



TRIBUNAL SUPERIOR

Medellin

SALA PENAL DE DECISIÓN

PROCESO: 11001 60 00000 2022 02071 (Matriz 11001600097202150288)
DELITO: Tráfico de migrantes
PROCESADA: VIVIANA MARÍA MESA SERNA
PROCEDENCIA: Juzgado Veinticinco Penal del Circuito de Medellín
OBJETO: Apelación auto que decreta preclusión de la investigación
DECISIÓN: Revoca
M. PONENTE: Rafael M Delgado Ortiz
Auto Nro. 098
Aprobada Acta Nro. 211

Medellín, doce (12) de diciembre de dos mil veintitrés (2023)

ASUNTO POR TRATAR

Corresponde a la Sala desatar la apelación interpuesta por el Procurador 129 Judicial II Penal en contra del auto emitido por el Juez Veinticinco Penal del Circuito de Medellín, el veintiséis (26) de mayo del año que transcurre, en el que decretó la preclusión de la investigación en favor de **VIVIANA MARÍA MESA SERNA**, por el delito de Tráfico de migrantes, de conformidad con el artículo 188 del Código Penal.

ANTECEDENTES FÁCTICOS

Según lo expuesto por la Fiscal delegada en la audiencia de solicitud de preclusión de la investigación, los hechos acaecieron el diez (10) de mayo de dos mil veintidós (2022), en desarrollo de una diligencia de allanamiento y registro llevada a cabo en el Hotel

PROCESO: 11001 60 00000 2022 02071 (Matriz 11001600097202150288)

DELITO: Tráfico de migrantes

PROCESADA: **VIVIANA MARÍA MESA SERNA**

OBJETO: Apelación auto que decreta preclusión de la investigación

DECISIÓN: **Revoca**

Luxton –carrera 45 Nro. 46-61–de la ciudad de Medellín, entre las 14:00 y las 19:00 horas, cuando, se dice, fue capturada en flagrancia **VIVIANA MARÍA MESA SERNA**, al ser supervisora de aquel lugar y como tal, facilitó y colaboró en la entrada y salida del país de los señores Gener Roque Dairon –de nacionalidad cubana con pasaporte K913990–, Morris Méndez Fernando –panameño con documento extranjero 10-715-1821–, Josué Hernández Bolívar –nacionalidad panameña, indocumentado– y Edwar José Molina Durán –documento extranjero Nro. 268288898 con permiso temporal de protección 6242093–, quienes no se encontraban registrados en la bases de datos y sin movimientos migratorios, esto es, no cumplían con los requisitos legales para su admisión en territorio nacional.

MESA SERNA en su condición de administradora del lugar, con el ánimo de lucrarse, permitió y autorizó el hospedaje de los extranjeros sin diligenciar el registro obligatorio.

ACTUACIÓN PROCESAL

Entre los días once (11) y diecinueve (19) de mayo de dos mil veintidós (2022), ante el Juzgado Segundo Penal Municipal ambulante con funciones de control de garantías de Antioquia, se llevó a cabo audiencia de legalización de procedimiento de allanamiento y registro, incautación de elementos con fines investigativos y legalización de captura. La fiscalía le comunicó, entre otros, a **VIVIANA MARÍA MESA SERNA** que estaba siendo investigada por la presunta comisión de la conducta punible de Tráfico de migrantes, bajo los verbos rectores de facilitar y colaborar, de conformidad con el artículo 188 del Código Penal, sin que fuera aceptado. El delegado del ente acusador declinó de la solicitud de imposición de medida de aseguramiento, por tanto, se dispuso su libertad.

PROCESO: 11001 60 00000 2022 02071 (Matriz 11001 600097202150288)

DELITO: Tráfico de migrantes

PROCESADA: VIVIANA MARÍA MESA SERNA

OBJETO: Apelación auto que decreta preclusión de la investigación

DECISIÓN: Revoca

La fiscal del caso presentó escrito de acusación en contra de la procesada señalándola como probable responsable del delito imputado, repartido al Juzgado Veinticinco Penal del Circuito de Medellín.

En audiencia del veintiséis (26) de mayo de dos mil veintitrés (2023), la fiscal delegada solicitó la variación del objeto de la diligencia para presentar solicitar preclusión de la investigación, que fue coadyuvada por la defensa y con oposición del Ministerio Público. El juez de primera instancia decretó la preclusión de la investigación en favor de la encartada, la cual fue objeto de apelación por el Procurador 129 Judicial II Penal.

Finalmente, el treinta y uno (31) de mayo anterior, el expediente fue remitido a esta Corporación.

SOLICITUD DE PRECLUSIÓN

La delegada de la Fiscalía solicitó la preclusión de la investigación con base en las causales de imposibilidad de iniciar o continuar con el ejercicio de la acción y la inexistencia del hecho investigado –numerales 1 y 3– señaladas en el artículo 332 del Código de Procedimiento Penal.

Luego de poner de presentes los hechos jurídicamente relevantes y de hablar de los elementos materiales con vocación probatoria recaudados en la investigación –los que incluían algunos aportados por la defensa–, no halló ningún otro elemento que señalara la eventual responsabilidad de **MESA SERNA** en los hechos, en la

PROCESO: 11001 60 00000 2022 02071 (Matriz 11001 600097202150288)

DELITO: Tráfico de migrantes

PROCESADA: VIVIANA MARÍA MESA SERNA

OBJETO: Apelación auto que decreta preclusión de la investigación

DECISIÓN: Revoca

medida en que en estos demuestran su ajenidad en lo investigado, pues los procesados hablan de esta situación, lo que es corroborado con la investigación desplegada.

De esta manera solicita se decrete la preclusión de la investigación en favor de **VIVIANA MARÍA MESA SERNA** bajo las causales primera y tercera de la normatividad procesal penal.

El delegado del Ministerio Público se opuso a la solicitud toda vez que consideró que el ente acusador se apresuró en solicitar la preclusión de la investigación, pues de los elementos se puede extraer una presunta responsabilidad de la procesada en el hecho investigado, en especial por su grado de participación, lo que debe ser resuelto en etapas posteriores del proceso, por lo que solicita no se acceda a la pretensión.

La defensa de **MESA SERNA** solicitó sea acogida la pretensión del ente investigador pues realizado el estudio de la exhaustiva investigación realizada, no se desprende ni siquiera una complicidad, por lo que no se haría necesario acudir a un juicio oral, pues de hacerlo, sería con base en los mismos elementos que ahora se presentan, por lo que, atendiendo a las decisiones de la Corte Constitucional, solicita también se aplique la causal de imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia.

LA PROVIDENCIA APELADA

El juez de primera instancia avaló la solicitud de preclusión de la investigación. Escuchados los argumentos de las partes,

PROCESO: 11001 60 00000 2022 02071 (Matriz 11001600097202150288)

DELITO: Tráfico de migrantes

PROCESADA: VIVIANA MARÍA MESA SERNA

OBJETO: Apelación auto que decreta preclusión de la investigación

DECISIÓN: Revoca

encontró que en la investigación no se halló algún elemento que indique que la señora **VIVIANA MARÍA MESA SERNA** perteneciera al grupo de personas de la cadena hotelera que intervinieron en el hecho, al punto de que no se puede advertir que sea copartícipe, coautora, cómplice o favorecedora.

En suma, dijo que había una duda razonable acerca de que la procesada sea copartícipe o coautora del delito endilgado.

DE LA APELACIÓN

El Procurador 129 Judicial II Penal interpuso recurso de apelación e indicó que la duda razonable surge a partir del agotamiento de la prueba, lo que no ocurre en este momento procesal.

Dijo que no se hacen conjeturas acerca de la conducta desplegada por la imputada, en la medida en que, a partir de los elementos materiales con vocación probatoria, se acredita que prestó una ayuda sustancial a la organización dedicada al tráfico de migrantes. Las personas que son contratadas por estas organizaciones deben ser de entera confianza para evitar que trascienda el ilícito.

Los demás investigados la excluyen de su participación al decir que era la persona dedicada al aseo, o a atender a los ciudadanos que se albergaban en esos hoteles, lo cual, en sentir del recurrente, es una ayuda fundamental.

El hecho de que no se le haya interceptado una llamada telefónica no implica que no sea una cómplice en la

PROCESO: 11001 60 00000 2022 02071 (Matriz 11001 600097202150288)

DELITO: Tráfico de migrantes

PROCESADA: VIVIANA MARÍA MESA SERNA

OBJETO: Apelación auto que decreta preclusión de la investigación

DECISIÓN: Revoca

actividad ilícita, de manera que su captura se dio por la ayuda prestada a la organización criminal, mínimo en grado de complicidad.

Por tanto, solicita se revoque la decisión de primera instancia y se dé curso normal al proceso, para que se decida en juicio si es coautora o cómplice o no tenía responsabilidad alguna y se le pueda aplicar la duda razonable, pues, insistió, no es el momento adecuado para el efecto.

PRONUNCIAMIENTO DE LOS NO RECURRENTES

FISCALÍA

Deprecó se mantenga la decisión de primera instancia, e invitó a que se examinen los elementos materiales con vocación probatoria presentados pues se realizó una investigación estructurada que arrojó como resultado el informe compartido denominado *Los Andariegos*, en el cual se evidenció que **VIVIANA MARÍA** resultó ajena a la organización.

Aunque su antecesor la haya vinculado a la investigación por su cargo de administradora del hotel, al inferir razonablemente que sabía y conocía lo que ocurría, lo que, en palabras del procurador, implica mínimo una complicidad, lo cierto es que en ese momento se solicitó la preclusión por ser la respuesta más justa de la administración de justicia, porque de irse a un juicio oral, no podría demostrar siquiera un encubrimiento por parte de la encartada.

PROCESO: 11001 60 00000 2022 02071 (Matriz 11001 600097202150288)

DELITO: Tráfico de migrantes

PROCESADA: VIVIANA MARÍA MESA SERNA

OBJETO: Apelación auto que decreta preclusión de la investigación

DECISIÓN: Revoca

De examinarse las causales de preclusión de la investigación que se establecen en el artículo 332 del Código de Procedimiento Penal, en varios numerales se ajusta lo que naturalmente ocurrió con la imputada y su ajenidad de los hechos, pero en virtud al párrafo sólo puede solicitarla por las hipótesis primera y tercera, debiéndose hacer esa ponderación.

Continuó diciendo que la intervención del recurrente, se torna arbitraria e injusta de cara al desconocimiento de los elementos de convicción, pues de su estudio se resuelven varias de las dudas planteadas y se verifica que **MESA SERNA** era la supervisora del aseo, pero que desconocía lo ocurrido, situación diferente frente a la responsabilidad de la recepcionista.

Insistió en el estudio de los elementos materiales con vocación probatoria recaudados dentro de la investigación, incluso después de presentado el escrito de acusación, da cuenta que la procesada fue ajena a los hechos, por lo que consideró que la solución adecuada es la preclusión de la investigación. Resaltó que, en el caso concreto, no se le imputó a la encartada el delito de Concierto para delinquir por no contar con elementos para ello, sólo el de Tráfico de migrantes por encontrar extranjeros en el hotel donde laboraba.

Solicitó la preclusión de la investigación por las causales aludidas por ser las que el procedimiento le permite, pues, tal como lo señala la defensa, otra sería la más justa. Aunado a que, los elementos investigativos recaudados ocurrieron con posterioridad a la audiencia de formulación de imputación.

PROCESO: 11001 60 00000 2022 02071 (Matriz 11001 600097202150288)

DELITO: Tráfico de migrantes

PROCESADA: VIVIANA MARÍA MESA SERNA

OBJETO: Apelación auto que decreta preclusión de la investigación

DECISIÓN: Revoca

DEFENSA

Solicitó que se mantenga la decisión adoptada, pues no se encuentra ningún error en ella. Recordó que solicitó se aplicara la causal de imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia con base en la sentencia C-648 de 2010 de la Corte Constitucional, de manera que, deprecó la aplicación de esa causal en la medida en que no se ha acusado, por ser un acto complejo, siendo a partir de su verbalización, que se debe dar aplicación a las causales primera y tercera, lo que no ha sido una discusión pacífica.

Luego de traer a colación algunos argumentos de la Corte Suprema de Justicia acerca de la causal de preclusión de imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia, estimó un desgaste a la Administración de Justicia plantear el debate en la audiencia de juicio oral, pues del análisis de los elementos materiales con los que se cuenta se puede tomar una decisión definitiva en este momento.

Frente al argumento relacionado con los grados de intervención en el hecho, lo consideró como falacia en la medida en que no estaba en las funciones de la imputada el de verificar el carácter ilegal de los huéspedes, que radicaba en cabeza de la recepcionista.

Tampoco es cierto que se haya vinculado como una cómplice, dado que la formulación de imputación se hizo en su condición de coautora de este ilícito, sin que se le haya comunicado el Concierto para delinquir. Ahora bien, en esta instancia se agotó la investigación y se estableció que no podía sostener el Tráfico de migrantes.

PROCESO: 11001 60 00000 2022 02071 (Matriz 11001600097202150288)

DELITO: Tráfico de migrantes

PROCESADA: VIVIANA MARÍA MESA SERNA

OBJETO: Apelación auto que decreta preclusión de la investigación

DECISIÓN: Revoca

Adujo que su defendida no tuvo participación en los hechos, por lo que la fiscalía está en imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia e incluso la atipicidad del hecho investigado, por lo que solicita se confirme la decisión de primera instancia.

SE CONSIDERA PARA DECIDIR

El artículo 34 numeral primero de la Ley 906 de 2004, establece que las Salas penales de los tribunales superiores de distrito judicial son las competentes para decidir los recursos de apelación interpuestos en contra de los autos proferidos por los Jueces penales del circuito pertenecientes al correspondiente distrito.

Este evento se ajusta entonces a la previsión legal pues la decisión sometida a nuestro conocimiento fue proferida por el titular del Juzgado Veinticinco Penal del Circuito de Medellín, despacho adscrito a este distrito.

Además, el numeral segundo del artículo 177 del Código de Procedimiento Penal señala que la providencia demandada está contemplada como una de aquellas frente a las que procede el recurso de apelación.

Es límite de nuestra intervención, según las técnicas del recurso de apelación, los temas propuestos por el impugnante.

El problema jurídico a resolver en esta oportunidad consiste en determinar si es viable decretar la preclusión de la investigación en favor de **VIVIANA MARÍA MESA SERNA** por el delito de

PROCESO: 11001 60 00000 2022 02071 (Matriz 11001600097202150288)

DELITO: Tráfico de migrantes

PROCESADA: VIVIANA MARÍA MESA SERNA

OBJETO: Apelación auto que decreta preclusión de la investigación

DECISIÓN: Revoca

Tráfico de migrantes, establecido en el artículo 188 del Código Penal, con base en las causales primera y tercera del artículo 332 del Código de Procedimiento Penal –*esto es, por la imposibilidad de iniciar o continuar el ejercicio de la acción penal y la inexistencia del hecho investigado*–, o, como lo indica el recurrente, continuar con el trámite para dilucidar su grado de participación en el ilícito, luego de agotado el juicio oral.

Sea lo primero indicar, que de conformidad con el artículo 250 de la Constitución Política, la Fiscalía General de la Nación está obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revisan las características de un delito que lleguen a su conocimiento. Prescripción que se replica en el artículo 200 del Código de Procedimiento Penal.

Así entonces, la investigación penal tiene como finalidad establecer la ocurrencia de los hechos, su delimitación como presunta conducta punible, la identificación o individualización de los presuntos responsables, y el aseguramiento de elementos materiales con vocación probatoria y evidencia física, en procura de materializar los principios de verdad, justicia, reparación y la garantía de no repetición.

En desarrollo de las funciones constitucionales y legales, a la Fiscalía General de la Nación se le otorgó, entre otras, la facultad de acudir ante el juez de conocimiento para solicitar la preclusión de la investigación durante la indagación, lo anterior se desprende de lo reglado en el artículo 331 del Código de Procedimiento Penal, cuando en su literalidad se indica que, *en cualquier momento, el fiscal solicitará al juez de conocimiento la preclusión, si no existiere mérito para acusar.*

PROCESO: 11001 60 00000 2022 02071 (Matriz 11001600097202150288)

DELITO: Tráfico de migrantes

PROCESADA: VIVIANA MARÍA MESA SERNA

OBJETO: Apelación auto que decreta preclusión de la investigación

DECISIÓN: Revoca

El párrafo del artículo 332 señaló que una vez iniciada la etapa de juzgamiento, la solicitud de preclusión de la investigación podrá ser elevada por la Fiscalía, Ministerio Público y/o defensa, cuando se trate de las causales primera y tercera.

Frente al particular, de manera reciente la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha manifestado:

“Como la preclusión de investigación hace tránsito a cosa juzgada, el competente para pronunciarse es el juez de conocimiento¹ y su decisión se limita a la causal invocada.

Ahora, los artículos 331 y 332 de la Ley 906 de 2004 establecen dos oportunidades para solicitar la preclusión. La primera, durante la indagación o investigación, caso en el cual la Fiscalía tiene la facultad de pedirla al juez de conocimiento con base en cualquiera de las causales previstas en la última norma citada.

*La segunda, **con posterioridad a la presentación del escrito de acusación, oportunidad en la que la petición puede ser promovida por la Fiscalía, el Ministerio Público o la defensa, pero debe estar fundada en que sobrevengan las circunstancias establecidas en las causales 1 y 3 del artículo 332 ejusdem**. Así lo dispone su párrafo:*

“Durante el juzgamiento, de sobrevenir las causales contempladas en los numerales 1º y 3º, el Fiscal, el Ministerio Público o la defensa, podrán solicitar al juez de conocimiento la preclusión”.

Tales causales se refieren a la “Imposibilidad de iniciar o continuar el ejercicio de la acción penal” o por “Inexistencia del hecho investigado”, respectivamente.

Como viene de verse, la solicitud debe cumplir con la condición de ser soportada en elementos de convicción que surjan con posterioridad a la radicación del escrito de acusación, pues no puede basarse en los mismos argumentos que sirvieron de soporte para su formulación”².

Lo anterior se hace relevante de cara a resolver el problema jurídico planteado, en la medida en que la preclusión de la investigación fue solicitada por la delegada de la Fiscalía General de

¹ Cfr. CC C-872/03, CC C-591/05 y CC C-920/07.

² Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Auto AP1588 del 31 de mayo de 2023, radicado 63532.

PROCESO: 11001 60 00000 2022 02071 (Matriz 11001600097202150288)

DELITO: Tráfico de migrantes

PROCESADA: VIVIANA MARÍA MESA SERNA

OBJETO: Apelación auto que decreta preclusión de la investigación

DECISIÓN: Revoca

la Nación bajo las causales primera y tercera –esto es, las habilitadas para el momento procesal en el que se encuentra la actuación– en la medida en que los elementos de convicción recaudados por la defensa –los cuales fueron corroborados por el ente investigador– dan cuenta de la ajenidad de algún actuar ilícito de **VIVIANA MARÍA MESA SERNA** en el delito de Tráfico de migrantes.

Aunque la solicitante erró al momento de su solicitar, por no concretar cuál de las dos causales era finalmente en la que basaba su pretensión, estimamos conviene señalar que no es posible darle aplicación a la referida a la imposibilidad de iniciar o continuar el ejercicio de la acción penal –numeral primero– pues de manera reiterada y pacífica la jurisprudencia especializada ha insistido en que:

“(…) se refiere a los eventos donde concurre alguno de los supuestos fácticos de extinción de la acción, pues son ellos los que impiden el ejercicio de la potestad punitiva del Estado. Por tanto, ese preceptivo remite a los artículos 77 de la Ley 906 de 2004 y 82 del Código Penal por tratarse de las normas que establecen los motivos por los cuales, en un evento particular, fenece el ius puniendi.³

En ese orden, la referida causal tiene como eje fundamental la determinación de una circunstancia que impida al Estado continuar con la pretensión punitiva, y de contera, exonera al sujeto pasivo de la acción, de sufrir la imposición de una sanción, al tener efectos de cosa juzgada.

Ahora, algunas de esas circunstancias se encuentran enlistadas en los artículos 77 de la Ley 906 y 82 de la Ley 599 de 2000, al determinar las causales de extinción de la acción penal.

El primero de aquellos, señala:

«ARTÍCULO 77. EXTINCIÓN. La acción penal se extingue por muerte del imputado o acusado, prescripción, aplicación del principio de oportunidad, amnistía, oblación, caducidad de la querrela, desistimiento, y en los demás casos contemplados por la ley.»

Mientras el segundo:

³ CSJ, AP oct. 17 2012, rad. 39679, regla reiterada en CSJ AP5478-2017, rad. 49378; CSJ AP2737-2018, rad. 51888.

PROCESO: 11001 60 00000 2022 02071 (Matriz 11001600097202150288)

DELITO: Tráfico de migrantes

PROCESADA: VIVIANA MARÍA MESA SERNA

OBJETO: Apelación auto que decreta preclusión de la investigación

DECISIÓN: Revoca

«ARTÍCULO 82. EXTINCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL. Son causales de extinción de la acción penal:

- 1. La muerte del procesado.*
- 2. El desistimiento.*
- 3. La amnistía propia.*
- 4. La prescripción.*
- 5. La oblación.*
- 6. El pago en los casos previstos en la ley.*
- 7. La indemnización integral en los casos previstos en la ley.*
- 8. La retractación en los casos previstos en la ley.*
- 9. Las demás que consagre la ley.»⁴*

Lo anterior, al ser contrastado con la argumentación presentada por la delegada fiscal, encontramos que en ningún momento se hizo alusión a algunas de las causales de extinción de la acción penal, por el contrario, lo dicho se relacionó con la presunta ajenidad de la señora **VIVIANA MARÍA MESA SERNA** en la realización de la conducta punible de Tráfico de migrantes.

Esto nos impide realizar algún estudio de las causales de extinción de la acción penal señaladas en los artículos 77 y 82 del Código Penal.

En ese sentido, debemos analizar la causal referida en el numeral tercero del artículo 332 del Código de Procedimiento Penal, frente a la que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha dicho:

“Tratándose de la “inexistencia del hecho investigado” que en este asunto invocó la defensa, la Corte⁵ ha dilucidado que ocurre cuando a partir de la evidencia física, elementos probatorios o la información legalmente recaudada y aportada a la actuación, se obtiene la certeza de que el suceso material no aconteció, por ejemplo, cuando aparece viva la persona tenida como víctima del homicidio”⁶.

⁴ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Auto AP442 del 8 de febrero de 2023. Radicado 61277.

⁵ Cír. CSJ AP, 5 oct. 2016. Rad. 45851, CSJ AP, 15 jul. 2009. Rad. 31780, CSJ AP, 6 dic. 2012. Rad. 37370, entre otras.

⁶ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Auto AP1588 del 31 de mayo de 2023. Radicado 63532.

PROCESO: 11001 60 00000 2022 02071 (Matriz 11001600097202150288)

DELITO: Tráfico de migrantes

PROCESADA: VIVIANA MARÍA MESA SERNA

OBJETO: Apelación auto que decreta preclusión de la investigación

DECISIÓN: Revoca

De esta manera, la causal de preclusión se reduce a la falta realización en el mundo fenomenológico de un hecho, de manera que discusiones acerca de la tipificación, grado de participación o de responsabilidad penal deben ser agotadas en el juicio oral; porque en caso de haberse dilucidado en desarrollo de una investigación integral todas las cuestiones descritas –*por ejemplo*– antes de la presentación del escrito de acusación, la legislación habilita al ente acusador para solicitarla por las demás causales señaladas en el artículo 332 del C.P.P.; en ese sentido, la inexistencia del hecho investigado resulta ser una causal de aplicación objetiva cuya *constatación hace improcedente cualquier debate adicional*⁷.

Clarificado lo anterior, tenemos que de conformidad con el informe de investigador de campo del once (11) de mayo de dos mil veintidós (2022), se llevó a cabo una diligencia de allanamiento y registro en el inmueble ubicado en la carrera 45 Nro. 46 – 61 de la ciudad de Medellín, establecimiento de comercio denominado Hotel Luxton, donde, además de proceder para dar cumplimiento a la orden de captura emitida contra de Gloria Milena Álvarez Quinchía, se logró la aprehensión, se dice que en flagrancia, de **VIVIANA MARÍA MESA SERNA**.

En desarrollo del mencionado procedimiento, los policiales encontraron que en el hotel se hospedaban los señores Gener Roque Dairon –*de nacionalidad cubana con pasaporte K913990*–, Morris Méndez Fernando –*panameño con documento extranjero 10-715-1821*–, Josué Hernández Bolívar –*nacionalidad panameña, indocumentado*– y Edwar José Molina Durán –*documento extranjero Nro. 268288898 con permiso temporal de protección 6242093*–, quienes, luego

⁷ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Auto AP1618 del 8 de marzo de 2017. Radicado 49708.

PROCESO: 11001 60 00000 2022 02071 (Matriz 11001600097202150288)

DELITO: Tráfico de migrantes

PROCESADA: VIVIANA MARÍA MESA SERNA

OBJETO: Apelación auto que decreta preclusión de la investigación

DECISIÓN: Revoca

de solicitar información a las autoridades migratorias acerca de su estatus en el país, se logró establecer que no se encontraban registrados en las bases de datos y tampoco contaban con movimientos migratorios.

Asimismo, tal como lo pone de presente y reconoce la fiscal delegada, la indagación arrojó que en el hotel se había omitido el diligenciamiento de los registros migratorios en el Sistema de Información para el Reporte de Extranjeros – SIRE de estos ciudadanos.

La relación contractual de la señora **MESA SERNA** con la cadena hotelera *–al ser supervisora del servicio de aseo y mantenimiento de los establecimientos vinculados–*, y las manifestaciones dadas al momento de llegar en desarrollo de la diligencia de allanamiento y registro *–dijo ser la administradora del Hotel Luxton–*. Fueron elementos que se tuvieron de presente durante la indagación y la investigación.

Fue precisamente a partir de lo anterior, que en la audiencia de formulación de imputación *–donde se contó con una inferencia razonable de autoría o participación–* que se estableció la existencia del hecho y la presunta participación de **VIVIANA MARÍA** en el presunto delito de Tráfico de migrantes, motivo por el cual, se llevó a cabo el acto de comunicación.

En el escrito de acusación, tal como lo aceptó la delegada del ente acusador, se encontró con probabilidad de verdad que la procesada facilitó y colaboró con la estancia de los migrantes de manera irregular en el país.

PROCESO: 11001 60 00000 2022 02071 (Matriz 11001600097202150288)

DELITO: Tráfico de migrantes

PROCESADA: VIVIANA MARÍA MESA SERNA

OBJETO: Apelación auto que decreta preclusión de la investigación

DECISIÓN: Revoca

Es posterior a este acto, y antes de la audiencia donde se verbalizaría la acusación, que se agotaron otros actos investigativos –*para corroborar lo aportado por la defensa*– a partir de los cuales se pretende sustentar la ajenidad de **MESA SERNA** en la presunta comisión del delito.

Vistas así las cosas, podemos concluir que efectivamente el hecho se presentó en el mundo fenomenológico, en la medida en que se acreditó –*con probabilidad de verdad*– que el diez (10) de mayo de dos mil veintidós (2022) en las instalaciones del Hotel Luxton de la ciudad de Medellín se alojaban cuatro (4) ciudadanos extranjeros que no contaban con los registros migratorios correspondientes, de manera que, el hecho, objetivamente, está acreditado.

Razón le asiste el delegado del Ministerio Público cuando afirma que la discusión relacionada con el grado de participación de **VIVIANA MARÍA MESA SERNA** en este hecho debe ser abordada en el juicio oral –*como coautora, cómplice, interviniente o sin participación alguna*–, pues este es el escenario donde luego de concluida la práctica probatoria –*en razón a los principios de confrontación y contradicción*– que la Fiscalía General de la Nación logre o no deruir la presunción de inocencia de la persona llamada a juicio.

A pesar de que fiscal delegada en su disertación haya indicado que pueden concurrir otras causales de las establecidas en el artículo 332 del Código de Procedimiento Penal que mejor se adecúen al caso en concreto, lo cierto es que en este momento procesal no es posible abordar una discusión por una causal distinta a la imposibilidad de iniciar o continuar con el ejercicio de la acción penal o la

PROCESO: 11001 60 00000 2022 02071 (Matriz 11001 600097202150288)

DELITO: Tráfico de migrantes

PROCESADA: VIVIANA MARÍA MESA SERNA

OBJETO: Apelación auto que decreta preclusión de la investigación

DECISIÓN: Revoca

inexistencia del hecho investigado, pues fue a partir de su propia determinación al realizar el *juicio de acusación* y presentar el escrito, que se limitaron las causales de preclusión de la investigación.

Por lo anterior, tampoco es posible, como lo siguiere la defensa, decretarla en razón a la imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia –*causal sexta*–, y, frente a esta, en particular, debemos agregar que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, de manera reiterada ha exigido, para su procedencia, que el ente investigador debe demostrar que realizó una investigación profunda, frente a la que no es posible reunir los elementos relacionados con la materialidad de la conducta, la autoría o participación del indiciado o su responsabilidad penal en el hecho que se investiga.

Asimismo, es enfática en advertir que, en virtud del principio de progresividad del proceso penal, esa investigación debe alcanzar el estándar probatorio requerido para el momento en que se solicita pues, de no hacerlo, procede esta causal porque no es constitucionalmente admisible mantener a una persona vinculada a una actuación cuando no existe mérito para acusar –*o presentar su escrito ante el juez de conocimiento, tal como lo hemos visto hasta el momento*– y surge la posibilidad de precluirla⁸.

Sin embargo, tal como fue ventilado en la audiencia de solicitud de preclusión de la investigación, estimamos que de los elementos materiales con vocación probatoria recaudados hasta el momento no es posible sostener con probabilidad de verdad que la señora **VIVIANA MARÍA MESA SERNA** no haya tenido ningún tipo de participación

⁸ Véase entre otros: Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal, Auto AP818 del 4 de marzo de 2020, radicado 55834; Auto AP2431 del 18 de junio de 2019, radicado 50082.

PROCESO: 11001 60 00000 2022 02071 (Matriz 11001 600097202150288)

DELITO: Tráfico de migrantes

PROCESADA: VIVIANA MARÍA MESA SERNA

OBJETO: Apelación auto que decreta preclusión de la investigación

DECISIÓN: **Revoca**

en los hechos que se investigan, pues, como bien lo indica el recurrente, será en el juicio oral donde la fiscalía y la defensa presenten las pruebas correspondientes de cara a establecer ese grado de participación, porque no debemos olvidar que en la audiencia de formulación de imputación se presentó una inferencia razonable de coautoría de la procesada en el delito de Tráfico de migrantes, bajo los verbos rectores de facilitar y colaborar, e incluso, reiteramos, en el juicio de acusación, la fiscal estimó que se presentó con probabilidad de verdad esa coautoría *–ya que así está en el escrito de acusación–*, de manera que deberá el juicio oral el escenario adecuado para dilucidar tales cuestionamientos.

En esas condiciones, consideramos que no se tienen plenamente demostradas las causales de preclusión de la investigación alegadas por la fiscal delegada y por el juez de primera instancia, por lo que, debemos en esta oportunidad revocar el auto recurrido, para en su lugar, negarla.

En mérito de lo expuesto la Sala de decisión penal del Tribunal Superior de Medellín, administrando justicia en nombre de la república de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR el auto emitido por el Juez Veinticinco Penal del Circuito de Medellín, el veintiséis (26) de mayo del año que transcurre, en el que decretó la preclusión de la investigación en favor de **VIVIANA MARÍA MESA SERNA**, por el delito de Tráfico de migrantes, de conformidad con el artículo 188 del Código Penal, y, en su lugar, **NEGAR** la solicitud presentada. Se dispone dar aplicación de lo señalado en el artículo 335 del Código de Procedimiento Penal.

PROCESO: 11001 60 00000 2022 02071 (Matriz 11001600097202150288)

DELITO: Tráfico de migrantes

PROCESADA: VIVIANA MARÍA MESA SERNA

OBJETO: Apelación auto que decreta preclusión de la investigación

DECISIÓN: Revoca

SEGUNDO: Esta decisión se notifica en este estrado judicial y su lectura ha sido delegada al magistrado ponente, sin que contra ella proceda ningún recurso.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

RAFAEL MARÍA DELGADO ORTÍZ
Magistrado

JOHN JAIRO GÓMEZ JIMÉNEZ
Magistrado

MIGUEL HUMBERTO JAIME CONTRERAS
Magistrado

Firmado Por:

Rafael Maria Delgado Ortiz
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Dirección Ejecutiva De Administración Judicial
División De Sistemas De Ingeniería
Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Miguel Humberto Jaime Contreras
Magistrado
Sala 08 Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

John Jairo Gomez Jimenez
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 007 Despacho 11 Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **579ccd1787e7b3e213c503d24589c2d3372347bf6976011a59aba01a01360b53**

Documento generado en 12/12/2023 03:37:44 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>