El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la respectiva Secretaría.

**TEMAS: ACTOS SEXUALES ABUSIVOS CON MENOR DE 14 AÑOS / ACUSACIÓN / OBLIGACIÓN DE LA FISCALÍA DE PRECISAR LOS HECHOS JURÍDICAMENTE RELEVANTES / NO HACERLO VULNERA EL DERECHO DE DEFENSA DEL PROCESADO / VALORACIÓN DEL TESTIMONIO RENDIDO POR LA MENOR AGRAVIADA.**

Una de las principales tesis de la discrepancia propuesta por el apelante, están relacionadas con aseverar que al Procesado JNRP se le vulneró el derecho a la defensa como consecuencia de la indeterminación cronológica y la posterior falta de acreditación por parte del Ente Acusador de las calendas y de las premisas fácticas en las cuales pudieron tener ocurrencia los hechos lascivos que en la acusación se le enrostraron al Procesado de marras…

Sobre el aludido deber que le asiste a la Fiscalía de indicarle con claridad a la Defensa las circunstancias de tiempo, modo y lugar que constituyen los hechos jurídicamente relevantes, y las consecuencias procesales que generaría su incumplimiento, la Corte se ha expresado en los siguientes términos:

“A este efecto, la Sala debe resaltar el carácter estructural de los hechos jurídicamente relevantes, pues, no solo representan una garantía de defensa para el imputado o acusado, en el entendido que este debe conocer por qué se le está investigando o es llamado a juicio, sino que en razón a su carácter inmutable, se erigen en bastión insustituible de las audiencias de formulación de imputación y acusación, de cara al soporte fáctico del fallo”. (…)

En suma, para la Sala no existe duda alguna que al Procesado se le conculcó el Derecho a la Defensa como consecuencia de la manera tan indeterminada y abstracta de como la Fiscalía le enrostró en el libelo acusatorio los hechos lujuriosos que supuestamente habían sucedido un año y medio o dos años antes. (…)

… el recurrente cuestiona el grado de credibilidad que en el fallo opugnado se le concedió al testimonio rendido por la menor agraviada, porque en su opinión no existían razones para concederle credibilidad a sus dichos por cuanto: a) Ella incurrió en serias contradicciones e inconsistencias en los diferentes relatos que le ofreció a distintas autoridades, tales como la Policía Judicial, Medicina Legal, etc… b) Sus dichos solo estaban abonados con pruebas de referencia y testigos de oídas.

Frente a lo anterior, la Sala dirá que no le asiste la razón a los reproches formulados por el recurrente, y que por el contrario el Juzgado de primer nivel estuvo atinado al momento de apreciar el acervo probatorio, el cual cumplía con los requisitos necesarios para poder proferir un fallo de condena en contra del acusado. (…)

**SALVAMENTO Y ACLARACIÓN DE VOTO: DOCTOR MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

Pese a que el suscrito funge en el presente como magistrado ponente, me he visto en la necesidad salvar y aclarar mi voto como consecuencia de la decisión asumida por la Sala mayoritaria de no aprobar de manera integral el proyecto que en su debida oportunidad le fue puesto a su consideración.

Es de anotar que cuando se radicó la ponencia, el proyecto puesto a consideración de la Sala incluía los siguientes aspectos:

1. La revocatoria del juicio de responsabilidad criminal pregonado en contra del Procesado JNRP por uno de los cargos por los cuales fue llamado a juicio, y la subsecuente absolución del Procesado de marras de tales cargos.

2. La confirmación de la declaratoria del compromiso penal del Procesado JNRP, en lo que tenía que ver con la comisión de los hechos lujuriosos acaecidos a eso de las 21:00 horas del 10 de noviembre del 2.012 en el interior de un inmueble ubicado en la Cra. 11 # 4-16 del barrio Berlín de esta municipalidad, los que estaban relacionado con un supuesto abuso sexual perpetrado por el aludido Procesado en contra de la menor S.U.L. de 6 años de edad.

3. El reconocimiento que en la actualidad el Procesado JNRP se encontraba irregularmente privado de la libertad, y que por ende dicho derecho debía ser restablecido a la mayor brevedad posible.

**ACLARACIÓN DE VOTO: DOCTOR JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE**

El proceso de la referencia correspondió por reparto al magistrado MANUEL YARZAGARAY BANDERA quien presentó un proyecto respecto del cual me veo en el deber de presentar aclaración de voto con miras a esclarecer algunos puntos frente a los cuales guardo reparo, y de esa forma poder dejar consignado mi personal punto de vista.

Lo primero a indicar, es que el tema objeto de esta aclaración de voto hace relación con una situación no mencionada en el recurso de apelación, es decir, se trata de un análisis oficioso por parte de esta Corporación y que toca única y exclusivamente con la privación de la libertad del justiciable a raíz de la orden de aprehensión emitida en el fallo de primer grado, pero sin que en momento alguno tenga relación directa con el tema central de la responsabilidad penal y ni siquiera con la negación o concesión de los subrogados y sustitutos, como quiera que en esos dos aspectos estamos de acuerdo todos los integrantes de la Sala.

El magistrado ponente fue del criterio que se debía dejar en libertad provisional al aquí procesado bajo caución prendaria, hasta tanto la sentencia de condena adquiriera firmeza. Por el contrario, la Sala Mayoritaria de la cual hago parte, estimó que esa posibilidad es inviable al menos en este caso específico. Así las cosas, en vista de que el magistrado ponente decidió aclarar el voto acorde con su singular pensamiento, los restantes integrantes de la Sala igualmente nos vimos precisados a dejar consignado nuestro punto de vista…

**ACLARACIÓN DE VOTO: DOCTOR JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ**

…me permito hacer la siguiente aclaración de voto respecto de un tema que no hace parte de la decisión adoptada en segunda instancia en el presente caso, pero que tiene que ver con la opinión del Magistrado Ponente en el sentido de que: i) al no haberse impuesto medida de aseguramiento al señor JNRP, no resultaba procedente que se ordenara privarlo de su libertad al anunciarse el sentido del fallo en su contra como responsable del delito de actos sexuales con menor de 14 años, por el cual fue condenado a la pena principal de 118 meses de prisión sin que se le concediera subrogado alguno y ii) en razón de las consideraciones de la sentencia C-342 de 2017 de la Corte Constitucional donde se hizo control abstracto del artículo 450 del CPP, tal actuación fue irregular ya que al no obrar ninguna medida cautelar personal contra el sentenciado al momento de comunicarse el sentido del fallo, no se podía ordenar su captura hasta que la sentencia dictada en su contra adquiriera firmeza. (…)

Considero que un correcto entendimiento del precedente C-342 de 2017 de la Corte Constitucional, es que con prescindencia de que se haya impuesto medida de aseguramiento al procesado, en los casos en que se impone una pena que no permite la concesión de ningún subrogado…, es posible diferir la captura hasta la ejecutoria de la decisión, bien sea en el anuncio del sentido del fallo o cuando se trate de la primera sentencia condenatoria dictada en el proceso…

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA DE DECISIÓN PENAL**

**M.P. MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

**SENTENCIA DE 2ª INSTANCIA**

Aprobado por acta # 638 del 17 de julio de 2019. H: 11:30 a.m.

Pereira, diecinueve (19) de Julio de dos mil diecinueve (2.019)

Hora: 08:08 a.m.

Procesado: JNRP

Delito: Actos sexuales con menor de 14 años

Radicación # 660016000035201204882-01

Procede: Juzgado 3º Penal del Circuito de Pereira

Asunto: Resuelve recurso de apelación interpuesto por la Defensa en contra de sentencia condenatoria.

Tema: Demostración de los hechos jurídicamente relevantes y violación del derecho de defensa.

Decisión: Modifica fallo confutado

**VISTOS:**

Procede la Sala Penal de Decisión del Tribunal Superior de este Distrito Judicial a desatar el recurso de apelación interpuesto por la Defensa en contra de la sentencia proferida por parte del Juzgado 3º Penal del Circuito de Pereira en las calendas del cinco (5) de junio del 2.015, en la cual se declaró la responsabilidad criminal del Procesado JNRP, por incurrir en la presunta comisión del reato de actos sexuales abusivos con menor de 14 años en concurso homogéneo-sucesivo.

**ANTECEDENTES:**

Acorde con lo consignado en el escrito de acusación, se dice que los hechos tuvieron lugar a eso de las 21:00 horas del 10 de noviembre del 2.012 en el interior de un inmueble ubicado en la Cra. 11 # 4-16 del barrio *Berlín* de esta municipalidad, y están relacionados con un supuesto abuso sexual perpetrado por el ciudadano JNRP, de 57 años de edad para ese entonces, en contra de la menor *S.U.L.* de 6 años de edad.

Del contenido de los medios de conocimientos allegados al proceso por la Fiscalía, se extrae que para esa fecha la niña “*S.U.L.”* se encontraba celebrando una piyamada en el aludido inmueble, cuando a eso de las 21:00 horas la menor expresó su deseo de querer regresar a su hogar, y ahí fue cuando JNRP aprovechó esa oportunidad para manosear a la infante en sus partes pudendas.

De igual manera en el escrito de acusación se aduce que no era la primera vez que sucedían tales hechos lascivos, porque hacía más o menos 1½ atrás el Sr. JNRP había manoseado a la menor *S.U.L* pero su familia decidió guardar silencio, porque el hijo del sátiro, EDWARD FERNANDO RAMÍREZ, con quien la madre de la menor, JENNY PATRICIA LONDOÑO, para ese entonces sostenía una relación conyugal, se comprometió en adoptar las medidas correctivas del caso para que su padre se abstuviera de seguir incurriendo en esa clase de comportamientos lujuriosos.

**LA ACTUACIÓN PROCESAL:**

1. Luego que la Fiscalía recopiló una serie de elementos materiales probatorios (*emp),* acudió ante un Juzgado de Control de Garantías con la finalidad que se libraran las correspondientes órdenes de captura en contra del entonces indiciado JNRP, las cuales se hicieron efectivas días después.
2. Las audiencias preliminares se llevaron a cabo el 27 de febrero de 2.014, ante el Juzgado 1º Penal Municipal de esta localidad, con funciones de control de garantías, en las que además de legalizarse la captura del entonces indiciado JNRP, también se le endilgaron cargos por incurrir en la presunta comisión de los delitos de actos sexuales abusivos con menor de 14 años, en concurso homogéneo-sucesivo. En dichas vistas públicas al Procesado no se le definió la situación jurídica con medida de aseguramiento, debido a que el Ente Acusado declinó de presentar petición alguna en tal sentido.
3. El escrito de acusación data del 26 de marzo del 2.014, correspondiéndole el conocimiento de la actuación al Juzgado 3º Penal del Circuito de Pereira, ante el cual el 9 de mayo esa anualidad se realizó la audiencia de formulación de la acusación, en la que la Fiscalía le enrostró cargos a JNRP como presunto autor de los reatos de actos sexuales con menor de 14 años, tipificados en el artículo 209 C.P. en concurso homogéneo-sucesivo.
4. La audiencia preparatoria se llevó a cabo día 17 de junio de 2.014, mientras que la audiencia de juicio oral tuvo lugar en sesiones celebradas el 5 de marzo y el 7 de abril de 2.015. Agotada las fases del debate probatorio y de las alegaciones, se anunció el sentido del fallo el que resultó ser de carácter condenatorio, por lo que se ordenó captura del Procesado, la cual se hizo efectiva de forma inmediata. Posteriormente en las calendas del 5 de junio del 2.015 se dictó el fallo condenatorio, en contra del cual se alzó de manera oportuna la Defensa, quien posteriormente sustentó por escrito el recurso de apelación.

**EL FALLO CONFUTADO:**

Se trata de la sentencia proferida por Juzgado 3º Penal del Circuito de Pereira en las calendas del cinco (5) de junio del 2.015, en la cual se declaró la responsabilidad criminal del Procesado JNRP, por incurrir en la presunta comisión del reato de actos sexuales abusivos con menor de 14 años en concurso homogéneo-sucesivo.

Como consecuencia de la aludida declaratoria de responsabilidad criminal, el Procesado JNRP fue condenado a purgar una pena de 118 meses de prisión. De igual forma en dicho fallo al Procesado de marras se le negó el disfrute de subrogados y sustitutos penales, por no cumplirse con los requisitos legales para la concesión de los mismos.

Los argumentos esgrimidos por el Juzgador de primer nivel para poder proferir un fallo de condena en contra del Procesado JNRP, se fundamentaron en establecer que en el presente asunto lo medios de conocimiento allegados al proceso cumplían con los requisitos necesarios para poder proferir una sentencia condenatoria.

Para poder llegar a la anterior conclusión, el Juzgado *A quo* decidió concederle un total y absoluto grado de credibilidad a la especial solvencia probatoria que manaba del testimonio rendido por la menor agraviada “*S.U.L”*, el cual fue catalogado como de persistente y consistente respecto de los señalamientos efectuados en contra del Procesado como la persona que en un par de oportunidades la manoseó en sus partes pudendas: a) Aquella vez que en Ella estaba viendo la televisión en una habitación de la casa del Procesado, quien al cargarla, aprovechó la oportunidad para *toquetearla* en la región púbica; b) En la ocasión en la que tuvo lugar la piyamada, durante la cual el Procesado la tocó por la vagina en el momento en el que Ella expresó su deseo de marcharse hacia su domicilio.

De igual forma, en la sentencia confutada se expuso que las atestaciones de la menor agraviada, de una u otra forma eran corroboradas con los testimonios absueltos por DIANA ALEJANDRA CALDERÓN y JENNY PATRICIA LONDOÑO, hermana y madre de la ofendida, quienes, respectivamente se percataron del apesadumbrado estado de ánimo que aquejaba a la niña como consecuencia de lo acontecido, y se dieron cuenta del anómalo comportamiento del Procesado, quien le gustaba hacerle propuestas libidinosas a las niñas, ya que en un pasado reciente había manoseado a la menor “*S.U.L”*, pero que decidieron guardar silencio, debido a que un hijo del Procesado, de nombre EDWARD FERNANDO RAMÍREZ, con quien la Sra. JENNY PATRICIA LONDOÑO sostuvo una relación sentimental, se comprometió en procurar que su padre corrigiera su comportamiento.

Finalmente, en el fallo confutado se rechazó la tesis propuesta por la Defensa, quien adujo que lo acontecido fue producto de un acto de alienación parental fraguado por la Sra. JENNY PATRICIA LONDOÑO, que a modo de represalia manipuló a su hija con el finalidad de desquitarse de las infidelidades de EDWARD FERNANDO RAMÍREZ, con quien sostuvo una frustrada relación sentimental.

Dicha tesis no fue compartida por el Juzgado *A quo*, quien adujo que en el proceso en momento alguno la Defensa demostró: a) La existencia del síndrome de la alienación parental; b) Que la menor haya sido manipulada por su madre, o los dichos por Ella hayan sido producto de una mendacidad o de una mitomanía.

**LA APELACIÓN:**

La discrepancia propuesta por el recurrente en la alzada se fundamentó en proponer la tesis consistente en que con las pruebas aducidas en el proceso, no se logró desvirtuar la presunción de inocencia que asistía al Procesado JNRP, y en consecuencia no se cumplían con el mínimo de los requisitos necesarios para poder proferir un fallo de condena en su contra, y ante la existencia de dudas probatorias, el Procesado JNRP debió ser favorecido con el *in dubio pro reo.*

Para acreditar la tesis de su inconformidad, el apelante expuso los siguientes argumentos:

* En el devenir del proceso tuvo ocurrencia una violación del Derecho de la Defensa del Acusado, que generó un estado de dudas probatorias que debieron resolverse en favor del Procesado, la cual aconteció a partir del momento en el que la Fiscalía en la acusación, y luego en el juicio, no precisó ni demostró las circunstancias de tiempo, modo y lugar en la que ocurrieron los hechos ni la acción delictiva, de la cual solo se dijo que acaeció unos dos años o un año y medio atrás.

Tal falencia, al no precisar en la acusación las calendas en las cuales ocurrieron los hechos conllevó a que al Procesado se le vulnerara el Derecho a la Defensa, porque se le castró la oportunidad de poder probar todo lo contrario o de invocar a modo de coartada que el acusado estuvo en otro sitio o lugar en el momento en el que tuvieron ocurrencia los hechos.

* El fallo se sustentó en el testimonio rendido por la menor *“S.U.L”*, al cual no se le debió otorgar total y absoluta credibilidad, por cuanto: a) Sus dichos no obtienen eco en el resto de pruebas habidas en el proceso, debido a que las personas que corroboran las atestaciones de la agraviada se tratan de testigos de oídas, a quienes no les consta lo acontecido; b) Los relatos de la menor sobre cómo ocurrieron los hechos y el lugar en donde estos acaecieron, al confrontarse entre sí, los mismos se tornan incongruentes, incoherentes y contradictorios.
* En el fallo opugnado no se apreciaron las declaraciones de los testigos de cargos, con los cuales se demostró que el Procesado no pudo cometer el delito que se le enrostra por tratarse de un ciudadano humilde, serio, trabajador, honrado y cumplidor de sus obligaciones.
* El Juzgado de primer nivel incurrió en un dislate cuando ignoró las pruebas que demostraban que la menor fue manipulada por su madre para que falazmente implicara al Procesado en la comisión de un delito del que es inocente. Prueba de ello se extrae del silencio que guardaron frente a los lascivos hechos que supuestamente tuvieron ocurrencia hacia unos dos años, pero extrañamente después que terminó en malos términos la relación sentimental que EDUAR FERNANDO RAMÍREZ, hijo del Procesado, sostenía con la Sra. GENNY PATRICIA LONDOÑO, ahí es cuando la madre de la menor procedió a denunciar al Procesado por un segundo dudoso episodio lujurioso.

Para demostrar la inquina que la Sra. GENNY PATRICIA LONDOÑO le profesa al Sr. EDUAR FERNANDO RAMÍREZ, como consecuencia del descalabro sentimental que tuvo con Él, el recurrente adjuntó a la alzada unas copias de unas publicaciones extractadas del perfil que la Sra. GENNY PATRICIA LONDOÑO tiene en la red social *Facebook*, las cuales la Defensa desconocía en el devenir del juicio, en las que dicha señora hacia una serie de comentarios oprobiosos en contra del Sr. JNRP y se regodeaba de la difícil situación en la que se encontraba inmerso con la administración de justicia.

Con base en lo anterior, el recurrente solicitó la revocatoria del fallo opugnado y la consecuencia absolución del Procesado JNRP de los cargos por los cuales fue llamado a juicio.

**LAS RÉPLICAS:**

Durante el término del traslado para fungir como no recurrentes, la Fiscalía presentó sus correspondientes alegatos, con los cuales rechazó la tesis de la discrepancia propuesta por el apelante y en consecuencia clamó por la confirmación del fallo opugnado, porque en sentir del no recurrente el acervo probatorio fue apreciado y analizado en debida forma por parte del Juzgado *A quo*.

En sus alegatos de no recurrente la Fiscalía adujo lo siguiente:

* No es verdad que al Procesado se le haya vulnerado el derecho a la defensa, porque tanto en la formulación de la imputación como en la acusación al Procesado se le endilgó con suma precisión la fecha en la cual ocurrieron los hechos, la que correspondía al 10 de noviembre de 2.012, lo cual posteriormente se demostró con base en las pruebas que se allegaron al proceso, con las que se acreditó que en efecto el Procesado manoseó a la niña agraviada.

De igual manera, en dichos actos procesales al Procesado se le endilgaron cargos por un hecho similar ocurrido tiempo atrás en contra de la víctima, el que pese a que a que no fue posible precisar la fecha en la que ocurrió, de todas maneras la ocurrencia de ese evento se demostró con el testimonio de la menor ofendida.

* Por el simple hecho que la Fiscalía en las audiencias preliminares haya decidido retirar la petición de imposición de medida de aseguramiento en contra del Procesado, no quiere decir que dudaba de su responsabilidad criminal, ya que ello se debió a que para ese entonces el Ente Acusador no tenía en su poder los elementos necesarios para demostrar los requisitos de justificación y de necesidad de las medidas de aseguramiento.
* No es cierta la supuesta orfandad probatoria del testimonio de la víctima, porque en el proceso existían pruebas testimoniales que corroboraban sus atestaciones, entre ellas los testimonios absueltos por MARÍA EDILMA TAPASCO, así como las declaraciones del psicólogo y de la médica forense.
* Por su extemporaneidad, las pruebas allegadas por la Defensa no pueden ser apreciadas por la Colegiatura, debido a que las mismas ni fueron objeto de debate en el devenir del juicio oral.

**PARA RESOLVER SE CONSIDERA:**

**- Competencia:**

Como quiera que estamos en presencia de un recurso de apelación que fue interpuesto y sustentado de manera oportuna en contra de una Sentencia proferida por un Juzgado Penal con categoría de Circuito que hace parte de este Distrito Judicial, esta Sala de Decisión Penal, según las voces del # 1º del artículo 34 C.P.P. sería la competente para resolver la presente Alzada.

De igual forma no se avizoran la ocurrencia de irregularidades sustanciales que de una u otra forma hayan viciado de nulidad la actuación procesal.

**- Problema Jurídico:**

Acorde con los argumentos puestos a consideración de esta Colegiatura tanto por parte del recurrente como de los no apelantes, considera la Sala que de los mismos se desprenden el siguiente problema jurídico:

¿Incurrió el Juzgado de primer nivel en yerros en la apreciación del acervo probatorio que le impidieron darse cuenta de la existencia de unas dudas razonables que debieron ser capitalizadas en favor del Procesado JNRP, acorde con los postulados del principio del *in dubio pro reo?*

*¿*Se le vulneró el Derecho a la Defensa que le asiste al Procesado JNRP como consecuencia de la manera tan genérica e indeterminada como la Fiscalía le endilgó uno de los cargos con los cuales lo convocó a juicio criminal?

**- Solución:**

**1) La vulneración del Derecho a la Defensa del Procesado como consecuencia de la falta de precisión en la que incurrió la Fiscalía General de la Nación en las calendas en las cuales tuvieron ocurrencia de los hechos jurídicamente relevantes que al Procesado le fueron enrostrados en la acusación.**

Una de las principales tesis de la discrepancia propuesta por el apelante, están relacionadas con aseverar que al Procesado JNRP se le vulneró el derecho a la defensa como consecuencia de la indeterminación cronológica y la posterior falta de acreditación por parte del Ente Acusador de las calendas y de las premisas fácticas en las cuales pudieron tener ocurrencia los hechos lascivos que en la acusación se le enrostraron al Procesado de marras, lo cual, como ya se dijo, según decir del apelante, trajo como consecuencia que al encausado se le conculcara el derecho a la defensa, ya que al no saber la Defensa la fecha exacta o probable en la que ocurrieron los hechos, se le obstaculizó la posibilidad de allegar pruebas con las que podía desvirtuar tales incriminaciones o de poder demostrar, a modo de coartada, que para ese entonces el Procesado se encontraba en otro sitio o lugar, y en consecuencia era imposible que pudiera perpetrar los hechos lúbricos endilgados en su contra.

Para poder resolver las inconformidades expresadas por el apelante, la Sala, al efectuar un análisis de la acusación, de bulto observa que los hechos jurídicamente relevantes que integran los cargos que en tal libelo le fueron enrostrados al acriminado, se sustentaron en un par de episodios lujuriosos que ocurrieron dos momentos diferentes: a) Uno que acaeció a eso de las 20:00 horas del 10 de noviembre del 2.012, en el interior de un inmueble ubicado en la Cra. 11 # 4-16 del barrio Berlín de esta municipalidad, y están relacionados con unos supuestos toqueteos que el Procesado le hizo a la menor agraviada en sus partes pudendas, cuando Ella, durante una especie de piyamada, le expresó sus deseos de que la llevaran hacia su residencia; b) Otro evento similar, que sucedió en ese mismo inmueble, hacia año y medio o dos años antes, los que tenían que ver con unos supuestos manoseos que el Procesado le hizo a la infante en la región genital, los cuales no fueron denunciados porque un hijo del ahora Procesado, EDWARD FERNANDO RAMÍREZ, con quien para ese entonces la madre de la menor, JENNY PATRICIA LONDOÑO, sostenía una relación conyugal, se comprometió en adoptar las medidas correctivas del caso para que a futuro su lascivo padre se abstuviera de seguir incurriendo en esa clase de comportamientos licenciosos.

Frente a ese inicial evento lujurioso, o sea el que se dice que acaeció eso de un año y medio o unos dos años antes, la Sala comparte la tesis de la discrepancia propuesta por el apelante, porque tales cargos, en sus aspectos factuales y cronológicos, le fueron endilgados al Procesado de manera genérica, imprecisa, indeterminada y abstracta, ya que en el libelo acusatorio en momento alguno se dijo el cómo, el cuándo y el dónde tuvieron ocurrencia esos hechos lúbricos, lo que generó que al acusado se le vulnerara el derecho de defensa, porque, si acorde con lo consignado en los artículos 8º, ordinal *h,* 288, # 2º, y 337, # 2º, del C.P.P. es deber de la Fiscalía poner en conocimiento del Procesado los hechos jurídicamente relevantes que integran el libelo acusatorio o la formulación de la imputación, *indicando de manera expresa y comprensible las circunstancias de modo, tiempo y lugar como ellos acontecieron*; lo cual jamás tuvo lugar respecto a esa supuesta inicial conducta licenciosa que la Fiscalía le enrostró al Procesado, y por ende se reitera que en momento alguno el Ente Acusador le indicó a la Defensa, de manera clara y precisa, sobre las circunstancias de tiempo, modo y lugar respecto de cómo acaecieron dichos hechos lujuriosos.

Sobre el aludido deber que le asiste a la Fiscalía de indicarle con claridad a la Defensa las circunstancias de tiempo, modo y lugar que constituyen los hechos jurídicamente relevantes, y las consecuencias procesales que generaría su incumplimiento, la Corte se ha expresado en los siguientes términos:

“A este efecto, la Sala debe resaltar el carácter estructural de los hechos jurídicamente relevantes, pues, no solo representan una garantía de defensa para el imputado o acusado, en el entendido que este debe conocer por qué se le está investigando o es llamado a juicio, sino que en razón a su carácter inmutable, se erigen en bastión insustituible de las audiencias de formulación de imputación y acusación, de cara al soporte fáctico del fallo.

En otras palabras, cuando el numeral segundo del artículo 288 de la Ley 906 de 2004, advierte que dentro de la imputación se ofrece obligatorio para el Fiscal efectuar una “Relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes, en lenguaje comprensible”; y, a su turno, el artículo 337 ibídem, reitera que la acusación debe consignar este mismo tópico; no solamente está referenciando una garantía para el procesado, sino que verifica inconcuso un elemento consustancial a dichas diligencias, a la manera de entender que sin el requisito en cuestión el acto procesal se despoja de su esencia y deviene, en consecuencia, nulo.

Ello se entiende mejor al examinar la naturaleza y finalidades de ambos institutos procesales, en tanto, si se considera que la imputación emerge como el acto comunicacional a través del cual el Fiscal informa al imputado los hechos por los cuales lo investiga; y, a su turno, la acusación representa el momento en el que ese funcionario formula cargos al procesado, de manera que solo en torno de estos puede girar el juicio, elemental surge que consustancial a ambos trámites se erige la definición de cuáles son, de manera clara y completa, los hechos o cargos que los gobiernan.

**Entonces, si la imputación y la acusación no contienen de forma suficiente ese elemento toral, apenas puede concluirse que no cumplió con su cometido y, así, el debido proceso en toda su extensión ha sido afectado, reclamando de condigna invalidez, única forma de restañar el daño causado en el asunto que se examina**.

(:::)

**Se concluye: la determinación de los elementos estructurales del tipo penal que se atribuye al imputado o acusado, se erige fundamental y trascendente, no solo porque gobierna la esencia y finalidad de las diligencias de imputación y acusación, sino en virtud de que este conocimiento básico es indispensable para que el procesado y su defensor puedan adelantar su tarea investigativa o de contradicción, a más que irradia la pertinencia de las pruebas pasibles de solicitar en la audiencia preparatoria**…..”[[1]](#footnote-1).

En suma, para la Sala no existe duda alguna que al Procesado se le conculcó el Derecho a la Defensa como consecuencia de la manera tan indeterminada y abstracta de como la Fiscalía le enrostró en el libelo acusatorio los hechos lujuriosos que supuestamente habían sucedido un año y medio o dos años antes.

Pese a que en el proceso está acreditada la ocurrencia de la anterior mácula, de igual manera se podría decir, como lo adujo el Ente Acusador en sus alegatos de no recurrente, que la misma fue enmendada como consecuencia de lo atestado en el juicio por la menor “*S.U.L.”*, en donde expuso las circunstancias de tiempo, modo y lugar en la que tuvieron ocurrencia esos iniciales hechos lujuriosos, al afirmar que los mismos acontecieron hacia unos dos años atrás, en cierta ocasión en la que Ella se encontraba viendo televisión en una habitación de la residencia del Procesado, quien se aprovechó de una petición que le hizo para que cambiara el canal que estaba viendo en la televisión, para cargarla y manosearla en sus partes pudendas.

Si bien es cierto que no se puede desconocer que la menor ofendida en su testimonio dio un relato un tanto circunstanciado de lo que aconteció en ese entonces, pero gaseoso e indeterminado en el tiempo, de igual manera para la Sala tal situación en momento alguno subsana la mácula relacionada con la violación del derecho de defensa, ni enmienda el incumplimiento del deber que le asistía a la Fiscalía de narrar en la acusación, con absoluta claridad y precisión, las circunstancias de tiempo, modo y lugar respecto de cómo ocurrieron los hechos jurídicamente relevantes, por cuanto, como bien se dijo en el precedente jurisprudencial citado con antelación, con tal información se le brinda la oportunidad a la Defensa de poder elaborar una estrategia Defensiva, lo cual no sucedió en el *subexamine*, porque prácticamente la Defensa no tuvo ninguna oportunidad de aportar pruebas con las cuales podía controvertir o refutar todo lo que la menor agraviada iba a decir sobre lo que supuestamente le sucedió a Ella en el aludido primer incidente lúbrico.

Ahora bien, a pesar que en el proceso está demostrado que tuvo ocurrencia una vulneración del Debido Proceso y del Derecho a la Defensa que le asiste al Procesado JNRP, se podría decir que la Sala deba acudir a la declaratoria de la nulidad parcial de la actuación como herramienta procesal para sanear tal macula, pero creemos que tal irregularidad se subsanaría al aplicar al principio rector del *carácter residual de la declaratoria de las nulidades procesales,* consagrado en el # 5º del artículo 310 de Ley 600 de 2.000[[2]](#footnote-2), el cual pregona que solo es factible acudir a la anulación de un proceso, cuando *«no existe (sic) otro remedio procesal, distinto de la nulidad, para subsanar el yerro que se advierte..»[[3]](#footnote-3)*.

Para poder hacer uso del principio de marras, se torna necesario verificar si pese a lo atestado por la menor ofendida en contra del acriminado, respecto de ese primer incidente licencioso ocurrido hacía un año y medio o dos años atrás, el Procesado podría salir absuelto de esos cargos, porque de ser así es obvio que la absolución debe primar o prevalecer sobre la declaratoria de nulidad cuando con esta última lo que se busca es reestablecer garantías del procesado, como bien lo ha hecho saber la Corte de la siguiente forma:

“No obstante, tal como ha sido indicado por la Sala, la Corte se ha orientado por sostener que de llegarse a presentar tensión entre las alternativas de declarar la ineficacia de lo actuado a consecuencia de encontrar acreditada la configuración de vicios de estructura o de garantía que afectan exclusivamente al procesado, y la de excluirlo de responsabilidad penal, en sede extraordinaria debe resolverse a favor de la opción que le reporte mayor significación sustancial, que no es otra que la del derecho a la absolución por los cargos que le fueron formulados, como finalidad superior perseguida por la garantía fundamental de defensa técnica y material….” [[4]](#footnote-4).

Acorde con lo anterior, la Sala es de la opinión que en el presente asunto no se satisfacen con los mínimos requisitos probatorios exigidos por el articulo 381 C.P.P. para poder pregonar la responsabilidad criminal del Procesado JNRP por incurrir en la comisión de ese evento licencioso que de manera genérica, indeterminada y abstracta le fue endilgado en la acusación, porque las únicas pruebas que corroborarían los señalamientos cronológicamente imprecisos que la ofendida efectuó en contra del encausado, se tratan de simples y meros testigos de oídas quienes obtuvieron esa información de lo que la menor agraviada les dijo sobre lo acontecido a Ellos o a terceras personas, como bien se desprende de:

* Lo atestado por JENNY PATRICIA LONDOÑO BRITO, madre de la víctima, la que se puede catalogar como testigo de oídas de 2º grado, a quien la enteraron de lo acontecido las hermanas mayores de la ofendida, y ante tal situación procedió a ponerle las quejas a su entonces marido, EDWARD FERNANDO RAMÍREZ, quien se comprometió en arreglar esa situación con su padre, o sea el ahora Procesado JNRP.
* La testigo DIANA ALEJANDRA CALDERÓN LONDOÑO, hermana de la víctima, fue clara en manifestar que no sabía de mayores detalles de lo acontecido en ese entonces.
* Lo consignado en la anamnesis del dictamen médico legal elaborado por la galena ADRIANA MENDOZA JIMÉNEZ, lo que es solo una transcripción del relato que sobre lo acontecido la menor ofendida le dijo a esa experta, lo cual debe ser considerado como una prueba de referencia, como bien lo ha hecho saber la Corte en los siguientes términos:

“Es pertinente resaltar que la anamnesis a la cual alude el médico Prada Moreno, corresponde al relato de Fernanda Romero, de manera que respecto de los sucesos declarados, el galeno no actúa como testigo directo de los mismos, pues únicamente los reproduce, de modo que los falladores de primera y segunda instancia erraron al valorar lo expuesto por la víctima como si se tratara de una prueba directa, es decir, como si hubiera comparecido a declarar en el juicio, cuando lo cierto es, como ya se ha destacado, que no únicamente no asistió al debate, sino que privó al procesado de su derecho de confrontación

Conforme a las reglas del sistema penal acusatorio establecido en la Ley 906 de 2004 no basta para proferir una sentencia de condena, como lo hicieron los falladores en este caso, establecer una coincidencia entre la denuncia (no incorporada legalmente al proceso), la anamnesis y el examen sexológico para concluir que se cometió el delito de acceso carnal violento, pues era imprescindible contar con la declaración de la víctima dentro del juicio, a fin de soportar la decisión judicial respetando los derechos del acusado….” [[5]](#footnote-5).

Por lo tanto, si las imprecisas atestaciones cronológicas de la menor agraviada solamente se encuentran corroboradas mediante testimonios de oídas, y si a ello le aunamos que los testimonios de oídas prácticamente no tienen ningún tipo de valor suasorio o de convicción por atentar en contra de los principios de la contradicción y de la originalidad de las pruebas[[6]](#footnote-6), lo que tiene su razón de ser en el riesgo que corre la información de tergiversarse o de distorsionarse cuando pasa de una fuente a otra, generándose de esa forma el fenómeno conocido por la psicología como *“el teléfono roto o descompuesto”*. Ante tal situación, la Sala válidamente puede concluir que un testimonio de semejante naturaleza carece de la entidad probatoria que se requiere como suficiente y necesaria como para poder desvirtuar la presunción de inocencia que desde un principio estuvo acompañado al Procesado JNRP.

Siendo así las cosas, la Colegiatura se abstendrá de declarar la nulidad de la actuación procesal por haberse tenido ocurrencia una vulneración del Debido Proceso y del Derecho a la Defensa del encausado, y en su lugar revocará parcialmente el fallo confutado en todo aquello que tiene que ver con la declaratoria de responsabilidad criminal pregonada en contra del Procesado JNRP respecto del inicial evento lúbrico presuntamente endilgado en su contra, de lo cual en consecuencia será absuelto.

**2) Los yerros de apreciación probatoria.**

Mediante el presente cargo el recurrente cuestiona el grado de credibilidad que en el fallo opugnado se le concedió al testimonio rendido por la menor agraviada, porque en su opinión no existían razones para concederle credibilidad a sus dichos por cuanto: a) Ella incurrió en serias contradicciones e inconsistencias en los diferentes relatos que le ofreció a distintas autoridades, tales como la Policía Judicial, Medicina Legal, etc… b) Sus dichos solo estaban abonados con pruebas de referencia y testigos de oídas.

Frente a lo anterior, la Sala dirá que no le asiste la razón a los reproches formulados por el recurrente, y que por el contrario el Juzgado de primer nivel estuvo atinado al momento de apreciar el acervo probatorio, el cual cumplía con los requisitos necesarios para poder proferir un fallo de condena en contra del acusado.

Para poder llegar a la anterior conclusión, se hace necesario que se tenga en cuenta lo siguiente:

* No es verdad que la menor agraviada incurrió en serias y severas contradicciones en los diferentes relatos que sobre lo acontecido les dijo a otras autoridades. Prueba de ello se obtiene con analizar lo que Ella le dijo tanto al psicólogo forense y a la médico legista, de lo cual se extrae que el relato de la menor se mantuvo en su esencia, al encontrarse circunscrito a lo que le sucedió con el Procesado la noche esa en la que acudió a su residencia para celebrar una piyamada con una amiga.

Tal uniformidad que caracteriza, como común denominador, los diferentes relatos que la menor ha ofrecido, generan lo que la doctrina ha denominado como *indicio de perseverancia*, el cual se presenta *«cuando el declarante se ha mantenido en firme en su imputación…»*[[7]](#footnote-7).

* No existían razones para poner en tela de juicio la credibilidad que manaba de lo atestado por la menor agraviada, ya que supo ofrecer un relato lógico, coherente, en el que de manera hilvanada narró las circunstancias de tiempo, modo y lugar de lo acontecido con el Procesado, quien aviesamente le manoseó la vagina cuando, luego de asistir a una piyamada en su domicilio, por invitación que una amiguita le hizo, Ella le expresó su deseo de querer irse para su casa, oportunidad esta que aprovechó el encausado para toquetearla en sus genitales.
* Pese a que es cierto que pueden ser consideradas como pruebas de referencia muchas de los medios de conocimiento allegados a la actuación para corroborar las atestaciones de la menor ofendida, porque es cierto que los testigos que acudieron al proceso no les constaba nada de lo acontecido, ya que lo único que esos testigos hicieron fue replicar lo que a Ellos les contó la menor ofendida sobre lo que le sucedió con el ahora Procesado. De igual manera no se puede desconocer que esas pruebas de una u otra forma ratificaban aspectos esenciales del relato de la víctima, lo que de una u otra forma abonaba la credibilidad de los señalamientos efectuados en contra del Procesado, por lo siguiente: a) Acorde con los testimonios absueltos por las Sras. DIANA ALEJANDRA CALDERÓN LONDOÑO y MARÍA EDILMA TAPASCO GUARUMO, se acreditó que en efecto esa noche del 10 de noviembre del 2.012, la menor les pidió un permiso para poder ir a jugar en una piyamada que se iba a celebrar en la casa de una amiguita de nombre *“MANUELA”*; b) No existe duda alguna que esa noche del 10 de noviembre de 2.012 a la menor le sucedió algo de connotaciones erótico-sexuales, ya que una vez que su hermana DIANA ALEJANDRA CALDERÓN se enteró de lo acontecido, procedió a llevarla de manera inmediata a la clínica *Comfamiliar* en donde fue atendida, como bien se desprende de las copias del extracto de la historia clínica que fueron aportadas al proceso por el Ente Acusador; c) Según los testimonios absueltos por las Sras. DIANA ALEJANDRA CALDERÓN LONDOÑO y MARÍA EDILMA TAPASCO GUARUMO, se desprende cual era el estado de ánimo que tenía la menor luego que regresó a su casa de la piyamada, quien se encontraba triste y apesadumbrada, como si algo le hubiera sucedido.

Por otra parte, en lo que tiene que ver con la otra tesis de la inconformidad expresada por el apelante, quien adujo que el Juzgado de primer nivel no apreció en debida forma las pruebas que demostraban que la menor agraviada, acorde con el síndrome de la alienación parental, había sido manipulada por su madre, JENNY PATRICIA LONDOÑO, con la aviesa intención de vengar una infidelidad de su otrora cónyuge EDWARD FERNANDO RAMÍREZ, la Sala dirá que no le asiste la razón a los reproches del recurrente, porque en momento alguno con las pruebas allegadas al proceso pudo demostrar el síndrome de marras.

Como punto de partida, necesariamente debemos tener en cuenta que el aludido síndrome de alienación parental se presenta cuando:

“Algunas personas cercanas al entorno de un menor influyen o manipulan su testimonio para perjudicar a otra persona que también hace parte de ese medio del niño, atribuyéndole conductas que no ha llevado a cabo, con un fin meramente revanchista…” [[8]](#footnote-8).

En el caso *subexamine*, pese a ser un hecho cierto el consistente en que entre la madre de la menor ofendida, JENNY PATRICIA LONDOÑO, y un hijo del Procesado, EDWARD FERNANDO RAMÍREZ, existió una relación conyugal que finalizó en malos términos, de igual manera en la actuación no existen pruebas que de manera categórica demuestren que la menor “*S.U.L.”* haya sido manipulada perversamente por su madre para que de manera falaz incriminara al Procesado JNRP, por el prurito revanchista de hacer sufrir a su hijo EDWARD FERNANDO RAMÍREZ por las aciagas desavenencias conyugales que JENNY PATRICIA LONDOÑO tuvo con este último, por lo siguiente:

* Según se desprende del informe rendido por el psicólogo forense JORGE OLMEDO CARDONA, se tiene que ese experto no avizoró que existiera ánimo de venganza ni animadversión en las incriminaciones que la ofendida hizo en contra del Procesado, lo cual para la Sala en un principio descartaría la aludida alienación parental.
* No se puede desconocer que en el proceso está demostrado que la noche en la cual ocurrieron los hechos la menor ofendida fue atendida de manera inmediata en la clínica *Comfamiliar*, porque se tenían serias sospechas que a la niña le sucedió algo de connotaciones erótico-sexuales, lo cual descartaría que las sindicaciones efectuadas en contra del Procesado sean producto de unas patrañas urdidas a modo de retaliación por una persona despechada.
* Las pruebas aducidas por el recurrente, como documentos adjuntos de la alzada, para demostrar la animadversión que la Sra. JENNY PATRICIA LONDOÑO le profesaba a su antiguo amante EDWARD FERNANDO RAMÍREZ, y como Ella se regodeaba de la difícil situación jurídica por la que pasaba su exsuegro, acorde con lo ordenado por el principio de preclusión de instancias, no pueden ser apreciadas por la Colegiatura por tratarse de pruebas que en momento alguno arribaron al proceso en las fases procesales pertinentes.

En suma, la Sala es de la opinión que no le asiste la razón a los reproches que el recurrente ha formulado en contra del fallo confutado porque en momento alguno el Juzgado de primer nivel incurrió en los yerros de apreciación probatoria denunciados por el apelante.

Siendo así las cosas, la Colegiatura confirmará parcialmente el fallo opugnado en todo aquello que tiene que ver con el juicio de responsabilidad criminal pregonado en contra del Procesado JNRP por incurrir en la comisión del delito de actos sexuales abusivos con menor de 14 años, acaecido eso de las 21:00 horas del 10 de noviembre del 2.012 en el interior de un inmueble ubicado en la Cra. 11 # 4-16 del barrio Berlín de esta municipalidad.

De igual manera, por ser atinada, también se confirmará la decisión del Juzgado de primer nivel de negarle al Procesado de marras el disfrute de sustitutos y de subrogados penales, a los cuales no tendría derecho por expresa prohibición de las disposiciones consagradas en la Ley # 1.098 de 2.006 y en el artículo 68A C.P.

Finalmente, en lo que tiene que ver con las penas impuestas al Procesado, es obvio que las mismas deban ser redosificadas como consecuencia de lo resuelto y decidido en el presente fallo de 2ª instancia, para lo cual se tendrá en cuenta que en el fallo confutado el Procesado JNRP fue condenado a la pena principal de 118 meses de prisión, para lo cual el Juzgado de primer nivel tomó como pena base la de 108 meses de prisión, que vendría siendo la del límite inferior del primer cuarto de punibilidad, a la que le adicionó 10 meses más por el delito acompañante. Pero como quiera que en el fallo presente fallo de 2ª instancia el Procesado resultó absuelto por el delito acompañante, ello quiere decir, acogiendo los criterios del Juzgado *A quo,* que la pena que debe purgar el Procesado JNRP debe corresponder a la de 108 meses de prisión.

Por otra parte, en lo que atañe con la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derecho y funciones públicas, está ha de corresponder a 108 meses porque acorde con lo reglado en el inciso 3º del articulo 52 C.P. al declarado penalmente responsable por regla general se le debe imponer dicha pena accesoria por un término similar al de la pena de prisión.

En mérito de todo lo antes lo expuesto, la Sala Penal de Decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

**RESUELVE:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** parcialmente la sentencia proferida por parte del Juzgado 3º Penal del Circuito de Pereira en las calendas del cinco (5) de junio del 2.015, en la cual se declaró la responsabilidad criminal del Procesado JNRP, por incurrir en la presunta comisión del reato de actos sexuales abusivos con menor de 14 años.

**SEGUNDO: REVOCAR** parcialmente el fallo opugnado en lo que tiene que ver con el juicio de responsabilidad criminal pregonado en contra del Procesado JNRP, respecto de incurrir en la comisión de un delito de actos sexuales abusivos con menor de 14 años que supuestamente acaeció unos dos años antes del delito homónimo por el que se declaró su responsabilidad criminal, para en su lugar ***ABSOLVER*** de tales cargos al Procesado de marras.

**TERCERO:** **REDOSIFICAR** las penas impuestas al Procesado JNRP, quien deberá purgar una pena de nueve (9) años de prisión, y una pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derecho y funciones públicas por un término similar al de la pena de prisión.

**CUARTO:** **CONFIRMAR** el fallo opugnado en todo aquello que tiene que ver con la negativa de reconocerle al Procesado JNRP el derecho a disfrutar subrogados y sustitutos penales.

**QUINTO:** Declarar que en contra de la presente decisión de 2ª instancia procede el recurso de Casación, el cual deberá ser interpuesto y sustentado dentro de las oportunidades de ley.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

**MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

**Magistrado**

*Con salvamento y aclaración de voto*

**JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE**

**Magistrado**

*Con aclaración de voto*

**JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ**

**Magistrado**

*Con aclaración de voto*

**SALVAMENTO Y ACLARACIÓN DE VOTO**

Pese a que el suscrito funge en el presente como magistrado ponente, me he visto en la necesidad salvar y aclarar mi voto como consecuencia de la decisión asumida por la Sala mayoritaria de no aprobar de manera integral el proyecto que en su debida oportunidad le fue puesto a su consideración.

Es de anotar que cuando se radicó la ponencia, el proyecto puesto a consideración de la Sala incluía los siguientes aspectos:

1. La revocatoria del juicio de responsabilidad criminal pregonado en contra del Procesado JNRP por uno de los cargos por los cuales fue llamado a juicio, y la subsecuente absolución del Procesado de marras de tales cargos.

2. La confirmación de la declaratoria del compromiso penal del Procesado JNRP, en lo que tenía que ver con la comisión de los hechos lujuriosos acaecidos a eso de las 21:00 horas del 10 de noviembre del 2.012 en el interior de un inmueble ubicado en la Cra. 11 # 4-16 del barrio Berlín de esta municipalidad, los que estaban relacionado con un supuesto abuso sexual perpetrado por el aludido Procesado en contra de la menor S.U.L. de 6 años de edad.

3. El reconocimiento que en la actualidad el Procesado JNRP se encontraba *irregularmente* privado de la libertad, y que por ende dicho derecho debía ser restablecido a la mayor brevedad posible.

Es de anotar que los argumentos invocados en la ponencia para que al Procesado JNRP se le reconociera el derecho a la libertad fueron los siguientes:

«Aspecto que llama poderosamente la atención de la Sala es que cuando fue anunciado el sentido del fallo, al decidirse que la sentencia iba a ser condenatoria, se ordenó la inmediata detención del Procesado JNRP[[9]](#footnote-9), quien para ese entonces además de encontrarse disfrutando de la libertad, como consecuencia de que la Fiscalía declinó de impetrar la imposición en su contra de cualquier tipo de medidas de aseguramiento, de manera religiosa había comparecido al proceso, tanto es así que su captura céleremente tuvo lugar al finalizar la audiencia en la que se anunció el sentido del fallo.

De igual manera la Sala no puede desconocer que para las calendas en las que se tomó ese determinación, o sea el 7 de abril de 2.015, la misma se podría considerar como acertada porque se encontraba en congruencia con lo reglado en el artículo 450 C.P.P. y de lo que en tal sentido había dicho la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia[[10]](#footnote-10); pero de igual manera la Colegiatura no puede ignorar que a partir del 24 de mayo de 2.017 dicha línea de pensamiento fue revalidada drásticamente como consecuencia de lo resuelto y decidido por la Corte Constitucional en la Sentencia # C-342/17, en la cual se dijo:

**“No obstante encuentra la Sala, que la interpretación de acuerdo con la cual, la norma demandada contiene un mandato que impone la privación de la libertad, cuando se anuncia la condena de un procesado a pena privativa de la libertad y se le niegan subrogados o penas sustitutivas, resulta contraria a la Constitución y las garantías del debido proceso, en tanto que invierte la comprensión constitucional del derecho fundamental a la libertad personal, al establecer como regla general el encarcelamiento y como excepción la libertad personal.**

(:::)

La Sala reitera que el anuncio del sentido fallo y la sentencia constituyen una unidad, en cuanto acto jurídico complejo, y precisa que el anuncio del sentido del fallo y la decisión que se adopte acerca de la libertad de quien ha sido hallado culpable, no son impugnables. Si bien la decisión del juez de conocimiento puede implicar la privación de la libertad de esa persona, el término de quince (15) días dispuesto por el artículo 447 del Código de Procedimiento Penal no resulta desproporcionado en sus efectos frente a la libertad, por el breve transcurso de tiempo que acontece entre el referido anuncio y la sentencia.

(:::)

Reitera finalmente la Corte, que el juez de conocimiento al momento de dictar el sentido de fallo y tomar decisiones alrededor de la libertad del acusado, está en la obligación de evaluar todas las circunstancias relacionadas con el caso y la conducta del mismo, velando por la integridad de sus derechos fundamentales y la vigencia del principio pro libertate. Adicionalmente debe considerar, que la privación de la libertad es excepcional y que más aún debe serlo la privación de la libertad intramural, por implicar un afectación más profunda de los derechos fundamentales….”[[11]](#footnote-11).

Lo antes expuesto, nos quiere decir que como consecuencia del principio de la afirmación de la libertad, y de lo regulado en el artículo 188 de la Ley 600 de 2.000[[12]](#footnote-12), aplicable al presente asunto según los principios de coexistencia y de integración, se tiene que en aquellos eventos en los que el Procesado se encuentre disfrutando de la libertad, porque en su contra no se impuso ningún tipo de medidas de aseguramiento privativas de la libertad, y al momento de anunciarse el sentido del fallo, este sea de carácter condenatorio, sin el reconocimiento del derecho a subrogados y sustitutos penales, ya no sería factible ordenar su inmediata detención hasta tanto no se encuentre en firme la sentencia condenatoria.

Al aplicar lo anterior al caso en estudio, considera la Sala que a partir del momento en el que la Corte Constitucional emitió la aludida sentencia de constitucionalidad, la cual sobra decir que es de obligatorio cumplimiento[[13]](#footnote-13), la situación de privación de la libertad del Procesado JNRP se tornó un tanto irregular en el evento que se le den efectos retroactivos a la sentencia de marras, lo que es factible si partimos de la base consistente en que los precedentes jurisprudenciales, por regla general, rigen hacia el futuro, pero al igual que lo ordenado por el principio de favorabilidad, de manera excepcional pueden tener efectos retroactivos en aquellos eventos en los que sean beneficiosos para los intereses de los Procesados, como lo ha hecho saber la Corte en los siguientes términos:

“Ahora bien, como en este asunto los falladores acogieron la tesis jurisprudencial vigente para ese momento, no puede afirmarse que se hubiera incurrido en yerro alguno y por tanto nada hay por corregir a pesar de la nueva postura jurisprudencial, pues siendo el precedente de obligatorio acatamiento, en la medida que debe entenderse como la ley interpretada para el caso concreto, sus efectos desfavorables solo pueden regir hacia el futuro, según se encuentra definido por el principio de favorabilidad en materia penal.

(:::)

Dada la importancia del precedente y, concretamente, equiparada la jurisprudencia al nivel de fuente del derecho, también resulta evidente que los principios que ilustran y guían la aplicación de la ley igualmente la deben seguir, por ejemplo, que la nueva posición jurisprudencial rige, como regla general, hacia el futuro sin efectos retroactivos.

O sea, que el ámbito de comprensión de la nueva tesis jurisprudencial es para casos ulteriores o por venir, lo cual, de manera general, excluye su aplicación retroactiva.

La imposibilidad de que se aplique la nueva jurisprudencia con efectos retroactivos, cuando comporta una situación o efecto nocivo o negativo para el procesado……”[[14]](#footnote-14).

De lo dicho hasta ahora, se puede concluir que de hacer una aplicación retroactiva de la aludida sentencia # C-342/17 proferida por la Corte Constitucional, se tornaba anómala con el ordenamiento jurídico el estado de privación de la libertad que aquejaba al Procesado JNRP, por lo que tal situación irregular debe ser enmendada a la mayor brevedad posible por la Sala, razón la que se ordenará la inmediata libertad del Procesado de marras, pero la misma no será plena ni absoluta sino que deberá ser de manera provisional y caucionada, si nos atenemos a lo siguiente:

* La libertad del Procesado no pude ser absoluta, sino de manera provisional, o sea que él debe de gozar de dicho derecho hasta tanto se encuentre en firme las sentencias en las cuales se declaró su responsabilidad criminal por los hechos por los que resultó llamado a juicio, lo que sucederá en el evento en el que no se interponga recurso extraordinario de casación en contra del presente fallo de 2ª instancia.
* No se puede desconocer que a la hora de ahora, acorde con el principio de la doble conformidad, que la presunción de inocencia del Procesado se encuentra seriamente afectada, porque en sendos fallos de 1ª y de 2ª instancia se declaró su compromiso penal por uno de los hechos delictivos por los cuales fue llamado a juicio.
* Es cierto que el comportamiento procesal asumido por el encausado fue correcto, ya que compareció al proceso las veces en las que fue convocado, pero de igual forma no se puede desconocer que como consecuencia del monto de la pena de prisión impuesta en su contra, o sea de nueve (9) años, aunado a la negativa de la concesión de subrogados y de sustitutos penales, no se puede dudar que existe un probable riesgo de fuga, el cual solo puede ser contrarrestado con la imposición de una caución prendaria que garantice la comparecencia del encausado al proceso en el evento en que quede en firme el presente fallo de 2ª instancia.

En suma, acorde con lo anterior la Sala ordenará la libertad provisional del Procesado JNRP, lo que será garantizado mediante el pago, dentro del improrrogable termino de los de los cincos días hábiles subsiguientes a la expedición del presente fallo de 2ª instancia, de una caución prendaria equivalente a dos salarios mínimos mensuales vigentes (smmlv) para el año 2.017, que correspondería a la fecha en la que según el aludido fallo de la Corte Constitucional el Procesado de marras tendría derecho a la libertad, y la suscripción de un acta de compromiso en la que se comprometa con cumplir con cada una las obligaciones consignadas en el artículo 65 C.P.…».

Pero, como ya se dijo, la Sala mayoritaria solo aprobó una parte del proyecto que le fue puesto a su disposición, lo que correspondería a los aludidos # 1º y 2º, y menospreció la tesis propuesta por la ponencia respecto a la concesión de la libertad provisional a la que tiene derecho el Procesado JNRP, con base en los siguientes argumentos:

* El suscrito en la ponencia dizque no había entendido el verdadero alcance de la sentencia # C-342/17.
* Que en el presente asunto no eran aplicables las disposiciones del artículo 188 de la Ley 600 de 2.000.
* Que por tratarse de un delito sexual en el cual la víctima era un menor de edad, el Procesado no podía hacerse merecedor de dicha libertad como consecuencia de las prohibiciones reguladas en el código de la infancia y de la adolescencia.

Frente a lo anterior, el suscrito discrepa de las razones invocadas por los miembros de la Sala mayoritaria, quienes expresaron su disentir en sendas aclaraciones de voto, para no aprobar en su integridad el proyecto que le fue puesto a su consideración, por lo siguiente:

* No es cierto que el suscrito no haya entendido ni comprendido el verdadero alcance del contenido de la sentencia # C-342/17, porque como bien se dijo en la ponencia, con dicha sentencia se le dio un vuelco de 180º a la interpretación que la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia le había dado a lo regulado en el artículo 450 C.P.P. al establecerse, por vía de interpretación constitucional, que en aquellos eventos en los cuales el Procesado no se encuentre privado de la libertad, y al anunciarse el sentido del fallo este sea de carácter condenatorio sin derecho a subrogados y sustitutos penales, como consecuencia del principio *pro libertate* no era factible ordenar la inmediata privación de la libertad del Procesado, quien obviamente continuaría gozando de ese derecho hasta tanto no estuviera en firme la sentencia condenatoria.
* Es falso decir que en el presente asunto no es factible aplicar las disposiciones del artículo 188 de la Ley 600 de 2.000, lo que sería contrariar los postulados que orientan los principios de la integración y de la coexistencia, los cuales, pregonan que es factible aplicar en ambos sentidos disposiciones de la ley 906 de 2.004 en procesos regidos por la ley 600 de 2.000 y viceversa, *«Ello, condicionado a que, además de la sucesión de leyes en el tiempo y el tránsito o coexistencia de las mismas, se cumplan los siguientes criterios: i) que las figuras jurídicas enfrentadas tengan regulación en las dos legislaciones; ii) que respecto de aquellas se prediquen similares presupuestos fáctico-procesales y iii) que con la aplicación beneficiosa de alguna de ellas no se resquebraje el sistema procesal dentro del cual se le da cabida al instituto favorable…»*[[15]](#footnote-15).

Ahora, si se confrontan la ley 906 de 2.004 con las disposiciones del artículo 188 de la Ley 600 de 2.000, de bulto se nota que dicha norma en momento alguno contraria los presupuestos basilares del sistema penal acusatorio, lo cual implica que es factible aplicar dicha norma, según lo ordenan los aludidos principios de la coexistencia y de la integración, a los procesos que se rigen bajo la egida de la ley 906 de 2.004.

* Es un sofisma el considerar que al Procesado JNRP se le debían aplicar las imposiciones de la medida de aseguramiento de detención consagradas en la ley de la infancia y de la adolescencia, por la sencilla razón consistente en que al Procesado de marras se encontraba disfrutando de la libertad porque, como consecuencia de la actitud asumida por la Fiscalía, no se le definió la situación jurídica con ninguna medida de aseguramiento.

En suma, si al Procesado no se le impuso ninguna medida de aseguramiento, era obvio que en su contra no se le podían aplicar lo que sobre esas medidas regula el aludido código de la infancia y de la adolescencia.

* No podemos desconocer las prohibiciones que generaba el delito por el cual se declaró la responsabilidad criminal del Procesado en lo que atañe con el reconocimiento de subrogados y sustitutos penales. Pero de igual forma se debe tener en cuenta que el acto procesal por el que se ordenó la privación de la libertad del encausado se encuentra viciado de ilegalidad como consecuencia de la aplicación retroactiva de la aludida sentencia # C-342/17, lo cual implica que dichas prohibiciones solo serían procedentes luego de que al Procesado se le hayan restablecido sus derechos, como bien lo pregona el principio del restablecimiento del derecho.
* La Colegiatura con su posición de menospreciar la ponencia radicada por el suscrito, lo único que hizo fue desconocer de un solo tajo su propio precedente horizontal, el cual se trata de una sentencia proferida el 16 de julio de 2.019 con ponencia del H.M. JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE, dentro del procesado Rad. # 660016000035 2015 02564 01 que se surtió en contra de LUZ ADRIANA LÓPEZ VALLEJO por el delito de tráfico de estupefacientes.

En dicho caso, la Colegiatura, pese a que confirmó la condena de la Procesada, ordenó que se cancelaran unas ordenes de captura libradas en su contra, las cuales tácitamente se catalogaron como de ilegales, debido a que la Procesada se encontraba disfrutando de la libertad porque en el devenir del proceso no se le impuso ninguna medida de aseguramiento. Por lo que se dispuso que dichas órdenes de captura solo se podrían librar una vez que se encontraran en firme los fallos de condena.

Como se podrá observar, el caso de la Sra. LUZ ADRIANA LÓPEZ VALLEJO, es prácticamente similar al del Procesado JNRP, con la única diferencia consistente en que mientras que JNRP se encontraba privado de la libertad, ello no acontecía con la Sra. LÓPEZ VALLEJO, quien estaba disfrutando de ese derecho.

Incluso, si aplicamos las disposiciones del artículo 68A C.P. las cuales prohíben la concesiones de subrogados y de sustitutos penales para quienes haya sido procesado por el delito de tráficos de estupefacientes, se puede colegir que ambos Procesados se encontraban en el mismo plano de igualdad de prohibiciones frente a la concesión de subrogados y de sustitutos, lo cual nos hace que nos formulemos el siguiente interrogante:

¿Porque a personas que se encontraban en situaciones similares o afines son destinatarias de un tratamiento diferente?

Pese a todo lo dicho por el H.M. JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE en su aclaración de voto, sinceramente no encontramos ninguna razón que justifique el por qué al Procesado JNRP se le haya dado un tratamiento diferente de aquel que se le dio a la Sra. LUZ ADRIANA LÓPEZ VALLEJO.

En suma, para el suscrito no existe duda alguna que en la actualidad el Procesado JNRP se encuentra irregularmente privado de la libertad, lo cual se hubiese enmendado en el evento que la Sala mayoritaria hubiera aprobado en su integridad el proyecto que le fue presentado. Siendo esas las razones por las cuales me he visto en la penosa necesidad de aclarar y salvar mí voto.

**MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

Magistrado

Fecha *Et Supra*

**ACLARACIÓN DE VOTO**

El proceso de la referencia correspondió por reparto al magistrado MANUEL YARZAGARAY BANDERA quien presentó un proyecto respecto del cual me veo en el deber de presentar aclaración de voto con miras a esclarecer algunos puntos frente a los cuales guardo reparo, y de esa forma poder dejar consignado mi personal punto de vista.

Lo primero a indicar, es que el tema objeto de esta aclaración de voto hace relación con una situación no mencionada en el recurso de apelación, es decir, se trata de un análisis oficioso por parte de esta Corporación y que toca única y exclusivamente con la privación de la libertad del justiciable a raíz de la orden de aprehensión emitida en el fallo de primer grado, pero sin que en momento alguno tenga relación directa con el tema central de la responsabilidad penal y ni siquiera con la negación o concesión de los subrogados y sustitutos, como quiera que en esos dos aspectos estamos de acuerdo todos los integrantes de la Sala.

El magistrado ponente fue del criterio que se debía dejar en libertad provisional al aquí procesado bajo caución prendaria, hasta tanto la sentencia de condena adquiriera firmeza. Por el contrario, la Sala Mayoritaria de la cual hago parte, estimó que esa posibilidad es inviable al menos en este caso específico. Así las cosas, en vista de que el magistrado ponente decidió aclarar el voto acorde con su singular pensamiento, los restantes integrantes de la Sala igualmente nos vimos precisados a dejar consignado nuestro punto de vista, y a ello procedo.

El problema jurídico que aquí se plantea es en verdad *sui generis* porque, que se sepa, no se ha planteado en ningún otro Distrito Judicial del país o en el órgano de cierre en materia penal. Surgió hace apenas unos pocos días porque con ponencia de quien ahora suscribe esta aclaración de voto, el Tribunal se decantó por una posición consistente en levantar una orden de captura que había sido emitida por parte de la primera instancia, en un proceso por el delito de conservar estupefacientes en donde a la encartada se le habían incautado en su vivienda 91 gramos de marihuana y se aseguraba que ese vegetal era de una persona diferente que al parecer habitaba el mismo inmueble, a la procesada no se le había impuesto medida de aseguramiento al momento de las preliminares y había comparecido a todas las audiencias, con lo cual, se estimó que todas las circunstancias estaban dadas para concluir que debía levantarse provisionalmente la orden de captura dispuesta al momento en la primera instancia, para en su lugar volverse a emitir pero única y exclusivamente cuando el fallo de condena quedara debidamente ejecutoriado.

La razón que en esencia dio lugar a ese anterior pronunciamiento del Tribunal, tuvo origen en el hecho de que la funcionaria de primer grado en el referido proceso, se había basado para emitir la susodicha orden de captura en una decisión de la Sala de Casación Penal -del 30 de enero de 2008, bajo el radicado 28918-, precedente que se venía aplicando desde hace ya bastante tiempo, pero que a la hora de ahora tenía que conjugarse en su interpretación, forzosamente, con la sentencia de Constitucionalidad C-342/17 que cambió sustancialmente los parámetros de ponderación para proceder a la emisión de una orden de captura en ese preciso estadio procesal. Es decir, que a este Tribunal le correspondía analizar el asunto como quiera que por parte de la primera instancia se había pasado por alto ese sustancial cambio jurisprudencial.

En efecto, en la providencia de la Sala de Casación Penal citada se sostuvo que los jueces de conocimiento debían disponer orden de captura al momento de anunciar el sentido del fallo de carácter condenatorio, y de no proceder en esa dirección estaban obligados a sustentar las razones por las cuales no se emitía la orden. Lo anterior, acorde con el contenido expreso del artículo 450 de la Ley 906/04, cuando a la letra expresa: “[…] Si al momento de anunciar el sentido del fallo el acusado declarado culpable no se hallare detenido, el juez podrá disponer que continúe en libertad hasta el momento de dictar sentencia. **Si la detención es necesaria, de conformidad con las normas de este código, el juez la ordenará y librará inmediatamente la orden de encarcelamiento**”. En otras palabras, el órgano de cierre en materia penal consideró, para ese entonces, que frente al procedimiento de la Ley 906/04 la regla era la privación de la libertad en forma efectiva con miras a hacer cumplir el fallo cuando en el mismo se negaban subrogados y sustitutos, y la excepción la no impartición de dicha orden a cuyo efecto se hacía imperioso para el funcionario hacer la correspondiente motivación en ese sentido. Como quien dice, que al tenor de la referida jurisprudencia no procedía la aplicación por vía analógica y favorable del contenido del artículo 188 de la Ley 600/00, según el cual: “[…]Si se niega la suspensión condicional de la ejecución de la pena, **la captura sólo podrá ordenarse cuando se encuentre en firme la sentencia, salvo que durante la actuación procesal se hubiere proferido medida de aseguramiento de detención preventiva**”.

Textualmente lo que la Corte Suprema dijo en el radicado 28918, fue lo siguiente:

“Por mandato del anterior precepto se hace necesario que los jueces observen que en los términos de la Ley 906 de 2004 la ejecución de la sentencia y las órdenes que en ella se imparten, especialmente cuando se condena a un procesado a pena privativa de la libertad y se le niegan subrogados o penas sustitutivas, **resulta imperativo que la privación de la libertad se ordene en el mismo momento en que se anuncia el sentido del fallo. Dicho en otras palabras: cuando un acusado en contra de quien se anuncia un fallo de condena que conlleva la imposición de una pena privativa de la libertad cuya ejecución no tiene que ser suspendida, los jueces deben cumplir la regla general consistente en disponer su captura inmediata para que empiece a descontar la sanción impuesta. Y si tal mandato lo incumple el a quo se debe impartir el correctivo por el ad quem.**

**Excepcionalmente el juez podrá abstenerse de ordenar la captura inmediata. En este caso recae sobre el servidor judicial una carga argumentativa conforme la cual debe justificar amplia, razonada y razonablemente, conforme lo cual debe quedar suficientemente explicado el por qué le resulta innecesaria la orden de detención inmediata**. Esto podría presentarse, por ejemplo, cuando aparece debidamente demostrado que el acusado padece de una grave enfermedad”. –negrillas y subrayado excluidos-

La Corte Constitucional, en cambio, a raíz de una demanda de constitucionalidad, se vio en la necesidad de mediar en esa particular polémica con miras a efectuar un comparativo de esos dos preceptos confrontados desde una perspectiva constitucional y con fundamento en los principios que orientan el actual sistema de tendencia acusatoria. A ese efecto concluyó, básicamente, que si bien el citado artículo 450 de la Ley 906/04 era exequible, se debía interpretar en un sentido diferente, esto es, que la regla a privilegiar era el principio *pro libertate* y la excepción la emisión de una orden de captura. Como quien dice que se invirtió la forma de proceder por parte del operador judicial, en cuanto el deber de motivación debía ser de mayor exigencia en los casos en los cuales se iba a emitir la susodicha orden de captura, que en aquellos otros en donde el juez se abstenía de hacerlo.

Textualmente la Corte Constitucional en la sentencia C-342/17, indicó:

“Debe señalarse, que **el artículo 450 de la Ley 906 de 2004 no establece un mandato, ni la regla general en virtud de la cual “resulta imperativo que la privación de la libertad se ordene en el mismo momento en el que se anuncia el sentido del fallo”**, cuando este conlleva la imposición de una pena privativa de la libertad cuya ejecución no puede ser suspendida, conforme lo señala la Corte Suprema de Justicia[[16]](#footnote-16). **La norma demandada no establece un mandato, sino una facultad** de acuerdo con la cual, si el acusado declarado culpable se encontrare en libertad, “el juez podrá disponer que continúe en libertad hasta el momento de dictar sentencia”, salvo que la detención sea necesaria “de conformidad con las normas de este código […]”.

10.7. La Sala precisa, que **la expresión “necesidad” de la privación de la libertad** que se disponga con el anuncio del sentido del fallo, contenida en el inciso final del artículo 450 del Código de Procedimiento Penal demandado, conforme al cual *“Si la detención es necesaria, de conformidad con las normas de este código, el juez la ordenará y librará inmediatamente la orden de encarcelamiento”*, **no se refiere a los presupuestos reiterados para privar de la libertad a un ser humano durante la etapa de la investigación** previstos en los artículos 308 a 310 del Código de Procedimiento Penal […], **sino que se refiere a los criterios y reglas para la determinación de la punibilidad y los mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad**, especialmente consignados en los artículos 54 y 63 del Código Penal. Solo así puede entenderse la expresión “necesidad” contenida en el artículo 450 del Código de Procedimiento Penal.

[…] Adicionalmente **se trata de una medida de carácter excepcional, que únicamente ocurre en el primer momento del acto jurídicamente complejo en que consiste la sentencia condenatoria, y que tan solo procede tras la satisfacción de los criterios de necesidad** de conformidad con los artículos 54 y 63 del Código Penal, relacionados con los criterios y reglas para la determinación de la punibilidad y los mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad, como ha quedado dicho.

[…] **el juez de conocimiento al momento de dictar el sentido de fallo y tomar decisiones alrededor de la libertad del acusado, está en la obligación de evaluar todas las circunstancias relacionadas con el caso y la conducta del mismo, velando por la integridad de sus derechos fundamentales y la vigencia del principio pro libertate**[[17]](#footnote-17) […]”[[18]](#footnote-18) – negrillas excluidas.

De todo lo anterior emerge claro lo siguiente:

1.- Cambio sustancial entre la anterior y la posterior jurisprudencia sí hubo.

2.- El fallo de constitucionalidad no dio vía libre a la aplicación del artículo 188 de la Ley 600/00 según el cual si no existe medida de aseguramiento vigente contra el procesado entonces no se puede proferir orden de captura en su contra sino cuando el fallo de condena esté ejecutoriado, sino que, morigeró el rigor interpretativo del artículo 450 de la Ley 906/04, con lo cual, el juez, si bien puede tomar en cuenta esa circunstancia de la inexistencia de medida de aseguramiento como una situación a favor del procesado, ella no representa el único factor a considerar, porque lo importante es que con o sin medida de aseguramiento el funcionario motive adecuadamente la necesidad de la expedición de la orden de captura. Lo dicho, en cuanto los fines que debe analizar serán los de la pena y no los de la medida de aseguramiento.

3.- En síntesis, la postura de la Corte Constitucional está ubicada en un punto intermedio, porque no impide que la orden de captura se emita aún sin contar con medida de aseguramiento vigente, pero tampoco impone como regla que se disponga la captura sin esperar la ejecutoria del fallo, por el mero hecho de haberse condenado y negado los subrogados y sustitutos. Significa ello, que se deja a la discrecionalidad del juez la expedición de la orden, siempre y cuando supere el test de necesidad allí consignado.

Como fácil se advierte, la situación hay que analizarla EN CADA CASO CONCRETO, porque en este punto de debate no hay reglas fijas e inamovibles.

La posición asumida por el magistrado MANUEL YARZAGARAY en su ponencia, pretende que TODOS LOS CASOS en los cuales no se decretó medida de aseguramiento lo que procede es la no expedición de la orden de captura; pero además, que si a raíz de esa orden de captura se sobrevino la detención del procesado, entonces lo que procede es INDEFECTIBLEMENTE su liberación provisional hasta que la sentencia quede en firme. Afirmación que a mi modo de ver, respetuosamente, no está acorde con el real pensamiento de la Corte Constitucional.

En esa dirección, no se puede asegurar que como en el caso anteriormente decidido por este Tribunal se dispuso el levantamiento provisional de una orden de captura a la espera de que el fallo quedase ejecutoriado, entonces se debe hacer lo mismo en el proceso que aquí nos concita, que porque de no procederse así entonces se estaría desconociendo el precedente horizontal.

Es que las diferencias entre uno y otro asunto saltan a la vista, obsérvese: (i) en el caso anterior se trató de la conservación de 91 gramos de marihuana, pero en este lo que se juzga es el abuso sexual sobre una menor de edad; y (ii) en el caso anterior la funcionaria emitió la orden de captura DESPUÉS de la entrada en vigencia de la sentencia de constitucionalidad antes anunciada[[19]](#footnote-19), pero en el presente asunto el juez profirió orden de captura ANTES de la entrada en vigencia del citado fallo de constitucionalidad[[20]](#footnote-20). Como quien dice, que en el proceso anterior la juzgadora estaba obligada a motivar adecuadamente la expedición de esa orden captura, en tanto aquí el funcionario solo debía argumentarlo si hubiese optado por no expedirla, a voces de lo establecido en la jurisprudencia que estaba vigente para aquel entonces.

Siendo así las cosas, surge la pregunta: ¿a nivel de la legitimidad en el obrar y conforme al test de necesidad y razonabilidad, en cuál de los dos casos aquí confrontados estaba justificada la orden de captura para hacer efectiva la pena aún sin estar ejecutoriada la sentencia? A mi modo de ver, salvo mejor criterio desde luego, en el proceso que en ese momento nos convoca, y es así por al menos dos razones esenciales, ambas aplicables independientemente de existir o no medida de aseguramiento vigente porque ya se sabe que el común denominador es que en los dos asuntos no se decretó medida de aseguramiento. LA PRIMERA RAZÓN, es que el delito sexual contra un menor de edad, como se sabe, contiene una mayor ofensa social, porque como es sabido, sobra decirlo, es la propia la ley la que se encarga de suplir ese estándar de necesidad que aquí se reclama con respecto a lo indispensable que resulta la efectiva privación de la libertad en estos eventos. Y LA SEGUNDA RAZÓN, es que la orden de encarcelación en este expediente surgió de una manera legítima, en tanto la que se había dado en el caso anterior tuvo por sustento un precedente jurisprudencial que ya no estaba vigente y en tal sentido se desconoció el test de necesidad y razonabilidad, y por supuesto el principio *pro libertate*. Y no parece lógico ni sensato que lo que surgió correctamente a la vida jurídica, luego se considere errado.

Conclusión, no se podía comparar un caso con el otro, ni la solución tenía que ser idéntica como lo propuso la inicial ponencia.

Dejo de esa forma explicada mi personal posición en el asunto que se juzga.

**JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE**

Magistrado

Pereira, julio 19 de 2019

**ACLARACIÓN DE VOTO**

Con el debido respeto por los criterios de mis compañeros de Sala, me permito hacer la siguiente aclaración de voto respecto de un tema que no hace parte de la decisión adoptada en segunda instancia en el presente caso, pero que tiene que ver con la opinión del Magistrado Ponente en el sentido de que: i) al no haberse impuesto medida de aseguramiento al señor JNRP, no resultaba procedente que se ordenara privarlo de su libertad al anunciarse el sentido del fallo en su contra como responsable del delito de actos sexuales con menor de 14 años, por el cual fue condenado a la pena principal de 118 meses de prisión sin que se le concediera subrogado alguno y ii) en razón de las consideraciones de la sentencia C-342 de 2017 de la Corte Constitucional donde se hizo control abstracto del artículo 450 del CPP, tal actuación fue irregular ya que al no obrar ninguna medida cautelar personal contra el sentenciado al momento de comunicarse el sentido del fallo, no se podía ordenar su captura hasta que la sentencia dictada en su contra adquiriera firmeza.

1. El primer inciso del artículo 450 del CPP dispone que “*Si al momento de anunciar el sentido del fallo el acusado declarado culpable no se hallare detenido, el juez podrá disponer que continúe en libertad hasta el momento de dictar sentencia.*

*Si la detención es necesaria, de conformidad con las normas de este código, el juez la ordenará y librará inmediatamente la orden de encarcelamiento”.*

2. Inicialmente hay que manifestar que en la jurisprudencia pertinente sobre el tema CSJ SP del 30 enero de 2008 radicado 28918 se dijo que en los casos en que la condena conllevaba la imposición de una pena privativa de la libertad cuya ejecución no tenía por qué ser suspendida, la regla general era la captura inmediata del procesado y de que solo de manera excepcional se podía diferir ese ordenamiento.

3. Considero que un correcto entendimiento del precedente C-342 de 2017 de la Corte Constitucional, es que con prescindencia de que se haya impuesto medida de aseguramiento al procesado, en los casos en que se impone una pena que no permite la concesión de ningún subrogado, bien sea porque su monto excede el límite objetivo del artículo 63 del C.P. o se trata de delitos con prohibición de subrogados (vgr. art 68 A CP. Ley 1121 de 2006, articulo 199 C.I.A, personas con antecedentes penales en los 5 años anteriores etc.), es posible diferir la captura hasta la ejecutoria de la decisión, bien sea en el anuncio del sentido del fallo o cuando se trate de la primera sentencia condenatoria dictada en el proceso, atendiendo los mismos factores analizados en CSJ SP del 30 de enero de 2008 radicado 28918 que radican esencialmente en la conducta procesal del incriminado, como: i) su comparecencia al proceso; ii) el hecho de no haber obstaculizado las notificaciones ; iii) no haberse valido de maniobras dilatorias en la actuación; y iv) el examen de las razones que justificaban su detención preventiva, análisis que ahora debe hacerse de manera diversa, para suspender la orden de captura, es decir que a diferencia de una parte del precedente citado, donde se dijo que la regla general era la detención inmediata una vez anunciado el sentido del fallo, ahora puede hacerse uso del examen de esos mismos factores para sustentar por qué razón no se hace efectiva la aprehensión de manera coetánea al anuncio del sentido del fallo condenatorio.

4. Esta solución fue la adoptada por esta Sala, dentro del proceso adelantado contra Luis Gonzaga Marín Duque y otros por la conducta de lesiones personales, donde se sentenció al señor Duque como responsable de ese acto y se le negaron los subrogados de la condena condicional y la prisión domiciliaria. En ese proveído se dijo lo siguiente:

“(...) *9.2 En atención a las consideraciones antes mencionadas debe decirse que en este evento no podrían aducirse las razones mencionadas en el artículo 308 del CPP, que se relacionan con la imposición de una medida de aseguramiento, para ordenar la captura inmediata del procesado, quien se encuentra en libertad, ya que los supuestos de esa norma están relacionados con situaciones previstas en los numerales 1º a 3º de esa norma así : 1. “ Que la medida de aseguramiento se muestre como necesaria para evitar que el imputado obstruya el debido ejercicio de la justicia 2. Que el imputado constituya un peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima “3. Que resulte probable que el imputado no comparezca al proceso o que no cumplirá la sentencia”.*

*9.3 En ese orden de ideas como en el precedente citado se reafirma el carácter excepcional de la privación de la libertad, debe evaluarse una circunstancia puntual como la comparecencia del señor Marín Duque a las diversas audiencias del proceso, por lo cual siguiendo los términos de la sentencia C-342 de 2017, al evaluar: “...todas las circunstancias relacionadas con el caso y la conducta desarrollada por el acusado, velando por la integridad de sus derechos fundamentales y la vigencia del principio pro libertate”, se considera que en el presente caso no resulta indispensable ordenar de manera inmediata la privación de la libertad del incriminado, la cual tiene carácter excepcional según el precedente mencionado, por lo cual su eventual detención a efectos de que descuente la pena impuesta, solo se hará efectiva al cobrar ejecutoria la presente decisión. En consecuencia la orden de captura para que el señor Luis Gonzaga Marín Duque cumpla la pena impuesta, solo se expedirá una vez adquiera firmeza esta decisión...”.*

Como se advierte, el supuesto de hecho de la anterior determinación fue la conducta procesal del señor Duque, de la cual se podía inferir que no era necesaria su privación inmediata de la libertad.

4.1 En el proceso adelantado contra María Roció Salazar Penagos por la conducta de estafa, donde también se revocó la sentencia absolutoria de primera instancia, se adoptó una determinación similar.

5. En reciente decisión de esta Colegiatura del 16 de julio de 2019 adoptada dentro del proceso tramitado contra Luz Adriana López Vallejo y con ponencia del Magistrado Jorge Arturo Castaño Duque, se consideró que en el caso de la señora López y pese a confirmarse el fallo de primera instancia, era más aconsejable suspender la captura de la procesada que había sido ordenada por el *A quo,* para lo cual se tuvo en cuenta la sentencia C- 342 de 2017 ya que: i) a la acusada no se le había impuesto medida de aseguramiento por lo cual había permanecido en libertad a lo largo de la actuación; ii) la sentenciada no presentaba antecedentes penales; y iii) había hecho presencia en todas las etapas del proceso. Por lo tanto se dispuso que por esas circunstancias singulares, esa orden de privación de la libertad solamente se haría efectiva una vez cobrara firmeza la sentencia de segunda instancia.

6. Este Magistrado compartió ese criterio, pero considera que es posible reexaminarlo, con los siguientes correctivos:

6.1 Es factible suspender la orden de captura para ejecutar una pena que no comporta ningún subrogado en los casos en que se impone una primera sentencia condenatoria en segunda instancia, ya que en cuando presenta esa situación, no hay anuncio del sentido del fallo.

6.2 En los demás eventos, es decir en primera instancia es posible distinguir a futuro en qué casos resulta viable y cumpliendo el requisito de la debida motivación, ordenar la captura inmediata del incriminado para ejecutar la sentencia o en su defecto diferir esa orden examinando los criterios contenidos en las consideraciones del precedente CSJ SP del 30 de 2008, radicado 28918*,* a los que se hizo alusión en el apartado 3 de esta aclaración de voto.

6.3 Sin embargo la decisión de posponer los efectos de la pena impuesta debe partir de la base de que el procesado no tiene derecho a ningún subrogado y en consecuencia lo que se difiere es la ejecución de la sentencia, con base en las consideraciones del auto del 30 de enero de 2008 radicado 28918. A su vez, se debe tener en cuenta que esa decisión no se puede sustentar en el artículo 188 de la ley 600 de 2000, como se dijo en la sentencia C- 342 de 2017 así: *“La fórmula dispuesta por el artículo 450 demandado es distinta a la que sobre el mismo tema traía el artículo 188 de la ley 600 de 2000, conforme al cual, tan solo resultaba posible la captura del condenado hasta la ejecutoria del fallo condenatorio”.*

7. Por lo tanto considero que en casos como el presente donde se ordenó la captura del procesado desde el anuncio del sentido del fallo y esta se hizo efectiva, no es posible crear una nueva causal de suspensión de la ejecución de la pena con el pretexto de que en el proceso no se le impuso medida de aseguramiento al incriminado, ni menos concederle “libertad provisional”, porque se debe recordar que las medidas de aseguramiento van hasta el anuncio del sentido del fallo y de ahí en adelante es que empieza la fase de descuento de pena, asunto que ya fue dilucidado por la SP de la CSJ, por lo cual la ejecución de la sentencia no se puede interrumpir mientras adquiere firmeza el fallo.

Además debe decirse que como en el precedente C-342 de 2007, reafirmó el principio de que las sentencias no son revocables por el juez que las pronunció, solo procedería como remedio procesal la declaratoria de nulidad de la actuación, lo que implicaría no ordenar la suspensión de una pena que ya se está descontando, sino anular si es del caso, la actuación surtida a partir del anuncio del sentido del fallo, para que se haga el respectivo pronunciamiento en los términos de la sentencia de constitucionalidad referida.

8. Finalmente debo decir en lo relativo a la situación del señor JNRP, que no es cierto que el citado ciudadano se encuentre privado de su libertad de manera ilegal, ya que esa situación se presenta como consecuencia de una sentencia impuesta en primera instancia, donde se le impuso una pena que no permite la concesión de ningún subrogado, porque: i) excede el límite objetivo del artículo 63 del CP; y ii) existe prohibición expresa de otorgar ese tipo de beneficios, según lo dispuesto en el artículo 199-4 del CIA, por lo cual en ningún momento se está vulnerando la garantía establecida en el artículo 28 de la Constitución de 1991.

Pereira, diecinueve (19) de julio de dos mil diecinueve (2019)

**JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ**

Magistrado

1. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Sentencia del 7 de noviembre de 2.018. SP4792-2018. Rad. # 52507. M.P. PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR. (Negrillas fuera del texto original). [↑](#footnote-ref-1)
2. Aplicable al presente asunto según los principios de integración y coexistencia. [↑](#footnote-ref-2)
3. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Sentencia del 26 de Octubre de 2.011. Rad. # 32143. [↑](#footnote-ref-3)
4. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Sentencia del 21 de octubre de 2.013. Rad. # 32983. [↑](#footnote-ref-4)
5. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Sentencia del 16 de mayo de 2.018). SP1664-2018. Rad. # 48284. M.P. LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA. [↑](#footnote-ref-5)
6. Al respecto ser pueden consultar, entre otras, las siguientes providencias de la Sala de Casación Penal Corte Suprema de Justicia: la del 24 de julio de 2013. Rad. # 40.702, y la del 6 de julio de 2011. Rad. # 35250. [↑](#footnote-ref-6)
7. MARCELO A SANCINETTI: De la insuficiencia del testimonio único, con especial referencia al abuso sexual. Página # 219. En Revista de Derecho Penal Contemporáneo # 41, Octubre-Diciembre 2.012. Legis Editores. [↑](#footnote-ref-7)
8. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Sentencia del 3 de agosto de 2016. SP10597-2016. Rad. # 45258. M.P. LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA. [↑](#footnote-ref-8)
9. Lo que sucedió de manera inmediata porque el encausado de manera acuciosa compareció a cada una de las vistas públicas en las que se celebró el juicio. [↑](#footnote-ref-9)
10. Al respecto se puede consultar la Providencia del 30 de enero de 2.008. Rad. 28.918 proferida por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia. [↑](#footnote-ref-10)
11. Corte Constitucional: Sentencia # C-342/17 (Negrillas fuera del texto). [↑](#footnote-ref-11)
12. ARTÍCULO 188. CUMPLIMIENTO INMEDIATO. Las providencias relativas a la libertad y detención, y las que ordenan medidas preventivas, se cumplirán de inmediato.

    **Si se niega la suspensión condicional de la ejecución de la pena, la captura sólo podrá ordenarse cuando se encuentre en firme la sentencia, salvo que durante la actuación procesal se hubiere proferido medida de aseguramiento de detención preventiva.** [↑](#footnote-ref-12)
13. # 1º del artículo 48 de la Ley 270 de 1.996. [↑](#footnote-ref-13)
14. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Sentencia del 8 de noviembre de 2.017. SP18449-2017. Rad. # 47608. M.P. FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO. [↑](#footnote-ref-14)
15. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Providencia del 24 de julio de 2.017. AP4711-2.017. Rad. # 49734 [↑](#footnote-ref-15)
16. CSJ, SP, junio 7 de 2016, Rad 85897, remite a la sentencia del 30 de enero de 2008, Rad 28919. [↑](#footnote-ref-16)
17. Alrededor de la vigencia de este principio en materia penal se han referido entre otras las sentencia T-401 de 1992 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, C-070 de 1996 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz y C-788 den 2002 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, T-909 de 2011 M.P. Juan Carlos Henao Pérez. [↑](#footnote-ref-17)
18. Sentencia T-276 de 2016 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, consideración jurídica No. 2.5.1.3. [↑](#footnote-ref-18)
19. La orden de captura se emitió el 03 de octubre de 2018. [↑](#footnote-ref-19)
20. La orden de captura se emitió el 07 de abril de 2015. [↑](#footnote-ref-20)