



SALA PENAL

Radicado: 05-001-60-00-206-2012-55669
Procesado Francisco Javier Soto Ángel
Delito Perturbación a la posesión
Asunto Apelación de sentencia absolutoria
M. Ponente Miguel Humberto Jaime Contreras

Aprobado por Acta No. 22

Medellín, veinte (20) de febrero dos mil diecisiete (2017)

Descriptor: condiciones de procesabilidad y procedibilidad en delitos querellables
Restrictor: la querrela y conciliación pre-procesal como requisitos inexcusables para formular imputación en delitos querellables. No procede convalidación por omisión de la defensa.

1. VISTOS

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía y el Apoderado de las Víctimas en contra de la sentencia del Juzgado Primero Promiscuo de Caldas, que absolvió al señor Francisco Javier Soto Ángel de los delitos de perturbación a la posesión y daño en bien ajeno, cuya autoría le había sido atribuida, y encuentra que no existe demostración del requisito de procedibilidad establecido en el artículo 522, lo que conducirá a que oficiosamente se anule la actuación procesal

2. LOS HECHOS

Ocurrieron el 26 de enero de 2011, a eso de las 8:00 horas aproximadamente, cuando el acusado en compañía de dos trabajadores suyos se hizo presente en el bien inmueble ubicado en la calle 113 sur No.54-11 interior 132 sector El Cano de Caldas (Antioquia), el que ha sido habitado por cerca de 45 años por los hermanos VELEZ RESTREPO, y estaba ocupado por la señora LUZ MARIA VELEZ RESTREPO, y procedieron a

tumbar sin consentimiento de los poseedores las cercas de la propiedad, así como unas matas y cultivos, que habrían sido dañadas.

3. ACTUACIÓN PROCESAL

En audiencia celebrada el 2 de abril de 2014, se imputó al señor Francisco Javier Soto Ángel, los delitos de daño en bien ajeno y perturbación de la posesión sobre inmueble de que tratan los artículos 263 y 264 del Código Penal. Aunque la Fiscalía en esta audiencia afirmó la existencia de denuncias presentadas por la familia Vélez Restrepo no las incorporó ni la judicatura dejó constancia detallada de su existencia y en general no se demostró su existencia, ni de que se surtiera la conciliación preprocesal entre víctimas y victimarios, la que ni siquiera fue alegada. La juez de control de garantías, igualmente, omitió ejercer control al respecto o cuando menos, no dejó constancia que lo hubiera hecho.

El escrito de acusación fue radicado el 2 de mayo de 2014, y en la enunciación de medios probatorios que se utilizarían la fiscalía pide como prueba una constancia de conciliación fallida y dos actas de conciliación adelantadas en la fiscalía, sin especificar entre quiénes se surtieron ni sobre qué asunto versaba. Sin que mediara oposición de la defensa ni de los demás sujetos procesales se realizó la audiencia de acusación, el 27 de octubre de 2014, por los mismos delitos que fueron imputados, realizando frente a la audiencia fallida de la conciliación únicamente la adición de la fecha en que se habría presentado.

En audiencia preparatoria iniciada el 10 de febrero de 2015 y culminada el 2 de abril de 2016, se realizan estipulaciones y se decretaron pruebas las que fueron practicadas en juicio oral celebrado los días 7, 8 y 9 de julio de 2016 y en las que no se anexó las constancias o actas de conciliación mencionadas.

4. LA SUSTENTACIÓN DE LA APELACIÓN

4.1. La fiscalía alega que el juez no hizo una debida valoración de la prueba puesto que, a su juicio, aparecen demostrados los elementos de las conductas punibles –tipicidad, antijuridicidad y responsabilidad del acusado– como quiera que se habría probado la existencia del bien inmueble, su ubicación y que está inscrita en la oficina de registro de instrumentos públicos, zona sur, así como que los hermanos Vélez Restrepo se reputan como sus dueños, dado que se trata de la herencia dejada por su padre. Además, se habría probado que en ese predio existían cultivos, árboles y hasta una marranera de los cuales se usufructuaban sus poseedores desde hace más de 50 años y de las que a través de la vía de hecho dispuso el acusado, reputándose como dueño, tal como al unísono lo expusieron los declarantes.

Sostiene que la sentencia debió ser condenatoria si se hubieran considerado las manifestaciones de la defensa de que los actos de perturbación los realizó su asistido *“con la convicción que ese era el predio suyo puesto que lo había comprado a la señora Isabel Vélez Vélez”* y que su intención *“era hacer mejoras a su bien”*, pues de ese modo admitió que pretendió ejercer actos de señor y dueño, con lo que efectivamente confiesa la existencia del daño, contrario a lo considerado por el juez de primera instancia. Entiende que estas manifestaciones vinculan al acusado.

Este apelante reclama la valoración de los testimonios rendidos en juicio como quiera que, en su criterio, no debieron desestimarse las manifestaciones de Noé y María Eugenia Vélez Restrepo, con la indicación de que son solo afirmaciones, pero no prueba. Así mismo, la señora Josefina Vélez Restrepo no podía ser considerada como testigo de referencia, cuando ante la pregunta de la judicatura sobre ¿quién estuvo ese día en el predio? se *“insiste que estuvieron durante los días de los daños los tres declarantes”* y que esta testigo observó los daños y dialogó sobre ellos con el señor Francisco Javier, explicando, además, la forma como fraudulentamente el acusado adquirió el inmueble.

Resalta que la fiscalía no trató de demostrar la flagrancia, mas sí que se causaron los daños, en tanto fueron observados por cada uno de los testigos y no les queda duda de que fue el acusado quien los causó porque decía que estaba reclamando su bien. Así, estimó que no era cierto, como lo asegura el juez de instancia, que se no se determinó el lugar ni las fechas en las que se cometió el delito, cuando se trata de un bien debidamente identificado e individualizado.

Respecto a la cadena de custodia de las fotografías con las que se pretende probar la perturbación y el daño, la que se echan de menos por el juez de instancia, aseguró la Fiscalía que los investigadores *Santiago Rave* y *Claudia Montaña* dieron cuenta de la existencia del inmueble a través de las imágenes que no fueron tachadas por la defensa y que deben considerarse como auténticas, dado que lo importante es lo atestiguado en juicio sobre ellas por los funcionarios adscritos al CTI. Además, resalta que ésta última funcionaria informó que recibió la declaración de la señora *Hilda Vélez Restrepo* quien le entregó esas fotografías, las que no consideró necesarias someterlas a cadena de custodia, sin que pueda surgir dudas de su mismidad porque no se concrete quien las tomó, (Hilda o su hermana María Eugenia) cuando pudieron estar juntas.

Finalmente, respecto al daño en bien ajeno, advierte que aparece probada la posesión del bien en cabeza del sujeto pasivo, tal como lo reconoce la misma instancia.

Con base en lo expuesto, la fiscalía pretende que se revoque la sentencia absolutoria y en su lugar se condene al acusado pues estima probado, más allá de duda razonable, que fue autor de los delitos atribuidos.

4.2. Por su parte el apoderado de las víctimas concretó su inconformidad advirtiendo que acoge los planteamientos de la Fiscalía, como quiera que no existe duda acerca de la posesión del bien por parte

de los miembros de la familia Vélez Restrepo, la perturbación a esa posesión y el daño causado, así como la responsabilidad en la conducta punible por parte de acusado.

Resaltó que *Soto Ángel* incurrió mínimamente en un ejercicio arbitrario de sus propias razones cuando al comprar un bien, al parecer de manera fraudulenta, se creyó con derecho a espaldas de los ocupantes de dañar sus cultivos pues, a su juicio, aparece demostrado más allá de toda duda razonable la responsabilidad del acusado, incluso con las mismas manifestaciones de la defensa, cuando se aseguró que la actividad desarrollada fue para ejercer como señor y dueño del predio, causando, con conocimiento y voluntad, el daño que las víctimas no estaban obligadas a soportar.

Disiente sobre que deba concretarse el lugar y la fecha en la que se produjo el daño, cuando con las declaraciones aparece delimitado el predio, así como que la conducta se desarrolló en varios momentos, en tanto inició el 26 de enero de 2011 y se repitieron en los meses de febrero y marzo siguiente.

Agrega el apelante que, en casos como el presente, no es necesaria la cadena de custodia, cuando las fotografías recolectadas permanecieron en poder de la fiscalía.

Subraya que la valoración de las pruebas por parte del juez no fue la debida, al considerar a las víctimas como testigos de referencia pese a que se trataban de declaraciones coherentes y creíbles acerca de la conducta desarrollada por el acusado, sin que se adviertan intenciones de declarar lo que no es y además, la defensa no impugnó su credibilidad.

Conforme con lo dicho, solicita la revocatoria de la sentencia absolutoria. Subsidiariamente, pide que, de ser declarado desierto el recurso, sea tramitado el recurso de queja.

5. RAZONES DEL SENTENCIADOR

De la sentencia de primer grado sólo reseñaremos lo expuesto por el juzgador para sustentar la absolución impugnada.

El juez de primera instancia, previa reproducción de los apartes de las declaraciones rendidas en juicio, estimó que la prueba recauda era insuficiente para demostrar los elementos de los tipos penales acusados. Sin embargo, consideró acreditada la posesión pacífica del inmueble ubicado en el Barrio El Cano del municipio de Caldas, calle 113 sur N° 54-11 interior 132 por parte de los hermanos *Vélez Restrepo*, quienes cuentan con la convicción de ser los propietarios dado que se trata de una herencia de su padre. Pero, en criterio del juez, no aparece probado más allá de toda duda razonable que el acusado hubiera perturbado dicha posesión, cuando ninguno de los declarantes dio cuenta de haberlo observado en esas.

Aduce el sentenciador que ninguno de los declarantes fue testigo directo de la perturbación, en tanto todos ellos manifestaron que quien la presencié fue su hermana *Luz Marina*, quien no acudió a juicio, pese a que su testimonio había sido decretado como prueba. En cuanto a lo que pudieron conocer y observar los testigos que depusieron, entiende que no son contestes en singularizar la forma como ocurrieron los hechos, ni se acreditó qué fue objeto de perturbación, cuando ni siquiera concluyen con certeza quienes ingresaron a “realizar los daños”, si el acusado o terceras personas. Tampoco se individualizó si fue una franja del terreno o todo el inmueble el perturbado, pues en su sentir debe tenerse en cuenta que se trata de un inmueble de 2800 mts colindante con el del acusado.

De modo similar, el juzgador desestimó las fotografías ingresadas como prueba en tanto, a su juicio, no cuentan con poder suasorio, ni fueron sometidas a cadena de custodia, además que de algunas ni se

conoce su origen. Resalta que las fotografías ilustran una escena de la que no se tiene certeza cuál es y se desconoce su autenticidad.

Así, entonces, juzgó el funcionario judicial de conocimiento que con la prueba obrante no se satisfacen las exigencias probatorias para desvirtuar la presunción de inocencia.

Finalmente, frente al pedimento de la defensa de que se señalen los mecanismos adecuados para zanjar la discusión, le advirtió que no es de su resorte dicha indicación y que deberán ser ellos quienes acudan a las acciones propias para dilucidar sus derechos.

6. LAS CONSIDERACIONES

De manera oficiosa, en guarda del debido proceso, el Tribunal ingresa a verificar si se han cumplido las condiciones de procesabilidad y de procedibilidad, en la persecución judicial de los delitos atribuidos, esto es, daño en bien ajeno y perturbación a la posesión sobre inmueble, pues a simple vista se tiene que el primer delito era querellable, para el 26 de enero de 2011, época de la comisión de las conductas punibles y aún sigue siéndolo, conforme a lo dispuesto en el artículo 74 del Código Procesal Penal. Igualmente, esta misma característica la adquirió el delito de perturbación de la posesión de inmueble unos meses después, con la entrada en vigencia de la Ley 1453 del 24 de junio de 2011, puesto que no lo era para el momento de su comisión.

Ahora bien, no hay duda que para la procedencia de actuaciones judiciales sobre el daño en bien ajeno debía agotarse y tenerse para este momento demostrado —no como prueba del proceso sino de la actuación preprocesal— tanto la querrela como la existencia de conciliación. No ocurre lo mismo frente al delito de perturbación de la posesión sobre inmueble, puesto que su *noticia criminis* se regulaba como oficiosa, situación que para dicho efecto quedó consolidada jurídicamente, pero

como entró regir la ley que lo convirtió en querellable, de aplicación inmediata, ingresó por la vía de la favorabilidad la exigencia del requisito de procedibilidad, establecido en el artículo 522 del Código Procesal Penal, en tanto solo mucho después se iniciaron los trámites judiciales ya que la imputación se hizo el 2 de abril de 2014. Así se desprende de la postura reiterada de la Sala de Casación Penal al respecto:

“Ahora, tiene sentado la Corte¹ que si el legislador no establece la querrela como presupuesto para el ejercicio de la acción penal derivada de la conducta punible, una vez el Estado tiene conocimiento por denuncia, informe u oficiosamente de la comisión del delito, tiene la obligación de adelantar el correspondiente trámite procesal hasta sus últimas consecuencias, sin que el advenimiento de una ley posterior que exija la referida condición de procesabilidad resulte aplicable retroactivamente en virtud del principio de favorabilidad, pues es claro que en tales situaciones la puesta en marcha del aparato jurisdiccional ya se consolidó, quedando a salvo, desde luego, la posibilidad de acudir al desistimiento y a la conciliación, procedentes de acuerdo con el referido principio por tratarse de la aplicación favorable de una norma posterior con efectos retroactivos.”² (Subrayas de la Sala)

Pese a que en la jurisprudencia trascrita se habla de la conciliación como una simple posibilidad, lo cierto es que, si se tiene en cuenta que el principio de favorabilidad informa el de legalidad, el procedimiento aplicable es el que le ofrezca al procesado mejores condiciones, en este caso, que le diera la oportunidad de que se pudiera solucionar el conflicto por la vía de la justicia restaurativa. Adicionalmente, como toda norma de efecto inmediato cobijaba las situaciones en curso no consolidadas. En consecuencia, juzga la Sala que para efectuar la imputación y los posteriores actos procesales de carácter judicial debía agotarse la

¹ Cfr. CSJ. AP, 23 may. 2007. Rad. 26831.

² Sentencia 44124 del 28 de octubre de 2016, MP. LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

conciliación preprocesal, lo que de suyo impone que su demostración obre en el plenario. De no hacerse, se afecta el debido proceso en lo que concierne a que se trastoca la estructura procesal.

Sabido es además, que para que el Estado pueda perseguir a los responsables de delitos querellables se requiere (i) que sea decisión del afectado dar la *noticia criminis* (ii) quien interponga la querrela sea el sujeto pasivo de la acción penal (querellante legitimo) y (iii) que sea oportuno, dentro del término de seis meses contados a partir del momento en el que se materializó la conducta, salvo caso fortuito o fuerza mayor que impida el conocimiento de su ocurrencia, evento en el que se contará cuando aquellos desaparezcan sin que esto pueda exceder de 6 meses (Art. 73 ley 906 de 2004); pero, adicionalmente, deben agotarse los mecanismos de justicia restaurativa dispuesto por el artículo 552 ibídem, esto es, será obligatorio realizar audiencia de conciliación³.

Como su nombre lo indica, las condiciones de procesabilidad y procedibilidad deben cumplirse de modo previo al inicio de la actuación procesal. Es una fase preprocesal de obligatorio cumplimiento pues de no hacerse el Estado carece de legitimación y potestad para perseguir los delitos que lo requieren, de modo que su demostración es un acto imprescindible y cuya omisión es trascendental y no puede superarse, cuando además del silencio de la defensa o su no alegación no convalida dicha anomalía y por ende, debía acreditarse antes de formular la imputación por la Fiscalía y el juez de control de garantías.

Por supuesto que, de ordinario, estas condiciones no son tema de prueba del proceso, pero para haberse imputado la conducta punible sobre la que versará la indagación y eventualmente la acusación, debió acreditarse tanto la existencia de querrela debida, como que se surtiera la

³ Artículo 522 - La conciliación en los delitos querellables. La conciliación se surtirá obligatoriamente y como requisito de procedibilidad para el ejercicio de la acción penal, cuando se trate de delitos querellables, ante el fiscal que corresponda, o en un centro de conciliación o ante un conciliador reconocido como tal.

conciliación o resultara fallida. Sobre esta última ha considerado la Corte Constitucional en la sentencia C-591 de 2005 y la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia —sentencia 6979 dictada el 9 de septiembre de 2009 (rad. 32196)— que se trata de un mecanismo preprocesal inexcusable para activar la acción del Estado, por lo que su desconocimiento afecta los principios de la justicia restaurativa, así como el debido proceso, y de no estar presente no se satisface la condición para que el Estado esté legitimado para adelantar el proceso y dirimir el conflicto del que se trate.

Sobre la conciliación, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en providencia del 4 de junio de 2014, M.P. Dra. María Del Rosario González Muñoz, dijo:

“La figura de la conciliación preprocesal está regulada en el artículo 522 de la disposición legal en cita, cuyos incisos primero y segundo señalan lo siguiente:

“La conciliación se surtirá obligatoriamente y como requisito de procedibilidad para el ejercicio de la acción penal, cuando se trate de delitos querellables, ante el fiscal que corresponda, o en un centro de conciliación o ante un conciliador reconocido como tal.

En el primer evento, el fiscal citará a querellante y querellado a diligencia de conciliación. Si hubiere acuerdo procederá a archivar las diligencias. En caso contrario, ejercitará la acción penal correspondiente, sin perjuicio de que las partes acudan al mecanismo de la mediación”.

De acuerdo con la citada norma, en el procedimiento penal seguido bajo los trámites de la Ley 906 de 2004 la conciliación constituye requisito de procedibilidad cuando se trata de delitos querellables, de manera que debe intentarse de manera obligatoria como condición para ejercer la acción penal.

Al declarar exequible algunos de los apartes del citado artículo 522, la Corte Constitucional refirió acerca de la conciliación preprocesal lo siguiente:

“En tal sentido, por tratarse de delitos querellables y por ende el contenido de justicia afecta solo la esfera de la víctima y en tal medida admiten desistimiento, consideró el legislador como una medida de política criminal que surtieran una etapa de conciliación, sin que se oponga al nuevo esquema procesal penal que ella se surta ante un fiscal, a fin de que si hubiere acuerdo entre el querellante y el querellado, proceder a archivar las diligencias; y en caso contrario, ejercer la correspondiente acción penal, caso en el cual no podrá ser utilizado en su contra el contenido de las conversaciones tendientes a lograr un acuerdo conciliatorio”⁴.

La Sala de Casación Penal de esta Corporación también se ha pronunciado en torno a la comentada figura, y así en AP, 9 de sept. de 2009, rad. 32196 expresó:

“... tratándose de delitos querellables, el ejercicio de la acción penal se activa una vez agotado el mecanismo preprocesal de la conciliación, bien sea porque el querellado no asistió, o las partes no llegaron a un acuerdo, o porque convinieron en el arreglo pero este no se cumplió. En tal caso, el instructor tiene la obligación de seguir adelante con la investigación y, si es del caso, acusar a los infractores de la ley penal”.

La Sala ha dicho, igualmente, que la no realización del referido trámite reviste la capacidad de generar la invalidez de la actuación por afectación al debido proceso en aspectos sustanciales, por cuanto para el ejercicio de la acción en relación con los delitos querellables es requisito de procesabilidad la celebración de una audiencia de conciliación preprocesal en los términos señalados por el artículo 522 de la Ley 906, en la que bien podrían las partes llegar a un acuerdo que pusiera fin a las diligencias (CSJ AP, 2 de dic. de 2008, rad. 29959)”.

Desde luego que lo expuesto es suficiente para sustraer de la discusión la imperiosa necesidad de demostrar los requisitos de procesabilidad y procedibilidad, pero cuando no se hace claramente surge la eventualidad de si puede superarse con las aseveraciones de la fiscalía y el silencio de las partes al respecto.

⁴ Sentencia C-591 de 2005.

No ignora la Sala mayoritaria que en la providencia del veintiocho (28) de octubre de dos mil quince (2015) - MP FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO, SP14839-2015, Radicación: 45682, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, aunque tenía claro que:

“la Sala advierte un descuidado manejo del trámite por parte de los funcionarios que asumieron el ejercicio de la acción penal, como de los que ejercieron la función de control de garantías y de conocimiento, pues véase, por ejemplo, cómo en la fase previa al juicio la Fiscalía no se preocupó por demostrar los requisitos de procedibilidad para ejercer la potestad punitiva del Estado, ni tampoco la juez de control de garantías los verificó, siendo la audiencia de formulación de imputación el momento oportuno para fijar tan trascendentales aspectos del procedimiento como lo era establecer la existencia de querrela promovida en término y que se había agotado el requisito de la convocatoria a audiencia de conciliación, dada la naturaleza querellable del delito de ...”

Salva la imprescindible demostración del requisito de la conciliación pre procesal, del siguiente modo:

“No obstante, el escrito de acusación da cuenta de la existencia de un acta de conciliación fechada marzo 30 de 2012, que aunque no fue incorporada al proceso, concluye la Corte que se refiere a la diligencia previa y obligatoria que debe cumplirse en tratándose de delitos querellables; además porque ninguna de las partes o intervinientes ha señalado lo contrario, motivo por el cual, infiere la Sala que el proceso penal que se adelantó contra el acusado estuvo precedido de tal requerimiento.”

Sin embargo, estas consideraciones, sobre las que no hubo fundamentación distinta a lo aseverado, no serán acogidas como precedente vinculante por la mayoría de la Sala de Decisión por eventuales diferencias en los casos y por reparos en la doctrina que tácitamente la informa.

En cuanto a lo primero, porque el Tribunal no puede inferir concluyentemente que las menciones efectuadas en la acusación a conciliaciones sean las preprocesales cuya realización ordena el artículo 522 de la ley 906 de 2004.

En efecto, en el escrito de acusación se solicitó como prueba (folio 27) un acta de conciliación fallida, la que luego en la audiencia de acusación se precisó que era del 11 de abril de 2011; así mismo, a folios 29 se pide como prueba dos actas de conciliación, una del 28 de mayo y otra del 19 de junio de 2013, en todas sin precisar quienes intervienen ni sobre qué asunto versan; por ejemplo, para cerciorarnos que se refiera a los dos delitos atribuidos. Y si bien podría suponerse que alguna de ellas trata sobre el objeto de este proceso, lo cierto es que en las pruebas decretadas se alude a la existencia de una querrela que formuló el procesado en contra de los poseedores del predio, lo que cuando menos genera dudas insalvables sobre la audiencia de conciliación fallida. En todo caso, la imprecisión de las partes citadas o presentes y el asunto del que se trató en dichas audiencias solo pueden suplirse suponiendo en contra del procesado, lo que a juicio de la Sala mayoritaria contraría principios constitucionales, así no sea sobre prueba de la infracción o la responsabilidad.

Dicho de otro modo, la inferencia de que se cumplió con el requisito es fundada en afirmaciones, pero apenas probable, no descartándose otras hipótesis y de ahí que pueda tratarse de dos casos distintos, el presente y el que originó la postura jurisprudencial de la que la Sala mayoritaria respetuosamente se aparta; pues en rigor no puede aseverarse que las condiciones de este proceso sean iguales a las que inspiró la consideración citada.

Al margen de ello, pero no menos importante, medían razones sistemáticas para apartarse del precedente, sí así pudiera considerarse,

por cuanto cabe distinguir entre alegación de las partes y la demostración. Aseverar en el escrito de acusación la existencia de una conciliación carece de eficacia probatoria, así exista libertad demostrativa en este ámbito, por cuanto son meras alegaciones, que además de ser incompletas para satisfacer los requisitos de procesabilidad y procedibilidad pueden ser ciertas o no. Aunque no puede presumirse la mala fe del fiscal para suponer que miente, si podría estar equivocado o confundido sobre la realización del presupuesto echados de menos. En otras palabras, son actos de parte que no pueden determinar incuestionablemente la existencia de un acto procesal. Quizás por esto, la providencia citada debe complementar el contexto puntualizando que las partes no objetaron o refutaron la existencia de la conciliación preprocesal.

No obstante, esta idea tropieza con la dificultad de que la Sala mayoritaria no cree que la defensa tenga la carga procesal de alegar la inexistencia de la querella o de la conciliación pre procesal, pese a la existencia del principio de lealtad procesal, pues en esta materia debe prevalecer la que tiene el defensor con su asistido.

Al tratarse de un asunto de debido proceso que debió verificarse desde un inicio, es asunto que escapa a la disposición de las partes, que de no haber ocurrido no podrían dar por cumplido dichos requisitos, en tanto constituyen elementos esenciales de legitimización del Estado para ejercer el *ius puniendi*; y por ende, no son disponibles por las partes y menos por el defensor en detrimento de su asistido.

Se trata de la satisfacción de una carga procesal que le compete a la fiscalía y que la defensa no puede dispensar, por consiguiente, su ausencia de alegación no sufre el requisito que se echa de menos, ni convalida la nulidad que se percibe. De hecho, si en un proceso frente a un delito que requiere querella no se ha demostrado su formulación, no es exigible al defensor que lo alegue si no ha caducado la posibilidad de interponerla, pues de hacerlo sería tanto como facilitar que se remedie una situación

que a la postre perjudicaría a su defendido; igualmente, mientras el delito no prescriba sería contraproducente invocar la no realización de la audiencia de conciliación pre procesal por cuanto podría subsanarse la situación y volverse a presentar imputación.

En el entendimiento de la Sala Mayoritaria aparecen con vigencia las razones que se expusieron en la providencia con Rd. 39.929 del 15 de mayo de 2103, M.P. María Del Rosario González Muñoz:

“(...) En efecto, observa la Colegiatura que si bien en la declaratoria de nulidades rige el principio de convalidación, según el cual, la irregularidad que engendra el vicio puede ser convalidada de manera expresa o tácita por el sujeto procesal perjudicado, siempre que no se violen sus garantías fundamentales, palmario resulta que si la querrela corresponde a una exigencia de procesabilidad, su presentación por quien carece de legitimidad no puede ser subsanada, pues ello comportaría quebranto de la estructura del debido proceso.

No hay duda que admitir la convalidación de tal incorrección sería tanto como permitir que se profiriera fallo sin que mediara acusación, o sin que tuviera lugar la audiencia de formulación de imputación, situaciones análogas que por afectar el curso reglado y las bases del trámite, resultan inaceptables (...)”

Resulta para la Sala preocupante la omisión de la Fiscalía y el juez con funciones de control de garantías en ocuparse de modo expreso de verificar al inicio de la imputación la satisfacción de estas cargas procesales con las respectivas constancias de que estas condiciones se han cumplido. Dada la frecuencia con la que observamos este tipo de omisiones, pareciera que estos funcionarios no tienen presente el rigor de la ley para cumplir con las condiciones antes dichas. Por eso, se oficiará a la Dirección Seccional de Fiscalías para que imponga sobre esta temática la

debida capacitación de los fiscales y si es del caso noticie disciplinaria o penalmente el asunto.

No sobra aclarar que la Sala mayoritaria no ha considerado la ausencia de querrela, pese a que tampoco fue incorporada o su existencia constatada por el juez con la respectiva constancia de los aspectos que permitirían establecer las exigencias de que sea oportuna y efectuada con legitimidad, no tanto porque en la audiencia de imputación dijera la fiscalía que se habían presentado varias denuncias en fechas cercanas al hecho, sino fundamentalmente porque con los testimonios de *María Eugenia, Noé de Jesús y Josefina Vélez Restrepo*, ofendidos que comparecieron a juicio, se demuestra que acudieron en varias oportunidades a diferentes entidades, lo que permite a la Sala concluir que existió una clara e inequívoca acción de los afectados de reclamar la intervención de la justicia a raíz de los hechos que los afectaba, por lo que esa actividad de las víctimas demuestra este requisito, que según ha explicado la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia no corresponde a un documento, declaración o testimonio, sino al ejercicio de solicitar al Estado su intervención⁵.

No obstante, como se había puntualizado, no ocurre lo mismo respecto a la exigencia de previa acreditación del agotamiento del requisito de la conciliación, que inexcusablemente exige el inciso segundo del artículo 522 del código procesal penal como presupuesto de procedibilidad, cuando se trata de delitos querrelables.

⁵ Sentencia 39929 del 15 de mayo de 2013, con ponencia de la Magistrada María Del Rosario González Muñoz: “(i)La querrela no corresponde a un documento, declaración, testimonio, o medio probatorio de otra naturaleza, sino a una acción dispuesta por el legislador para ser ejercida por el sujeto pasivo de ciertos delitos o por quienes tengan legitimidad para ejercerla en nombre de aquél, según lo dispone el artículo 71 de la Ley 906 de 2004. Asunto diverso es que la solicitud dirigida al Estado por el sujeto pasivo del delito pueda encontrarse en un documento escrito, video, audio, denuncia, declaración u otro medio de expresión clara de su voluntad, se tenga certeza sobre su autor, así como acerca del día y hora de su presentación, y contenga un relato detallado de los hechos (artículo 69 ídem)”.

Así las cosas, por no aparecer demostrados requisitos de obligatorio cumplimiento por parte de la Fiscalía y que los jueces deben verificar, se deberá anular la actuación procesal a partir de la imputación.

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

R E S U E L V E

PRIMERO: Revocar la sentencia recurrida y en su lugar, declarar la nulidad de la actuación procesal a partir de la imputación.

SEGUNDO: Se noticiará a la Dirección Seccional de Fiscalías de Medellín acerca de las falencias señaladas en la parte motiva de esta providencia para que imponga sobre esta temática la debida capacitación de los fiscales y si es del caso, se den las noticias disciplinarias o penales que correspondan.

TERCERO: Contra esta decisión, la que queda notificada en estrados al momento de su lectura, procede el recurso de reposición, pues con ella no se agota el recurso, al tratarse de un aspecto no discutido por las partes.

MIGUEL HUMBERTO JAIME CONTRERAS
MAGISTRADO

PÍO NICOLÁS JARAMILLO MARÍN
MAGISTRADO

Radicado:
Procesado
Delito

05-001-60-00-206-2012-55669
Francisco Javier Soto Ángel
Perturbación a la posesión

MARITZA DEL SOCORRO ORTIZ CASTRO
MAGISTRADA