Boletin Jurisprudencial

Tribunal Superior
del Distrito de Cartagena

Edición No. 2

2017

SALA PENAL

NOTA DE RELATORÍA

Se presenta este nuevo Boletín Jurisprudencial de carácter trimestral con las providencias relevantes emanadas de la Sala de Decisión Penal del Honorable Tribunal Superior de Cartagena entre los meses de junio a septiembre de 2017.

Mostramos los extractos más importantes para la divulgación y consulta del público en general, lo cual es realizado desde la óptica personal del Relator, persiguiendo el dotar de una organización temática y descriptiva de las decisiones adoptadas por esta Colegiatura, sin que tales propósitos puedan suplir la lectura completa y detenida de la respectiva decisión por parte de los destinatarios de este Boletín informativo.

Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CARTAGENA

Presidente: H.M. Marcos Román Guío Fonseca

Vicepresidente: H.M. Martha Patricia Campo Valero

SALA CIVIL-FAMILIA

Presidente: H.M. John Freddy Saza Pineda

Vicepresidente: H.M. Omar García Santamaría

SALA PENAL

Presidente: H.M. Francisco Antonio Pascuales Hernández

Vicepresidenta: Patricia Helena Corrales Hernández

SALA LABORAL

Presidente: H.M. Carlos Francisco García Salas

Vicepresidenta: H. M. Francisco Alberto González Medina

SALA CIVIL ESPECIALIZADA EN RESTITUCIÓN DE TIERRAS

Presidenta: H.M. Laura Cantillo Araújo

Vicepresidenta: Ada Lallemand Abramuck

RELATOR

Jesús David Malo Morón

Indice

INDICE

BENEFICIO DE PRISIÓN DOMICILIARIA – El beneficio de prisión domiciliaria, en tratándose de madre o padre cabeza de familia requiere que los hijos menores no puedan ser asistidos por otra persona y por ende se encuentren sumidos en estado de abandono o desprotección. 4 - 5

PRECLUSIÓN DE INVESTIGACIÓN POR ATIPICIDAD DEL HECHO – La existencia de imputación no es requisito para que el ente acusador solicite el cese de procedimiento. La institución de la preclusión se gobierna por el principio de certeza de manera que la causal que se invoque ante el juez debe ser demostrada sin duda o incertidumbre alguna**.** 6 - 7

SENTENCIA CONDENATORIA/FALTA DE CONGRUENCIA – cuando la sentencia se fundamenta en el contenido integral de la prueba pericial que a su vez corrobora más allá de cualquier duda lo denunciado por la víctima, falta de congruencia denunciada por la defensa del acusado queda totalmente desvirtuada. 8- 10

Magistrado Ponente: Francisco Antonio Pascuales Hernández

Tipo de decisión: Sentencia.

Fecha de la decisión: 30 de junio de 2017

Número de radicación: 13001600112920160279 6.

Delito: Trafico, Fabricación o Porte de Estupefacientes.

Problema Jurídico: Se analiza en este caso si es procedente la concesión del beneficio de prisión domiciliaria a procesada que es madre cabeza de familia.

Tesis: Recuerda la sala que para la concesión el beneficio de prisión domiciliaria se deben cumplir los requisitos establecidos por el artículo 38B de la Ley 599 de 2000, adicionado por la Ley 1709 de 2014. Además, en tratándose de la figura de la madre o padre cabeza de familia, sus menores hijos deben estar no solo en completa imposibilidad de ser asistidos por otra persona (padre o madre, o cualquier otro familiar), que le brinden amor, atención y cuidado, sino que han de estar solos y, por ende, sumidos en estado de abandono o desprotección.

"En primer lugar, entrará la Sala a verificar si la señora J. Ch. A., cumple con los requisitos para hacerse merecedora de la medida de prisión domiciliaria reclamada por la defensa.
Así las cosas, se tiene el articulo Artículo 38B de la ley 599 de 2000, adicionado por la ley 1709 de 2014, establece que "Son requisitos para conceder la prisión domiciliaria:
1. Que la sentencia se imponga por conducta punible cuya pena mínima prevista en la ley sea de ocho (8) años de prisión o menos.
2. Que no se trate de uno de los delitos incluidos en el inciso 2o del artículo 68A de la Ley 599 de 2000.
3. Que se demuestre el arraigo familiar y social del condenado.
En todo caso corresponde al juez de conocimiento, que imponga la medida, establecer con todos los elementos de prueba allegados a la actuación la existencia o inexistencia del arraigo.
4. Que se garantice mediante caución el cumplimiento de las siguientes obligaciones:
a) No cambiar de residencia sin autorización, previa del funcionario judicial;
b) Que dentro del término que fije el juez sean reparados los daños ocasionados con el delito. El pago de la indemnización debe asegurarse mediante garantía personal, real, bancaria o mediante acuerdo con la víctima, salvo que demuestre insolvencia;
c) Comparecer personalmente ante la autoridad judicial que vigile el cumplimiento de la pena cuando fuere requerido para ello;
d) Permitir la entrada a la residencia de los servidores públicos encargados de realizar la vigilancia del cumplimiento de la reclusión. Además deberá cumplir las condiciones de seguridad que le hayan sido impuestas en la sentencia, las contenidas en los reglamentos del Inpec para el cumplimiento de la prisión domiciliaria y las adicionales que impusiere el Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad."

En ese orden de ideas, el delito de Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, es uno de los punibles consagrados en el artículo 68A ibídem, respecto de los cuales, en atención a los parámetros normativos citados, opera la prohibición de concesión del referido subrogado penal. ||De esa guisa, sin mayores elucubraciones, los argumentos de la defensa en ese sentido no son procedentes.
Junto a la figura anteriormente desarrollada, es sabido que la Ley 750 de 2002, en su artículo 1º, estableció otra especie de prisión domiciliaria, con un destinatario específico: la mujer cabeza de familia, evento en el cual, además de cumplirse con esa calidad, deberán reunirse los requisitos señalados en dicha disposición normativa, entre los que cabe destacar la inexistencia de antecedentes penales y el que el delito no esté excluido de tal beneficio, así como la valoración de factores personales, laborales, sociales que permitan determinar que el condenado no pondrá en peligro a la comunidad o -entre otros- a los hijos menores. || Bajo esos derroteros, examinarla la Sala si la señora J. Ch. A., cumple con los requisitos ya mencionados para la concesión de la medida de prisión domiciliaria como madre cabeza de familia. ||Dentro del presente asunto se encuentra demostrado, con fundamento en las pruebas aportadas, que la condenada J. Ch. A.es madre de L. S. Ch. A., quien tiene 4 años de edad. || No obstante lo anterior, desde ya debe indicar la Sala que el menor no se encuentra desprotegido por la detención de su madre, pues aunque actualmente se halla bajo el cuidado y protección de C. C., amiga de la sentenciada, la trabajadora social de la Comisaría de Familia expuso que el niño cuenta con familiares cercanos, como lo son los abuelos y un hermano de la procesada. || Y es que no se ha demostrado por parte de la defensa que exista alguna imposibilidad física o mental de los abuelos o hermanos para atender al menor, y siendo ello así, aunque puedan subsistir dificultades de tipo económico para el núcleo familiar, el hijo de la procesada no se subsumirá en un estado de abandono o riesgo inminente que haga procedente la concesión del beneficio. || Como tantas veces lo ha reiterado esta Corporación en asuntos de similar factura, para que la mujer o el hombre adquieran la condición de madre o padre cabeza de familia, solo ella o él deben tener a su cargo a sus menores hijos, para brindarle afecto, protección y cuidado en su salud y desarrollo integral, como lo indicó la alta Corporación Constitucional, de donde se desprende que para que la mentada figura extramural prospere a favor de la mujer o varón privado de su libertad, sus menores hijos deben estar no solo en completa imposibilidad de ser asistidos por otra persona (padre o madre, o cualquier otro familiar), que le brinden amor, atención y cuidado, sino que han de estar solos y, por ende, sumidos en estado de abandono o desprotección. || Lo anterior porque la condición de padre o madre cabeza de familia no es de carácter biológico sino de índole jurídico, de donde se sigue que la sola ausencia de la figura paterna o materna no tiene la virtualidad de llenar de contenido el concepto, sino que es preciso que concurra el elemento sustancial que ya se ha destacado, ausente como ya se advirtió en este asunto.

Magistrado Ponente: Francisco Antonio Pascuales Hernández

Tipo de decisión: Auto

Fecha de la decisión: 30 de junio de 2017

Número de radicación: 130016001128201107076

Delito: Celebración de contrato sin el cumplimiento de los requisitos legales

Problema Jurídico: Se analiza en este caso si es procedente declarar la preclusión de la investigación solicitada por la Fiscalía General de la Nación por atipicidad del hecho investigado.

Tesis: Memora la sala que la existencia de imputación no es requisito para que el acusador solicite el cese de procedimiento, aludiendo a la sentencia C-591 de 2005 emanada de la Corte Constitucional que declaró inexequible la expresión "a partir de la formulación de la imputación" contenida en el artículo 331 de la Ley 906 de 2004. Por otra parte, la institución de la preclusión se encuentra gobernada por el principio de certeza, quiere decir esto, que reposa sobre la fiscalía una carga argumentativa y probatoria extraordinaria, de manera que la causal que se presente ante el juez de conocimiento debe quedar efectivamente demostrada, sin dar paso a mantos de dudas o incertidumbres

"*La Preclusión se encuentra reglamentada en la ley 906 de 2004, en los artículos 331 al 335, lo cual determina que en cualquier etapa de la actuación: vale decir, en la indagación, en la investigación y en el juzgamiento, podrá el fiscal pedir al juez de conocimiento la preclusión de no existir mérito para acusar, una vez comprobada la existencia de cualquiera de las siguientes causas: imposibilidad de iniciar o continuar el ejercicio de la acción penal; existencia de un motivo que excluya la responsabilidad en orden a las previsiones en este sentido hechas por el Código Penal; inexistencia del hecho investigado; atipicidad de la conducta; ausencia de intervención del imputado en el hecho investigado; imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia; y vencimiento del término máximo previsto en el inciso segundo del artículo 294 de dicho código.* || *De la misma manera, de presentarse en la etapa de juzgamiento cualquiera de las causales atinentes a la continuación del ejercicio de la acción penal y la inexistencia del hecho investigado, la preclusión podrá ser solicitada, además, por el Ministerio Público y por la defensa.* ||*La decisión de preclusión también se debe adoptar en cualquier etapa del trámite una vez establecida la concurrencia de cualquiera de las causales de extinción de la acción penal previstas en el artículo 77 del mismo Estatuto Procesal Penal, como son: muerte del imputado o acusado, prescripción, aplicación del principio de oportunidad, amnistía, oblación, caducidad de la querella y desistimiento.* ||*De esa arista, deviene claro que, contrario a lo expuesto por el operador judicial de primer grado, la existencia de imputación no es requisito para que el acusador tenga la oportunidad de solicitar el cese de procedimiento.* || *Lo anterior, en consonancia con la sentencia C-591 de 2005, emitida por la honorable Corte Constitucional, en la que se declara inexequible la expresión "a partir de la formulación de la imputación", del artículo 331 de la Ley 906 de 2004, normatividad en la que se establece los momentos en los que puede ser invocada la referida petición por parte del acusador.*

Sobre el tema, la honorable Sala Penal Corte Suprema de Justicia, mediante proveído de fecha 26 de agosto de 2015, AP4852-2015, Radicado N° 46533:

"Según el artículo 250 de la Constitución Política, modificado por el Acto Legislativo No 003 de 2002, la Fiscalía General de la Nación tiene la obligación de adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito. Sin embargo, el mismo artículo superior en su numeral 5º, faculta a dicho órgano para solicitar ante el juez de conocimiento la preclusión de la investigación cuando, según lo dispuesto en la ley, no hubiese mérito para acusar. Esa misma facultad aparece reiterada en el artículo 331 de la Ley 906 de 2004 y, según lo dispuesto en la sentencia C-591 de 2005, puede ejercitarse en cualquier momento, es decir, aun con anterioridad a la formulación de la imputación. ||En el evento bajo examen, resultan suficientes las anteriores citas normativas para rechazar la inconformidad basilar del recurrente –incompetencia del Tribunal Superior de Cartagena para decidir sobre la preclusión deprecada por la Fiscalía- porque muestran con claridad meridiana que, en el sistema procesal adoptado en Colombia mediante el Acto Legislativo No 003 de 2002 y desarrollado por la Ley 906 de 2004, (i) la agencia estatal de persecución penal tiene legitimidad para solicitar la preclusión aun desde antes de la formulación de la imputación y (ii) el juez de conocimiento, en nuestro caso el Tribunal en mención, es el competente para conocer de dicha solicitud. En tal sentido, ninguna intromisión, usurpación o invasión de roles puede aseverarse si, en torno a la preclusión, la Fiscalía se limita a postular y el juez del hipotético juicio a decidir, tal y como aquí sucedió."

Corolario de lo anterior, resulta viable entonces efectuar un estudio de fondo de los argumentos de preclusión elevados por el ente investigador, quien tiene la carga en su sustentación de <u>delimitar los hechos materia de indagación y demostrar la existencia de la causal de preclusión invocada</u>, siendo en el asunto sub examine la consagrada en el numeral 4 del artículo 331 de la ley 906 de 2004".

"…Sobre los aspectos puntuales de la incógnita jurídica que se nos presenta en esta ocasión, resulta pedagógicamente oportuno indicar que la institución de la preclusión se encuentra gobernada por el principio de certeza, quiere decir esto, que reposa sobre la fiscalía una carga argumentativa y probatoria extraordinaria, de manera que la causal que se presente ante el juez de conocimiento debe quedar efectivamente demostrada, sin dar paso a mantos de dudas o incertidumbres. Ante esta última situación la actuación adecuada por parte del juez encargado de conocer la diligencia será precisamente negarla, lo anterior en aras de asegurar las garantías fundamentales de las todas las partes intervinientes y en especial la de las presuntas víctimas, pues condenar al baúl una actuación de manera precoz, generaría traumatismos y un despropósito en relación al deber ser de un sistema garantista como por el que propende la ley 906 de 2004".

Magistrado Ponente: Francisco Antonio Pascuales Hernández

Tipo de decisión: Sentencia

Fecha de la decisión: 12 de julio de 2017

Número de radicación: 138366001111201400324

Delito: Acceso carnal abusivo con menor de 14 años

Problema Jurídico: Se trata de dilucidar en este caso si de conformidad con los artículos 7 y 381 de la Ley 906 de 2004, se tenía certeza, más allá de la duda, acerca de la responsabilidad del acusado con base en las pruebas recaudadas, generándose falta de congruencia en la sentencia.

Tesis: Sostiene la Sala en primer lugar, que la premisa fáctica de la acusación circunscrita a los datos de la denuncia se halla satisfecho, pues se basa en la afirmación hecha de manera sucinta y clara por la menor objeto del abuso.
Por otro lado, la prueba forense realizada a la menor estableció sin dubitación alguna que aquella había sido efectivamente víctima de abuso sexual por parte de del acusado.

De acuerdo con los artículos 7 y 381 de la Ley 906 de 2.004, para proferir sentencia condenatoria se requiere el conocimiento más allá de toda duda de la responsabilidad penal del acusado, fundado en pruebas debatidas en el juicio. Esto supone partir de la acusación con el fin de establecer si, frente a los extremos requeridos para la condena, se puede obtener el grado de conocimiento exigido por la ley. Pasaremos responder cada uno de los cuestionamientos formulados por la defensa en su escrito impugnatorio, manifestando desde ya que sus reparos no alcanzan a socavar los fundamentos de la sentencia condenatoria emitida contra su cliente Nelson Gabriel Osorio Ariza. Como quiera que a lo largo del libelo el recurrente sistemáticamente menciona la posible violación del principio de congruencia como consecuencia de los defectos que en su sentir acusa el escrito de acusación, será este el primer reproche que se abordará dado que de constatarse tal irregularidad la consecuencia podría ser la declaratoria de nulidad de la actuación. En ese propósito dígase que el soporte fáctico que tuvo en cuenta la Fiscalía para llamar a responder en juicio al procesado por el delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años fue el siguiente: "Según "DENUNCIA PENAL, presentada ante esta institución por la señora K. del C. F. T., identificada con C.C No… , el 02 de febrero 2014 la abuela y tía maternas de su hija S. O. F., le preguntaron porque no quería ir a dormir a su casa, a lo que la menor respondió pidiendo el favor que le cerraran las puertas que ella tenía que contar algo, pero que no le dijera nada a su mamá porque ella no creía nada. Según la denunciante la menor ante las insistentes preguntas de su tía, manifestó que su papá el señor N. G. O. A. le tocaba su barriguita y entre sus nalgas, uno, dos tres y cuatro veces y que la puyaba duro pero muy duro y él no era doctor. Agrega la señora F. T. que la niña al terminar de contar, dijo que ya había descansado porque lo había dicho".
En esas condiciones salta a la vista que el requisito consagrado en el artículo 337-2 de la ley 906 de 2004 que tiene que ver con una "relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes en un lenguaje comprensible", del escrito de acusación lo estimó satisfecho la Fiscalía vaciando a esta pieza procesal la información que sirvió de sustento a la hipótesis delictiva formulada.
Quiere decir lo anterior que la premisa fáctica de la acusación se circunscribe a los datos de la denuncia, en la cual no obstante se dice que la menor recibió "puyazos" entre sus nalgas que le causaron cierto dolor, al exponer esta, ante dos familiares

cercanos suyos, que su padre la "puyaba duro, pero muy duro" por esa parte de su humanidad. De ahí pues que sin ser el pliego de cargos en este asunto el mejor modelo a seguir, lo cierto es que no existe la incertidumbre manifestada por el recurrente frente a los hechos de la acusación, los cuales, en tales condiciones, indican que se trata de un plural contacto sexual a nivel anal realizado por el señor O. A. con sus dedos sobre el cuerpo de su menor hija [S.O.F]. || ... mal puede calificarse como contrario al principio de congruencia, como impropiamente lo estima la defensa, que el juzgador de primer nivel haya valorado, para formar su convencimiento, el contenido integral de la declaración de los peritos que desfilaron por el juicio oral, las cuales involucran desde luego, la narración que ante ellos realizó la menor agraviada. ||Desatinado se ofrece entonces cuestionar que las apreciaciones del experto tengan como fuente primaria lo que le ha narrado la víctima, dado que es justamente a partir de la interlocución con esta, vale decir, lo que esta le comente, que el experto puede realizar un riguroso análisis científico y concluir si las vivencias que esta le está trasmitiendo, a modo de ejemplo, se muestran congruente con el ánimo que ha presentado –respaldo afectivo- o si su lenguaje y aptitud son acordes con su edad, o si las manipulaciones a nivel genital realmente se han producido etc. En ese orden, con el propósito de responder a las críticas que el confutante realiza a la totalidad de la prueba técnica arrimada a la actuación, es del caso señalar que en lo que toca con el testimonio de la legista R. del C. L., no cabe duda que estamos frente a una exposición clara y coherente asentada sobre un sólido fundamento científico. Tal perspectiva surge de la sosegada y serena percepción personal y científica de la deponente, fruto precisamente de su encuentro con la ofendida a quien previo a practicarle el examen físico, tal como lo demanda el protocolo, escuchó de su propia voz todos los padecimientos sufridos, los cuales atribuye de manera contundente a su padre. Es decir, en ese examen sexológico practicado a la víctima, el cual estuvo precedido de la correspondiente anamnesis, la forense encontró, tal como lo expuso oralmente, "himen festoneado integro no elástico y se le encontró a nivel borramiento difuso de las estrías anales en toda la circunferencia con dilatación de los esfínteres anal de 1.2 centímetros" , hallazgo que resulta compatible con la narración que le hiciera [S.O.F], quien sostuvo que su padre "la había tocado en su vulva cuatro veces en el baño y que en el cuarto, por detrás, por donde hace popó le había metido el dedo cuatro veces y que le había dolido" . Esto por cuanto un descubrimiento semejante comportaba lo que en medicina legal se conoce con manipulación genital crónica, es decir, repetitiva. ||Por eso, resulta de espaldas a la realidad procesal que las proposiciones fácticas en las que aparece apoyada la prueba pericial, que no la base pericial, pues lo que se valora es aquella y no ésta, correspondan en un 98% a estudios ajenos a este proceso, cuando está claro que, en su aspecto cardinal, la pericia se nutre de constataciones objetivas ocurridas con ocasión del examen clínico y del diálogo que necesariamente sostuvo la forense con la reconocida. ||Fíjese como el escenario óntico encontrado, pretendió ser menguado en su alcance por la defensa, cuando en el contrainterrogatorio intentó introducir la idea de que la hipotonía hallada en la zona anal de la menor podía tener causas neurológicas originadas precisamente en el déficit que en ese aspecto presenta esta, no obstante esta postura encontró una contundente e inconcusa respuesta de la experta, quien frente a lo planteado sostuvo que los documentos que ella estudió le indican que [S.O.F] padece un déficit cognoscitivo mas no dificultades neurológicas, que es lo que puede generar en el paciente una hipotonía general. De ese modo queda claro que en este caso la hipotonía localizada deriva necesariamente de manipulaciones sexuales. Finalmente, superfluos para los efectos que se perseguían se convidan los testimonios de descargos, pues el patrón de comportamiento anterior no es lo que se está evaluando en este caso. Es más,

como ya se señaló en otro apartado de esta decisión, incluso la señora Adalgiza Torres, quien aceptó "no gustar del acusado", si bien cuestionó su comportamiento para con ella y su familia exaltó el trató que en público le discernía Nelson a [S.O.F], lo cual significa que una circunstancia que en apariencia podía servir para hacer menos probable la ejecución del ilícito por parte del acusado, esto es, su buen comportamiento familiar y social, no resultó bastante para enervarlo. ||Acierta así, la primera instancia cuando sostiene que con las pruebas de descargo "no se destruye (sic) los hechos investigados, y solamente dan cuenta de la calidad de persona acusada en tiempos anteriores a la conducta objeto del presente proceso; se reitera además que en cuento al testimonio del acusado, el mismo no logra demostrar la animadversión del cual era objeto por parte de los familiares de su menor hija y antes por el contrario como ya se dijo se le permitió regresar al señor de la casa materna de su esposa a convivir en un apartamento perteneciente a la madre de su cónyuge, circunstancia que desvirtúa la tesis de la agresividad de estas con relación al mismo".

Relatoría Tribunal Superior de

Cartagena

Centro, avenida Venezuela

Edificio Nacional, oficina 110

Correo electrónico

reltscgena@cendoj.ramajudicial.gov.co

Cartagena-Colombia