

PROCESO: 05-001-60-00-000-2016-00572
DELITO: Homicidio agravado y otros
PROCESADOS: César Augusto, Jorge Damián y Jaime Alirio Mazo Chavarría
PROCEDENCIA: Juzgado 14 Penal del Circuito de Medellín
OBJETO: Apelación auto que admite absolución perentoria
DECISIÓN: Revoca
M. PONENTE: Luís Enrique Restrepo Méndez

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA DE DECISIÓN PENAL

Medellín, veintisiete (27) de junio de dos mil dieciocho (2018)

Proyecto aprobado según acta Nro. 061

Por vía de apelación se pronuncia la Sala acerca de la determinación adoptada por la Juez 14 Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de esta ciudad, en desarrollo de la audiencia que resolvió favorablemente la petición de absolución perentoria elevada por el defensor de los acusados César Augusto, Jorge Damián y Jaime Alirio Mazo Chavarría, el 24 de mayo pasado.

1. HECHOS

Fueron sintetizados en el escrito de acusación por la Fiscalía Delegada, en los siguientes términos:

“El 21/09/11 se produce de manera violenta, la muerte del joven Jhonatan Buitrago Ríos; se conoce que para esa fecha Buitrago salió en compañía de su amigo Santiago Ospina Arteaga hacia el parqueadero de los buses de la ruta 250 ubicado en el barrio Bello Horizonte sector Robledo, con el fin de recibir un dinero que le adeudaban por un esbox (sic); al llegar allí fueron violentamente abordados por una persona que conocen como Javier, quien los amenazó con arma de fuego diciéndoles que ellos eran los dos ladrones del barrio, luego

llegaron otros dos hombres que cubrían sus rostros y los llevaron al parqueadero donde estaban Cesar, Jaime, Erasmo y Jorge, hermanos de Javier, todos ellos conocidos en el sector como “Los montunos”; allí fueron objeto de vejámenes, heridos con piedra y arma blanca, así mismo asfixiados con bolsas plásticas para finalmente montarlos en una buseta de la ruta 250 y llevados hasta un lugar donde fueron agredidos con arma de fuego. Santiago al parecer estuvo inconsciente un rato y luego al reaccionar observó a su amigo Jhonatan allí tendido. Minutos después se arrastró pidiendo ayuda, siendo auxiliado y trasladado al hospital Pablo Tobón Uribe. Posteriormente el personal de policía judicial adelantó la inspección al cadáver de Jhonatan Buitrago en el lugar en que habían sido abandonados por sus agresores...”

2. ACTUACIÓN PROCESAL

Tras la expedición de la orden de captura y aprehensión de César Augusto, Jorge Damián y Jaime Alirio Mazo Chavarría, el 26 de agosto de 2016 fueron llevados ante la Juez 22 Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Medellín, a efectos de realizar las respectivas audiencias preliminares donde se legalizó la misma, se les formuló imputación por los delitos de homicidio agravado y otros y se les impuso medida de aseguramiento en centro de reclusión.

La Fiscalía General de la Nación, a través de su delegado radicó el escrito de acusación, el cual le correspondió para su conocimiento al Juzgado 3° Penal Especializado de esta ciudad el 16 de enero de 2017, posteriormente el 7 de abril siguiente durante la instalación de la audiencia de formulación de acusación, el fiscal 40 Especializado retiró parcialmente el escrito y solicitó la preclusión por atipicidad frente a la conducta punible de tortura; la funcionaria de conocimiento decretó la ruptura de la unidad procesal.

Fue así como el 25 de abril el Juzgado 14 Penal del Circuito de esta ciudad asumió el conocimiento de esta actuación y pasó entonces la Fiscalía a presentar acusación contra los imputados por los cargos de homicidio, tentativa de homicidio, secuestro simple y fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, municiones o partes.

El juicio se desarrolló por los cauces indicados en el libro III de la ley 906 de 2004.

Al finalizar la práctica de pruebas, antes de la presentación de los alegatos conclusivos, la defensa solicitó la absolución perentoria de los acusados a voces del artículo 442 del Código de Procedimiento Penal, de la siguiente forma:

“El artículo 442 del Código de Procedimiento Penal dice que sin necesidad de escuchar los alegatos de las demás partes el juez puede resolver en cuanto a la absolución perentoria, ¿y esto porqué señora juez? Porque el artículo 10 de la tipicidad señala que para que una conducta sea típica tiene que estar descrita la conducta en la ley o debe estar señalada en un artículo como delito. Así mismo señora juez si usted hace un breve análisis de lo debatido en sede de este juicio oral, no se logró por la fiscalía demostrar la tipicidad de ninguna de las conductas que se les indicaran a mis representados por lo cual sin mas consideraciones le solicitaría se pronunciara de una vez de acuerdo a lo señalado en el artículo 442 del C. de Procedimiento Penal”¹.

Ante tal petición, la juez de instancia dio traslado a los demás sujetos procesales, de ahí que la fiscalía se opusiera a la misma, en tanto considera no están dados los presupuestos para una sentencia perentoria, por tanto solicitó terminar el juicio en la forma en que lo establece la ley 906 de 2004; dicha postura fue coadyuvada por la representante de la víctima².

Decisión Impugnada

Una vez escuchada la intervención de las partes la funcionaria de primer grado suspendió la diligencia y en la siguiente sesión explicó:

“He de manifestar que ya la práctica probatoria de cargo y de descargo fue practicada. Ahora bien, no puede esta juzgadora a voces del artículo 445 del C. de Procedimiento Penal que rige la actuación decir que el debate público ha culminado, dado que según la petición que ha hecho el señor defensor de la absolución perentoria de conformidad con lo prescrito en el artículo 442 de la ley 906 esta juzgadora manifiesta que efectivamente éste sí se da, dado que los hechos en que se fundamentó la acusación son atípicos y por ello, según prevé el artículo 442 ídem, no habrá entonces alegatos de conclusión. Hay atipicidad objetiva”³.

¹ Audiencia de juicio oral. Sesión del 8 de mayo de 2018. Minuto 02:48

² Ídem. Minuto 03:45

³ Audiencia de juicio oral del 24 de mayo de 2018. Minuto 01:30

Del recurso de apelación

Los representantes de la fiscalía y el de víctimas apelaron la decisión, el primero de ellos indicó que difiere de dicha postura, en tanto sí existe una adecuación típica que se encuentra demostrada dentro de la actuación, pues si bien es cierto, el artículo 442 del C. de Procedimiento Penal refiere que una vez finalizada la práctica de pruebas y antes de presentar los alegatos de conclusión las partes, fiscal o defensor, pueden solicitar la absolución perentoria, también lo es, que ésta procede *“cuando resulten ostensiblemente atípicos los hechos en que se fundamentó la acusación”*.

En este caso, continúa, se adelantó el juicio oral bajo la ocurrencia de varias conductas punibles entre ellas, homicidio agravado, tentativa de homicidio, porte de arma de fuego y secuestro simple, las cuales fueron acreditadas a través de medios de prueba documentales y testimoniales que incluso fueron objeto de estipulación probatoria, entre ellas el informe pericial de necropsia y el de clínica forense donde la víctima de la tentativa fue valorada por médico legista.

Lo anterior a efectos de indicar que *“ese término ostensiblemente atípico de los hechos para procurar una sentencia perentoria como lo pretende la defensa y lo asiente la señora jueza, no tiene asidero en esta oportunidad”*.

Así mismo, explicó qué se entiende *“por hechos ostensiblemente atípicos”*, y para ello trajo a colación algunos apartes jurisprudenciales de las Cortes Constitucional y Suprema, entre ellas las sentencias C- 591 y 1154 de 2005 y la decisión con radicado 34848 del 31 de agosto de 2011 de la cual extrajo el siguiente aparte:

“...hace referencia a un quehacer que de manera palpable, demostrable o manifiesta no colinde en la esfera del derecho penal al no adecuarse a la descripción típica que previamente ha efectuado el legislador, es decir, cuando no hay tipicidad en relación con la figura en concreto como cuando falta el sujeto pasivo o cualquier otro elemento de la conducta típica así por ejemplo, no existiría daño en bien ajeno si el bien es propio o fuga de presos si el presunto autor no se encuentra privado de la libertad”.

El censor enfatizó que en el *sub judice* están dados los presupuestos para acreditar materialmente los delitos y que otra cosa muy distinta sería entrar a analizar la responsabilidad penal de cada uno de los enjuiciados.

Recordó además, que los artículos 9 y 10 del C. Penal señalan los elementos que componen las conductas punibles y que es la ley penal quien las define de manera inequívoca, por tanto, de no haberse observado en este caso, él incluso habría solicitado la absolución perentoria.

En consecuencia, solicitó a la Sala se revoque la decisión de primera instancia y en su lugar se permita continuar con el juicio oral y hacer los alegatos de conclusión⁴.

De otro lado, la representante de víctimas al momento de sustentar su inconformidad solicitó condena para los acusados sin atacar el asunto puntual objeto de impugnación, de ahí que el recurso fuera declarado desierto por la *a quo*⁵.

No recurrentes

Como no recurrente presentó alegaciones la defensa, peticionando que se mantenga la decisión de la funcionaria de primer grado, pues en su sentir lo que se discute “*no es si hay muertos o lesionados en este caso*”, lo que se discute es la tipicidad y ésta le correspondía probarla a la fiscalía y no lo hizo.

3. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Es competente la Colegiatura para conocer del asunto sometido a estudio acorde con lo normado en el Art. 34 numeral 1 de la ley 906 de 2004.

2. El problema que debe resolver la Sala radica en definir, si de conformidad con el artículo 442 del C. de Procedimiento Penal procede la absolución perentoria impetrada en el juicio oral.

Dicho artículo establece:

⁴ Audiencia de juicio oral del 24 de mayo de 2018. Minuto 13:32

⁵ Ídem. Minuto 50:50

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

De cara al análisis del referido instituto jurídico, la Corte Constitucional al estudiar la exequibilidad del artículo 442 de la ley 906 de 2004, en la sentencia C-651 de 2011 indicó:

“La expresión ostensiblemente atípicos, supone entonces que los hechos en los cuales se fundamenta la acusación, después de practicadas las pruebas en el juicio oral, no encajan de manera manifiesta en la descripción de la conducta punible que previamente ha previsto el legislador en el Código Penal, situación que desvirtúa la necesidad de continuar con el proceso ante el peso de una conducta evidentemente atípica”

A su turno, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, en providencia de 31 de agosto de 2011, radicado 34848 expuso:

“1. La figura tuvo su consagración legal en el artículo 442 de la Ley 906 de 2004, que señala:

(...)

2. La expresión literal contenida en el precepto apunta a que los hechos en que se fundamentó la acusación “resulten ostensiblemente atípicos”.

A voces del Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, la acepción “ostensiblemente” representa un adverbio “De un modo ostensible”, y ésta por su parte proviene del latín ostendére, mostrar, y se traduce en un adjetivo que puede manifestarse o mostrarse. Ha de entenderse como, claro, manifiesto, patente⁶”.

Por su parte, el término atípico, se dice del adjetivo que por sus caracteres se aparta de los modelos representativos o de los tipos conocidos⁷; expresión de

⁶ Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española, vigésima segunda edición.

⁷ Ib.

marcado acento penal que hace alusión en su modalidad de tipicidad⁸ a uno de los escaños que conforman la conducta punible⁹; o en su sentido positivo lo típico penalmente consiste en el actuar contra derecho.

Luego el sentido natural de la expresión “ostensiblemente atípica” hace referencia a un quehacer que de manera palpable, demostrable, o manifiesto no colinde en la esfera del derecho penal al no adecuarse a la descripción típica que previamente ha efectuado el legislador.

3. Con el propósito de desentrañar el espíritu del legislador cuando concibió el novísimo instituto, se tiene de los antecedentes legislativos¹⁰:

“...5. Alegatos de los sujetos procesales. Agotada la práctica de pruebas, si de ella surge que los hechos son manifiestamente atípicos, el defensor podrá solicitar la absolución perentoria y el juez la resolverá de inmediato...”.

La modificación que tuvo la ponencia con el precepto finalmente aprobado apunta a dos temas: i) la inclusión del fiscal para efectos de su invocación y, ii) el reemplazo de la palabra “manifiestamente” por “ostensiblemente”, lo que a juicio de la Sala anuncia la intención clara del legislador para que este instituto no pudiera ser invocado frente a cualquier fenómeno de atipicidad, sino frente a circunstancias tales que ameriten la interrupción de una importante fase procesal ante la abierta atipicidad de la conducta investigada.

4. Teniendo en cuenta que la disertación que convoca a la Sala descansa sobre la tipicidad, primer estanco que conforma la conducta punible a voces del artículo 9 del Código Penal, es importante realizar una precisión previa: con la expedición de la Ley 599 de 2000, se ha entendido superado el esquema causalista del delito, temática frente a la cual la Sala ha tenido la oportunidad de sentar su criterio¹¹:

⁸ “Artículo 10. Tipicidad. La ley penal definirá de manera inequívoca, expresa y clara las características básicas estructurales del tipo penal...”.

⁹ “...Artículo 9. Conducta punible. Para que la conducta sea punible se requiere que sea típica, antijurídica y culpable...”.

¹⁰ Confrontar Gaceta del Congreso 564 31/10/2003 Informe de ponencia para primer debate al proyecto de ley 01 de 2003 Cámara.

¹¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto del 1 de julio de 2009, radicación 31763.

“...El legislador del año 2000 (Ley 599) adoptó un concepto en algo finalista de la acción y, así, el dolo, la culpa y la preterintención pasaron al tipo a formar parte de la acción (el denominado tipo subjetivo), pero ese dolo que, se dice, el finalismo “trasladó” desde la culpabilidad hasta la tipicidad, comporta un dolo natural, “avalorado”, en cuanto se estructura solamente con el conocimiento y la voluntad, en tanto que la conciencia de la antijuridicidad “se quedó” en sede de culpabilidad como parte del juicio de reproche en que consiste ésta.

En la legislación vigente el dolo no es forma de culpabilidad, sino una modalidad de la conducta punible, según se lee con precisión en el artículo 21 del Código Penal. Pero, en contra de lo planteado dentro de las diligencias estudiadas, la conducta dolosa no implica el conocimiento de un simple hecho, sino que, según enseña el artículo 22, “la conducta es dolosa cuando el agente conoce los hechos constitutivos de la infracción penal y quiere su realización”. Por tanto, el conocimiento que se exige para la estructuración del dolo, como tipo subjetivo, es el relativo a hechos que tengan relevancia típica”.

5. Bajo tal entendimiento, la tipicidad está compuesta por dos aspectos, el objetivo y subjetivo. En el primero yacen los elementos descriptivos y normativos que cada tipo penal consagra¹², en tanto que el segundo abarca el dolo¹³ en su doble manifestación: conocimiento de los hechos que tengan relevancia típica y voluntad, con lo cual resulta evidente que la atipicidad de un comportamiento se puede predicar por ausencia de cualquiera de los elementos objetivos o subjetivos del tipo, circunstancias en las que en todo caso se predica la ATIPICIDAD DEL COMPORTAMIENTO.

6. Ahora bien, el legislador estableció que la absolución perentoria sólo será procedente frente a hechos “ostensiblemente atípicos”, luego la pregunta que surge de cara a la situación planteada en este proceso es: en qué condiciones resulta viable?

Para dar respuesta a este interrogante tenemos que la expresión ostensiblemente atípica consagrada en el artículo 442 de la Ley 906 de 2004, sugiere como

¹² Son los referidos a la exterioridad de la conducta.

¹³ Denominado avalorado.

conclusión válida que tal calificativo esté referido exclusivamente a aquellos casos en los que faltan uno o varios de los elementos objetivos del tipo; es decir cuando no hay tipicidad en relación con la figura en concreto, como cuando falta el sujeto pasivo o cualquier otro elemento de la conducta típica¹⁴. Así por ejemplo no existirá daño en bien ajeno, si el bien es propio, o fuga de presos si el presunto autor no se encuentra privado de la libertad.

De donde deviene, que ante la ausencia de alguno de los elementos estructurales del tipo objetivo, aquellos que como viene de verse no requieren un especial proceso valorativo para su comprensión por parte del juzgador, la conducta se torne manifiestamente atípica; siendo por ello que resulta excusada la intervención de los sujetos procesales para sus alegaciones finales, pues aquellas resultarían inanes ante la evidencia de la conclusión, siendo en tales casos en los que resulta posible invocar la absolución perentoria.

En forma sencilla dígase que, sostener una tesis contraria, lo ostensible dejaría de serlo si abarcara el tipo subjetivo, porque en tal caso el juicio de atipicidad estaría sometido a un proceso de valoración extraño a la perentoriedad que este tipo de absolución demanda; pues en el caso de los comportamientos dolosos, se transitaría por la fase del conocimiento y la comprensión de la tipicidad objetiva, y, se impondría valorar el querer, la voluntad de realizar ese comportamiento que se sabe ilícito; proceso intelectual que impone al juzgador estudiar la controversia probatoria que plantean las partes, así como las pruebas que en uno u otro sentido hayan sido incorporadas, lo que resulta contrario a lo “ostensible” de la atipicidad que soporta esta figura....”.

Concluyó la Corte que en tal evento se descarta de plano cualquier proceso intelectual que comprometa valoración probatoria.

Quedan así expuestos los presupuestos del instituto de la absolución perentoria cuya aplicación demandó el defensor en el presente asunto.

3. Conforme a tales postulados, surge claro que para propender por la absolución perentoria, se debe demostrar, que las conductas objeto de juzgamiento no encajan objetivamente en el tipo penal y en este caso, ello no ocurrió dado que el

¹⁴ Si bien las circunstancias de agravación o de atenuación son elementos objetivos del tipo, de su ausencia no deviene la atipicidad del comportamiento.

defensor a través de una escasa argumentación expresó que “no se logró por la fiscalía demostrar la tipicidad de ninguna de las conductas que se les indicaran a mis representados”; es decir, en manera alguna señaló porqué las conductas de los procesados, los hermanos César Augusto, Jorge Damián y Jaime Alirio Mazo Chavarría se alejaban de manera ostensible de las definiciones típicas del homicidio, tentativa de homicidio, fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, municiones o partes y secuestro, por las cuáles la fiscalía los convocó a juicio criminal.

Ahora bien, considera la Sala que una pretensión en tal sentido, debe estar soportada y motivada adecuadamente, de lo contrario no pasa de ser una falacia argumentativa en forma de petición de principio que debió ser rechazada por la *a quo*. No obstante, ésta la avaló y como si ello fuera poco lo hizo a través de una decisión sin fundamento alguno, esto es, en lugar de proferir la sentencia que consecuentemente absolviera a los tres procesados por atipicidad objetiva, sin motivación alguna, señaló que “efectivamente éste sí se da, dado que los hechos en que se fundamentó la acusación son atípicos”, incurriendo en el mismo error de la defensa, pues en manera alguna explicó porqué procedía la absolución perentoria para cada uno de los tres procesados respecto de las cuatro conductas punibles que les fueran formuladas.

Y si bien es cierto, de acuerdo con la jurisprudencia en cita¹⁵ “la adecuación típica en su aspecto objetivo debe surgir de un simple cotejo de las determinaciones adoptadas en la ley, sin que se requiera acudir a “complejas elucubraciones o a elocuentes y refinadas interpretaciones”¹⁶”, también lo es, que tanto el petente como el juez tienen la obligación de motivar sus peticiones y sus decisiones respectivamente, ya que a cada uno le asiste la carga de demostrar porqué es posible subsumir el caso concreto en el supuesto de hecho de una regla jurídica aplicable, y ello en el *sub iudice*, no ocurrió.

Así entonces, tras lo evidente del yerro cometido por la defensa, la juez de primera instancia debió negar la petición, como en su lugar la avaló, la Sala habrá de revocar su proveído pues el defensor nunca demostró la ostensible atipicidad objetiva atribuida a las conductas de los acusados. Por tanto, es necesario continuar con el curso normal del juicio permitiendo los alegatos conclusivos y la adopción de las decisiones que resulten pertinentes conforme a la valoración que deba hacerse del material probatorio recaudado.

¹⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 31 de agosto de 2011. radicado 34848.

¹⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de casación Penal, sentencia de 4 de febrero de 2009, radicado 30542.

En consecuencia, el Tribunal Superior de Medellín en Sala de Decisión Penal, **REVOCA** el auto del 24 de mayo de 2018, proferido por la Juez 14 Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de esta ciudad, por medio del cual acogió favorablemente la solicitud de absolución perentoria elevada por la defensa de César Augusto, Jorge Damián y Jaime Alirio Mazo Chavarría y en su lugar ordena la continuación del juicio en su forma ordinaria.

Esta decisión se notifica en estrados y contra la misma no procede ningún recurso.

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE.

**LUÍS ENRIQUE RESTREPO MÉNDEZ
MAGISTRADO**

**JOSE IGNACIO SÁNCHEZ CALLE
MAGISTRADO**

**NELSON SARAY BOTERO
MAGISTRADO**