

2022

REPÚBLICA  
DE  
COLOMBIA  
RAMA  
JUDICIAL



TRIBUNAL  
SUPERIOR DE  
BOGOTÁ  
SALA PENAL  
RELATORÍA  
BOLETÍN NO. 4  
DICIEMBRE DE 2022

MAGISTRADOS

MARIO CORTÉS MAHECHA  
RAMIRO RIAÑO RIAÑO

El contenido de este boletín es un extracto de carácter informativo. Se recomienda revisar directamente las providencias en:  
<https://www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-bogota-sala-penal/140>



**DERECHO A NO DECLARAR EN CONTRA DE LOS PARIENTES -** Carácter renunciable: en eventos en que la persona es víctima de un delito por parte de su pariente

**DERECHO A LA NO AUTOINCRIMINACIÓN -** Alcance: es diferente del derecho a no declarar en contra de los parientes

**SISTEMA PENAL ACUSATORIO -**  
Declaraciones rendidas antes del juicio: denuncia, admisión excepcional como prueba de referencia, cuando la víctima no ejerce libremente el derecho a no declarar contra su pariente

... "Por tanto, ajeno sería a la finalidad de la norma postular su inaplicabilidad en eventos en los cuales el vínculo de parentesco entre el presunto agresor y la posible víctima avala la decisión de no declarar en el juicio oral. Esta conclusión encuentra, de alguna forma, respaldo en el tratamiento que la Corte Suprema de Justicia ha dado a las entrevistas de niños, niñas y adolescentes en la investigación de delitos sexuales.

[Rad. 11001 60 00721 2018 01385](#)

(13-09-2022)

**Magistrado Ponente:**

**MARIO CORTÉS MAHECHA**

### **TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES**

#### **VISTOS**

Resuelve la Sala los recursos de apelación promovidos por la Fiscalía y la representación de víctimas en contra del auto proferido el 22 de agosto de 2022 por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Bogotá, mediante el cual negó en la audiencia de juicio oral la práctica de una prueba de referencia.

#### **ANTECEDENTES RELEVANTES**

1. El 13 de febrero de 2019 y ante el Juzgado Quince Penal Municipal, la Fiscalía formuló

imputación en contra de Luis Roberto Vargas Villamil por el delito de actos sexuales con menor de catorce años agravado. Al aludido ciudadano se le atribuyó haber realizado tocamientos en el área genital de la menor I. M. V., su nieta, a lo largo de 2018 cuando la niña tenía apenas cinco años de edad.

2. El asunto correspondió al Juzgado Cuarto Penal del Circuito, que celebró audiencia de formulación de acusación el 4 de septiembre de 2019 y la preparatoria el 16 de octubre siguiente. El juicio oral lo instaló el 17 de enero de 2020 y en la sesión del 2 de agosto de 2022 la menor I. M. V. manifestó su deseo de acogerse al derecho de no declarar en contra de su abuelo.

Por tal motivo, la delegada del ente de persecución solicitó permitírsele convocar al juicio a la psicóloga que practicó la entrevista a la niña, advirtiéndole que su testimonio se decretó en la audiencia preparatoria de manera condicionada. Ante su petición, partes e intervinientes no manifestaron objeción alguna.

Sin embargo, el juez de primera instancia despachó negativamente la pretensión, distinguiendo para el efecto entre la situación acaecida en el curso de esa audiencia y los términos en los cuales la prueba se

decretó en el curso de la preparatoria. Preciso que la declaración de la psicóloga se condicionó al evento de que la menor no compareciera, pero ella sí asistió, aun cuando optó por ejercer un derecho que se encuentra constitucionalmente amparado.

### CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

1. No concuerda la Sala con las observaciones de la delegada del Ministerio Público y la defensa, en cuanto a la procedencia del recurso de apelación interpuesto en contra del auto del 2 de febrero de 2022.

Proponen los no recurrentes que la determinación mediante la cual el juzgado impidió la práctica de la prueba de referencia tiene el carácter de orden, a través de la cual, en palabras del extremo defensivo, se precisaron los alcances del decreto probatorio pronunciado en la audiencia preparatoria.

Al respecto, la delegada de la Fiscalía pidió permitírsele escuchar en el juicio a la psicóloga que entrevistó a la menor víctima durante la etapa de indagación, acudiendo, para ese efecto, a la decisión de ésta de no rendir testimonio y considerando que la incorporación de la

manifestación previa se condicionó a que ella no asistiera a rendir declaración.

Sin embargo, el juez de primera instancia despachó negativamente la postulación del ente de persecución, por cuya razón pretender asimilar dicha determinación a una simple orden, no susceptible de impugnación, de un lado, significaría incumplir la obligación de dar prevalencia al derecho sustancial, por encima del procesal, en tanto, del otro, supondría desconocer que, a través de la providencia censurada, el fallador efectivamente adoptó una determinación con efectos claramente severos para la pretensión punitiva del Estado.

En ese sentido, no puede pasarse por alto que, de acuerdo con lo previsto en el artículo 177 del Código de Procedimiento Penal, la apelación procede, en el efecto suspensivo, contra el “auto que niega la práctica de pruebas en el juicio oral”. Y, sin duda, la decisión del a quo reviste esa naturaleza.

Por consiguiente, la Sala procederá a estudiar de fondo la alzada promovida por la Fiscalía y la representación de víctimas.

2. El objeto concreto del disenso lo constituye la decisión del juez de negar la práctica de una prueba de referencia, pronunciamiento sustentado,

primero, en la diferencia entre los términos del decreto probatorio y la pretensión del ente de persecución y, segundo, en el valor del derecho a no declarar en contra de los familiares cercanos, ejercido por la joven víctima en el curso de la audiencia del juicio oral.

De entrada, la Sala encuentra desatinada la primera postulación. Es cierto que, en diferentes providencias –y para el efecto puede consultarse la SP 934, 20 de mayo de 2020, rad. 52045– la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha considerado que, inclusive, tratándose de víctimas menores de edad de delitos contra la libertad, integridad y formación sexual, la prueba de referencia se mantiene como una herramienta excepcional, razón por la cual le corresponde al ente de persecución acreditar la necesidad de incorporar las entrevistas rendidas por éstos, dadas las particularidades de cada caso. Y si bien es factible que desde un principio se pongan de presente las circunstancias fácticas que demandan dar aplicación a la respectiva normatividad, lo cierto es que en algunos casos, como ocurrió aquí, la situación relativa a la indisponibilidad del testigo resulta ser sobreviniente.

Precisamente, en la audiencia preparatoria del juicio, la Fiscalía pidió permitírsele incorporar la

entrevista de la menor I. M. V., en el evento de no comparecer a declarar, pretensión avalada en su momento por el juzgador. Empero, no podía anticiparse la delegada del ente de persecución a la decisión que, finalmente, tomó la niña, por cuya razón tampoco podría exigírsele considerar tal eventualidad durante su argumentación en la citada audiencia. En ese sentido, dio el juez de primera instancia un alcance indebido a la intervención de la Fiscalía efectuada en la audiencia preparatoria, desconociendo el carácter sobreviniente de las hipótesis de indisponibilidad del deponente que llevarían a la viabilidad de acudir a la prueba de referencia. Ciertamente, en su momento, la judicatura avaló el medio de convicción bajo el condicionamiento de la inasistencia de la víctima. Sin embargo, ello de ninguna manera impedía que, ante la ocurrencia de una situación de índole distinta, el ente investigador pudiese en debida forma plantear su solicitud.

Tampoco comparte la Sala el criterio expuesto por el a quo en lo concerniente al efecto de la decisión de la menor de acogerse a la garantía contenida en el artículo 33 de la Constitución Política.

No pasa por alto el Tribunal que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, concretamente en las providencias AP1393 y

SP3274 de 2020, ha estudiado asuntos de similar naturaleza, llegando, en la primera de ellas, a concluir que la decisión de la víctima de optar por el derecho a no declarar en contra de sus parientes “impide que de manera indirecta se le fuerce a deponer, mediante la utilización y valoración de sus declaraciones previas”. No obstante, el presupuesto fáctico y, consecuentemente, el jurídico, en este asunto son distintos.

En ambos pronunciamientos, la alta Corporación en cita decidió sobre la base de tratarse de testigos adultos, luego de ejercido el derecho a no declarar en contra de sus parientes, con el agregado que en el segundo, la Corte estudió un evento de violencia intrafamiliar, por cuya razón, además de las disposiciones propias de la prueba de referencia, estuvo también llamada a considerar la perspectiva especial de género en el curso del análisis jurídico.

En ese sentido, cuando en el auto AP1393 del 24 de junio de 2020 la Corte Suprema rechazó considerar el ejercicio de la inmunidad constitucional como hipótesis para la práctica de la prueba de referencia, lo hizo estipulando que el legítimo goce de dicha garantía no puede asemejarse a lo descrito en el literal b) del artículo 438 del Código de Procedimiento Penal, esto es, a un “evento similar” a los delitos de secuestro o desaparición forzada.

Sin embargo, I. M. V. tiene diez años y a Luis Roberto Vargas Villamil, su abuelo, le ha sido atribuida la eventual comisión del delito de actos sexuales con menor de catorce años, resultando entonces claro que la norma que debe reglamentar el caso es otra.

(...)

Para empezar, la decisión relacionada con la petición presentada por la Fiscalía requiere un ejercicio de ponderación constitucional, pues tal postulación confronta el derecho a no declarar en contra de sus familiares del que es titular I. M. V., con la prerrogativa del Estado de investigar las conductas que revistan las características de delito (artículo 250 de la Constitución), así como el interés superior de los niños, niñas y adolescentes. Y, con tal propósito, crucial resulta recordar que la garantía en discusión no tiene carácter absoluto, pues aun cuando el artículo 33 de la Carta Magna establece que “nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo o contra su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil”, en sentencia C-848 de 2014 la Corte Constitucional, al estudiar la exequibilidad del artículo 68 del Código de Procedimiento Penal, encontró que los alcances del derecho a no

autoincriminarse y a no declarar en contra de los parientes más cercanos son distintos. En efecto:

*"En el primer caso, por estar asociada indisolublemente al derecho de defensa, en los sistemas mundial y regional de derechos humanos ha sido reconocida unánime y uniformemente, como una salvaguardia que en principio no admite ningún tipo de excepción o salvedad. Por el contrario, la garantía de no incriminación de los parientes no constituye un estándar mínimo de los sistemas de protección de derechos humanos, y en el derecho comparado su consagración ha sido contingente. En otras palabras, mientras que la primera hace parte integral del sistema del "núcleo duro" del derecho de defensa y del derecho al debido proceso, la segunda no es un componente esencial de los referidos derechos".*

(...)

Como se observa, el legislador previó la posibilidad de que la complejidad de las estructuras familiares y relaciones sociales subyacentes al ilícito incidan en la disponibilidad de la víctima para rendir su declaración en el curso del juicio oral. Sin que esto constituya un prejuicio del comportamiento concretamente atribuido a Vargas Villamil, lo cierto es que las mismas presiones que eventualmente

podrían llevar a un niño a sentir culpa asociada con la investigación o a temer al ostracismo por parte de su familia, válidamente conducirían a tomar la decisión de no declarar en el juicio, determinación que estaría amparada por el artículo 33 de la Constitución Política. Por tanto, ajeno sería a la finalidad de la norma postular su inaplicabilidad en eventos en los cuales el vínculo de parentesco entre el presunto agresor y la posible víctima avala la decisión de no declarar en el juicio oral. Esta conclusión encuentra, de alguna forma, respaldo en el tratamiento que la Corte Suprema de Justicia ha dado a las entrevistas de niños, niñas y adolescentes en la investigación de delitos sexuales.

(...)

No se trata de que I. M. V. sea una incapaz jurídica y, por ende, que haya estado vedada para disponer de sus derechos, como lo hizo al manifestar su deseo de no declarar en contra del acusado, siendo este el argumento central de la Fiscalía en la sustentación del recurso. Ciertamente, postular que la mayoría de edad es el presupuesto para el ejercicio de los derechos, es ajeno a la Carta de 1991 y claramente confunde la dimensión patrimonial de las interacciones sociales con el reconocimiento de la dignidad humana inherente a

la condición de ser persona. Por el contrario, de la decisión de primera instancia sí se reprocha no considerar (i) cuál es el marco normativo para la práctica de la prueba de referencia en estos casos y (ii) cuál fue el propósito del legislador al incorporar las entrevistas de los niños presuntamente víctimas de delitos sexuales como hipótesis de admisibilidad de la prueba de referencia.

**CONTUMAZ - Cuando el sujeto tiene conocimiento de la actuación: no inválida la actuación**

**... No puede, por tanto, el impugnante pretender atribuir a su antecesor la responsabilidad de no haberse celebrado un preacuerdo, cuando el acusado, teniendo conocimiento de la existencia del trámite y de la pena privativa de la libertad a la cual se enfrentaba, optó por no acudir a los llamados de la administración de justicia, renunciando así al ejercicio de la defensa material.**

**Rad. 111001 60 00015 2015 10719 01**

**(26-09-2022)**

**Magistrado Ponente:**

**MARIO CORTÉS MAHECHA**

**TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES**

**ASUNTO**

Resuelve la Sala el recurso de apelación promovido por la defensa de Brayan Harley Montenegro Téllez

contra la sentencia proferida el 12 de julio de 2021 por el Juzgado Décimo Penal Municipal de esta ciudad, que lo condenó por el delito de hurto calificado y agravado.

### **HECHOS**

En la sentencia de primera instancia se dio por demostrado que el 10 de diciembre de 2015, sobre las 6:00 de la tarde, Brayan Harley Montenegro Téllez y otro ciudadano abordaron a Yuli Paola Moncada Soler a la altura de la carrera 10ª con calle 32 sur, en vía pública, a quien intimidaron con arma corto punzante y la despojaron de un celular y un portafolio contentivo de documentación diversa, tras lo cual emprendieron la huida, pero la víctima consiguió oportunamente dar aviso a una patrulla de la Policía, que inició su persecución y es así como lograron aprehender a Montenegro Téllez, en cuyo poder encontraron el móvil arrebatado, así como el elemento corto punzante.

### **ACTUACIÓN PROCESAL**

El 11 de diciembre de 2015 y ante el Juzgado Sesenta y Tres Penal Municipal, se legalizó la

captura y se formuló imputación a Brayan Harley Montenegro Téllez, por el delito de hurto calificado agravado.

El trámite del proceso le correspondió al Juzgado Décimo Penal Municipal de esta ciudad, cuyo titular celebró audiencia de formulación de acusación el 3 de junio de 2016 y la preparatoria el 18 de octubre siguiente. El juicio lo instaló el 22 de junio de 2018 y lo culminó el 12 de abril de 2021, fecha en la cual anunció el sentido condenatorio del fallo.

El 12 de julio siguiente dio lectura a la sentencia correspondiente, contra la cual se alzó en apelación la defensa.

### **SENTENCIA RECURRIDA**

El juez consideró demostrada la ocurrencia del delito y la responsabilidad del acusado a partir del señalamiento hecho por la víctima, así como con el hallazgo en su poder del celular hurtado. Añadió que aunque la defensa cuestionó la identidad del procesado, el asunto se debatió ante el juez con función de control de garantías y, así mismo, ese hecho se estipuló al inicio del juicio oral.

Al dosificar la pena, fijó como rango de punibilidad los extremos que oscilan entre 144 y 336 meses de

prisión, atendiendo la demostración de la calificante del uso de violencia y la agravante relacionada con la participación de un número plural de actores en la materialización del ilícito.

Se ubicó en el límite inferior del primer cuarto, guarismo al cual le aplicó reducción del 50% porque a la víctima se le indemnizó con la consignación de \$200.000. De esa manera, lo condenó a 72 meses de prisión y a la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término.

Finalmente, le negó la suspensión de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria, por la prohibición expresa prevista en el artículo 68A del Código Penal.

#### CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

La postulación del recurrente, ciertamente, como lo destacó la Fiscalía, no es clara. No se sabe si lo pretendido es la anulación del trámite, aun cuando, de ser así, le correspondía señalar qué actos procesales serían objeto de dicha medida. O, por el contrario, si simplemente reclama permitírsele al acusado aceptar cargos, bien de manera unilateral

o negociada, en cuyo caso resulta evidente que la oportunidad para tomar tal decisión ya feneció.

Pese a esa ambigüedad, prudente resulta destacar que, como así consta en la actuación, Brayan Harley Montenegro no compareció a las audiencias de acusación, preparatoria e instalación del juicio oral, no obstante haber sido citado a la dirección que aportó no solo en la diligencia preliminar sino durante su aprehensión, como así lo ilustra la tarjeta decadactilar elaborada por el funcionario captor.

No puede, por tanto, el impugnante pretender atribuir a su antecesor la responsabilidad de no haberse celebrado un preacuerdo, cuando el acusado, teniendo conocimiento de la existencia del trámite y de la pena privativa de la libertad a la cual se enfrentaba, optó por no acudir a los llamados de la administración de justicia, renunciando así al ejercicio de la defensa material.

Por lo demás, resulta evidentemente especulativo dicho señalamiento, pues a la actuación no se allegaron elementos de juicio que respalden la afirmada deficiencia en el ejercicio de los deberes profesionales de quien representó inicialmente los intereses del procesado. Baste lo expuesto para

impartir, como se hará, confirmación al fallo impugnado.

**PRECLUSIÓN DE LA INVESTIGACIÓN -  
Improcedencia**

**... Como lo ha expresado la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, la causal invocada por el interesado no determina el estudio de la solicitud de preclusión sino los argumentos expuestos para sustentarla....**

**[Rad. 11001 60 00050 2017 48191](#)**

**(20-10-2022)**

**Magistrado Ponente:**

**MARIO CORTÉS MAHECHA**

**VISTOS**

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por la defensa de Luis Fernando Escobar Franco en contra del auto proferido el 20 de enero de 2022 por el Juzgado Cuarenta y uno Penal del Circuito,

que negó la solicitud de preclusión elevada a su favor.

**ANTECEDENTES RELEVANTES**

1. El 28 de mayo de 2019 la Fiscalía General de la Nación formuló imputación a Luis Fernando Escobar Franco como presunto autor del delito de prevaricato por omisión. El señalamiento se relaciona con su desempeño como alcalde local de Kennedy, cuyo cargo ocupó desde el 23 de marzo de 2012. Según el ente investigador, el Instituto de Desarrollo Urbano (IDU) advirtió en el año 2012 la invasión de 176 predios que adquirió para la construcción de la Avenida Longitudinal de Occidente, por cuya razón procedió a la instauración de una serie de querellas, dos de las cuales se asignaron a la Alcaldía Local de Kennedy.

La imputación precisa que la primera querella la presentó el aludido Instituto el 17 de junio de 2011 y versó sobre el predio de uso público ubicado en la carrera 99F No. 42G – 41 sur, tramitada bajo la radicación 2011 0820 08212 2, y solo la falló el 29 de noviembre de 2016, archivando el procedimiento, no obstante haber transcurrido 4 años durante los cuales el querellante llegó a presentar una solicitud para obtener información

sobre el trámite adelantado. Y la segunda, por su parte, la instauró el 23 de octubre de 2012, relativa al predio de uso público ubicado en la carrera 91B No. 12-32 de esta ciudad y tramitada bajo la radicación 2012 082 013791.

Según la Fiscalía, aun cuando el Decreto 1355 de 1970, artículo 132, establecía un plazo no mayor a 30 días para “dictar la correspondiente resolución de restitución”, Luis Fernando Escobar omitió proceder en ese sentido, pese a que el IDU radicó múltiples requerimientos con ese propósito, a tal punto que la autoridad local terminó su periodo, sin tomar decisiones sobre el particular.

2. El asunto correspondió al Juzgado Cuarenta y Uno Penal del Circuito, que el 12 de noviembre de 2019 llevó a cabo la audiencia de formulación de acusación. La preparatoria la programó para el 5 de mayo de 2021, pero en esa fecha la defensa presentó solicitud de preclusión, despachada la misma negativamente el 20 de enero de 2022, en decisión oportunamente recurrida por el peticionario.

3. El abogado sustentó la solicitud en la inexistencia del hecho, para lo cual expuso que en ninguno de los predios objeto de la querella policiva se inscribieron las anotaciones relativas a la

limitación del derecho de dominio por su destinación a la construcción de vías, por cuya razón esos bienes no son de uso público, sino fiscal. Desde esa perspectiva, sostuvo que la competencia para conocer de la pretensión del IDU no le correspondía a la autoridad administrativa, sino a un juez en la especialidad civil.

En su opinión, entonces el IDU indujo en error a la alcaldía local al pretender la restitución de un predio que no tenía las características necesarias para ese fin, lo cual torna inexistente el hecho investigado.

### SUSTENTO DE LA DECISIÓN

El juzgado negó la solicitud de preclusión acudiendo fundamentalmente a dos argumentos:

De un lado, postuló que la petición fundada en el parágrafo del artículo 332, esto es, luego de iniciada la fase de juicio, debe tener sustento en hechos nuevos, criterio que en este caso no se satisface.

Del otro, indicó que, aunque la petición se base de la causal tercera, el fundamento de la argumentación del abogado es la atipicidad de la

conducta, no la inexistencia del hecho. En ese sentido, explicó que en la fase de juzgamiento la preclusión sólo procede por causales objetivas, esto es, que no demanden valoración jurídica o probatoria por parte de la judicatura. En todo caso, añadió, el abogado no aportó ningún elemento para respaldar su postulación.

La funcionaria de primera instancia se abstuvo, finalmente, de declararse impedida para continuar conociendo del asunto, en tanto no realizó análisis que afectase su imparcialidad.

### CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

1. Aun cuando el defensor insiste en sostener que la solicitud de preclusión tiene como sustento la causal 3ª del artículo 332 de la Ley 906 de 2004, lo cierto es que el razonamiento ofrecido para fundamentarla atañe a la tipicidad del comportamiento.

Como lo ha expresado la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, la causal invocada por el interesado no determina el estudio de la solicitud de preclusión sino los argumentos expuestos para sustentarla. En efecto:

*"Valga anotar que en este caso era irrelevante el ropaje jurídico que el solicitante pretendió darle a su pretensión, porque aunque insistió en que estaba alegando la causal de preclusión prevista en el numeral tercero, materialmente sus argumentos estaban orientados, sin duda, a cuestionar la tipicidad de la conducta endilgada a los procesados, lo que se ajusta a la causal de preclusión prevista en el numeral cuarto del artículo 332"*

Desde esa lectura, hablando de la inexistencia del hecho investigado, correspondiente a la causal 3ª de la normativa en mención, la alta Corporación en cita tiene dicho:

*"... para que la solicitud compagine con la causal, el argumento de fondo debería establecer que, en efecto, no se materializó ese hecho fenoménico que trascendió al entorno objetivo, en otras palabras (verbi gratia), que no fue expedida ninguna resolución, o un dictamen o concepto a partir de los cuales advertir si se halla o no conforme a derecho"*

3. Mientras sobre la causal 4ª ha expresado:

*"En cuanto al componente tipicidad, la Corporación ha indicado que, de una parte, la*

*conducta debe adecuarse a las exigencias materiales definidas en el respectivo precepto de la parte especial del estatuto penal (tipo objetivo), tales como sujeto activo, acción, resultado, causalidad, medios y modalidades del comportamiento, y de otra, debe cumplir con la especie de conducta (dolo, culpa o preterintención) establecida por el legislador en cada norma especial (tipo subjetivo), en el entendido de que, acorde con el artículo 21 del Código Penal, todos los tipos de la parte especial corresponden a conductas dolosas, salvo cuando se haya previsto expresamente que se trata de comportamientos culposos o preterintencionales”4.*

Ciertamente, se reitera, las razones expuestas en el presente caso para sustentar la preclusión aluden a la causal 4ª. Nótese cómo el abogado plantea que el procesado no tenía la obligación de emitir ningún pronunciamiento, en tanto la cuestión puesta de presente en la querella por parte del IDU competía resolverla a un juez de la especialidad civil, dada la naturaleza que, a su juicio, tenían los predios para ese momento, por cuya razón, en realidad, no predica la inexistencia del hecho fenomenológico (la omisión) del ilícito objeto de acusación, sino que la conducta desplegada por Escobar Franco no encuadra en ese tipo penal, porque éste no tenía, atendidas las

razones aducidas en la petición, el deber de pronunciarse sobre la querella.

Y es que el señalamiento en contra del procesado parte, contrariamente, de la premisa según la cual, como alcalde local de Kennedy, tenía la carga funcional de decidir sobre la pretensión del IDU relacionada con la ocupación de predios de uso público. Empero, la defensa no planteó que el acusado sí adelantó algún procedimiento dentro de la actuación a su cargo o que, efectivamente, emitió el pronunciamiento de rigor, cuya situación eventualmente se traduciría en esa inexistencia que define la norma y, antes bien, aspira a que en un escenario distinto al juicio oral la judicatura realice una valoración de los componentes subjetivos subyacentes al comportamiento de Luis Fernando Escobar, situación claramente proscrita a partir de la formulación de la acusación.

Procedió correctamente, por tanto, el juzgado de primera instancia cuando negó la preclusión, pues el defensor cuando la invocó no se sujetó a los dictados del parágrafo del artículo 332 arriba citado. Dicha decisión, consecuentemente, se confirmará.

2. No es esta la oportunidad para que la Sala se pronuncie sobre el planteamiento del defensor

referido al posible impedimento de la juez de primera instancia para continuar conociendo del asunto durante la fase del juzgamiento.

El artículo 60 del Código de Procedimiento Penal establece que, configurándose la causal de impedimento, si el juez no la declara, cualquiera de las partes podrá recusarlo. En ese caso, el funcionario está llamado a decidir sobre el particular de manera inmediata y “mediante providencia motivada” y, en el evento de no aceptar los argumentos del peticionario, el asunto tendrá que ser remitido a quien corresponda, para que se desate el conflicto.

La defensa de Escobar Franco, sin embargo, no ha recusado a la funcionaria de primera instancia, por cuya razón la alusión al impedimento como parte de la alzada es ajena a la situación sometida a debate, motivo por el cual la Sala se abstendrá de emitir pronunciamiento sobre ese particular.

**SISTEMA PENAL ACUSATORIO -**

**Estipulaciones probatorias: las partes no pueden servirse de la ambigüedad de éstas, para sacar adelante sus pretensiones**

**SISTEMA PENAL ACUSATORIO -**

**Estipulaciones probatorias: irretractabilidad, alcance, no procede la retractación unilateral**

**... El acuerdo probatorio implica una renuncia a presentar pruebas en orden a demostrar un hecho que puede resultar importante para las partes, por ello, la estipulación debe ser postulada en términos claros y precisos, que permitan establecer cuál supuesto fáctico del tema de prueba será sustraído del debate. De ahí que las partes no puedan retractarse de lo convenido, pues al hacerlo, su contraparte no tendría otra oportunidad procesal para solicitar los medios de prueba encaminados a demostrar el hecho acordado...**

**[Rad. 11001 60 00019 2018 05517](#)**

**(20-10-2022)**

**Magistrado Ponente:**

**MARIO CORTÉS MAHECHA**

**TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES****ASUNTO**

Resuelve la Sala los recursos de apelación interpuestos por el Ministerio Público y la defensa en contra de la sentencia proferida el 10 de diciembre de 2020 por el Juzgado Tercero Penal del Circuito Especializado de esta ciudad, que condenó a Hugo Andrés Lombana Lombana por el delito de fabricación, tráfico y porte de armas, municiones de uso restringido, de uso privativo de las fuerzas armadas o explosivos.

**HECHOS**

El 2 de agosto de 2018, a las 8:44 de la mañana, miembros de la Policía Nacional sometieron a registro personal a Hugo Andrés Lombana Lombana a la altura de la carrera 78K con calle 35C sur de esta ciudad, hallando en su poder seis cartuchos calibre 7.62 mm, por cuya razón procedieron a su captura y judicialización.

**ACTUACIÓN PROCESAL**

El 3 de agosto de 2018 y ante el Juzgado Once Penal Municipal de Bogotá, se legalizó la captura y se formuló imputación a Lombana Lombana como presunto autor del delito de fabricación, tráfico y porte de armas, municiones de uso restringido, de uso privativo de las fuerzas armadas o explosivos. Presentado el respectivo escrito de acusación, el asunto correspondió al Juzgado Tercero Penal del Circuito Especializado, que celebró la audiencia de formulación el 4 de febrero de 2019, mientras la preparatoria el 19 de febrero de 2020. Realizado el juicio oral y anunciado el sentido del fallo, el juez profirió la sentencia condenatoria correspondiente, recurrida por el delegado del Ministerio Público y la defensa.

**SENTENCIA APELADA**

El a quo estimó que las pruebas practicadas bastan para acreditar la ocurrencia de la conducta atribuida y la responsabilidad del acusado en su comisión. Al respecto, se refirió al testimonio del efectivo policial Edilberto Pérez García, así como a las estipulaciones probatorias celebradas por las partes, esto es, los resultados del informe de balística del 2 de agosto de 2018 y lo relativo a la inexistencia de autorización en cabeza de Lombana

Lombana para el porte de elementos de la naturaleza de los incautados.

(...)

### CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

No se remite a duda que el 2 de agosto de 2018 Hugo Andrés Lombana Lombana portaba seis cartuchos calibre 7.62 mm., los cuales son compatibles para su uso “en armas de fuego tipo fusil y ametralladoras de igual calibre”, hecho este último del cual da cuenta el informe de balística suscrito por el subintendente Álvaro Fabián Gómez Clavijo y, por lo demás, fue objeto de estipulación probatoria durante el juicio oral.

Acorde con el literal d) del artículo 8º del Decreto 2535 de 1993, “son armas de guerra y por tanto de uso privativo de la Fuerza Pública” las “armas automáticas sin importar el calibre”. Y, de conformidad con el literal j) ibídem, también lo son “las municiones correspondientes al tipo de armas enunciadas en los literales anteriores”.

Exige el artículo 366 del Código Penal, modificado por el artículo 20 de la Ley 1453 de 2011, que ese tipo penal se configura cuando quien porta los

elementos bélicos allí referidos no cuenta con permiso de autoridad competente para ese efecto. Sin embargo, en la medida en que el artículo 14 del precitado Decreto 2535 prohíbe la posesión de artefactos de esa naturaleza (los de uso privativo de las Fuerzas Armadas) “en todo el territorio nacional”, la discusión sobre si el procesado tenía o no autorización para llevar consigo los mencionados cartuchos se torna inane.

De todas maneras, en la audiencia del 4 de agosto de 2020 la Fiscalía General de la Nación, con la expresa aquiescencia de la defensa, socializó la estipulación consistente en dar por probado el contenido de la constancia del CINAR, en la cual se certifica “que no se encuentra... ningún permiso de porte de armas de fuego ni municiones”.

(...)

En tales condiciones, el ente acusador optó por estipular lo relacionado con el elemento normativo del tipo penal, esto es, la ausencia del permiso de autoridad competente, por cuya razón desistió de la práctica del testimonio que permitiría probar dicha situación. Aceptar la posición hermenéutica propuesta por los censores transgrediría el principio de lealtad y, de paso, la posición pacífica

y reiterada de la alta Corporación en cita sobre el tema.

Por consiguiente, desde la perspectiva netamente objetiva, se reúnen los elementos descritos por el tipo penal para la configuración de la conducta en cuestión.

Reclama el Ministerio Público que en este caso la judicatura presumió la responsabilidad del acusado, pese a no haberse adelantado una indagación suficiente para establecer que él habría podido conocer la ilicitud derivada del porte de los elementos incautados. Postula de esa forma, es de advertir, la ausencia de tipicidad subjetiva en el comportamiento del aludido.

Al respecto, en el juicio oral Edilberto Pérez García afirmó que el día de los hechos con su compañera de patrulla “[observaron] a un sujeto que al notar la presencia de la policía asume una actitud sospechosa”, por cuya razón le solicitaron un registro personal, y al preguntársele por las balas halladas en su poder, indicó que “él las cargaba, que las había encontrado y que las portaba”.

(...)

Con todo, el conocimiento de la naturaleza especial de las municiones que el acusado portaba al momento de su captura demanda la aplicación de un criterio distinto. En efecto, el artículo 365 del Código Penal sanciona el porte de armas, sus partes o accesorios esenciales y municiones “de defensa personal”, de conformidad con el artículo 11 del Decreto 2535, en precedencia citado, estableciendo prisión de 9 a 12 años, mientras que el artículo 366 de la norma sustantiva establece el delito por el cual se condenó al acusado, determinando prisión que oscila entre 11 y 15 años, es decir, que contempla una respuesta punitiva más severa.

Por su parte, el mencionado Decreto determina la clasificación de los elementos bélicos a los cuales hace alusión el Código Penal. Sin embargo, no hay razones que permitan suponer que el conocimiento requerido para distinguir entre una y otra clase de objetos bélicos es de común acceso. La actitud sospechosa, que no es otra cosa que la reacción a la presencia de la fuerza pública por parte de quien sabe que está actuando de manera contraria a derecho, no permite suponer que Lombana Lombana era consciente de que, por ejemplo, el proyectil empleado por un revólver calibre 38 y aquel necesario para el funcionamiento de una ametralladora, como ocurre en este caso, tienen un

manejo normativo distinto e implican un juicio de reproche de severidad disímil.

Correspondía entonces a la Fiscalía probar que por sus antecedentes personales, profesionales o laborales, el prenombrado debía estar en condiciones de distinguir entre una munición propia de un arma de defensa personal y aquellas de uso privativo de las fuerzas armadas, como componente esencial del tipo penal objeto de acusación. Dicha situación, empero, no debe conllevar a la absolución del procesado, como así lo pretenden los censores, pues lo cierto es que, como ya se indicó, está probado que el aludido era consciente de que en su poder tenía unos proyectiles y que tal acción se encuentra condicionada a la expedición de un permiso por cuenta de la autoridad competente.

(...)

En efecto, aquello por lo que propende el legislador es el respeto por el monopolio que el Estado debe tener sobre la fabricación, importación o suministro de distintos elementos bélicos, partiendo de la idea de que las transgresiones a ese privilegio conllevan una amenaza cierta para distintos intereses de la comunidad, tales como la seguridad pública, el patrimonio o la integridad física. Mucho menos

puede pedirse a la Fiscalía, como así lo hizo el representante del Ministerio Público, demostrar que el porte de los objetos de uso privativo implicó una restricción correlativa para las Fuerzas Armadas del uso de los mismos, en tanto no es este el sentido que dio el legislador a la disposición normativa.

Por demás, los artículos 365 y 366 del Código Penal, específicamente, hacen alusión a la tenencia de municiones, no solamente de las armas con las cuales aquéllas pueden ser empleadas, y la descripción típica no ha sido objeto de modificación.

(...)

En efecto, el efectivo policial captor indicó que Hugo Andrés Lombana Lombana se veía como una persona “normal” y no distinguió características propias de un habitante de calle. La defensa cuestiona la credibilidad de su testimonio, pero ningún esfuerzo desplegó para demostrar algo distinto. Aunque cierto resulta que es común que quienes se encuentran en situaciones de indigencia carecen de domicilio, lo cual lleva a dificultades en su ubicación y citación, pudo el profesional del derecho acudir a otros medios para determinar que aquél, en efecto, hacía parte de una población

especialmente vulnerable, tales como consultar en la Secretaría de Integración Social o en los distintos programas para la atención a población en situación de calle.

Recuérdese que la situación de marginalidad, ignorancia o pobreza extrema debe materialmente incidir en la ejecución del comportamiento delictivo. Inclusive, si se afirma que el procesado era consumidor habitual de estupefacientes, correspondía a su defensor probar que esta situación fue determinante para la comisión de la conducta punible.

Como ello no ocurrió, no puede la Sala acoger la postulación de la defensa.

(...)

Similarmente, en lo relativo al dolo, el componente subjetivo del ilícito es aquel que se requiere para declarar la responsabilidad penal y ninguno de los elementos discutidos en el juicio lleva a suponer que haya un mayor grado de intencionalidad al punto de justificar la imposición de una sanción superior a aquella que estableció el legislador, especialmente, porque aunque el procesado sí portaba las municiones, nada lleva a pensar que en su poder también tenía algún arma con la cual

éstas pudiesen ser empleadas o que de alguna manera planeaba ponerlas a disposición de un tercero.

Basten estas razones para concluir que el mínimo de la sanción, esto es, 108 meses de prisión, resulta justo, proporcional y razonable, por cuya razón se modificará el fallo en ese sentido. Dicho guarismo se extenderá también a la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas.

(...)

Cuestionaron los recurrentes, finalmente, que en la sentencia el a quo hizo alusión a los antecedentes penales de Lombana Lombana, pese a carecer de vigencia en el momento de la emisión del fallo. Empero, lo relativo al carácter de infractor reincidente del procesado únicamente se empleó por el juzgador para reforzar la conclusión relativa a la naturaleza culpable de su conducta, atendiendo el conocimiento que debería tener de las finalidades del proceso penal y la actividad resocializadora del Estado.

Así, pues, de un lado, ninguna incidencia tiene en la conclusión a la cual llegó la judicatura frente a la intencionalidad subyacente a la infracción de la norma penal, en tanto el conocimiento y capacidad

para determinarse de conformidad con esa comprensión tiene su fundamento en elementos de juicio distintos a sus antecedentes personales. Y, del otro, ese aspecto no fue utilizado para efectos de valorar la conducta desplegada en el acápite de determinación de la punibilidad, para cuyo propósito únicamente se tuvo en cuenta la lesividad concreta que, a juicio del fallador, ostentó el comportamiento ejecutado por el procesado, criterio del cual, advertido sea, se separó la Sala, imponiendo al acusado el mínimo del rango de movilidad aplicable al delito.

**COAUTORÍA IMPROPIA - Diferencia con la coautoría propia**

... La primera ocurre cuando varios sujetos, acordados de manera previa o concomitante realizan el verbo rector definido por el legislador, mientras que la segunda, la impropia, llamada coautoría funcional, precisa también de dicho acuerdo, pero hay división del trabajo, identidad en el delito que será cometido y sujeción al plan establecido...

Rad. [11001 60 00028 2019 01006 01](#)

(20-10-2022)

**Magistrado Ponente:**

**MARIO CORTÉS MAHECHA**

**TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES****VISTOS**

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por la defensa de Yoni Alejandro Hernández Polanía en contra de la sentencia proferida el 22 de octubre de 2020 por el Juzgado Cincuenta y cuatro Penal del Circuito de Bogotá, que lo condenó por los delitos de homicidio agravado y fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones.

**HECHOS**

El 9 de abril de 2019, aproximadamente a las 15:15 horas, Guillermo León Zapata Garcés se encontraba al interior del establecimiento "Trazano Tyres", ubicado en la carrera 23 No. 7-61, barrio Ricaurte de esta ciudad, cuando Raúl Rodríguez Navas descendió del vehículo de placas HIX 072, conducido por Yoni Alejandro Hernández Polanía, y de manera sorpresiva desenfundó un arma de fuego, que accionó de inmediato y en múltiples oportunidades en contra de aquél, quien falleció como consecuencia de la gravedad de sus lesiones. El vehículo conducido por Hernández Polanía recorrió la zona instantes previos al homicidio y después de que Rodríguez Navas se apeó del

mismo, lo estacionó a pocos metros del establecimiento donde el hoy occiso perdió la vida.

**ACTUACIÓN PROCESAL**

El 10 de abril de 2019 y ante el Juzgado Sesenta y dos Penal Municipal, se legalizó la captura, se formuló imputación y se impuso medida de aseguramiento a Raúl Rodríguez Navas y Yoni Alejandro Hernández Polanía como coautores de los delitos de homicidio agravado y fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones.

El asunto correspondió al Juzgado Cincuenta y cuatro Penal del Circuito, que llevó a cabo la audiencia de formulación de acusación el 9 de agosto de 2019, fecha en la Fiscalía allegó un preacuerdo con Rodríguez Navas, produciéndose así la ruptura de la unidad procesal.

**SENTENCIA IMPUGNADA**

Según el a quo, en el presente caso se demostró, "sin lugar a equívocos", que el procesado transportó a Raúl Rodríguez Navas al lugar de los hechos "para que cometiera el ilícito" y luego lo

esperó en la esquina del sector “con el fin de poder emprender la huida”, de manera que actuó en calidad de coautor impropio. Al respecto, llamó la atención sobre la declaración del policial captor, quien manifestó que la comunidad dijo haber observado en el sector el carro conducido por Hernández Polanía.

Consideró así evidente la existencia de un acuerdo entre ambas personas, en virtud del cual el aquí procesado “tuvo dominio del hecho y lo ejecutó voluntariamente”, resultando innecesario que cada interviniente ejecutase la totalidad del plan criminal. Ese acuerdo, en su sentir, lo torna responsable, incluso, del porte ilegal de armas.

Estimó, finalmente, estructurada la agravante relacionada con el delito contra la vida, pues en los videos se observó que la víctima se encontraba de espalda y hablando por celular cuando recibió los impactos de bala.

#### CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. No declarará el Tribunal la nulidad de la actuación, conforme lo pretende el recurrente.

Al sustentar la apelación, la defensa atribuyó al juzgador no sustentar debidamente la coautoría impropia e incurrir en “incongruencia entre los hechos con la motivación de la” sentencia, con lo cual pareciera aludir a la presencia de dos vicios de similar origen, esto es, en su orden, motivación incompleta y motivación dilógica o ambivalente.

No obstante, el impugnante no cumplió la carga de precisar cuáles son exactamente las falencias de esa naturaleza que, en su sentir, acusa el fallo. Por lo demás, su genérica afirmación no se corresponde con la realidad, porque allí claramente se precisó que Yoni Alejandro Hernández Polanía, previo acuerdo, transportó al homicida al lugar de los hechos y luego lo esperó para recogerlo y emprender la huida una vez éste concretara el designio criminal, de manera que actuó con división de trabajo y con dominio del hecho, estructurándose así la coautoría impropia.

(...)

2. Según el censor, los videos incorporados al juicio oral se recaudaron con violación a las reglas de cadena de custodia, y ello los torna ilícitos. Olvida, empero, la decantada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, en su Sala de Casación Penal<sup>1</sup>, acorde con la cual los problemas relativos

a la autenticidad de un medio probatorio inciden en el mérito suasorio del mismo, mas no en su validez. En efecto:

*“La cadena de custodia, reglamentada en los artículos 254 y siguientes de la Ley 906 de 2004, también tiene como finalidad demostrar la autenticidad de los elementos materiales probatorios y evidencia física». Sin embargo, también se ha precisado, este mecanismo de autenticación no condiciona la admisión de la prueba, ni interfiere con su práctica como prueba autónoma. De ahí que, en principio, «no resulta apropiado discutir, ni siquiera en sede casacional, que un medio de prueba es ilegal y reclamar la regla de exclusión, sobre la base de cuestionar su cadena de custodia, acreditación o autenticidad”.*

Y, al respecto, se tiene que la autenticidad del medio de convicción se puede acreditar con cualquier medio de prueba, pues en ello rige el principio de libertad probatoria, consagrado el mismo en el artículo 373 de la Ley 906 de 2004.

(...)

Reprocha el defensor sí el hecho de atribuirse al aquí acusado la condición de coautor impropio, extendiéndose así las implicaciones jurídicas de

la conducta cometida por quien accionó el arma de fuego en contra de la humanidad de Zapata Garcés, pues, en su criterio, Hernández Polanía habría, a lo sumo, actuado en condición de cómplice, en tanto ignoraba la pretensión del homicida y, en todo caso, "iba a prestar un servicio o ayuda posterior en la comisión del hecho"

En relación con lo anterior, preciso es destacar lo infundado del primero de los argumentos con los cuales el recurrente sustenta la complicidad, pues ese dispositivo amplificador del tipo tiene como presupuesto que entre el cómplice y el autor haya existido concierto previo o concomitante para realizar la conducta ilícita, de modo que si quien presta la ayuda posterior desconoce la intención criminal del ejecutor del punible, simple y llanamente, no actúa antijurídicamente.

(...)

Finalmente, se demostró que Hernández Polanía permaneció a corta distancia de donde sucedió el ilícito. Al respecto, indicó Derney Ruiz Sanabria que a aquél lo encontraron en la esquina, a bordo del aludido rodante, "a unos cincuenta metros", el cual estaba estacionado, aun cuando con el switch encendido. Aunque la defensa, con fundamento en la declaración de Rodríguez Navas, ofrece una

explicación frente al proceder del procesado, esta no resulta lógica. Concretamente, dicho ciudadano manifestó que, a través de un tercero, obtuvo el número de teléfono de Hernández Polanía para efectos de ser transportado en Bogotá. A él, indicó el testigo, le solicitó recogerlo y llevarlo hasta una dirección que le entregó escrita en un papel y, aunque no recuerda el valor de la remuneración pactada, sí sabe que pagó la suma antes de bajarse del carro y le pidió al hoy procesado que lo esperara un momento. Rodríguez Navas, sin embargo, no aportó ningún detalle que respalde su versión, al menos de manera mínima. Pese a la innegable relevancia que lo acaecido en abril de 2019 debió tener para ese ciudadano, no consiguió recordar exactamente cómo obtuvo el número de teléfono de Hernández Polanía, dónde éste lo recogió y a qué hora, cuánto costó la carrera o a dónde le dijo que lo llevara. La narración es escueta e insulsa, denotándose en ella su ineludible propósito de favorecer al ahora acusado. Por lo demás, resulta ajeno a la experiencia que quien acude a una ciudad desconocida, porque así describe Rodríguez Navas a Bogotá, para cometer un homicidio, optase por ser transportado por un desconocido, confiándole no solo el actuar sospechoso de rodear la cuadra en el que cometería el homicidio, sino además su permanencia en el sector para asegurar su huida,

con el agravante de que si cuando descendió del vehículo ya había pagado el estipendio pactado y, además, la contratación no la hizo a través de alguna aplicación, ninguna garantía existiría de que el aquí acusado, en efecto, seguiría en los alrededores del establecimiento de comercio luego de cumplir su cometido.

(...)

Atendiendo las disposiciones del Código Penal, puede pregonarse la configuración de la coautoría bien cuando cada sujeto ejecuta el verbo rector o cuando el plan criminal se lleva a cabo a través de la división de trabajo, siendo ésta la distinción entre la modalidad propia e impropia de ese concepto. Sobre el particular, tiene expresado la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia:

*"La primera ocurre cuando varios sujetos, acordados de manera previa o concomitante realizan el verbo rector definido por el legislador, mientras que la segunda, la impropia, llamada coautoría funcional, precisa también de dicho acuerdo, pero hay división del trabajo, identidad en el delito que será cometido y sujeción al plan establecido, modalidad prevista en el artículo 29-2 del Código Penal, al disponer que son coautores*

*quienes, "mediando un acuerdo común, actúan con división del trabajo criminal atendiendo a la importancia del aporte"; se puede deducir, ha dicho la Sala, de los hechos demostrativos de la decisión conjunta de realizar el delito."*

Sobre la coautoría impropia dicha Corporación también ha dicho:

*"... cada uno de los sujetos intervinientes en el hecho punible no ejecutan integral y materialmente la conducta definida en el tipo penal, pero sí lo hacen prestando contribución objetiva a la consecución del resultado común en la que cada cual tiene dominio funcional del hecho con división de trabajo, cumpliendo acuerdo expreso o tácito, y previo o concurrente a la comisión del hecho sin que para la atribución de responsabilidad resulte indispensable que cada interviniente lleve a cabo o ejecute la totalidad del supuesto fáctico contenido en el tipo o que solo deba responder por el aporte realizado y desconectado del plan común, pues en tal caso, una teoría de naturaleza objetivo formal, por ende excesivamente restrictiva, sin duda muy respetuosa del principio de legalidad estricta, no logra explicar la autoría mediata ni la coautoría, como fenómenos expresamente reconocidos en el*

*derecho positivo actual (artículo 29 de la Ley 599 de 2000)..."*

Y en relación con la naturaleza del acuerdo, ha dicho también la Corte Suprema de Justicia<sup>7</sup> lo siguiente:

*"Si bien el acuerdo previo o concomitante que se precisa para configurar la coautoría material impropia puede acontecer en el marco de una reunión, la suscripción de un documento, una decantada preparación ponderada del delito, también puede ocurrir de manera intempestiva, sin una formalidad especial, pues basta por ejemplo, un gesto, un ademán, una mirada, un asentimiento, en suma, la expresión clara en la coincidencia de voluntades orientada a la realización de un mismo objetivo delictivo, lo cual debe ser apreciado en cada caso concreto al constatar la forma en que se desarrollaron los hechos en sus momentos antecedentes, concomitantes y posteriores. No en vano el acuerdo puede ser expreso, como cuando cada uno de los coautores hace explícita su voluntad, por antonomasia propia del pacto previo y la preparación ponderada del atentado al bien jurídico, pero también puede ser tácito, como ocurre en el caso de un grupo de asaltantes entre los cuales algunos llevan armas letales cuyo porte*

*es consentido por los otros, todos en procura de sacar adelante la lesión al patrimonio económico».*

(...)

Por tanto, acreditada la configuración de la coautoría impropia, como en efecto ocurrió, el razonamiento del juez de primera instancia en punto a los siguientes dos aspectos resulta acertada: De un lado, no se puede discutir que Rodríguez Navas abordó al hoy occiso por la espalda, mientras él se encontraba desarmado y distraído por una llamada de teléfono. Guillermo León Zapata falleció como consecuencia del impacto de varios proyectiles de bala en su cuerpo y terminó tendido bocabajo en el piso, observándose cómo, inclusive después de que cayó, Rodríguez Navas continuó disparándole. Esa situación de indefensión permite la configuración de la agravante relacionada con el homicidio, siendo entonces aplicable al aquí acusado. Del otro, en el juicio se probó que ni Rodríguez Navas ni Hernández Polanía contaban con autorización para portar armas de fuego, cumpliéndose así con el componente normativo del delito contra la seguridad pública, cuya efectiva ocurrencia resulta innegable, dada la causa de la muerte de la víctima, así como la incautación del arma de fuego por parte de los primeros respondientes.

**IN DUBIO PRO REO - Se debe aplicar si no hay certeza acerca de la existencia de los hechos y la responsabilidad del procesado**

**... Las incertidumbres e interrogantes antes destacados generan duda razonable acerca de la existencia del hecho punible objeto de acusación, así como de la responsabilidad del procesado, que deben resolverse necesariamente en su favor...**

Rad. [110016000015 2019 02837](#)

**(20-10-2022)**

**Magistrado Ponente:**

**MARIO CORTÉS MAHECHA**

**TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES**

#### **ASUNTO**

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por la defensa en contra de la sentencia proferida el 10 de diciembre de 2020, mediante la cual el Juzgado Cuarenta y uno Penal del Circuito de Bogotá condenó a Víctor Teodoro Amaya Velásquez como autor del delito de actos sexuales con menor de 14 años, agravado y en concurso homogéneo.

#### **HECHOS**

Según los términos de la acusación, en abril de 2019 Víctor Teodoro Amaya Velásquez, progenitor de A.J.A.S., desplegó actos sexuales sobre su menor hija, entonces de 6 años, los cuales consistieron en tocamientos en su zona glútea y vaginal, con sus manos y miembro viril, hechos que tuvieron ocurrencia en la vivienda ubicada en carrera 3C sur No. 49-12, de esta ciudad.

#### **ACTUACIÓN PROCESAL**

El 16 de abril de 2019<sup>1</sup> y ante el Juzgado Cincuenta y siete Penal Municipal, la Fiscalía formuló imputación a Amaya Velásquez como autor del delito de actos sexuales abusivos con menor de 14

años, agravado, de conformidad con los artículos 208, 211, numeral 5º y 7º del Código Penal. Por solicitud del ente acusador se le impuso medida de aseguramiento consistente en detención preventiva en establecimiento carcelario.

Radicado el escrito de acusación el 16 de mayo del mismo año<sup>2</sup>, su trámite correspondió al Juzgado Cincuenta Penal del Circuito<sup>3</sup>, que realizó la respectiva audiencia el 16 de julio siguiente<sup>4</sup>, en donde le atribuyó haber cometido la conducta en concurso homogéneo y sucesivo. Luego celebró la preparatoria<sup>5</sup> y el juicio oral, a cuyo término, después de presentarse los alegatos de conclusión, manifestó que el sentido del fallo sería condenatorio, procediendo a emitir posteriormente la decisión anunciada, objeto de apelación por la defensa.

#### **SENTENCIA APELADA**

El juzgado dio por demostrada la ocurrencia del delito atribuido y la responsabilidad penal del acusado, a partir del testimonio de A.J.A.S., en cuanto señaló en el juicio oral que el “monstruo”, refiriéndose a aquél, le realizó tocamientos en sus genitales y le enseñaba videos de hombres y mujeres desnudas. Al respecto, puso de presente

cómo la menor representó, mediante el uso de un peluche, la forma como le efectuaba la manipulación en los glúteos e, incluso, la manera como posaba su miembro viril en esa misma zona del cuerpo.

Para el sentenciador, el testimonio de la víctima resultó coherente, en tanto durante su relato ubicó el lugar donde ocurrieron los hechos, precisando tratarse de la habitación de sus progenitores, así como en el baño y en la cocina, al tiempo que describió las personas que para entonces integraban la unidad doméstica, y aun cuando no indicó la fecha o época de su acaecimiento, entendió que ello obedeció a su corta edad.

(...)

Para el sentenciador, por lo demás, el testimonio del acusado confirmó las circunstancias temporo-espaciales que le permitieron llevar a cabo la conducta punible en las condiciones relatadas por la víctima y su hermano.

Al dosificar la sanción, determinó el mínimo previsto en la ley, esto es, 144 meses de prisión, guarismo al cual le sumó 6 meses, debido al concurso homogéneo, obteniendo así 150 meses de prisión, que le impuso al acusado a título de pena principal, mismo término en el cual le irrogó las accesorias de

inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas e inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad.

### CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Como el a quo se valió de las manifestaciones anteriores al juicio oral expresadas por la menor A.J.A.S. para sustentar la sentencia y el recurrente, a su turno, hizo lo propio para pretender la revocatoria de esa decisión, es necesario empezar por determinar si uno y otro procedieron correctamente.

Es preciso recordar que la víctima declaró en la sesión del juicio oral realizada el 2 de julio de 2020, siendo sometida al respectivo interrogatorio cruzado y aun cuando tuvo dificultades al narrar los hechos objeto de acusación, derivadas de su edad, del lenguaje y de la afectación emocional causada por el hecho mismo de rendir el testimonio, señaló que su progenitor, a quien identificó como “monstruo”, la abusó sexualmente, precisando que le besó los labios, le tocó los glúteos, que llamó como “trasero”, y la vagina, zona del cuerpo que identificó como “pipí”, cuyos hechos, según la menor, ocurrieron en la habitación y en el baño, por cuya razón es dable concluir que estuvo bajo

disponibilidad plena. A pesar de ello, el funcionario de primer nivel permitió incorporar las declaraciones anteriores al juicio oral expuestas por la menor.

Al respecto, es necesario precisar que cuando se trata de menores de edad víctimas de delitos sexuales que acuden a testificar al juicio oral, las manifestaciones rendidas por ellos antes de ese escenario procesal adquieren el carácter de prueba de referencia admisible sólo si (i) existió disponibilidad relativa del declarante y (ii) la manifestación previa se incorporó tras el cumplimiento del procedimiento establecido para el efecto.

(...)

En el asunto que concita la atención de la Sala, como se señaló, cuando la menor A.J.A.S. testificó en el juicio oral, aun cuando con cierta dificultad, relató lo ocurrido con el acusado, incluso, ejemplificando con un oso de peluche los tocamientos a los cuales, según expresó, éste la sometía, de modo que, en su caso, se insiste, hubo una disponibilidad plena.

Lo anterior constituye razón suficiente para concluir que no resultaba válido apreciar las declaraciones anteriores expuestas por la menor. Por ende, la Sala

no las tendrá en cuenta y, en consecuencia, sólo valorará el testimonio del médico legista que le practicó examen sexológico dentro de este proceso, así como el de la psicóloga que le recepcionó la entrevista forense, y el de su progenitora, aun cuando, exclusivamente, lo relativo a los hechos que de manera personal y directa hayan percibido.

Es de anotar que si la defensa pretendía hacer uso de las manifestaciones anteriores al juicio oral expresadas por la víctima, incluido lo expuesto por ella en la entrevista forense, con el fin de rebatir el mérito suasorio de su testimonio, resultaba necesario que las empleara a modo de impugnación de credibilidad. Sobre el particular, en reciente fallo la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia sostuvo:

*"Esta particular situación, obliga a la Sala a reflexionar sobre la función que cumple en el nuevo sistema procesal el instituto de la impugnación de la credibilidad del testigo, regulado en el artículo 403 del estatuto, y la posibilidad de formular ataques en casación al amparo del error de raciocinio, cuando la parte recurrente no ha hecho uso de esta prerrogativa en el juicio oral. Dicho instituto, permite a las partes cuestionar la credibilidad del testigo, por cualquiera de los siguientes aspectos, (i) naturaleza inverosímil o*

*increíble del testimonio, (ii) capacidad del testigo para percibir, recordar o comunicar, (iii) existencia de motivos de parcialidad del testigo, (iv) discrepancia con declaraciones anteriores, (v) tendencia a la mendacidad, y (vi) contradicciones internas del testimonio.<sup>12</sup> El ejercicio de esta garantía procesal impone a la parte interesada presentar en audiencia, ante el juez, (i) los argumentos que sustentan la impugnación, y (ii) las evidencias que acreditan el supuesto fáctico del motivo alegado, en los eventos en que su demostración exija acreditación probatoria, como sería el caso, por ejemplo, de los motivos previstos en los ordinales (ii), (iii), (iv) o (v) del precepto. Su invocación es discrecional, en cuanto la parte puede hacer o no uso de ella en el juicio oral, pero si decide renunciar a su ejercicio, ya no podrá plantear en estadios procesales subsiguientes, ni en instancias superiores, ni en casación, ataques a la credibilidad de la prueba testimonial por motivos que requieran base o acreditación probatoria. Solo podrá hacerlo si la alegación que plantea no exige acreditaciones de esta índole, verbi gracia, cuando se alega inverosimilitud o ausencia de credibilidad porque el relato suministrado por el testigo contradice los principios de la lógica, las reglas de experiencia o los postulados científicos, que como se sabe, no requieren acreditación, o cuando se invocan contradicciones internas en la declaración rendida*

*en el juicio oral. La razón es elemental. En el modelo de enjuiciamiento acusatorio, toda prueba debe practicarse y controvertirse en el juicio oral, en presencia del juez de conocimiento.<sup>13</sup> Este es el escenario natural del debate probatorio. Después de este momento procesal no hay espacio para la práctica de pruebas en ninguna de las instancias, ni en casación".*

(...)

Como se observa, cuando el motivo de impugnación de la credibilidad del testimonio requiere base probatoria es necesario plantearlo y debatirlo en el juicio oral. Y, en el presente evento, así ocurría, pues las contradicciones aducidas por la defensa tienen como soporte manifestaciones previas rendidas por la víctima en la entrevista forense. No obstante, no las utilizó durante su testimonio con tal fin, por cuya razón no resulta dable esgrimir en este momento ese tipo de deficiencias para poner en entredicho la veracidad de la declaración de la menor.

(...)

Sea oportuno aquí precisar que aun cuando la acusación se formuló por un concurso de conductas punibles de actos sexuales con menor de 14 años y, en ese sentido, la niña relató durante el juicio oral

que el procesado, además de abusarla sexualmente en la habitación, procedió de manera idéntica en el baño e, incluso, en la cocina de la vivienda, lo cierto es que tanto la imputación como la acusación tan sólo se refieren a los hechos acaecidos el 14 de abril de 2019 en la alcoba de los progenitores de aquella.

(...)

Como se observa, al formularle la imputación le atribuyó un único evento de actos sexuales con menor de 14 años agravado, según hechos acaecidos el 14 de abril de 2019. Y aun cuando en la acusación hizo mención a esos mismos episodios, la Fiscalía parece no limitarlos únicamente a dicha fecha y, por ello, le atribuyó un concurso homogéneo de conductas.

Sin embargo, pasó por alto que entre la imputación y acusación debe también observarse el principio de congruencia, por cuya razón no le era dable incluir en este último acto procesal circunstancias fácticas novedosas. En efecto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha señalado:

*"Más allá del principio de congruencia que se materializa desde el acto de acusación al definir los aspectos material, jurídico y personal del objeto del proceso los cuales se reflejarán en la sentencia, la Sala ha hecho énfasis en el principio de coherencia*

*a fin de que a lo largo del diligenciamiento se preserve el núcleo fáctico entre los actos de formulación de imputación y acusación, estándole vedado al ente investigador adicionar gradualmente hechos nuevos"*

De esa manera, al formular acusación por un concurso homogéneo de delitos, no atribuido previamente en su aspecto fáctico, la Fiscalía vulneró el principio de congruencia que debe existir entre imputación y acusación, en cuyo desconocimiento también incurrió el juzgado en el fallo, razón por la cual la Sala, so pena de vulnerar la antedicha garantía, no emitirá pronunciamiento de fondo sobre los hechos no contemplados en la primera de esas audiencias y, en su lugar, declarará la nulidad parcial de lo actuado a partir del acto de formulación de la acusación en lo relativo a esos acontecimientos. Consecuencialmente, compulsará copias para que la Fiscalía, si así lo considera, formule nueva imputación por razón de los mismos.

La presente decisión, por tanto, se circunscribirá a la acusación referida a los episodios ocurridos el 14 de abril de 2019. Y, el respecto, encuentra el Tribunal que del relato expresado por la víctima y su hermano en el juicio oral emergen varios aspectos que ponen en seria duda su credibilidad.

Para empezar, la menor al exponer los hechos manifestó que en ese momento se encontraba sola con su papá, por cuanto su mamá y sus hermanos habían salido previamente de la vivienda.

Sin embargo, como se ha visto, V.M.A.S. narró una circunstancia por completo diferente a la relatada por la víctima, en cuanto manifestó haber presenciado lo ocurrido ese día en la habitación de sus padres. Es decir, a pesar de que ésta dijo que su mamá y sus hermanos no se encontraban en la residencia, aquél aseveró lo contrario. Es más, este último ubicó también en ese lugar a su progenitora, de quien dijo estaba en la cocina, así como a su hermano.

Y aun cuando pudiera afirmarse, con el fin de restarle relevancia a la contradicción, que se trata de un olvido de la menor por el tiempo que ha transcurrido entre los hechos y su declaración en el juicio oral, lo cierto es que hay otras circunstancias que ponen en entredicho el señalamiento formulado en contra de Amaya Velásquez.

En efecto, no parece creíble que el prenombrado, a pesar de contar con oportunidad suficiente, conforme lo relató su ex compañera permanente, para estar a solas con la menor, decidiera cometer la conducta punible en presencia de su hijo e,

incluso, cuando en la vivienda se encontraban los demás miembros del núcleo familiar, sin entonces tomar precauciones del caso para evitar ser descubierto, distinta a la frágil maniobra de arroparse con una cobija.

(...)

Por lo demás, del relato de los dos niños no emerge muy clara la naturaleza de la agresión sexual, pues ambos aseguraron que el procesado introducía su miembro viril en el “trasero” de la víctima, pese a lo cual en el examen sexológico practicado a ésta al día siguiente de los hechos, el médico legista no halló manipulación en su zona anal, poniendo así en duda la ocurrencia de tal señalamiento.

En ese sentido, la Sala no pasa por alto que la acusación se formuló por actos sexuales, no por acceso, pero la menor, ejemplificando con un peluche, como se señaló, pareció indicar que su progenitor la accedió carnalmente vía anal, al tiempo que V.M.A.S. afirmó observar cómo aquél, luego de desnudar a su hermana y quitarse él también su ropa interior, introducía “lo que tenemos los hombres” en el “trasero” de su hermana.

Las incertidumbres e interrogantes antes destacados generan duda razonable acerca de la existencia del hecho punible objeto de acusación,

así como de la responsabilidad del procesado, que deben resolverse necesariamente en su favor, en virtud de lo dispuesto en el artículo 7º de la Ley 906 de 2004, por cuya razón la Sala revocará la sentencia de primera instancia y, en su lugar, absolverá al aludido, consecuencia de lo cual dispondrá su libertad inmediata, a no ser que sea requerido por otra autoridad judicial.

**SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Prueba de referencia: no la constituye una declaración anónima**

**CONOCIMIENTO PARA CONDENAR - Requisitos: convencimiento más allá de toda duda razonable acerca de la ocurrencia del delito y la responsabilidad del acusado**

... "Ahora bien, como la prueba de referencia debe superar los juicios de legalidad, conducencia, pertinencia, conveniencia y utilidad exigidos para la generalidad de los medios de prueba, la Corte ha precisado que las "declaraciones anónimas" no son admisibles como prueba de referencia...

[Rad. 110016000000 2021 00642](#)

**(20-10-2022)**

**Magistrado Ponente:**

**MARIO CORTÉS MAHECHA**

**TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES**

#### **ASUNTO**

Resuelve la Sala los recursos de apelación promovidos por Marisol Góngora Monsalve y su defensor en contra de la sentencia proferida el 24 de marzo de 2021 por el Juzgado Cuarenta y ocho Penal del Circuito de esta ciudad, que la condenó como autora del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes.

#### **HECHOS**

En el fallo de primera instancia se dio por demostrada la siguiente situación fáctica:

El 24 de agosto de 2019, sobre las 6:25 de la tarde, miembros de la Policía Nacional que patrullaban los alrededores de la carrera 9ª con calle 2A de esta ciudad, sector del barrio Las Cruces, observaron a dos individuos en actitud sospechosa. La mujer entregó un maletín rosado al hombre que la acompañaba, quien al advertir la presencia policial arrojó el elemento al interior de un establecimiento comercial, en donde lo recogió otra dama. Los uniformados ingresaron al sitio y verificaron el contenido del morral, hallando dos paquetes con 300 bolsas de lo que parecía ser bazuco, así como

\$755.200 en billetes de pequeñas denominaciones y monedas.

Las dos personas observadas en la vía pública fueron inicialmente identificadas como Lismeric Anyaric Zambrano y Michael Alexander Arguello, en tanto la mujer que se encontraba al interior del local responde al nombre de Marisol Góngora Monsalve.

#### **ACTUACIÓN PROCESAL**

Ante el Juzgado Ochenta Penal Municipal los días 25 y 26 de agosto de 2019 la Fiscalía formuló imputación a Marisol Góngora Monsalve, Lismeric Anyaric Zambrano Betancourt y Michael Alexander Arguello Méndez, como presuntos coautores del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, de conformidad con el inciso 3º del artículo 376 del Código Penal, verbo rector llevar consigo.

El asunto correspondió al Juzgado Cuarenta y ocho Penal del Circuito de esta ciudad, que presidió las audiencias de formulación de acusación y preparatoria el 12 de febrero y 10 de julio y el 28 de septiembre de 2020, respectivamente. El juicio oral lo instaló el 20 de enero de 2021 y lo culminó el 3 de marzo de la misma anualidad.

El 24 de marzo de 2021 profirió condena únicamente en contra de Góngora Monsalvo, disponiendo la anulación del trámite respecto de Lismeric Anyaric Zambrano y Michael Alexander Arguello Méndez. Aquella y su defensor recurrieron el fallo en cuestión.

### SENTENCIA APELADA

Para el juez de primera instancia, no hay duda en punto a la ocurrencia del delito, dado el hallazgo de 185.7 gramos de cocaína el día de la aprehensión de Góngora Monsalve. En su criterio, las pruebas practicadas en el juicio demuestran también que los dos individuos arrojaron el bolso en el cual transportaban el alucinógeno, a una chatarrería donde lo recibió Marisol Góngora Monsalve. Desestimó los reparos expresados por ésta acerca de la forma como se llevó a cabo el operativo policial, pues nada dijeron al respecto los testigos llevados al juicio.

(...)

Juzgó así acreditados los componentes de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, bajo la precisión según la cual, aunque no se demostró el verbo

rector transportar, sí el de llevar consigo para fines de venta, por cuya razón anticipó la emisión de la condena.

Al dosificar la pena, determinó que el rango de movilidad oscila entre 96 y 144 meses de prisión y entre 124 y 1.500 salarios mínimos legales mensuales de multa, intervalo dentro del cual escogió el extremo inferior. Finalmente, por prohibición expresa del artículo 68A del Código Penal, negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria.

### CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Ciertamente, se encuentra demostrado que el 25 de agosto de 2019 miembros de la Policía Nacional hallaron, al interior del establecimiento de comercio que administra Marisol Góngora Monsalve, un morral rosado contentivo de 300 bolsas de cocaína en cantidad de 185.7 gramos, además de \$755.000 en billetes de pequeñas denominaciones y monedas. También aparece acreditado que momentos antes los mismos uniformados observaron cuando dicho objeto estaba siendo entregado por otra mujer a un individuo de sexo masculino, quien al notar la presencia de los agentes lo arrojó hacia el local.

(...)

Se destaca, en primer lugar, que la Fiscalía no consiguió demostrar en qué sitio exactamente se encontró el bolso contentivo del estupefaciente. El uniformado Gerson Iván Arévalo Medina indicó que en su labor de patrullaje observó a una mujer entregar dicho objeto a un hombre, quien cuando los agentes del orden se acercaron a practicarles registro lo arrojaron al interior de la chatarrería que se encontraba al lado de éstos.

(...)

Por su parte, Ángel Fabián Salazar manifestó que procedieron al registro, luego de que la procesada recogió el bolso arrojado por el mencionado individuo. Al respecto, precisó que el registro inicial lo realizaron porque en ese sector hay dos ollas de expendio de distintos narcóticos, entre las cuales se encontraba justamente la chatarrería de Marisol Góngora. Según también expresó, se trataba de un negocio familiar y a ésta la vio en compañía de sus hermanas, conocidas por ser vendedoras de sustancias estupefacientes.

Sin embargo, llama la atención que no se halla cuestionado cómo se encuentra distribuido el lugar

para poder determinar si la acusada, efectivamente, recogió el morral, después de ser lanzado por un hombre al interior del local. No se estableció si dicho elemento estaba en sus manos cuando los uniformados entraron, o si se encontraba en el piso o encima de otro objeto, y tampoco se aclaró si la aprehensión de los tres sujetos ocurrió al interior del inmueble o en la vía pública.

(...)

Se recuerda que uno de los hechos indicadores de los cuales partió el juzgado de primera instancia para concluir la responsabilidad penal de Marisol Góngora es, justamente, que “se tiene información” de la existencia de la olla de expendio aludida por el policial captor. Sin embargo, resulta desacertado predicar la demostración de tal situación en el presente caso, como lo exige la estructura de la prueba indiciaria.

Al respecto, no puede pasarse por alto que las manifestaciones provenientes de fuentes anónimas resultan inadmisibles en el esquema procesal regulado en la Ley 906 de 2004. Así lo tiene decantado la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia. En efecto, en SP1590 del 24 de junio de 2020, rad. 49977, expresó:

*"Ahora bien, como la prueba de referencia debe superar los juicios de legalidad, conducencia, pertinencia, conveniencia y utilidad exigidos para la generalidad de los medios de prueba, la Corte ha precisado que las "declaraciones anónimas" no son admisibles como prueba de referencia, prohibición que se origina en el artículo 430 de la Ley 906 de 2004 que define el documento anónimo, regula su eficacia probatoria y expresamente proscribire su admisión y utilización con pretensiones probatorias, es decir, como medio de prueba, en atención a su condición de fuente de información de origen desconocido.*

*Siendo ello así, la declaración anterior al juicio oral necesariamente debe provenir de una fuente conocida, esto es, de una fuente humana determinada, como condición para que pueda ser admitida y tenida en cuenta como prueba de referencia. De lo contrario, será considerada anónima y, con ello, de imposible admisión como medio de prueba (CSJ SP, 6 mar. 2008, Rad. 27.477. En el mismo sentido: CSJ SP-5798-2016, 4 may. 2016, Rad.41.667. CSJ, AP3479-2014, Rad.43865)".*

Al formular la imputación en su contra, el ente de persecución afirmó que a esa ciudadana y las dos personas venezolanas inicialmente vinculadas al trámite, se les atribuía la condición de coautores del punible contra la seguridad pública, por cuanto miembros de la Policía Nacional observaron a una de ellas entregar al sujeto de sexo masculino un bolso rosado, quien al notar la presencia de las autoridades lo arrojó a un establecimiento en donde otra ciudadana lo recogió en actitud sospechosa. En la formulación de acusación, empero, la Fiscalía aclaró que Marisol Góngora entregó al hombre el bolso, mientras la mujer que lo recogió en el establecimiento, una vez aquél lo arrojó, fue Lismery Anyari Zambrano, identificada como de origen venezolano.

La relación de hechos realizada en la acusación es la mencionada por el juez como base en la sentencia de condena. Sin embargo, el presupuesto de la declaratoria de responsabilidad, como se narra en el texto del fallo, es aquel expuesto por los agentes del orden en el juicio oral, esto es, que la mujer venezolana entregó a su acompañante el bolso, quien al ver a los policías lo arrojó al local, en donde Marisol Góngora lo recogió.

Ciertamente, las implicaciones de una y otra hipótesis fáctica no son idénticas, pues la duda que

surge en cuanto a la responsabilidad de la procesada es producto, precisamente, de la falta de claridad en cuanto a la manera como se comportó dentro del local, o respecto del lugar donde se produjo el hallazgo del maletín. Si ella hubiese portado dicho elemento antes de la captura, como pretendió la Fiscalía sugerir en la acusación, la consecuencia habría sido distinta.

(...)

No se comprende cuál es aquella explicación ofrecida por la acusada que el juez de primera instancia valoró como inverosímil, pues, precisamente, el problema surge al considerar las preguntas lacónicas del ente de persecución, el cual obvió profundizar los detalles que sí habrían permitido construir la prueba indiciaria pretendida por el fallador, por ejemplo, si las dos personas venezolanas estaban quietas o en movimiento cuando las observó la policía o, nuevamente, si el bolso lo tenía Góngora Monsalvo en sus manos o se hallaba en el suelo y, finalmente, qué exactamente quisieron decir los uniformados al indicar que la persona de sexo masculino “lanzó” o “arrojó” dicho elemento, esto es, si su conducta iba dirigida a deshacerse del objeto que comprometería su responsabilidad o si, por el contrario, el movimiento tenía como fin hacer entrega de la sustancia

estupefaciente y de la suma de dinero a la administradora del sitio.

Bastan estas razones para, como en precedencia se anunció, revocar la decisión objeto de recurso y, en su lugar, absolver a Marisol Góngora Monsalve respecto del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes.

**PRISIÓN DOMICILIARIA - Detención domiciliaria no implica su otorgamiento**

**...Bajo ese panorama, no se puede efectuar un pronóstico favorable para acceder a la sustitución demandada, razón por la que se confirmará la decisión de primer grado...**

**Rad. 110016000057202000253 01**

**(11-08-2022)**

**Magistrado Ponente:**

**RAMIRO RIAÑO RIAÑO**

**TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES****1. MOTIVO DE LA DECISIÓN**

Resolver el recurso de apelación interpuesto por los defensores de María del Carmen García Preciado y Cristian Felipe Acero Martínez contra la sentencia de 14 de diciembre de 2021, mediante la cual el Juzgado 4º Penal del Circuito Especializado de Bogotá, los condenó como autores del delito de

concierto para delinquir agravado y como coautores de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes.

**2. SITUACIÓN FÁCTICA**

Del escrito de acusación se desprende, que mediante informe de 13 de noviembre de 2020, miembros de la policía judicial adscritos a la SIJIN, pusieron en conocimiento de la Fiscalía General de la Nación, que a través de fuente humana no formal se enteraron de la existencia de una organización criminal dedicada a la distribución y venta de estupefacientes, cuyo lugar de operación eran los barrios Techo, Kennedy Central y el Amparo de esta ciudad, así como que a la misma, pertenecían los miembros de una familia, por lo que se hacían llamar «Los Obando», algunos de ellos quienes residían en la carrera 73F número 38-83 Sur.

**3. ANTECEDENTES PROCESALES**

3.1 En audiencia preliminar concentrada cumplida el 30 de junio de 2021, ante el Juzgado 3º Penal Municipal con Función de Control de Garantías de la ciudad, legalizaron los procedimientos de allanamiento y captura de María del Carmen García

Preciado y Cristian Felipe Acero Martínez, contra quienes se formuló imputación<sup>1</sup> en calidad de autores de concierto para delinquir agravado y coautores de fabricación, tráfico o porte de estupefacientes<sup>2</sup>, previstos en los artículos 340 inciso 2º y 376 inciso 3º para la primera e inciso 2º para el segundo, del Código Penal, cargos que no aceptaron.

En la misma diligencia, por solicitud del titular de la acción penal, se les impuso medida de aseguramiento privativa de la libertad en su lugar de residencia.

**4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

4.9. A continuación, explicó que dada la rebaja punitiva aplicada por la variación de la participación de autores y coautores a cómplices, así como que el acuerdo en torno al monto de la pena se ajustaban a la legalidad, impuso a Cristian Felipe Acero Ramírez, 51 meses de prisión y multa de 1352 salarios mínimos legales mensuales vigentes y a María del Carmen García Preciado 52 meses de prisión y multa de 1357 salarios mínimos legales mensuales vigentes, por los delitos de concierto para delinquir con fines de tráfico de estupefacientes previsto en el inciso 2 del artículo

340 del Código Penal y tráfico, fabricación o porte de estupefacientes consagrado en los incisos 2º y 3º, respectivamente, del canon 376 ibídem.

4.10. Respecto de las medidas sustitutivas de la prisión, precisó que conforme a la prohibición contenida en el artículo 68A del Código Penal, en tanto se procede por dos conductas de las allí enlistadas, negó para María del Carmen García Preciado y Cristian Felipe Acero Ramírez, la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria.

## 6. CONSIDERACIONES DE LA SALA

6.1. La Sala es competente para conocer y decidir el recurso de apelación presentado por la bancada de la defensa, en virtud del numeral 1º del artículo 34 e inciso final del artículo 179 de la Ley 906 de 2004. Por consiguiente, pasará a resolver el asunto planteado por el recurrente, dentro del marco delimitado por el objeto de la impugnación.

6.2. El problema jurídico a resolver se concreta a establecer si resulta procedente conceder la reclusión domiciliaria u hospitalaria: (i) por la edad de la procesada y (ii) por que los condenados

padecen enfermedades, que según sus defensores, son incompatibles con la reclusión.

### 6.3. Fundamentos para resolver.

6.3.1. De la sustitución de prisión intramural por domiciliaria. La solicitud impetrada por el defensor de María del Carmen García Preciado se circunscribió a que se le conceda a ésta la prisión domiciliaria dada su edad, causal contenida en el numeral 2º del artículo 314 del Código de Procedimiento Penal, atinente a los eventos en los que procede la sustitución de la detención preventiva.

Así las cosas, de conformidad con el artículo 461 ibídem, resulta viable la sustitución de la ejecución de la pena en los mismos casos de la detención, no obstante, compete al juez de ejecución de penas resolver sobre el particular.

(...)

### 6.4. Caso concreto.

#### 6.4.1. Sustitución de la pena de prisión

6.4.1.1. En respuesta al primer problema jurídico planteado por el defensor de María del Carmen García Preciado, ha de recordarse que tal como se relató en el acápite de «Actuación Procesal», en audiencia preliminar concentrada surtida el 30 de junio de 2021, ante el Juzgado 3º Penal Municipal con Función de Control de Garantías, se le impuso a aquélla, detención preventiva privativa de la libertad en su lugar de residencia.

Tal como lo afirmó el recurrente, su representada mantuvo la detención domiciliaria impuesta desde esa diligencia hasta la emisión del fallo de primer grado, cuando el juez de conocimiento ordenó el traslado inmediato de aquélla al centro de reclusión designado por el INPEC, para el cumplimiento de la sanción, toda vez que le negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria, ambos por expresa prohibición del artículo 68 A del Código Penal y la última por vía de sustituto en virtud de la edad de la sentenciada, pues según explicó, el profesional del derecho no cumplió con la carga argumentativa, ni demostró los presupuestos para el efecto.

Durante el recurso de apelación, el defensor afirmó claramente, que se mantenían las razones por las que su prohijada debía continuar privada de la libertad en su lugar de residencia y que por tal

razón, los elementos probatorios que se debían tener en cuenta, eran los mimos que presentó durante la imposición de medida ante el juez de garantías.

6.4.1.2. Bajo ese contexto y atendiendo los parámetros establecidos por la jurisprudencia en torno al funcionario competente para resolver la solicitud de sustitución de la prisión intramural por la domiciliaria atendidas las causales contempladas en el artículo 314 del Código de Procedimiento Penal, en el presente asunto procede el análisis de fondo teniendo en cuenta que la sentencia emitida por el juez de primer grado aún no ha quedado ejecutoriada y por ende, la medida de aseguramiento impuesta en la audiencia preliminar todavía subsiste hasta cuando cobre firmeza la sentencia.

(...)

Con esa claridad, pasa a hacerse el examen correspondiente de los requisitos del 314 numeral 2º de la Ley 906 de 2004, norma que consagra la sustitución de la detención preventiva en establecimiento de reclusión por el lugar de domicilio cuando el acusado (i) fuere mayor de 65 años, (ii) de su personalidad, naturaleza y modalidad del delito se advierta aconsejable que la

privación de la libertad se cumpla en el domicilio, (iii) que no se proceda por uno de los delitos enlistados en el parágrafo de esa norma.

(...)

Bajo ese panorama, no se puede efectuar un pronóstico favorable para acceder a la sustitución demandada, razón por la que se confirmará la decisión de primer grado.

**CONOCIMIENTO PARA CONDENAR -**

**Requisitos: convencimiento más allá de toda duda razonable acerca de la ocurrencia del delito y la responsabilidad del acusado**

**... para concluir que el poder de convicción lo ofrecen los de cargo y dan por demostrado el hecho, su autor y la responsabilidad en el mismo, por consiguiente, se satisface el conocimiento necesario más allá de toda duda, acerca de la comisión de la conducta y la responsabilidad del procesado para confirmar la condena...**

**Rad. 110016101538201803310 01**

**(21-06-2022)**

**Magistrado Ponente:**

**RAMIRO RIAÑO RIAÑO**

**TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES****1. MOTIVO DE LA DECISIÓN**

Resolver el recurso de apelación interpuesto por la defensa técnica contra la sentencia de 19 de abril de 2022, mediante la cual el Juzgado 10 Penal Municipal con Función de Conocimiento de Bogotá, condenó a Omar Ricardo Ávila Martínez como autor del delito de lesiones personales dolosas.

**2. SITUACIÓN FÁCTICA**

Según el escrito de acusación, el 30 de noviembre de 2018, sobre las 3:30 de la tarde, a la altura de la carrera 72 K calle 38 B-33 del barrio Carimagua de la localidad de Kennedy de esta ciudad, vía pública, el señor Omar Ricardo Ávila Martínez le propinó, a Jennifer Dayana Olaya Rugeles, hermana de su ex pareja sentimental, una cachetada, a la par que la tomó del brazo y la lanzó al suelo, donde le dio una patada en la pierna derecha y la insultó porque la menor de edad para esa época, le impidió ver a la hija de aquél, argumentando que en la casa no se hallaba la madre de esta última.

Dadas las lesiones que le causó, el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias, le dictaminó incapacidad definitiva de 6 días sin secuelas médico legales.

**3. ANTECEDENTES PROCESALES**

3.1 De acuerdo con la información remitida al Tribunal, el 18 de noviembre de 2019, bajo la égida del procedimiento especial abreviado, la Fiscalía adelantó el traslado del escrito de acusación<sup>1</sup> contra Omar Ricardo Ávila Martínez por el delito de lesiones personales previsto en los artículos 111 y 112 inciso 1º del Código Penal, cargo que no aceptó.

La titular de la acción penal no solicitó medida de aseguramiento, por consiguiente, el imputado continuó en libertad.

**4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

4.1. En la fecha en mención, el Juzgado 10 Penal Municipal con Función de Conocimiento de la ciudad, condenó a Omar Ricardo Ávila Martínez a la pena principal de 18 meses de prisión y por el mismo término, a la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, al haberlo hallado responsable en calidad de autor del delito de lesiones personales dolosas.

(...)

4.8. Así mismo, refirió que la conducta del procesado vulneró sin justa causa el bien jurídicamente tutelado de la integridad de la ofendida y además, aquél conocía que su comportamiento constituía una infracción a la ley penal, por lo que estimó que en el presente asunto, se demostró tanto la materialidad de la conducta, como la responsabilidad del enjuiciado.

4.9. Acto seguido, explicó, que comoquiera que para el delito de lesiones personales, el legislador estableció un ámbito de movilidad de 16 a 36 meses de prisión, al determinar los cuartos, coligió, debía dosificarse dentro del primero, pues no se dedujeron circunstancias de mayor punibilidad, después de lo cual le impuso 18 meses de prisión, indicando que los hechos no solo fueron graves, sino que la conducta se cometió en contra de una mujer menor de edad para entonces.

4.10. Negó al sentenciado la suspensión condicional de la ejecución de la pena, pues por expresa prohibición del número 6 del artículo 193 del Código de Infancia y Adolescencia, conductas como la aquí atribuida, se encuentran excluidas de beneficios y subrogados.

4.11. En ese orden, dispuso que se libraré la respectiva orden de captura y que debía permanecer privado de la libertad en el establecimiento carcelario que designara el INPEC para el cumplimiento de la pena impuesta.

## 7. CONSIDERACIONES DE LA SALA

7.1. La Sala es competente para conocer y decidir el recurso de apelación presentado por la defensa, en virtud del numeral 1º del artículo 34 e inciso final del artículo 179 de la Ley 906 de 2004. Por consiguiente, pasará a resolver el asunto planteado por el recurrente, dentro del marco delimitado por el objeto de la impugnación.

7.2. El problema jurídico a resolver se concreta en establecer si conforme a las pruebas debatidas en juicio, hay conocimiento más allá de toda duda razonable acerca de la comisión de la conducta y la responsabilidad penal del acusado o por el contrario, debe revocarse la condena por duda probatoria, como demandó la defensa.

### 7.3 Fundamentos para resolver.

7.3.1. Cabe recordar primeramente que el artículo 381 de la Ley 906 de 2004 prevé como pilar de la

condena un conocimiento más allá de toda duda, acerca de la comisión del delito y de la responsabilidad del acusado, fundado en pruebas legal y oportunamente allegadas al juicio. De acuerdo con ello, es primordial que la decisión tomada encuentre fundamento en una adecuada valoración de los medios de conocimiento reseñados, conforme lo preceptúa el artículo 382 ibídem<sup>8</sup>, con base en criterios sujetos a la sana crítica, como los expuestos de manera reiterada, por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia:

« (...) la apreciación de las pruebas por parte de los funcionarios judiciales se encuentra limitada: (a) Por la información objetiva que aquellas suministren, motivo por el cual no pueden ser pretermitidas o supuestas (falso juicio de existencia) ni tampoco es viable su adición, cercenamiento o tergiversación material (falso juicio de identidad). (b) Por la sujeción a las reglas de la sana crítica, so pena de incurrir en errores de hecho por falso raciocinio. (c) Por el valor que a determinados medios probatorios otorga la ley (juicio de convicción) y (d) Por la ponderación de si en su práctica o aducción se tuvieron en cuenta las exigencias dispuestas por el legislador (juicio de legalidad). »

(...)

#### 7.4 Caso concreto.

7.4.1. Precisado lo anterior, ha de recordarse en primer lugar, que el ciudadano Omar Ricardo Ávila Martínez fue llamado a juicio como presunto autor responsable del delito de lesiones personales, consagrado en los artículos 111 y 112 inciso 1º del Código Penal, con incapacidad médico legal inferior a 30 días.

7.4.2. Bajo esos parámetros se tiene, que la materialidad del comportamiento quedó acreditada a través del dictamen de lesiones no fatales número UBAM-DRB-13961-C-2018 de 1º de diciembre de 2018, insertado al juicio a través del testimonio de la doctora Luisa Andrea Bermúdez Rodríguez, médico forense adscrita al Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses.

(...)

7.4.4. Ahora, en torno a la participación del encartado, cuenta el trámite con la declaración de Jennifer Dayana Olaya Rúgeles, quien durante la vista pública reveló que el 30 de noviembre de 2018, a eso de las 3:30 de la tarde, salió de su vivienda con destino al colegio, con la finalidad de

recoger las boletas de graduación del curso noveno, cuando se le acercó el procesado, ex pareja sentimental de su hermana mayor y le preguntó si podía ver a su sobrina, hija de los aludidos, a lo que le respondió que no era posible debido a que la madre de la menor no estaba y tampoco había autorizado.

Agregó, acto seguido el acusado se enojó y le dijo varias groserías, así como también que no era nadie, después de lo cual se bajó del vehículo de su propiedad y le propinó una cachetada, ante lo que ella intentó protegerse cubriéndose el rostro con los brazos, de donde aquél la tomó, la empujó al piso y allí le dio una patada en la pierna derecha; seguidamente, se subió al rodante y se retiró del lugar.

(...)

7.4.5. Relacionadas así las pruebas ingresadas al contradictorio, se verifica sin duda alguna, que el 30 de noviembre de 2018, Omar Ricardo Ávila Hernández acudió a la vivienda de su hija, ubicada en la carrera 72 K calle 38 B-33 del barrio Carimagua de la localidad de Kennedy de esta ciudad, con la finalidad de visitarla y que a pocos metros del lugar, se encontró con Jennifer Dayana

Olaya Rúgeles, hermana de la madre de su descendiente.

Igualmente, se demostró que el procesado le preguntó a la afectada por su sobrina, a lo que la primera le manifestó que estaba en la casa, pero que no podía dejársela ver, en tanto su hermana no se hallaba en la residencia y tampoco había autorizado para ello, lo que generó el enojo de Omar Ricardo Ávila Hernández quien se bajó del vehículo y abofeteó a Jennifer Dayana Olaya Rúgeles, después de lo cual la tomó de los brazos y la lanzó al piso, donde le propinó una patada en la pierna derecha.

(...)

Aunado a lo anterior, a partir de la revelación de Jennifer Dayana Olaya Rúgeles en el juicio oral, se puede colegir sin mayor esfuerzo, que fue el procesado quien la lesionó físicamente, persona a la que conocía suficientemente ya que se trataba del padre de su sobrina y ex pareja sentimental de su hermana mayor, sumado a que su testimonio guardó coherencia y coincidencia con el núcleo fáctico de la acusación.

Y es que quien mejor que la propia afectada, para dar cuenta de las circunstancias de tiempo, modo y

lugar en que se produjeron las agresiones de las que fue objeto, sin que se requiera para su demostración cualquier otro medio suasorio distinto para concluir acreditada la comisión de la conducta y la responsabilidad en ella del procesado, presupuestos que en el presente caso encontraron corroboración en la declaración ofrecida por la médico que la valoró, quien dio cuenta de las huellas y lesiones que le encontró, elementos suficientes para concluir satisfechas las exigencias del art 381 de la Ley 906 del 2004, para mantener la decisión de condena.

7.4.7. En ese orden, se le recuerda a la apelante que de conformidad con el artículo 373 del Código de Procedimiento Penal, que contempla el principio de libertad probatoria en oposición al de tarifa legal:

*«Los hechos y circunstancias de interés para la solución correcta del caso, se podrán probar por cualquiera de los medios establecidos en este código o por cualquier otro medio técnico o científico, que no viole los derechos humanos.»*

Luego, la valoración probatoria de acuerdo con las reglas la sana crítica, en forma individual y conjunta, apreciando individualmente cada testimonio de los tres allegados al contradictorio y colectivamente, concluye la Colegiatura por las

razones expuestas precedentemente, es digno de crédito el vertido por la agraviada, respaldado por el dictamen correspondiente y por ende, se descarta algún poder persuasorio de la versión del enjuiciado, en tanto, tiene interés en mentir para evitar la condena, para concluir que el poder de convicción lo ofrecen los de cargo y dan por demostrado el hecho, su autor y la responsabilidad en el mismo, por consiguiente, se satisface el conocimiento necesario más allá de toda duda, acerca de la comisión de la conducta y la responsabilidad del procesado para confirmar la condena.

(...)

Descendiendo al caso concreto, se advierte no solo que el enjuiciado conocía a la víctima con antelación, pues se trata de la hermana de su ex pareja sentimental y tía de su hija, sino que él mismo durante su declaración afirmó que nunca había tenido inconvenientes con aquella, pues tenía conocimiento por su labor como docente de niños, que no podía agredir a una menor de edad, afirmación de la que se desprende claramente que Ávila Martínez tenía pleno conocimiento que Jennifer Dayana Olaya Rugeles, era menor de edad para la época de los hechos.

Luego, bajo esos parámetros, no es posible conceder al sentenciado ninguno de los subrogados previstos en la ley, pues tal como lo determinó el a quo, de la lectura de los artículos 193 y 199 del Código de Infancia y Adolescencia se desprende que cuando se proceda por delitos como lesiones personales bajo la modalidad dolosa, no resultan viables tales gracias cuando la víctima es menor de edad como en el caso bajo análisis.

**INDEMNIZACIÓN INTEGRAL - Rebaja de pena: Requisitos y reglas que gobiernan su procedencia.**

... Ahora, en relación con el criterio para determinar el monto de la disminución, la jurisprudencia ha definido que debe tenerse en cuenta el momento en que se efectúe la reparación y la indemnización de los perjuicios causados (CSJ. SP16816 de 2014).

[Rad. 110016000017202103262 01](#)

(28-06-2022)

**Magistrado Ponente:**

**RAMIRO RIAÑO RIAÑO**

**TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES****1. MOTIVO DE LA DECISIÓN**

Resolver el recurso de apelación interpuesto por la defensa técnica contra la sentencia de 30 de noviembre de 2021, mediante la cual el Juzgado 26

Penal Municipal con Función de Conocimiento de Bogotá, condenó a Jelver Oswaldo Pérez Delgado como autor del delito de lesiones personales agravadas en concurso heterogéneo con daño en bien ajeno.

**2. SITUACIÓN FÁCTICA**

Según el escrito de acusación, el 4 de junio de 2021, sobre las 5:30 horas de la tarde, al interior de la residencia ubicada en la calle 65 A número 83 -58 de la localidad de Engativá de esta ciudad, se encontraba Jelver Oswaldo Pérez Delgado en el tercer piso consumiendo bebidas alcohólicas e insultando a sus hermanos, por lo que su padre Oswaldo Pérez Rosas subió a exigirle respeto, consecuencia de lo cual, aquél, sin mediar palabra, empujó a éste, quien cayó en el patio pero no se lesionó en tanto fue recibido por un mueble que lo impidió.

Luego, en el primer piso de la vivienda, nuevamente Jelver Oswaldo Pérez Delgado empujó a Oswaldo Pérez Rosas al piso, mientras lo insultaba; seguidamente, el procesado se dirigió al segundo piso donde pateó y tumbó la puerta de una de las habitaciones; en el tercero, lanzó y rompió la loza y finalmente, bajó con una varilla con la que

amenazó a su progenitor, quien para evadirlo, se retiró de la residencia y llamó a la Policía.

Una vez en el lugar y después de corroborar el dicho y los señalamientos de la víctima, los gendarmes procedieron a la aprehensión del acusado.

**3. ANTECEDENTES PROCESALES**

3.1 De acuerdo con la información remitida al Tribunal, en audiencia preliminar concentrada surtida el 5 de junio de 2021, ante el Juzgado 80 Penal Municipal con Función de Control de Garantías de la ciudad, se legalizó el procedimiento de captura de Jelver Oswaldo Pérez Delgado, contra quien se adelantó el traslado del escrito de acusación, por los delitos de violencia intrafamiliar en concurso heterogéneo con daño en bien ajeno, previstos en los artículos 229 inciso 2º y 256 inciso 2º del Código Penal, cargo que no aceptó. 1

En la misma diligencia, por solicitud de la titular de la acción penal, se le impuso medida de aseguramiento privativa de la libertad en establecimiento carcelario.

**4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

## 6. CONSIDERACIONES DE LA SALA

4.1. En la fecha en mención, el Juzgado 26 Penal Municipal con Función de Conocimiento de la ciudad, condenó a Jelver Oswaldo Pérez Delgado a la pena principal de 25 meses de prisión, multa de 15 salarios mínimos legales mensuales vigentes y la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término de la privativa de la libertad, al haberlo hallado responsable en calidad de autor y reconocido por virtud del preacuerdo, del delito de lesiones personales agravadas en concurso heterogéneo con daño en bien ajeno.

4.2. Como fundamento de su decisión, señaló, en primer lugar, que de acuerdo a la ley y la jurisprudencia, al juez le está vedado involucrarse en lo que ha sido materia de preacuerdo o negociación, en tanto es un acto de parte, concretamente, en cabeza de la fiscalía.

4.3. Acto seguido, recordó, que pese a la aceptación de cargos por vía de preacuerdo del procesado, le corresponde verificar que se cumplan los presupuestos establecidos en el artículo 381 del Código de Procedimiento Penal, en cuanto a la materialidad de la conducta y responsabilidad del acusado.

6.1. La Sala es competente para conocer y decidir el recurso de apelación presentado por la defensa, en virtud del numeral 1º del artículo 34 e inciso final del artículo 179 de la Ley 906 de 2004. Por consiguiente, pasará a resolver el asunto planteado por el recurrente, dentro del marco delimitado por el objeto de la impugnación.

6.2. El problema jurídico a resolver se concreta en establecer si: (i) es posible aplicar en el presente caso, la reducción punitiva por indemnización de perjuicios; (ii) procede la prisión domiciliaria en la fundación hospitalaria donde pretende iniciar proceso de rehabilitación y (iii) es viable reconsiderar la multa por carencia de ingresos.

### 6.3. Fundamentos para resolver.

6.3.1. De rebaja de pena del artículo 269 del Código Penal Conforme lo dispuesto en el artículo 269 del CP, el juez podrá disminuir las penas de la mitad a las tres cuartas partes si antes de dictarse sentencia de primera o única instancia, el responsable restituyere el objeto material del delito o su valor e indemnizare los perjuicios ocasionados al perjudicado.

En cuanto al reconocimiento de esa rebaja de pena, la Corte Suprema de Justicia tiene dicho que está atado a la satisfacción de los siguientes requisitos:

*«(i) Ocurra antes de dictarse sentencia de primera instancia; (ii) se haya restituido el objeto material del delito, cuando ello sea posible, o, en su defecto, se haya cancelado el valor del mismo y (iii) sea integral, lo que comporta la obligación de indemnizar los perjuicios causados. Esta última eventualidad se tendrá por cumplida si se demuestra que la víctima fue indemnizada, ya sea por obrar acuerdo al respecto, por acreditarse por cualquier medio de prueba que la víctima fue indemnizada por todos los daños y perjuicios, materiales o morales, causados por la infracción, o, de resultar irreconciliables las posturas entre víctima y victimario, el procesado atendió el pago del monto establecido por un perito designado para el efecto. » (CSJ. AP2141 de 2019)*

Adicionalmente, la jurisprudencia ha fijado las siguientes reglas que gobiernan la procedencia de aquella rebaja de pena:

*«1. Se trata de un mecanismo de reducción de pena, no de una atenuante de responsabilidad. Por lo tanto, no incide en el término de prescripción de*

la acción penal ni en la determinación de la cantidad máxima de pena que hace procedente el recurso de casación. 2. La rebaja de pena no es facultativa del juez. Cumplido el supuesto fáctico, se aplica la consecuencia jurídica correspondiente sin que interese determinar el motivo que indujo a la restitución o indemnización, valoraciones subjetivas que no hacen parte de los requisitos consagrados en la ley. 3. Si el objeto material del delito desaparece, se destruye o el imputado no está en condiciones de recuperarlo, la exigencia legal se cumple si paga su valor e indemniza el perjuicio causado. 4. Si no se logra el apoderamiento del objeto material –como ocurre en la tentativa- o éste es recuperado por las autoridades, la rebaja opera si el responsable resarce los perjuicios causados con el hecho punible. 5. La reducción es extensiva a los copartícipes, aunque no necesariamente en la misma proporción dadas las particularidades que se deben observar en el proceso de dosificación de la pena. 6. La estimación de perjuicios hecha por el ofendido sólo puede ser objetada por los demás sujetos procesales, de manera que si aquél no reclama por daño moral es porque lo consideró inexistente. Sin embargo, aunque el funcionario judicial no puede cuestionar la pretensión indemnizatoria, debe verificar que recoja el querer de la ley para que sea integral y se estime de manera razonada, no como

consecuencia de una intervención rutinaria y superficial de la víctima del delito. 7. Su reconocimiento no concurre con circunstancias genéricas de menor punibilidad. » (CSJ. SP del 22 de junio de 2006. Rad.24817)

Ahora, en relación con el criterio para determinar el monto de la disminución, la jurisprudencia ha definido que debe tenerse en cuenta el momento en que se efectúe la reparación y la indemnización de los perjuicios causados (CSJ. SP16816 de 2014), lo que concuerda con el mandato del artículo 11, literal c, de la Ley 906 de 2004, en virtud del cual, dentro de los derechos reconocidos a las víctimas, está el de obtener una pronta e integral reparación de los daños sufridos.

(...)

6.4. Caso concreto. 6.4.1. En los términos en que fue planteada la apelación se advierte que el defensor pretende, (i) que se conceda una rebaja de pena por reparación integral a la víctima; (ii) se conceda la prisión domiciliaria y (iii) se reconsidere la pena de multa.

6.4.2. Descendiendo al caso concreto y frente a la primera solicitud ha de indicarse que revisada la denuncia, el afectado Oswaldo Pérez Rosas estimó

la tasación de los daños en \$200.000 pesos por la loza, \$800.000 pesos por la puerta y \$500.000 pesos por el mueble, para un total de \$1.700.00 pesos; no obstante, durante la verificación del preacuerdo, aquél únicamente solicitó como reparación que su hijo el procesado, le ofreciera una disculpa sincera y que no se repitieran los actos de violencia de los que fue víctima, pero que no requería una reparación monetaria.

Por su parte, el defensor durante el traslado de que trata el artículo 447 del Código de Procedimiento Penal, no demandó la aplicación del artículo 269 del Código Penal y en la sentencia de primer grado se dio por reparada a la víctima, en tanto el procesado se excusó por su comportamiento y se comprometió a no incurrir en actos similares contra sus familiares.

(...)

Bajo ese contexto, se advierte que si bien procedería la rebaja punitiva contemplada en el artículo 269 del Código Penal al haberse acusado y condenado a Pérez Delgado por el punible de daño en bien ajeno, conducta localizada en el título de delitos contra el patrimonio económico, para que resulte procedente, la norma en cita claramente establece que se debe haber restituido el objeto

material del delito, cuando ello sea posible, o se haya cancelado el valor del mismo y se indemnice a la víctima.

(...)

Aunado a ello y parafraseando la jurisprudencia penal, la aplicación del artículo 269 del Código Penal está condicionada al interés mostrado por el acusado en cumplir pronta o lejanamente, total o parcialmente, con la reparación de los derechos vulnerados a las víctimas, independientemente de la intención de ésta de ser indemnizadas.

Luego, si bien el afectado se rehusó a la reparación, muy seguramente por el lazo de consanguinidad que lo une con el procesado al ser éste su hijo, no se evidenció que Pérez Delgado estuviera interesado en restituir y reparar materialmente a su a la víctima, más teniendo en cuenta ese vínculo familiar.

Luego, como no se cumplen los presupuestos consagrados en la norma para acceder a la reducción punitiva demandada por el recurrente, se negará la misma.

**MARIO CORTÉS MAHECHA**  
Presidente

**ALEXANDRA OSSA SÁNCHEZ**  
Vicepresidenta

**JAVIER RICARDO DIAZ GUAMÁN**  
Relator