, pertinente, y oportuna en la investigación porque la ubicación de cada testigo y la distancia de cada uno nos podría esclarecer que estas personas podrían haber observado si el comportamiento que hoy se investiga se llevó a cabo.

Pero como se observa que tal conducta punible no fue cometida por los imputados, también debemos observar que se debe citar a declarar a los medico legales que certificaron la incapacidad, para que estos aclaren al despacho del honorable juez y fiscal si este dictamen muestra señales de tortura en circunstancias de agravación.

Con fundamento en el artículo 389, la defensa sustenta la nulidad planteada.,

El funcionario judicial debe ser imparcial en la búsqueda de la prueba como lo establece el artículo 234 del C.P.P. La Fiscalía General de la Nación es quien tiene la Carga de la Prueba, y las practicadas por el fiscal fueron practicadas ilegítimamente, por ello se solicitan nuevamente estas pruebas testimoniales para que su señoría o el juez penal militar en su defecto pueda observar que los testigos presenciales están diciendo la verdad, no como los testigos sospechosos que llevo el señor WILSON CASTRILLON CANO.

Todos los hechos ocurrieron según lo declarado por el señor CASTRILLON CANO, fue en la estación de policía de soledad 2000.

Como la colisión de competencia surgió desde el momento que se observa que procedimiento se encuentra amparado en normas de carácter constitucional y legal, la justicia ordinaria debe observar que el delito como tal no se configura y el análisis del articulo 178 demuestra que el tipo penal al que se le está dando aplicabilidad no es el adecuado porque estaríamos en presencia de una lesiones personales por la incapacidad certificada por medicina legal, DONDE NO DEMUESTRA SECUELAS, y por ello es necesario que se practiquen las declaraciones solicitas por la defensa y sea remitido este proceso al consejo superior de la judicatura para dirimir la colisión de competencia.

El código penal militar establece que la colisión de competencia puede ser solicitada por la defensa y por ello resulta necesario que la justicia penal militar tenga conocimiento de estos hechos investigados debido a que esto sería un desgaste para administración de justicia, investigar un delito que no es competencia de la justicia ordinaria.

Con fundamento en los artículos 273, 274, 275 y 276 del código penal militar ley 522 de 1999, solicitó la colisión de competencia …

Con fundamento en el artículo 232, 233 y 234 del código de procedimiento penal ley 600 del 2000, solicito las siguientes pruebas testimoniales como son la doctora SELENE MARGARITA VILLAFAÑE, y el administrador de la empresa TRASALFA GELMAN ELMER TORRES CASTRO, esta prueba es legal, regular y oportuna para ser practicada en la actuación, todas las pruebas deben cumplir unos requisitos para su práctica como son la conducencia que vendría siendo la idoneidad legal que tiene una prueba para demostrar determinado hecho.

La conducencia es una comparación entre el medio probatorio y la ley …

En cuanto que esta prueba es pertinente, porque tiene relación con los hechos que se pretenden demostrar, y el tema del proceso fueron testigos oculares.

Es útil porque es el único medio probatorio para demostrar si el comportamiento investigado se llevó a cabo.

Cítese a declarar SS RUBEN DARIO URUETA, SI ERIKA PATRICIA MERCADO CASTAÑEDA, PT HENRY TOLOSA BENITEZ, PT ALEXANDER AGUIRRE PAYARES, PT MARIO VERGARA CANO, AG FELIPE GARCIA RODRIGUEZ, JHONATAN CONTRERAS RIVERA, D2 IVETTE CECILIA SANJUAN MOLINA, esta prueba es legal, regular y oportuna para ser practicada en la actuación.

7.- El señor juez, por su parte expresó que, el defensor invocó la nulidad arguyendo que, en la actuación se han presentado irregularidades en la práctica de las pruebas que afectan el debido proceso, además se evidencia falta de competencia y resaltó que la solicitud de pruebas se endereza a demostrar que, el delito por el cual se acusó a sus patrocinados no es de tortura sino lesiones personales. Sobre estos aspectos, el funcionario, apuntó que quien invoca la nulidad debe probar en qué forma se afecta las garantías fundamentales, situación que no se avizora, toda vez, que los señores JOSÉ GREGORIO RESTREPO MÁRQUEZ y OSCAR DARÍO CASTRO CONTRERAS fueron acusados por el delito de tortura, y no por lesiones personales como lo señala la defensa.

7.1.- Agregó que, no estamos en la etapa procesal para ordenar la práctica de pruebas encaminadas a esclarecer unos hechos y para demostrar la causal de nulidad invocada por la defensa, y recordó que quien invoca la nulidad debe probar los presupuestos de hecho en que se funda, por ello sin el mayor esfuerzo mental la misma no es procedente.

8.- A través del memorial mediante el cual sustentó el recurso de apelación, el defensor recurrente, **insiste en que, el Juez de primer nivel no observó las pruebas que obran en el plenario y donde se**

desvirtúa por completo que los hechos se adecuan al tipo penal de tortura, por la sencilla razón que el dictamen de medicina legal, no supera los 30 días de incapacidad, y, por ello, la procuraduría absolvió del proceso disciplinario a los investigados. El censor, arguyó que, lo anterior demuestra que, es importante acceder a la nulidad planteada por la defensa y a las solicitudes probatorias, que fueron sustentadas en el inicial pedimento, para garantía del derecho al debido proceso y derecho de defensa y demás garantías fundamentales.

9.- Esta Colegiatura, adentrándose en la resolución del problema jurídico, debe relievar que, la Sala de Casación Penal de la Corte, ha dicho que, en el artículo 397 de la Ley 600 de 2000, se establece los requisitos para poder proferir resolución de acusación en contra del implicado, *a saber: debe estar demostrada la ocurrencia del hecho y obrar dentro de la actuación confesión, testimonio que ofrezca serios motivos de credibilidad, indicios graves, documentos, peritación o cualquier otro medio probatorio que señale la responsabilidad del sindicado*[24]*.*

10.- De igual modo, el artículo 398 ibídem, prevé los requisitos formales que el llamamiento a juicio debe contener, así:

> ARTICULO 398. REQUISITOS FORMALES DE LA RESOLUCION DE ACUSACION. <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> La resolución de acusación tiene carácter interlocutorio y debe contener:
>
> 1. La narración sucinta de la conducta investigada, con todas las circunstancias de modo, tiempo y lugar que la especifiquen.
>
> 2. La indicación y evaluación de las pruebas allegadas a la investigación.
>
> 3. La calificación jurídica provisional.

[24] Citada

4. Las razones por las cuales comparte o no, los alegatos de los sujetos procesales.

11.- Para la Sala, la resolución de segunda instancia adiada 19 de febrero de 2018, proferida por la Fiscalía Octava delegada ante este Tribunal, cumplió con dichos requisitos, pues la narración sucinta de la conducta investigada, viene especificada en la forma como se detalló en esta providencia en el acápite de los hechos (ítem 2); igualmente, el representante del ente acusador en esa instancia, luego de precisar la decisión impugnada, el recurso de apelación, la manifestación de los no recurrente, en el acápite de las consideraciones, precisó el origen de los hechos que dieron lugar a la investigación e indicó que, se analizaría lo atinente a la conducta de tortura por la cual la primera instancia al momento de calificar el mérito del sumario precluyó la investigación, en esos menesteres, hizo connotaciones legales y jurisprudenciales sobre el delito en comento. Al respecto, se destaca los siguientes apartes:

> El delito de tortura se encuentra descrito en la Ley 599 del 2000, en su artículo 178: "El que inflija a una persona dolores o sufrimientos, físicos o psíquicos con el fin de obtener de ella o de un tercero información o confesión, de castigarla por un acto por ella cometido o que se sospeche que ha cometido o de intimidarla o coaccionarla por cualquier razón que comporte algún tipo de discriminación incurrirá en prisión de ocho a quince (15) años…"

11.1.-A continuación, el representante de la fiscalía sobre los hechos investigados precisó:

> Ahora bien, revisado el caso que nos ocupa, es claro que el señor WILSON HUMBERTO CASTRILLON CANO, sufrió lesiones personales que le dan una incapacidad médico legal provisional de trece (13) días, y quedando consignada en la anamnesis del dictamen de fecha 19 de junio del 2007: "dos agentes de la Sijin me agredieron, hechos sucedidos el 15 de junio de 2007 a las 17:20 horas.
>
> En la investigación, se encuentra anexa copia de la minuta (…) se lee que el día 15 de junio del 2007 ingresa a las 20:10 de la noche, el señor WILSON CASTRILLON CANO, conducido por la Sub Sijin, para

> investigación y búsqueda de antecedentes, dejándose anotado también, que el conducido presenta golpes en todo el cuerpo, indicando que fue la Sub Sijin; Anotándose también en dicha minuta que el conducido salió a las 21:20, con diferentes golpes en todo el cuerpo."

11.2.- Seguidamente, para resolver la apelación interpuesta por la parte denunciante y/o víctima, contra la resolución de primera instancia mediante la cual se dispuso precluir la actuación, el fiscal de segunda instancia, connotó y valoró las declaraciones dadas por los procesados JOSÉ GREGORIO RESTREPO MÁRQUEZ Y OSCAR DARÍO CASTRO CONTRERAS, al respecto, precisó que, sus versiones no se encontraban respaldadas dentro del sumario, así mismo, recordó y analizó las declaraciones de los señores, CARLOS OCTAVIO VARELA PERTUZ, DUVIS AMADOR RIVERA, CESAR SEGUNDO MELENDEZ CARRANZA, CARMEN MARIA OLMOS SANTIAGO, GABRIEL GIL SERRANO, ERIKA PATRICIA MERCADO CASTAÑEDA, RUBEN DARIO URUETA, FELIPE SANTIAGO GARCIA RODRIGUEZ, JHON HENRY TOLOSA BENITEZ, GELMAN ELMER TORRES DE CASTRO, SELENE MARGARITA VILLAFAÑE PEREA, VICTORIANO QUIÑONES GARAVIT.

11.3.- Conforme a la parte resolutiva de esa providencia acusatoria, el representante de la fiscalía en segunda instancia, en la parte considerativa, estimó que, la actuación daba cuenta de una realidad distinta a la precisada por la primera instancia que dispuso precluir la investigación, veamos el siguiente aparte:

> Por otro lado hemos de decir que muy a pesar que el a-quo en su Resolución argumenta que no aparece demostrada la conducta material u objetiva del referido tipo penal, menos que se le hubiere pretendido arrancar confesión u obtener información sobre los autores del Hurto del Almacén ROMAUTOS, enfatiza que no había propiamente una investigación judicial, ni siquiera policiva como quiera que el presunto afectado conocido con el apodo "BLACHO", no había interpuesto denunció penal; argumento éste que no está acorde con las normas procedimentales, ya que

efectivamente la sumaria dice que sí se perpetro el hurto en el almacén ROMAUTOS.

11.4.- De contera, con fundamento en la evidencia recolectada, llegó a una conclusión en desfavor de los intereses de los procesados, así:

> Teniéndose entonces que advertir, que en el presente proceso obran suficientes elementos de juicio para concluir, al menos en el grado de probabilidad requerida para esta etapa procesal que los procesados JOSE GREGORIO RESTREPO MARQUEZ y OSCAR DARIO CASTRO CONTRERAS, son responsable de la conducta punible de Tortura Agravada y, en consecuencia, acatando lo dispuesto en el artículo 397 del Código de Procedimiento Penal y previa revocatoria de la preclusión dictada en su favor, se dictará Resolución de acusación en su contra.

11.5.- Finalmente, cabe relievar que, el código de procedimiento penal (Ley 600 de 2000) establece en el artículo 237, el principio de libertad probatoria, según la cual:

> … los elementos constitutivos de la conducta punible, la responsabilidad del procesado, las causales de agravación y atenuación punitiva, las que excluyen la responsabilidad, la naturaleza y cuantía de los perjuicios, podrán demostrarse con cualquier medio probatorio, a menos que la ley exija prueba especial, respetando siempre los derechos fundamentales.

12.- De otro lado, la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, respectos a los errores judiciales en los que pueden incurrir los funcionarios judiciales en el curso del proceso, enseña que[25]:

> *"...los errores in iudicando, llamados también de juicio, se presentan cuando el juzgador desconoce una norma de derecho sustancial por falta de aplicación, aplicación indebida o interpretación errónea, mientras que los errores in procedendo, llamados también de actividad, provienen del desconocimiento de normas que regulan el procedimiento o las garantías procesales.*

[25] CSJ AP2585-2020, rad. 57413 del 30 de septiembre de 2020.

También es importante precisar que los errores in iudicando se denominan directos cuando el juzgador acierta en la apreciación de las pruebas y la declaración de los hechos probados, pero se equivoca en la aplicación o interpretación del derecho sustancial. E indirectos, cuando el origen del error es probatorio.[26]

25. Además, si se trata de un error in iudicando, el casacionista tiene el requisito de indicar la norma sustancial transgredida, la forma de infracción y el sentido de la violación, así como la prueba en cuya apreciación o valoración se presentó el error y la clase de error cometido.

26. En cambio, si lo planteado es un error in procedendo, su demostración exige precisar la norma procesal violada, el motivo de nulidad, la cobertura procesal del vicio, y demostrar su trascendencia e insubsanabilidad frente a los criterios que deben orientar la declaratoria de las nulidades.

12.1.- En otra decisión, sobre el tema esa alta corporación, precisó[27]:

«De tiempo atrás la doctrina ha dejado claro que el proceso se concibe como una serie de pasos, lógicamente ordenados que tienen como finalidad la de producir una declaración judicial que establezca la voluntad de ley sustancial, para ello se deben acatar los procedimientos establecidos en el derecho adjetivo, y en ese camino se distinguen claramente dos etapas, una externa y otra interna. Ya Calamandrei (1945) los había diferenciado para efectos del recurso de casación desde mediados del siglo pasado de manera sencilla:

"…las actividades humanas (del juez y de las partes) que componen el proceso están minuciosamente reguladas por el derecho objetivo (derecho procesal), con el propósito de hacerlas todo lo idóneas que sean posibles para alcanzar la finalidad a la cual las mismas están preordenadas, esto es, a provocar una declaración jurisdiccional que proclame como voluntad de ley aquello que efectivamente la ley ha querido (sentencia justa); de suerte que, en sustancia, las mismas se reducen a ser una sucesión de actos para la reunión de materiales de cognición (fase instructoria), que pueden poner al juez en situación de establecer con certeza los términos de la controversia y la voluntad de la ley que la dirime.

"Puesto que todas las actividades humanas están por su naturaleza sujetas a error, puede ocurrir que la conducta de los sujetos procesales no se desarrolle en el proceso de un modo conforme a las reglas del derecho objetivo, y que, por tanto, uno o más de los actos coordinados en la forma antes indicada sean ejecutados de un modo diverso de aquel querido por la ley, o en absoluto, sean contra la voluntad de la ley,

[26] CSJ AP4155-2018 del 26 de septiembre de 2018
[27] CSJ AP718-2021 del 24 de febrero de 2021, radicado 52666

olvidados. Se produce entonces una inejecución de la ley procesal, en cuanto alguno de los sujetos del proceso no ejecuta lo que esta ley le impone (inejecución in omittendo), o ejecuta lo que esta ley le prohíbe (inejecución in faciendo), o se comporta de un modo diverso del que la ley prescribe: esta inejecución de la ley procesal constituye en el proceso una irregularidad, que los autores modernos llaman un "vicio de actividad" o un "defecto de construcción", y que la doctrina del derecho común llamaba un "error in procedendo".

"{…} pero del simple conocimiento de estos elementos recogidos en la instructoria no nace la sentencia, y es necesario que el juez llegue a ella a través de un paciente trabajo lógico de confrontación de los materiales de hecho, que le proporciona el proceso, con las normas jurídicas que él conoce por deber de oficio. Este trabajo lógico, que se desarrolla todo él en el pensamiento del juez, es el trabajo que stricto sensu constituye el juicio […] Ahora bien, puede ocurrir que la voluntad concreta de la ley proclamada por el juez como existente en su sentencia, no coincida con la voluntad efectiva de la ley (sentencia injusta), porque, aun habiéndose desarrollado de un modo regular los actos exteriores que constituyen el proceso (inmune, así, de errores in procedendo), el juez haya incurrido en error durante el desarrollo de su actividad intelectual, de modo que el defecto inherente a una de las premisas lógicas haya repercutido necesariamente sobre la conclusión. En este caso, en el que la injusticia de la sentencia deriva de un error ocurrido en el razonamiento que el juez lleva a cabo en la fase de decisión, los autores modernos hablan de un "vicio de juicio", que la doctrina más antigua llamaba un "error in iudicando". (p.184)»

12.2.- Con apoyo en esa jurisprudencia, en reciente providencia emitida en sede de tutela, la Sala de Casación Penal de la Corte, indicó que[28]:

Con apoyo en dicha definición, en términos sencillos, puede decirse que el error *in procedendo* hace referencia a una lesión grave de la estructura del proceso, por ejemplo, que se omitió una fase del mismo, que se adelantó una audiencia sin la presencia del procesado privado de la libertad, etc., lo cual, sin duda alguna, afecta a las partes e intervinientes y por supuesto compromete la garantía que prevé el artículo 29 Superior, cuya consecuencia es la nulidad de lo actuado.

En cambio, el error *in iudicando,* se refiere a la inaplicación, aplicación indebida o interpretación errónea, de la norma jurídica llamada a resolver el asunto y, por ende, no conlleva a la nulidad de la actuación, pues el superior está facultado para corregir el defecto al momento de decidir la alzada.

[28] SALA DE CASACIÓN PENAL - SALA DE DECISIÓN DE TUTELAS, M. PONENTE: GERSON CHAVERRA CASTRO, NÚMERO DE PROCESO:T 122458, NÚMERO DE PROVIDENCIA:STP3685-2022, 24/03/2022.

13.- En ese orden, cabe agregar que, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha dicho que, la obligación de motivar las providencias judiciales aplica tanto para los fallos de instancia, como para el llamamiento a juicio[29]. Sobre la motivación de la resolución de acusación como expresión del derecho al debido proceso, esa alta Corporación en reciente providencia sostuvo[30]:

> 119. Una de las máximas expresiones del derecho fundamental a un debido proceso es, definitivamente, la motivación de las providencias judiciales, toda vez que, desde un doble cariz, entraña la certeza y seguridad sobre las razones de la determinación, de cara al ejercicio del derecho de impugnación, y a su vez se erige como garantía en contra de la arbitrariedad y el capricho judicial.
>
> 120. Tal prerrogativa no puede ser entendida bajo el ropaje de una forma ritual, como tampoco de la concisa o predeterminada resolución formal del fallador.
>
> 121. Desde la referida óptica *iusfundamental* deviene imperativo que, en el texto de la decisión, se indiquen con claridad, suficiencia y concreción los argumentos de orden fáctico, probatorio y jurídico que explican y justifican el sentido de la solución del asunto sometido a consideración del funcionario judicial.
>
> 122. Nótese que, legalmente, el artículo 55 de la Ley 270 de 1996 establece la obligación que tiene el juez de "*referirse a todos los hechos y asuntos planteados en el proceso por los sujetos procesales*", disposición normativa que debe ser aplicada en coherencia con lo consagrado en los artículos 13. 142, 170, 232, 397 y 398 de la Ley 600 de 2000, según los cuales, el deber de motivar las decisiones es un imperativo legal de inexcusable observancia.
>
> 123. Si la decisión judicial carece de motivación o la expuesta resulta incompleta, ambigua, equívoca o inexacta podría presentarse una afectación al debido proceso, cuyo alcance y consecuencias deberán determinarse en cada caso.
>
> 124. Según lo ha señalado la Corte[31]:
>
> "*… en torno a los errores de motivación, que tienen lugar por (i)* ***ausencia absoluta****, esto es, cuando no se consignaron los fundamentos fácticos y jurídicos en que se apoya la decisión; (ii)* ***incompleta o***

[29] SCP-CSJ- FERNANDO LEÓN BOLAÑOS PALACIOS, Magistrado Ponente, SP3509-2022, Radicación n° 56588, Aprobado según acta n° 233, Bogotá, D.C., cinco (5) de octubre de dos mil veintidós (2022).
[30] Citada.
[31] CSJ, SCP, AP2703-2021, rad. 52.319, 30 de junio de 2021.

***deficiente**, que se configura cuando el funcionario omitió pronunciarse sobre alguno de los aspectos descritos o dejó de examinar los alegatos de los sujetos procesales en aspectos trascendentales destinados a resolver el problema jurídico concreto, de modo que impide saber cuál es el soporte del fallo; (iii) **ambigua, ambivalente o dilógica**, que tiene ocurrencia cuando el juez recae en contradicciones, involucra conceptos excluyentes entre sí, al punto que es imposible desentrañar el contenido de la parte considerativa y, (iv) **sofística, aparente o falsa**, que surge cuando el fundamento probatorio de la determinación no consulta la realidad probatoria que exhibe el proceso, de forma que, partiendo de una apreciación incompleta de la prueba, el sentenciador construye una realidad diferente y llega a conclusiones abiertamente equívocas.*

La constatación de los tres primeros eventos conduce a declarar la nulidad de la providencia para garantizar un adecuado ejercicio del derecho de contradicción; en tanto que el último, de salir avante, conlleva a emitir una determinación sustitutiva (cfr. CSJ SP, 4 mar. 2009, rad. 27910; CSJ SP9396-2014, rad. 41567 y CSJ SP4234-2019, rad. 48264, entre muchas otras)"" (Se destaca).

125. La obligación de motivar las providencias judiciales aplica tanto para los fallos de instancia, como para el llamamiento a juicio. En los términos del artículo 395 de la Ley 600 de 2000, el mérito del sumario puede ser calificado de dos formas, bien con resolución de acusación o de preclusión de la instrucción.

14.- Conforme a la jurisprudencia antes descrita, la Sala estima que, cuando el recurrente para sustentar la nulidad de la actuación relieva que **las pruebas que obran en el plenario desvirtúan por completo que los hechos se adecuan al tipo penal de tortura,** *"por la sencilla razón que el dictamen de medicina legal, no supera los 30 días de incapacidad",* soslaya que, los presuntos errores judiciales en los que, dice el letrado, incurrió la fiscalía en la apreciación probatoria y la calificación jurídica provisional fijada en la resolución de acusación de segunda instancia, de existir, se trataría de errores in iudicando, que por lo tanto, no conllevan a la nulidad de la actuación, pues se pueden compendiar en errores de motivación ***sofística, aparente o falsa***, y según viene de verse *de salir avante, conlleva a emitir una determinación sustitutiva.-*

15.- Por último, superada la etapa de instrucción, la resolución de acusación es el marco fáctico y jurídico que debe guiar la emisión del fallo, por lo tanto, es en este último acto procesal que le corresponde al juez en etapa de juzgamiento, a través del análisis de los alegatos y la valoración jurídica de las pruebas, decidir si los hechos investigados se adecuan o no en la conducta punible de tortura, en tal caso, de emitirse sentencia condenatoria, esta deberá fundarse en pruebas legal, regular y oportunamente allegadas a la actuación que conduzca a la certeza de la conducta punible y de la responsabilidad del procesado (artículo 232 de la Ley 600 de 2000), de contera, ya sea absolutoria o condenatoria, contra esa eventual sentencia proceden los recursos de ley.

15.1.- Las anteriores consideraciones son suficientes para confirmar la decisión apelada, por este aspecto. -

- **DE LAS SOLICITUDES PROBATORIAS:**

16.1.- De otro lado no escapa a la Sala que, el defensor ante el Juez de primer nivel señaló que deprecaba "*nulidad procesal y la practicas de pruebas por irregularidades sustanciales que afectan el debido proceso desde el momento que se rindieron las declaraciones juradas por partes de los testigos presenciales las cuales deben ser analizadas y aclaradas para establecer que mis prohijados actuaron cumpliendo la constitución y la ley".* En ese sentido, arguyó que, los testigos de la víctima no son presenciales sino de oídas, y por tanto, el señor fiscal **debió practicar inspección judicial ante los testigos presenciales SS RUBEN DARIO URUETA, SI ERIKA PATRICIA MERCADO CASTAÑEDA, PT HENRY TOLOSA BENITEZ, PT ALEXANDER AGUIRRE PAYARES, PT MARIO VERGARA CANO, AG FELIPE GARCIA RODRIGUEZ,**

JHONATAN CONTRERAS RIVERA, D2 IVETTE CECILIA SANJUAN MOLINA, y los imputados que se encontraban privados de su libertad en la cárcel de Sabanalarga, factor fundamental para aclarar los hechos investigados y probar que la conducta punible no se llevó acabo.

16.2.- El letrado, indicó que, la inspección judicial no se practicó en debida forma y corresponde a la prueba reina para establecer la ubicación de cada testigo en el procedimiento, además que, los imputados tienen la oportunidad de participar en la diligencia garantizándole el derecho de defensa, para establecer los hechos investigados. Así mismo, señaló que, se debe solicitar la declaración los médicos legistas que certificaron la incapacidad para que indiquen al Despacho si el dictamen muestra señales de tortura en circunstancia de agravación, pues la conducta punible no fue cometida por los imputados. Finalmente, deprecó que, se practique los testimonios de los señores SELENE MARGARITA VILLAFAÑE y GERMAN ELMER TORRES CASTRO conforme lo previsto en los artículos 232, 233 y 234 C.P.P. -

17.- La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, ha establecido que, el examen de las solicitudes probatorias debe realizarse de manera individualizada y la declaratoria de práctica de las pruebas en la etapa procesal del juicio, debe estar orientada a los principios de conducencia, pertinencia, racionalidad y utilidad; sobre su contenido y alcance, la jurisprudencia de esa alta corporación, ha señalado:

> *"La conducencia, supone que la práctica de la prueba solicitada es permitida por la ley como elemento demostrativo de la materialidad de la conducta investigada o la responsabilidad del procesado'.*

La pertinencia, apunta no únicamente a su relación con el objeto de investigación y debate, sino a que resulte apta y apropiada para demostrar un tópico de interés al trámite.

La racionalidad del medio probatorio, tiene que ver con la viabilidad real de su práctica dentro de las circunstancias materiales que demanda su realización.

Y la utilidad de la prueba, se refiere a su aporte concreto en punto del objeto de la investigación, en oposición a lo superfluo e intrascendente"[32]*.*

18.- Igualmente, al tenor de lo dispuesto por el artículo 235 de la Ley 600 de 2000, serán inadmitidas las pruebas que no conduzcan a establecer la verdad sobre los hechos materia del proceso, las obtenidas de forma ilegal, y deberá rechazarse la práctica de las legalmente prohibidas o ineficaces, las que versen sobre hechos notoriamente impertinentes y las manifiestamente superfluas.

19.- Esta Colegiatura, por su parte, recuerda que, en los procesos seguidos bajo la ritualidad de la ley 600 de 2000, cobra relevancia el principio de permanencia de la prueba, del cual se desprende que toda prueba practicada válidamente en la instrucción, ó incorporada de la misma manera, puede y debe ser valorada por el Juez en la etapa de juzgamiento.

20.- Desde esa perspectiva, la Sala observa que, las declaraciones de los señores SS RUBEN DARIO URUETA, SI ERIKA PATRICIA MERCADO CASTAÑEDA, PT HENRY TOLOSA BENITEZ, PT ALEXANDER AGUIRRE PAYARES, PT MARIO VERGARA CANO, AG FELIPE GARCIA RODRIGUEZ, JHONATAN CONTRERAS RIVERA, D2 IVETTE CECILIA SANJUAN MOLINA,

[32] CSJ. SCP. Rad. 37198 de agosto 24 de 2011 y Rad. 39747 de octubre 17 de 2012, entre otras.

los ciudadanos SELENE MARGARITA VILLAFAÑE y GELMAN ELMER TORRES CASTRO, así mismo, la inspección judicial a la que hace referencia el defensor, fueron recaudadas en la etapa de instrucción, por tanto, a la luz del inciso primero del artículo 401 del C.P.P., el recurrente se quedó corto en su argumentación, pues debió alegar las razones por las cuales la defensa no pudo controvertir jurídicamente estos testimonios y la inspección judicial en la etapa anterior.

21.- En efecto la norma en cita prevé que pueden repetirse pruebas practicadas o incorporadas dentro de la instrucción cuando el proceso transite en la etapa de juzgamiento sí *"**los sujetos procesales no tuvieron posibilidad jurídica de controvertir (las)**",* para ello, insistimos, es necesario que el solicitante desarrolle una argumentación válida en ese sentido.

22.- De igual modo, encontramos que, el artículo 246 del código de procedimiento penal al que hace alusión el recurrente, prevé:

> **Artículo 246.** *Participación del imputado y el testigo en el lugar de los hechos.* El funcionario judicial podrá ordenar que se conduzca al imputado, con la presencia de su defensor, o al testigo al lugar en que hubieren ocurrido los hechos, a fin de interrogarlos allí y poner en su presencia los objetos sobre los cuales hubiere de versar la diligencia.
>
> Podrá también hacer que el testigo describa detalladamente dichos objetos y que los reconozca entre otros semejantes o adoptar las medidas que su prudencia le sugiera, para asegurarse de la exactitud de la declaración.

23.- Como viene de verse, si bien es cierto, el artículo 246 del código de procedimiento penal, prevé la posibilidad de la participación del

imputado y el testigo en el lugar de los hechos[33], no lo es menos que, ello no es un imperativo en la investigación (la normativa en comento estipula "podrá"). Igualmente, cabe relievar que, muy a pesar de que, el actual defensor que, invocó la nulidad, advierte que, la irregularidad deprecada, afecta los derechos a la defensa y debido proceso, se otea que, la otrora defensora de los procesados doctora SILVIA ESTHER TINOCO GÓMEZ, en la etapa de instrucción, no alegó que, a la diligencia de inspección judicial (folios 45-47 Cuaderno No. 02 de la Fiscalía) adelantada el día 27 de agosto de 2014, en las instalaciones del comando de policía de Soledad, por el Fiscal Quinto Especializado de esta ciudad, debían concurrir los testigos presenciales y los imputados, como lo propone ahora el recurrente, tampoco, hizo alusión a tal argumentación en el memorial mediante el cual presentó sus alegatos pre calificatorios, con lo cual podría decirse que de existir dicho yerro, lo cual no es cierto, la defensa convalidó la actuación.

24.- Finalmente, para responder a otro cuestionamiento de la defensa, quien expresa su malestar porque no se ha dado traslado al dictamen pericial practicado por los médicos legistas MONICA PACHECO SIERRA Y VICTOR PACHECO, debemos recordar que a las voces del artículo 255 del C.P.P., este trámite se puede surtir hasta antes de que finalice la audiencia pública, igualmente, si aún no se ha hecho puede solicitarse su aclaración, ampliación o adición (artículo 254-2 del C.P.P.), con lo cual la pretendida omisión se desvela intrascendente. Ciertamente, los sujetos procesales, pueden controvertir la prueba pericial en la audiencia de juzgamiento (arts 254 y ss ley 600), en donde incluso pueden interrogar a los peritos que los elaboraron y objetar por error la

[33] El funcionario judicial podrá ordenar que se conduzca al imputado, con la presencia de su defensor, o al testigo al lugar en que hubieren ocurrido los hechos, a fin de interrogarlos allí y poner en su presencia los objetos sobre los cuales hubiere de versar la diligencia.

Podrá también hacer que el testigo describa detalladamente dichos objetos y que los reconozca entre otros semejantes o adoptar las medidas que su prudencia le sugiera, para asegurarse de la exactitud de la declaración.

peritación hasta antes que termine esa diligencia (artículo 255 ibid), de esta forma se garantiza el debido proceso.

- **CONCLUSIÓN:**

25.- En ese contexto, el recurrente defensor de los procesados JOSÉ GREGORIO RESTREPO MÁRQUEZ Y OSCAR DARÍO CASTRO CONTRERAS, no demostró la existencia de irregularidades sustanciales que afecten la garantía fundamental al debido proceso y el derecho de defensa, puesto que, **(i)** la decisión cuestionada expresa las razones fácticas y jurídicas por las cuales se dictó resolución contra sus patrocinados los señores JOSÉ GREGORIO RESTREPO MÁRQUEZ Y OSCAR DARÍO CASTRO CONTRERAS por el presunto delito de Tortura Agravada, **(ii)** los presuntos errores judiciales en los que dice el censor incurrió la fiscalía en la apreciación probatoria y la calificación jurídica provisional fijada en la resolución de acusación de segunda instancia, se tratarían de errores in iudicando, que de existir no conlleva a la nulidad de la actuación, pues pueden superarse en la eventual sentencia que se emite en la etapa de juzgamiento y **(iii)** no se demostró la existencia de las presuntas irregularidades en las pruebas practicadas en la etapa de instrucción.

26.- En resumen, la Sala confirmará el auto apelado en lo que fue objeto de censura, por el defensor de los procesados. -

27.- Para justificar el tiempo transcurrido entre la asignación de la actuación en segunda instancia y la fecha de esta decisión, el magistrado ponente deja constancia que tomó posesión del cargo en propiedad el día 1º de diciembre de 2021, por traslado realizado a su

favor por la Sala Plena de la honorable Corte Suprema de Justicia, luego del fallecimiento del anterior titular del Despacho Doctor Luis Felipe Colmenares Russo (Q.E.P.D.), posteriormente entró a vacancia judicial por vacaciones colectivas en diciembre de 2021 y 2022, igualmente, de semana santa de 2022 y 2023, además que entre aquella fecha y la presente ha tenido que proyectar decisiones en acciones constitucionales de tutela y otras más penales que tiene prioridad legal o constitucional. De igual modo, cabe relievar que, tal como viene reseñado en providencia del 19 de octubre de 2022, esta corporación dispuso remitir la actuación a la Justicia Penal Militar para verificar la posibilidad de que se surtiera conflicto positivo de jurisdicciones, sin embargo, en noviembre de 2022, rechazaron la competencia y el proceso pasó al Despacho del ponente en enero de esta anualidad. -

- **DECISIÓN:**

En mérito de lo expuesto, la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIMAR la decisión proferida el 25 de agosto de 2020, dictada por el Juez Único Penal del Circuito Especializado de Barranquilla (hoy Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Barranquilla), de acuerdo con la parte motiva de esta providencia.

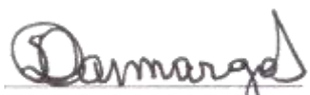
SEGUNDO: Contra esta decisión no procede ningún recurso.

Notifíquese y Cúmplase.

Los Magistrados,

LUIGUI JOSÉ REYES NÚÑEZ

JORGE ELIÉCER CABRERA JIMÉNEZ



DEMÓSTENES CAMARGO DE ÁVILA

OTTO MARTÍNEZ SIADO

Secretario