



República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público

Distrito Judicial de Bucaramanga (Santander)
Tribunal Superior
Sala Penal

EDICTO

La secretaria de la **Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga** hace saber que, dentro del proceso penal adelantado **en contra de ROBERTO CARLOS MENDOZA MALDONADO** por el punible de **INASISTENCIA ALIMENTARIA AGRAVADA**, se ha dictado sentencia de segunda instancia de fecha **10 DE FEBRERO DE 2023**.

Para notificar a los intervinientes que no pudieron serlo personalmente ni por correo electrónico, se fijó EDICTO a través del micrositio de la Secretaría de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bucaramanga en la página web de la Rama Judicial, por el término de tres días, hoy **10 DE JULIO DE 2023**, siendo las 8:00 a.m.

Sandra Jullieth Cortés Samacá
Secretaria

RI 23-068A

LINK EDICTO PUBLICADO EN EL MICROSITIO DE LA RAMA EL 10 DE JULIO DE 2023:
<https://www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-bucaramanga-sala-penal/149>

secpenalbuc@cendoj.ramajudicial.gov.co
Oficina 405 Cl. 35 # 11-12, Bucaramanga, Santander



República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público

Distrito Judicial de Bucaramanga (Santander)
Tribunal Superior
Sala Penal

EDICTO

La secretaria de la **Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga** hace saber que, dentro del proceso penal adelantado **en contra de CARLOS ALBERTO FERNANDEZ PORTALA** por el punible de **TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES EN CONCURSO CON DESTINACIÓN ILÍCITA DE MUEBLES O INMUEBLES**, se ha dictado sentencia de segunda instancia de fecha **23 DE JUNIO DE 2023**.

Para notificar al procesado e intervinientes que no pudieron serlo personalmente ni por correo electrónico, se fijó EDICTO a través del micrositio de la Secretaría de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bucaramanga en la página web de la Rama Judicial, por el término de tres días, hoy **10 DE JULIO DE 2023**, siendo las 8:00 a.m.


Sandra Jullieth Cortés Samacá
Secretaria

RI 23-135A

LINK EDICTO PUBLICADO EN EL MICROSITIO DE LA RAMA EL 10 DE JULIO DE 2023:
<https://www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-bucaramanga-sala-penal/149>

secpenalbuc@cendoj.ramajudicial.gov.co
Oficina 405 Cl. 35 # 11-12, Bucaramanga, Santander



República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público

Distrito Judicial de Bucaramanga (Santander)
Tribunal Superior
Sala Penal

EDICTO

La secretaria de la **Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga** hace saber que, dentro del proceso penal adelantado **en contra de JOHAN FARID ROZO RONDÓN Y OTRO** por el punible de **TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES Y OTRO**, se ha dictado sentencia de segunda instancia de fecha **9 DE MAYO DE 2023**.

Para notificar al procesado e intervinientes que no pudieron serlo personalmente ni por correo electrónico, se fijó EDICTO a través del microsítio de la Secretaría de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bucaramanga en la página web de la Rama Judicial, por el término de tres días, hoy **10 DE JULIO DE 2023**, siendo las 8:00 a.m.


Sandra Julieth Cortés Samacá
Secretaria

RI 22-611A

LINK EDICTO PUBLICADO EN EL MICROSITIO DE LA RAMA EL 10 DE JULIO DE 2023:
<https://www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-bucaramanga-sala-penal/149>



República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público

Distrito Judicial de Bucaramanga (Santander)
Tribunal Superior
Sala Penal

EDICTO

La secretaria de la **Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga** hace saber que, dentro del proceso penal adelantado en contra de **FABIO LIBARDO PIÑEROS CÁCERES** por el punible de **HURTO CALIFICADO Y AGRAVADO**, se ha dictado sentencia de segunda instancia de fecha **7 DE JUNIO DE 2023**.

Para notificar al procesado e intervinientes que no pudieron serlo personalmente ni por correo electrónico, se fijó EDICTO a través del microsítio de la Secretaría de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bucaramanga en la página web de la Rama Judicial, por el término de tres días, hoy **10 DE JULIO DE 2023**, siendo las 8:00 a.m.

Sandra Jullieth Cortés Samacá
Secretaria

RI 23-059A

LINK EDICTO PUBLICADO EN EL MICROSITIO DE LA RAMA EL 10 DE JULIO DE 2023:
<https://www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-bucaramanga-sala-penal/149>

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL

TRIBUNAL SUPERIOR DE BUCARAMANGA
SALA DE DECISIÓN PENAL

Magistrada Ponente: Shirle Eugenia Mercado Lora

| | |
|--------------|---------------------------------------------------------------------|
| Radicación: | 68547-6000-147-2018-00513 (23-068A) |
| Procedencia: | Juzgado Segundo Penal Municipal con Funciones Mixtas de Piedecuesta |
| Procesado: | Roberto Carlos Mendoza Maldonado |
| Delito: | Inasistencia alimentaria agravada |
| Apelación: | Sentencia condenatoria |
| Decisión: | Revoca y absuelve |
| Aprobado: | Acta N° 113 |
| Fecha: | 10 de febrero de 2023 |

I. ASUNTO POR DECIDIR

La Sala resuelve el recurso de apelación interpuesto por la defensa contra la sentencia del 20 de enero de 2023 mediante la cual el Juzgado Segundo Penal Municipal con Funciones Mixtas de Piedecuesta condenó a Roberto Carlos Mendoza Maldonado por el delito de inasistencia alimentaria agravada –artículo 233 inciso 2 del C.P.-

II. HECHOS

En la sentencia de primera instancia se registran los siguientes hechos:

“(…) la señora Aleida Del Pilar López Rueda formuló denuncia penal en contra de ROBERTO CARLOS MENDOZA MALDONADO, por haberse sustraído, sin justa causa, al cumplimiento de la obligación alimentaria legalmente debida a su menor hija M. Mendoza López, dentro del lapso comprendido entre abril del 2010 a febrero del 2020 (periodo último en el que se radicó el escrito de acusación), incumpliendo de tal manera la conciliación celebrada el 1 de febrero del 2010, ante la Comisaría de Familia de Santa Marta, Magdalena, mediante la cual voluntariamente se comprometió a consignar a su descendiente la suma de \$10.000 diarios como cuota alimentaria más vestuario y afiliación a servicios médicos”. (sic)

III. ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

3.1. El 11 de febrero de 2020 la Fiscalía General de la Nación corrió traslado del escrito de acusación a Roberto Carlos Mendoza Maldonado, mediante el cual lo vinculó como presunto autor del delito de inasistencia alimentaria, tipificado en el artículo 233 del Código Penal, cargo que el imputado no aceptó.

3.2. Las diligencias correspondiendo por reparto al Juzgado Segundo Penal Municipal con Funciones Mixtas de Piedecuesta, llevándose a cabo audiencia concentrada el 21 abril de 2022.

3.3. Acto seguido, la audiencia de juicio oral se llevó a cabo sesiones del 23 de agosto de 2022, 16 de noviembre de 2022, 13 de enero de 2023 y 16 de enero de 2023 oportunidad en la que se dictó sentido del fallo de carácter condenatorio y se surtió el traslado del artículo 447 del C.P.P.

3.4. El 20 de enero de 2023 se profirió sentencia de primera instancia, determinación contra la cual la defensora interpuso y sustentó por escrito -en el término legal para ello- recurso de apelación.

IV. PROVIDENCIA IMPUGNADA

Tras referirse al delito endilgado, el A quo continuó con un recuento de las estipulaciones probatorias incorporadas y de la prueba testimonial practicada, a partir de lo cual advirtió que lo relevante en el presente asunto, en lo que atañe a la configuración del elemento normativo que consagra el tipo penal, es que la omisión alimentaria sea dada de manera injustificada, sustracción que envuelve el dolo específico de no querer proporcionar los alimentos legalmente debidos, pese a contar con la capacidad económica suficiente para ello, de donde se deduce la culpabilidad frente al delito.

Por otra parte, indicó que no existió discusión alguna en punto al vínculo de consanguinidad entre el acusado y la menor víctima, pues este hecho, como se reseñó en precedencia, fue dado por probado mediante la correspondiente estipulación probatoria, tal y como se acreditó con copia del Registro Civil de Nacimiento.

Igualmente, señaló que, como consecuencia de esa relación de parentesco, tampoco fue objeto de debate la obligación del suministro de alimentos, calificando de incuestionable el hecho de que se halla pactada en acta de conciliación del 1 de

febrero de 2010, celebrada ante la Comisaria de Familia de Santa Marta, Magdalena, en donde el acusado se comprometió en forma voluntaria a hacer un aporte diario de \$ 10.000 más gastos de vestuario y afiliación a servicios médicos.

Además, afirmó que tampoco surgió controversia respecto al estado de necesidad de la menor, comoquiera que se demostró que, para el periodo de incumplimiento no había arribado a su mayoría de edad -hecho que aún persiste-, y que de acuerdo con lo expuesto por la denunciante a pesar de que el procesado efectuó algunos aportes, ello permite colegir que los mismos se hicieron de manera muy esporádica, parcial, insuficiente y no completos, como le correspondía hacerlo.

En se orden de ideas, reitero que el problema jurídico se contrae a analizar lo relativo al elemento normativo “sin justa causa”, estimando que la Fiscalía probó la capacidad económica del alimentante, lo cual deriva en una sentencia de carácter condenatorio.

Así las cosas, refirió que, de conformidad con lo debatido en el juicio oral, se tiene que el señor Roberto Carlos Mendoza Maldonado dolosamente omitió el cumplimiento de la obligación alimentaria legalmente debida a su descendiente,, durante el lapso comprendido entre abril del 2010 a febrero del 2020, pese a contar con capacidad económica derivada de la labor como técnico electrónico en sonido, de lo que colige que de manera caprichosa y dolosa ha desconocido el pago de la mesada alimentaria a la que voluntariamente se comprometió ante la autoridad de familia.

Seguidamente, indicó que si bien pudiera predicarse, en gracia de discusión que no ha contado con los medios suficientes para cumplir con el deber alimentario, lo cierto es que debió acudir a la respectiva autoridad para que se redujera y regulará la mesada alimentaria a la que voluntariamente se comprometió, omisión que se traduce en el dolo específico exigido por el tipo penal, puesto que, a pesar de contar con una capacidad económica, no realizó el aporte alimentarios para con su descendiente, habiendo hecho solo unos aportes a todas luces insuficientes frente a la necesidad de su hija.

Continuó su argumentación, señalando que los testigos presentados en el debate oral por parte de la funcionaria de la Fiscalía General de la Nación, dejan ver que el acusado ha ejercido una actividad económica, lo que permite asumir que no ha tenido la responsabilidad alimentaria para con su hija M.Mendoza López, no cumpliendo su rol como padre.

Acto seguido, reiteró que el procesado ha contado con capacidad económica, pues labora como técnico eléctrico, actividad que de alguna manera le genera algunos ingresos que, si bien pueden ser reducidos o no cuantiosos, de existirle el

más mínimo interés habría hechos aportes en la medida de sus capacidades, pero ello no ha sido así, pues se ha mantenido al margen e insensible frente a la subvención de su hija, quien es sujeto de especial protección Constitucional.

En ese sentido, reiteró nuevamente que el procesado no solo ha ejercido una actividad laboral lícita desde el momento de sustraerse en su obligación, sino que cuenta con plenas capacidades físicas y mentales, comoquiera que no existen prueba en contrario, resultando reprochable el haber desatendido sus compromisos con su hija.

Sobre el particular, indicó que tampoco se puede utilizar como blindaje de la justicia el hecho de no contar con un empleo estable, puesto que ello dejaría a la deriva la protección de menores, ante persona que de forma dolosa deciden no trabajar para eludir obligaciones adquiridas al momento de procrear los hijos.

Al margen de lo anterior, destacó que en el debate probatorio no se asomó medio de prueba alguno que desmintiera la falta de capacidad económica para sufragar el deber alimentario que le asistía al procesado, probando la Fiscalía lo contrario, señalando que dejó a la menor solo bajo la protección de su progenitora, mientras que el acusado sigue despreocupado, demostrando con ello su desinterés compulsivo y su total ausencia en la obligación que se le exige.

Por otra parte, enfatizó que este tipo penal no busca los dineros adeudados sino proteger el bien jurídico de la familia.

Finalmente, tras referirse a la imputabilidad y culpabilidad del procesado, profirió sentencia condenatoria en contra de Roberto Carlos Mendoza Maldonado como autor responsable del delito de inasistencia alimentaria.

V. DE LA IMPUGNACIÓN

En la oportunidad procesal pertinente y de manera escrita la defensora sustentó el recurso interpuesto, realizando inicialmente un recuento de los argumentos de la decisión de primera instancia.

Seguidamente, indicó que a través del interrogatorio absuelto por Aleida Pilar López Rueda no se puede establecer con precisión, claridad y certeza cuál es el monto de la deuda alimentaria reclamada, ya que esta testigo no pudo recordar si se fijó cuota de alimentos con el acusado, ni su monto, ni periodicidad, ni mucho menos desde cuándo empezó el supuesto incumplimiento.

Por otra parte, señaló que de conformidad con el artículo 404 del Código de Procedimiento Penal se aprecia de forma clara que la testigo Aleida del Pilar López, en su relato manifiesta no conocer con certeza si el procesado por todo el tiempo investigado contaba con capacidad económica, pues solo se limitó a manifestar el conocimiento que adquirió sobre la actividad económica que desempeña el acusado, sin brindar alguna aclaración sobre cómo conoce esta información, destacando que desde el año 2017 la testigo se separó definitivamente del padre de la menor y se trasladó a vivir a Piedecuesta.

En ese sentido, afirmó que es claro que la testigo, desconoce dentro del periodo investigado los ingresos percibidos por el alimentante, destacando que en ese sentido se falla a la regla establecida en el artículo 402 del Código de Procedimiento Penal, conforme la cual el testigo sólo puede declarar sobre aspectos de qué manera directa y personal hubiera podido percibir.

En cuanto al interrogatorio absuelto por Gabriel Pajón López, investigador del CTI, indicó que el A quo le dio un alcance y valoración errónea al contenido del informe del 12 de agosto de 2019 al tomarlo como prueba para demostrar la capacidad económica de Roberto Carlos Mendoza Maldonado.

Lo anterior, en el entendido que el funcionario del CTI de Santa Marta, Víctor Aragón de la Cruz, en labores de vecindario, recaudó la información sobre la cual realizó el señalado informe del 12 de agosto de 2019 cuyo contenido se reduce a indicar como posibles ingresos del procesado el monto de \$ 800.000, adicionando que los mismos son variables, información que no fue corroborada a través de ningún documento, testigo o prueba adicional que condujera a la certeza de que efectivamente el acusado recibía ese valor monetario, comoquiera que el resto de información señalada por Víctor Aragón en su informe, consistió en comentarios de personas que no fueron plenamente identificadas, de manera que no pueden ser consideradas una fuente confiable o verídica.

En suma, destacó que en dicho informe no aparece señalado en qué periodo supuestamente el procesado recibió esos ingresos por lo que esa información no conduce a demostrar la capacidad económica del padre de la menor durante el periodo investigado.

Por otra parte, afirmó que el testigo Gabriel Pajón López relató que el único conocimiento que tiene sobre la investigación de campo realizada en Santa Marta por el investigador Víctor Aragón de la Cruz y en ese sentido señaló que, dicho testigo no puede brindar credibilidad, ni corroborar o ratificar los resultados del informe del 12 de agosto de 2019, toda vez que el informe del investigador de campo Víctor Aragón es contentivo de los resultados de lo directamente por el percibido y recaudado en desarrollo del respectivo procedimiento.

Acto seguido, indicó que el referido informe del 12 de agosto de 2019 apenas y llega a ser una prueba de referencia en los términos del artículo 437 de la Ley 906 de 2004, ya que tampoco hubo ninguna manifestación por parte de la Fiscalía de que el declarante se encontrara en alguna de las circunstancias de admisibilidad que se encuentran señaladas en el artículo 438 del C.P.P, y tampoco existió la posibilidad para la defensa de interrogar, confrontar o impugnar la credibilidad del funcionario del CTI de Santa Marta, conculcando los principios de oralidad, inmediación, contradicción, defensa y legalidad de la prueba consagrados en el artículo 29 de la Constitución Política.

Además, refirió que en el caso en concreto, no se logró llegar a la certeza total, ni se logró desaparecer totalmente la duda respecto a la responsabilidad penal del acusado, puesto que del testimonio rendido por parte de la señora Aleida del Pilar López se logró comprobar que existían varias dudas sobre los hechos, pues la testigo manifestó en varias ocasiones no recordar o tener certeza sobre la información, y en ese sentido no se puede considerar como un medio de prueba capaz de desvirtuar la presunción de inocencia del procesado.

Igualmente, señaló que el ente acusador no realizó con suficiencia la labor investigativa y probatoria que permitiera descartar la ocurrencia de situaciones o circunstancias objetivas que expliquen razonablemente la omisión alimentaria.

Al efecto, refirió que a pesar de que el acusado ha ejercido unas actividades laborales lícitas desde el momento de sustraerse en su obligación, no se logró establecer una capacidad económica puesto que no se logró probar el monto del dinero que devengaba el procesado para la fecha de los hechos, de manera que no es posible aseverar que tenga capacidad económica para pagar la cuota de alimentos debida a su menor hijo, sin afectar su mínimo vital.

En ese orden de ideas, afirmó que el único testigo de cargo posible de valorar es la denunciante, haciendo referencia a los requisitos que debe reunir el testigo único para ser admisible, concluyendo que, en el caso en concreto la declaración de la denunciante, no es precisa, genera incertidumbre y es contradictoria,

Así las cosas, tras referirse al principio de presunción de inocencia, indicó que en caso en concreto el mismo no había sido desvirtuado, ya que las pruebas presentadas en juicio por la Fiscalía como dueña de la acción penal no logran probar más allá de toda duda que el procesado incurrió en la conducta típica del artículo 233 del Código Penal y en ese sentido, solicitó que se revoque la sentencia de primera instancia y en su lugar se dicte sentencia absolutoria en favor de su prohijado.

VI. CONSIDERACIONES DE LA SALA

6.1. De la competencia

De conformidad con lo dispuesto en el numeral 1° del artículo 34 de la Ley 906 de 2004¹, este Tribunal es competente para conocer el recurso de apelación interpuesto contra el fallo condenatorio proferido el 20 de enero de 2023 por el Juzgado Segundo Penal Municipal con Funciones Mixtas de Piedecuesta; bajo esa premisa estudiará la Sala la impugnación propuesta, aclarando que, por tratarse de la segunda instancia, únicamente se abordarán los asuntos objeto de inconformidad y los inescindiblemente ligados a estos en virtud del principio de limitación.

6.2. Problema jurídico

De conformidad con la censura planteada por la recurrente, le corresponde a esta Sala de Decisión determinar si la sustracción de la obligación alimentaria a cargo del procesado emerge justificada, dada la incapacidad económica del alimentante, o si, por el contrario, se actualizó el ingrediente normativo previsto en el tipo penal endilgado. Ello, claro está, teniendo en cuenta que los medios de conocimiento sólo son aquellos que se han producido como pruebas dentro de la audiencia pública².

6.3. Precisiones preliminares.

El examen que conduce a determinar si la conducta reviste la condición delictiva o no, debe partir de los presupuestos previstos en el artículo 9° del Código Penal, esto es, que la conducta sea típica, antijurídica y culpable.

A su vez, el art. 7° de la Ley 906 de 2004, al consagrar los postulados garantistas de la presunción de inocencia y del *in dubio pro reo*, ubica en cabeza del órgano de persecución penal –Fiscalía–, la carga de probar la responsabilidad del acusado.

Precisa la norma jurídica examinada en su inciso final que, “[p]ara proferir sentencia condenatoria deberá existir convencimiento de la responsabilidad del acusado, más allá de toda duda”; previsión que se hila con lo preceptuado por el art. 381 ejusdem, en virtud del cual, “[p]ara condenar se requiere el conocimiento

¹29 “Artículo 34. De los tribunales superiores de distrito. Las salas penales de los tribunales superiores de distrito judicial conocen: 1. De los recursos de apelación contra los autos y sentencias que en primera instancia profieran los jueces del circuito y de las sentencias proferidas por los municipales del mismo distrito.”

² Artículo 16 C.P.P.

más allá de toda duda, acerca del delito y de la responsabilidad penal del acusado, fundado en las pruebas debatidas en el juicio.”

Las pruebas, en todo caso, deben satisfacer los postulados garantistas de oportunidad, publicidad, contradicción e inmediación previstos en los arts. 374, 377, 378 y 379 del CPP, y que, además, deben apreciarse en conjunto, consultando los criterios de valoración previstos normativamente para cada medio de conocimiento, tal como lo establece el art. 380 *ibidem*.

6.4. De la inasistencia alimentaria.

La referida conducta punible está descrita y sancionada en el artículo 233 del Código Penal, modificado por el artículo 1º de la Ley 1181 de 2007, en los siguientes términos:

«El que se sustraiga sin justa causa a la prestación de alimentos legalmente debidos a sus ascendientes, descendientes (...) incurrirá en prisión de (...) y multa de (...).

La pena será de prisión de 32 a 72 meses y multa de 20 a 37.5 salarios mínimos legales mensuales vigentes cuando la inasistencia alimentaria se cometa contra un menor».

Conforme a la anterior descripción típica, la Sala de Casación Penal de la H. Corte Suprema de Justicia ha definido como elementos constitutivos de este ilícito: 1) la existencia del vínculo o parentesco entre el alimentante y alimentado, 2) la sustracción total o parcial de la obligación, y 3) la inexistencia de una justa causa, de modo que el incumplimiento de las obligaciones alimentarias debe producirse sin motivo o razón que lo justifique³.

Del mismo modo, ha de precisarse que el delito en comento es de peligro, ya que no requiere la causación de un daño efectivo al bien jurídico protegido; así mismo, es de ejecución continuada o de tracto sucesivo, ya que la violación a la norma perdura en el tiempo hasta el último acto consumativo o hasta que se formule la imputación del cargo, salvo que materialmente la obligación alimentaria termine con antelación; y, contiene un ingrediente normativo comprendido en la expresión "*sin justa causa*", de modo que su ausencia deviene en la atipicidad de la conducta.

Atendiendo a que la conducta tiene como sujeto pasivo un menor de edad es menester indicar que de conformidad con el artículo 24 de la Ley 1098 de 2006, «*los niños, las niñas y los adolescentes, tienen derecho a los alimentos y demás medios su desarrollo físico, psicológico, espiritual, moral, cultural y social, de acuerdo con la capacidad económica del alimentante. Se entiende por alimentos todo lo que*

³ Decisión AP10681-2018 de 22 de agosto de 2018, radicación 51.607. M.P. Dr. José Francisco Acuña Vizcaya

es indispensable para el sustento, habitación, vestido, asistencia médica, recreación, educación o instrucción y, en general, todo lo que es necesario para el desarrollo integral de los niños, las niñas y los adolescentes. Los alimentos comprenden la obligación de proporcionar a la madre los gastos de embarazo y parto.»

6.4. Del caso en concreto

Efectuadas las anteriores precisiones normativas y jurisprudenciales, se tiene que los hechos génesis de la presente actuación adelantada en contra de Roberto Carlos Mendoza Maldonado comprenden el incumplimiento del pago de la obligación alimentaria, desde el mes de abril del año 2010 hasta el 11 de febrero de 2020 –fecha en la que se corrió traslado del escrito de acusación–; incumplimiento que según se predica en la acusación, acaeció de manera injustificada.

Así las cosas, destaca esta Sala que no existe discusión –al no haber sido planteada en la alzada–, en primer lugar, respecto de la existencia del vínculo filial del procesado como padre biológico del menor M. Mendoza López⁴.

De otro lado, tampoco será objeto de controversia la fijación de una cuota alimentaria a cargo de Mendoza Maldonado mediante acta de conciliación del 1 de febrero de 2010, consistente en una cuota diaria de \$10.000 y los gastos de vestuario y vinculación a servicios de salud⁵.

Por último, es menester precisar que si bien la denunciante afirmó en diversas oportunidades no recordar con exactitud el monto que el procesado le adeudaba por concepto de alimentos debidos a su menor hija, sí fue clara en señalar que la sustracción se presentó desde el 2010 hasta el 2020, recibiendo únicamente unos aportes parciales durante el año 2010 y 2019.

En ese sentido, al encontrarse plenamente acreditada la existencia del parentesco entre el alimentante y el alimentado, la obligación por parte del aquí procesado y la sustracción del deber alimentario durante el periodo objeto de acusación, el debate se centrará en el tercer presupuesto atinente a la inexistencia de una justa causa.

Al respecto, sobre la existencia de justa causa que explique el incumplimiento del deber alimentario, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia señala que:

⁴ Estipulación probatoria No. 3

⁵ Estipulación probatoria No. 4

“la sustracción no puede revestir cualquier entidad, sino que debe tener un carácter constitucional y legalmente admisible, y debe ser determinada con las posibilidades materiales del obligado para suministrar alimentos, toda vez que nadie se halla obligado a lo imposible”⁶.

Sobre el particular, impera precisar inicialmente que el contenido del informe de investigador de campo del 12 de agosto de 2019, incorporado al acervo probatorio mediante Gabriel Pajón López, no podrá ser objeto de valoración en esta instancia, en el entendido que no se incorporó con el testimonio directo del agente investigador que lo realizó, esto es, Víctor Aragón de la Cruz, luego su contenido es meramente de referencia, sin que se hubiese acreditado ninguna de las circunstancias de admisibilidad excepcional previstas en el artículo 438 del C.P.P.

Con ocasión a lo anterior la Corte Suprema de Justicia ha señalado:

- “ 1. Los informes de Policía Judicial no son, en sí mismos, documentos que como tales puedan ingresar a juicio solo con soportar su pertinencia.
2. Es posible que los informes de Policía Judicial contengan información directamente percibida por quienes los signan. Pero en este caso, para permitir la confrontación, es necesario que los funcionarios acudan al juicio oral a dar a conocer eso que percibieron de primera mano.
3. Igual sucede con las entrevistas o información que de terceros recibe el funcionario de Policía Judicial, plasmados en el informe, que obligan de la presencia de la fuente en el juicio, a excepción de los casos de prueba de referencia debidamente certificados y aceptados por el juez.
4. El informe de Policía Judicial puede utilizarse en el juicio para refrescar la memoria del testigo o impugnar su credibilidad. En el primer caso, no ingresa ningún apartado del mismo; y, en el segundo, solo los aspectos objeto de impugnación.
5. Los anexos documentales que se insertan a los informes de Policía Judicial, no se integran con estos y, entonces, si busca hacerse valer los mismos, es necesario que se cumplan los presupuestos procesales establecidos para cualquier tipo de prueba, entre otros, efectuar el descubrimiento previo a la contraparte, presentar la solicitud oportunamente en la audiencia preparatoria y, allí mismo, explicar su pertinencia.
6. Dependiendo del objeto que se pretende cubrir con la evidencia, opera su autenticación, referida a la demostración de que el elemento es lo que la parte dice que es.» (SP1967-2019, de 05 de junio de 2019, Rad. 54227)

En ese sentido, se cuenta únicamente con el dicho de la denunciante Aleida del Pilar López Rueda, comoquiera que Pajón López solamente dio cuenta de la comisión que emitió al cuerpo técnico de Santa Marta, Magdalena, para establecer

⁶ Sala de Casación Penal. SP. de 4 de diciembre de 2008, radicación 28.813; SP. de 29 de noviembre de 2017, radicación 44.758, retomada en SP. de 30 de mayo de 2018, radicación 47107, citadas en AP10681-2018 de 22 de agosto de 2018, radicación 51.607. M.P. Dr. José Francisco Acuña Vizcaya.

el arraigo e información de la actividad económica del procesado, circunstancias que no acredita, ni desvirtúa ningún hecho de relevancia en el caso en concreto.

Luego, no desconoce la Sala que la circunstancia descrita en precedencia no implica *per se*, el fracaso de la tesis acusatoria, comoquiera que, deberá analizarse en cada caso si la declaración de este testigo único goza de credibilidad, a efectos de establecer si puede llevar al grado de certeza requerido para emitir sentencia condenatoria.

Al efecto la Corte Suprema de Justicia ha señalado:

“(…) la veracidad no depende de la multiplicidad de testigos, sino de las condiciones personales, facultades superiores de aprehensión, recordación y evocación de la persona, de su ausencia de intereses en el proceso o circunstancias que afecten su imparcialidad, de las cuales se pueda establecer la correspondencia de su relato con la verdad de lo acontecido, en aras de arribar al estado de certeza”⁷

En ese orden de ideas, contrario a lo discernido por el A quo, la denunciante no fue clara en cuanto al conocimiento que tenía con relación a la actividad económica que desempeñaba el procesado para el periodo comprendido entre el año 2010 al año 2020, incurriendo en contradicciones internas que minan la credibilidad de su relato.

Así las cosas, si bien la denunciante afirmó que para el periodo comprendido entre 2010 a 2020 el procesado laboró de forma independiente, elaborando *turbos* -máquinas de sonido-, lo cierto es que no indicó de qué forma obtuvo ese conocimiento, es decir si lo percibió de forma directa durante los periodos que convivió con el procesado o por información que terceros le suministraron con ocasión a ello.

Al margen de lo anterior, destaca esta Colegiatura que López Rueda, afirmó que desde el año 2017 dejó de convivir con el procesado en la ciudad de Santa Marta y se trasladó con su menor hija al municipio de Piedecuesta, Santander, momento a partir del cual dejó de tener información del procesado, razón por la cual su dicho no tiene la potencialidad para suministrar información respecto de la actividad económica del procesado con posterioridad al año 2017.

Lo anterior, en el entendido que, cuando se le preguntó sobre su conocimiento respecto del local comercial en el que presuntamente laboraba el procesado indicó: “Pues, cuando yo estuve con él sé que estaba en arriendo, no se

⁷ CSJ SP, 18 mayo 2022, rad. 46808

la verdad ahora, no sé, no tengo información nada de él, ahora en esos momentos no.”

En suma, la referida testigo incurrió en contradicciones internas que mina la credibilidad de su dicho, obsérvese que en un primer momento la fiscal le pregunta a la testigo:

Fiscalía: ¿usted tiene conocimiento si por dicha actividad él recibe ingresos?

Denunciante: No, no tengo conocimiento de eso.

Y seguidamente indica:

Fiscalía: ¿Usted tiene conocimiento si durante los años 2010 a 2020, si por parte del señor Roberto Carlos Mendoza Maldonado tuvo ingresos o tuvo la capacidad económica para cancelarle la cuota alimentaria en favor de la niña?

Denunciante: Pues no, no tengo conocimiento, creo que, si la ha tenido, pero no, no, no le ha dado a la niña

Fiscalía: ¿Cuándo usted dice creo que, si la ha tenido, por qué cree usted que si lo ha tenido?

Denunciante: Por el trabajo que tiene, ósea él gana bien.

Luego, a pesar de haber señalado inicialmente que desconocía si el procesado percibía algún tipo de ingresos, posteriormente afirma que Mendoza Maldonado ganaba bien, destacando que en temporada decembrina era cuando más ingresos percibía y que estos aproximadamente alcanzaban a una cuantía de \$1.000.000.

Así las cosas, al desconocerse la fuente del conocimiento que ostenta la denunciante, aunadas a las contradicciones internas en las que incurrió, estima la Sala que este testimonio carece de potencialidad para acreditar que el procesado contó con capacidad económica de forma ininterrumpida durante el periodo objeto de acusación, máxime, cuando su dicho carece de algún tipo de corroboración periférica que ratifique sus atestaciones.

Así las cosas, resalta la Sala que el déficit probatorio en el juicio oral en el punto de la capacidad económica del procesado refleja la precaria labor probatoria del órgano de persecución penal y su desconocimiento de la técnica para la incorporación de la información contenida en un informe policial, en el entendido que este debe ser incorporado por el investigador que de forma directa recolectó la información que allí se plasma.

Sobre el particular es pertinente precisar que el artículo 29 de la Constitución Política establece que “*toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable*”, disposición que tiene desarrollo legal en el artículo 7 del Código de Procedimiento Penal, así:

“Toda persona se presume inocente y debe ser tratada como tal, mientras no quede en firme decisión judicial definitiva sobre su responsabilidad penal.

En consecuencia, corresponderá al órgano de persecución penal la carga de la prueba acerca de la responsabilidad penal. La duda que se presente se resolverá a favor del procesado.

En ningún caso podrá invertirse esta carga probatoria”.

Basten entonces las anteriores consideraciones para concluir que en el presente asunto no se cumplió con el estándar necesario para emitir sentencia condenatoria, pues no se logró el convencimiento más allá de toda duda, respecto del ingrediente normativo que prevé el tipo penal, pues el relato de la denunciante, como testigo único presenta incongruencias internas que no permiten establecer con certeza si Mendoza Maldonado contaba con capacidad económica para sufragar la obligación alimentaria debida a su menor hija, de lo que emergen dudas que al ser imposibles de solventar en esta instancia conducen a ser resueltas a favor de Roberto Carlos Mendoza Maldonado , en virtud del *principio in dubio pro reo*¹², por lo que esta Sala de Decisión revocará la decisión de primer grado y en su lugar dispondrá la absolución del procesado.

7. Otras determinaciones.

En vista que del ejercicio probatorio del juicio no se posible establecer incumplimientos posteriores al 11 de febrero de 2020, esta Colegiatura se abstendrá de ordenar la compulsión de copias pertinente con destino a la Fiscalía.

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

RESUELVE

PRIMERO. Revocar la sentencia condenatoria de fecha y procedencia antes anotadas y en su lugar absolver a Roberto Carlos Mendoza Maldonado del punible de inasistencia alimentaria previsto en el artículo 233 del Código Penal, conforme a lo expuesto en el cuerpo motivo de este fallo.

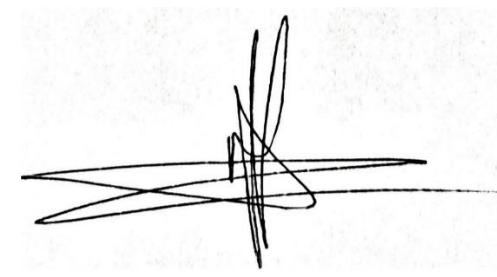
SEGUNDO. Disponer el levantamiento de las medidas cautelares reales y personales que se le hubieren impuesto a Roberto Carlos Mendoza Maldonado, con ocasión de esta actuación judicial.

TERCERO. Advertir que contra la presente sentencia procede el recurso extraordinario de casación, en la forma y términos contemplados en los artículos 181 y siguientes de la Ley 906 de 2004, modificada por la Ley 1395 de 2010.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


SHIRLE EUGENIA MERCADO LORA
Magistrada


GUILLERMO ÁNGEL RAMÍREZ ESPINOSA
Magistrado


RAFAEL ENRIQUE LÓPEZ GÉLIZ
Magistrado

Proyecto registrado: 10 de febrero de 2023



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE
BUCARAMANGA

SALA DE DECISIÓN PENAL

Magistrada ponente: SUSANA QUIROZ HERNÁNDEZ

| | |
|--------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Radicación | 68081-6000-000-2022-00033-01. R.I.23-135A (50.23) |
| Procedencia | Juzgado 2o Penal del Circuito con funciones de Conocimiento de Barrancabermeja. |
| Acusado | Carlos Alberto Fernández Portala |
| Delito | Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes en concurso con destinación ilícita de muebles o inmuebles |
| Apelación | Auto Preclusión |
| Decisión | Revoca |
| Aprobación | Acta nro. 608 |
| Fecha | 23 de junio de 2023 |
| Lectura | 29 de junio 2023 |

I. ASUNTO POR DECIDIR

El recurso de apelación promovido por el agente del Ministerio Público contra el auto del 16 de febrero de 2023, proferido por el Juzgado 2° Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Barrancabermeja, Santander, mediante el cual concedió la preclusión de la acción penal a favor de CARLOS ALBERTO FERNÁNDEZ PORTALA por el punible de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes -art.376 inc. 2 del Código Penal-.

II. SITUACIÓN FÁCTICA

De conformidad con lo expuesto por la Fiscalía Cuarta Seccional de Barrancabermeja ante la Juez de Conocimiento, se tiene que:

Se inició investigación, por informe ejecutivo rendido por el funcionario de la Policía Nacional, Jhon Freddy Velandia Rodríguez, mediante el cual puso de presente información aportada por testigo bajo reserva, respecto de una banda delincuencial conocida como los MELLOS, conformada entre otros por, alias Payeyo, Chico y La Mona, personas que se dedicaban a la venta y distribución de estupefacientes en la ciudad de Barrancabermeja, concretamente en los barrios Barraza, Chicó y Chapinero, señalando tres inmuebles; dos en el barrio Chapinero y otro en Chicó.

Además, que frente al segundo inmueble en el sector de Chapinero, la fuente humana no formal indicó que: *“es un piso, puerta de metal color blanco, el contador de la luz queda en medio de la puerta, tiene un sótano en ladrillo, la persona que se dedica a la venta de estupefacientes es un man de estatura media, pelo corto negro, flaco, trigueño, y tatuaje en el cuello Payeyo”*.

2

Que a partir de lo anterior, y luego de realizada la verificación, se ordenó el allanamiento de los inmuebles el 22 de abril de 2022, capturando en el segundo de ellos a CARLOS ALBERTO FERNÁNDEZ PORTALA, por cuanto el agente policial, Hernán Darío González Díaz, quien participó en esa diligencia, señaló que observó a un hombre arrojando por la ventana, dos bolsas blancas, las cuales poseían 25 y 50 bolsas plásticas de cierre hermético que contenían sustancia pulverulenta de color blanco, similar a la cocaína, por lo que se procedió con la captura de FERNÁNDEZ PORTALA, único hombre que se encontraba en el inmueble, y frente a quien indicaron los demás funcionarios, que este salió corriendo al observar la presencia de la policía. Así mismo, que se realizó prueba a la sustancia incautada, la que arrojó positivo para cocaína en un peso neto de 70.8 gramos.

III. ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

3.1. El 23 de abril de 2022, ante el Juzgado Primero Penal Municipal con Función de control de Garantías de Barrancabermeja, Santander, luego de legalizada la captura de CARLOS ALBERTO FERNÁNDEZ PORTALA, la Fiscalía General de la Nación a través de su Delegado, le formuló imputación, entre otros, como presunto autor de los delitos de destinación ilícita de muebles o inmuebles -art.377 del C.P- y tráfico, fabricación o porte de estupefacientes -art. 376 inc. 2 del C.P.-; cargos que no aceptó.

Así mismo, el citado despacho le impuso medida de aseguramiento preventiva en su domicilio.

3.2 El 15 de febrero hogano, ante la Juez 2º Penal del Circuito de Barrancabermeja, la Fiscalía elevó solicitud de preclusión de la actuación penal a favor de CARLOS ALBERTO FERNÁNDEZ PÓRTALA, por el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes art. 376 inc. 2 del C.P. La defensa manifestó estar conforme con la petición, mientras que el Ministerio Público se opuso a la misma.

3

3.2. El 16 del mismo mes y año, el Despacho cognoscente accedió a la solicitud, decretando la preclusión de la acción penal a favor del procesado, ordenando en consecuencia su libertad, decisión que fue recurrida en apelación por el delegado de la Procuraduría General de la Nación.

IV. LA SOLICITUD INICIAL

4.1. Argumentación de la Fiscalía

La Fiscal Cuarta Seccional de Barrancabermeja, una vez realizó una síntesis del acontecer fáctico, deprecó la preclusión de la investigación a favor de CARLOS ALBERTO FERNÁNDEZ PORTALA, respecto del delito de tráfico fabricación o porte de estupefacientes, ante la imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia, conforme a la causal 6ª establecida en el artículo 332 de la Ley 906 de 2004, toda vez que *“han desaparecido los elementos materiales probatorios y evidencia física sobre su responsabilidad.”*

Al respecto, partió por señalar que la investigación inició por información que brindó fuente no formal respecto de una organización delincriminal dedicada al tráfico de estupefacientes en los barrios, Chicó, Chapinero y Barraza en la ciudad de Barrancabermeja desde tres inmuebles, sobre los cuales se realizó el 22 de abril de 2022, diligencias de allanamiento.

4

Así, explicó que en el marco de estos procedimientos de allanamiento, concretamente en un bien ubicado en el barrio de Chapinero, se vinculó al procesado, al ser el único hombre en el inmueble y ante la declaración de los agentes respecto a que lograron advertir que un sujeto masculino corrió al notar su presencia, y del policía Hernán González, respecto a que observó a un sujeto arrojando dos paquetes por la ventana, que al ser verificados se encontró que contenían, uno 25 y el otro 50 bolsas plásticas con una sustancia que arrojó positivo para cocaína en un peso neto de 70.8 gramos.

Adicionó, que una vez se realizaron los allanamientos y vinculación de otras personas en los restantes inmuebles, la fuente no formal rindió entrevista en la que aclaró quiénes eran las

personas que expendían estupefacientes, y que el procesado “no tenía nada que ver”. Amén que la defensa aportó entrevista del funcionario Hernán Darío González, en la que este afirmó que no puede asegurar que el estupefaciente hubiese sido arrojado por el encartado.

4.2. Intervención del Ministerio Público.

El delegado Procurador, manifestó que se encontraba inconforme con la solicitud del ente acusador, pues no se adelantaron las labores investigativas necesarias para esclarecer la participación del procesado, y que es erróneo considerar que la declaración de la fuente no formal y del patrullero Hernán Darío son suficientes para desvirtuar los indicios de responsabilidad del encartado, al ser señalado como el sujeto que al observar la presencia policial, salió corriendo.

5

4.3. Intervención de la Defensa.

La defensa coadyuvó la petición de preclusión de la Señora Fiscal.

V. EL AUTO IMPUGNADO

El Despacho aceptó la petición elevada por la representante del Órgano Persecutor, al considerar que se acreditaron los presupuestos contemplados en el artículo 332.6 del C.P.P.

Para arribar a tal conclusión, una vez se refirió a los resultados de los actos investigativos realizados por la Fiscalía, particularmente a lo expuesto en entrevistas por la fuente humana

no formal, antes y después del procedimiento de allanamiento en el inmueble donde se capturó al procesado y lo dicho por los policiales que participaron en esa diligencia, concluyó que en el presente caso, los elementos materiales probatorios recaudados por el ente acusador, no permiten colegir con probabilidad de verdad que el procesado se dedique al expendio de estupefacientes.

Al efecto, reconoció que si bien es cierto se debió aportar otros medios de conocimiento para esclarecer las circunstancias que dieron cuenta los funcionarios de la policía respecto a que FERNÁNDEZ PORTALA al advertir su presencia, corrió, también lo es que ninguno de estos testigos, permiten construir la hipótesis de responsabilidad del procesado en el tráfico de estupefacientes. Máxime que la fuente humana no formal que informó la existencia de la banda delincencial, refirió que no conocía al procesado y señaló como persona encargada de expender psicotrópicos en ese inmueble, a un sujeto con unas características físicas diferentes.

6

VI. RECURSO DE APELACIÓN

6.1. Intervención del Ministerio Público.

El agente del Ministerio Público interpuso recurso de apelación, en el que solicitó a esta Corporación revocar el proveído y continuar con el ejercicio de la acción penal en contra de FERNÁNDEZ PORTALA, para lo cual argumentó que la Fiscalía no adelantó una investigación suficiente frente a la posible responsabilidad penal del acusado, para al final concluir que no existen elementos para derruir su presunción de inocencia.

Al efecto, sostuvo que en el presente caso se demostró, que en

la vivienda señalada por la fuente humana no formal, se encontró una sustancia estupefaciente en cantidad de 73.8 gramos de cocaína, que se puede inferir razonablemente que fue lanzada por el procesado desde el inmueble, situación que se corroboró con las declaraciones de los agentes policiales que participaron en el procedimiento, quienes dieron cuenta que este al advertir su presencia, salió corriendo y se encerró en un baño donde encontraron otro frasco que contenía a su vez bolsas con sustancias estupefacientes, las que se asemejaban a las que fueron encontradas en la parte de abajo y que fueron arrojadas por una ventana.

En esa línea, sustentó que sí existe un indicio de responsabilidad en contra del procesado, que no se desacredita únicamente con la versión de la fuente humana no formal, sino que es obligación de la Fiscalía realizar todas la labores investigativas tendientes a esclarecer los hechos.

7

6.2. Traslado a no recurrentes.

6.2.1. Fiscalía

Solicitó mantener incólume el proveído de primer grado, sustentando que de los nuevos elementos probatorios recaudados – entrevista a fuente humana no formal- es clara la imposibilidad de continuar con la investigación del procesado, más aún cuando este se encontraba privado de la libertad.

6.2.2. Defensa.

En el mismo sentido de la delegada Fiscal, petición a esta

colegiatura confirmar el auto impugnado.

VII. CONSIDERACIONES DE LA SALA

7.1. De la competencia.

De conformidad con lo previsto en el numeral 1° del artículo 34 de la Ley 906 de 2004, es competente esta Colegiatura para conocer la apelación incoada por el Ministerio Público, contra el auto del 16 de febrero de 2023, proferido por el Juzgado Segundo Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Barrancabermeja, mediante el cual decretó la preclusión de la acción penal a favor de CARLOS ALBERTO FERNÁNDEZ PORTALA.

7.2. Problema jurídico

En razón a los disensos planteados en la alzada, le corresponde a esta Sala analizar si se configuró la causal 6ª del artículo 332 del C.P.P. o sí como lo demanda el censor, ello no se demostró.

7.3. De la naturaleza de la preclusión.

La preclusión es una forma de terminación anticipada del proceso penal, se encuentra consagrada en los artículos 331 y subsiguientes de la Ley 906 de 2004. Dicho instituto tiene como objetivo cesar la persecución penal en contra del procesado y debe ser decidida por el juez de conocimiento por medio de un auto, el cual tendrá efecto de cosa juzgada (Cfr. CC C-118/08 y C-591/05).

Igualmente, el máximo órgano de la jurisdicción penal ha establecido que al ser consecuencia de la solicitud de preclusión

una decisión que hace tránsito a cosa juzgada, es necesario que el peticionario demuestre fehacientemente la causal invocada mediante elementos probatorios y argumentos que logren persuadir al Juez de conocimiento de su estructuración¹.

7.4. De la causal 6ª del artículo 332 de la ley 906 de 2004.

Ahora bien, la Fiscalía solicitó la preclusión de la investigación por estructuración de la causal contenida en el num. 6º del artículo 332 del C.P.P. que consagra la *Imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia*.

Respecto de esta Causal, la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, ha sostenido que para su configuración se requiere por parte de la Fiscalía, como titular de la acción penal, acreditar que se realizó una investigación íntegra, abordando todas las posibles hipótesis constitutivas de delito y que a pesar de ello, no fue posible desvirtuar la presunción de inocencia del procesado, en los siguientes términos:

“...el ente acusador **probará que realizó una investigación profunda y, a pesar de ello, no fue posible reunir los elementos demostrativos sobre la materialidad o la autoría y responsabilidad del investigado, prevaleciendo la garantía fundamental de la presunción de inocencia y el in dubio pro reo.**

¹ “Ahora bien, como quiera que la declaratoria de preclusión por parte de un Juez implica que se generen efectos de cosa juzgada, la Corte, en pretéritas ocasiones, ha insistido en que se requiere que la solicitud tenga una adecuada sustentación y argumentación que logre demostrar la estructuración de la causal alegada.

Es decir, no basta con que el interesado y habilitado para pedir la preclusión, según la etapa procesal en la que se encuentre el trámite, indique la causal en la cual basa su petición, sino que requiere demostrarla mediante elementos y argumentos que logren persuadir al juzgador de instancia, máxime cuando ya se ha presentado una acusación formal en contra del encausado, según ocurre en este asunto.” (...) “La fuerza de cosa juzgada que entraña la preclusión, como decisión que pone fin al ejercicio de la acción penal de manera anticipada, exige que la causal que la funda se encuentre demostrada de manera cierta o, lo que es igual, que respecto de la misma no exista duda o posibilidad de verificación contraria con un mejor esfuerzo investigativo (CSJ AP, 24 jun. 2008, Rad. 29344; CSJ AP, 27 sept. 2010, Rad. 34177; y CSJ AP, 24 jul. 2013, Rad. 41604)” - AP368-2018, radicado 51049

Ahora bien, en materia de preclusión, hay que determinar si la investigación adelantada por la Fiscalía alcanzó el estándar probatorio exigido normativamente, conforme el principio de progresividad del proceso penal. Significa lo anterior que, en etapa de indagación, la imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia estará atada a que, de los elementos materiales de prueba, evidencia física e información lícitamente obtenida, se infiera razonablemente que el implicado es autor o partícipe del delito que se investiga, nivel de conocimiento imperioso para imputar [art. 287].

Si, evaluada la indagación, no se logra el grado demostrativo forzoso para que la Fiscalía acceda al siguiente estadio procesal, procederá la preclusión por el 6° motivo, dado que es constitucionalmente inadmisibles mantener a una persona vinculada a una actuación penal que no tenga forma de resolverse para imputar o para precluir por una causal diversa a la imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia”.

Es decir, no es suficiente con que la Fiscalía General de la Nación en su petición, señale la ausencia de medios de prueba para fundamentar la preclusión por esta causal, pues se requiere una amplia actividad probatoria, dirigida a superar la dificultad de continuar con el ejercicio de la acción penal.

10

7.5. Análisis jurídico y probatorio.

Conforme a los antecedentes citados, el ente acusador, solicitó la preclusión de la acción penal con fundamento en la causal contenida en el numeral 6 del artículo 332 del C.P.P., al considerar que de las labores investigativas realizadas no es dable derruir la presunción de inocencia del procesado. Fundamentación que fue acogida por la Juez de primer grado.

No obstante, anticipará la Sala que le asiste razón al Ministerio Público en su alzada, por cuanto, de los elementos materiales probatorios es válido colegir una presunta participación del

procesado en una conducta punible y a su vez, que el órgano persecutor no dio cuenta de la realización de una completa labor investigativa dirigida a desestimar las posibles hipótesis delictivas y en ese sentido a acreditar una imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia que le asiste al encartado.

Descendiendo al caso bajo estudio, se tiene que el ente acusador adelantó una investigación por la presunta existencia de una banda delincencial dedicada al tráfico de estupefacientes en la ciudad de Barrancabermeja, ante información que brindó fuente humana no formal, quien además refirió tres inmuebles desde los cuales la organización ejecutaba su actuar, a los cuales se practicaron sendas diligencias de allanamiento.

Fue así como en el marco de estos procedimientos se aprehendió al procesado bajo la realización de cierto comportamiento y circunstancias que requieren mayor aclaración por parte de la Fiscalía, lo cual implica forzosamente una ampliación en su labor investigativa, pues cierto es que los nuevos elementos materiales probatorios a que hace alusión, no implican con total certeza la imposibilidad de derruir la presunción de inocencia del procesado.

Veamos,

En informe ejecutivo del 22 de abril de 2022, los funcionarios a cargo de la diligencia de allanamiento en el inmueble ubicado en el barrio Chapinero en la ciudad de Barrancabermeja, que había sido señalado por la fuente humana no formal, como lugar de acción de una organización delincencial consignaron:

Siendo las 06:066 horas se llega al inmueble objeto de allanamiento y registro (...) el señor patrullero González Díaz Hernán se dirige hacia la parte posterior del inmueble con el objetivo de evitar que los habitantes del inmueble emprendan la huida o arrojen algún elemento material probatorio, se toca la puerta en repetidas ocasiones sin obtener respuesta, se evidencia que una de las ventanas corredizas del inmueble está abierta logrando observar el interior del inmueble; se continúa tocando la puerta del inmueble observando que sale de una de las habitaciones una persona de sexo femenino a la cual se le informa el motivo de nuestra presencia y se le solicita abrir la puerta, en ese mismo momento **se observa a una persona de sexo masculino en toalla que venía de la parte de atrás de la vivienda, el cual nos observa y sale corriendo ingresando a una de las habitaciones, se le solicita de nuevo a la femenina abrir la puerta la cual accede, ingresamos rápidamente hacia la habitación donde ingresó la persona de sexo masculino, observando que este sale de un baño que se encuentra dentro de la habitación, persona a la cual se le informa el motivo de nuestra presencia poniéndole en presente la orden de allanamiento y registro, al registrar el baño en presencia de los moradores se halla encima del lavamos 01 recipiente metálico que en su interior contiene bolsas de cierre hermético de los cuales arroja un olor similar al estupefaciente (Clorhidrato de cocaína), las bolsas se encuentran abiertas y vacías, elemento se fija fotográficamente como referencia.**

Así mismo se observa que en la parte superior del baño hay una ventana con reja de color blanco la cual se encuentra abierta, al verificar por la ventana se observa en la parte posterior del inmueble al funcionario de policía judicial, el señor patrullero Hernán Darío González Díaz, el cual informa **que observó a una persona de sexo masculino, test0 trigueña arrojando un elemento por la ventana, y al verificar logra evidenciar que el elemento se trata de 02 dos bolsas plásticas de cierre hermético de las cuales una de ellas posee en su interior 25 veinticinco bolsas plásticas de cierre hermético que contienen una sustancia pulverulenta de color blanco, que por su olor, color y textura se asemejan a los derivados de la cocaína, la segunda bolsa contiene 50 cincuenta bolsas plásticas de cierre hermético que contienen una sustancia pulverulenta de color blanco, que por su olor, color y textura se asemejan a los derivados de la cocaína, elemento se fija fotográficamente como EMPN'1** Por los anterior se le solicita la cedula de ciudadanía a la persona de sexo masculino la cual se identifica como **CARLOS ALBERTO FERNANDEZ PORTALA**, identificado con cedula de ciudadanía N* 13.571.560 de Barrancabermeja (Santander), persona la cual se captura siendo las 06:20 horas, **teniendo en cuenta que es la única persona de sexo masculino que se encuentra en el inmueble y es la misma persona que salió corriendo hacia la habitación al observar nuestra presencia, persona de la cual observamos saliendo del baño (lugar donde se encuentra la venta de la cual el señor patrullero González Díaz Hernán, observó a la misma persona de sexo masculino arrojando el elemento material probatorio).**

12

Así mismo, se advierte en informe de policía, registro fotográfico del baño al cual indicaron los policiales que el procesado se dirigió corriendo, observándose en el lavamanos las bolsas con

estupefacientes dentro de un tarro metálico y la ventana desde la cual refirió el agente Hernán Díaz que arrojaron 75 bolsas contentivas de lo que parecía ser cocaína. Además, informe de laboratorio que corrobora que la sustancia incautada correspondía a cocaína en un peso bruto de 85.3 gramos y neto de 70.8 gramos.

Así pues, estas circunstancias, que rodean los hechos atribuidos en principio al acá procesado, como lo es su presencia en el lugar señalado por la fuente humana no formal como el inmueble desde el cual ejecutaban su actuar la banda delincuenciales dedicada al tráfico de estupefacientes, que aquél al advertir la presencia de los uniformados salió en estampida con dirección a un baño en el que se observó encima del lavamanos una serie de bolsas que contenían psicotrópicos, y que desde la ventana de ese mismo lugar observó un agente de la policía que arrojaron 75 bolsas con esa misma sustancia, en sentir de la Sala, son indicativos preliminarmente de un comportamiento que se adecúa por lo menos, al punible contemplado en el artículo 376 del Código Penal.

13

Ahora, para soportar la configuración de la causal de preclusión alegada, recuérdese *imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia*, la Fiscalía aportó, como único elemento material probatorio recaudado con posterioridad a la diligencia de allanamiento del inmueble, la declaración de la misma fuente humana no formal, en la que indicó: “*alias de los Mellos, Payeyo y Chicó, todos esos manes son los que tienen las ventas de droga, comercialización y distribución de estupefacientes en diferentes barrios de Barrancabermeja pero la mujer de Chico, no tiene nada que ver porque a esa no la conozco, ni a los otros dos manes que capturaron, a esos nunca los había visto*”.

En ese orden de ideas, para esta Sala de decisión es clara la deficiente labor investigativa de la Fiscalía a efectos de corroborar o desvirtuar los hechos por los cuales se capturó al procesado en la diligencia de allanamiento.

Nótese que como único acto de investigación en un término de casi un año, se realizó entrevista a la fuente humana no formal, siendo preciso resaltar que el simple desconocimiento de ésta frente al procesado, no implica afirmar sin duda razonable alguna que este no es partícipe en los hechos, pues como se desarrolló previamente, los agentes de la policía dieron cuenta de una actitud sospechosa de este al correr cuando observó la presencia policial con dirección a un baño en el que se encontró estupefacientes empacado en diferentes bolsas y desde el cual, a través de su ventana, se arrojaron otras 75 bolsas con esta misma sustancia.

Recuérdese, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 250 de la Constitución Política y 66 de la Ley 906 de 2004, la Fiscalía General de la Nación tiene el deber de investigar todos aquellos hechos que revistan las características de delitos y adelantar el ejercicio de la correspondiente acción penal, cuando se acrediten circunstancias y motivos suficientes que revelen la existencia del mismo; de la misma forma, se encuentra obligado el ente acusador a actuar con objetividad y con una correcta aplicación de la ley, según lo consagrado en el artículo 115 del C.P.P.

En ese sentido, es claro que en desconocimiento de los anteriores parámetros la Fiscalía persigue finalizar la acción penal en contra del procesado, a pesar de que existen ciertos elementos que indican la presunta ocurrencia de un hecho delictivo y que no ha adelantado una juiciosa investigación para dilucidar estas

situaciones.

Aquí es importante reiterar que la solicitud de preclusión no puede limitarse a la simple postulación de una duda frente a la responsabilidad penal del procesado, más aún cuando, como en el presente asunto, debe acreditar que en su labor investigativa se abordaron todas las posibles hipótesis delictivas y que a pesar de ello no fue posible desvirtuar la presunción de inocencia del investigado, situación que aquí no se advirtió.

Conforme con lo expuesto, al colegirse una deficiente labor argumentativa y probatoria por parte de la Fiscalía General de la Nación, que permitan la configuración de la causal de preclusión de la acción penal por imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia, la única determinación que en derecho corresponde es la de revocar el proveído recurrido, e instar al órgano persecutor para que no persista en el incumplimiento de su obligación constitucional de investigar presuntos hechos constitutivos de un delito y en ese sentido, que adelante las acciones afirmativas en orden a adelantar los actos de investigación probatoria necesarios a efectos de dilucidar si es o no procedente el ejercicio de la acción penal en contra de FERNÁNDEZ PORTALA.

15

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, Sala de Decisión Penal,

RESUELVE

PRIMERO. - REVOCAR el auto del 16 de febrero de 2023, proferido por el Juzgado 2° Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Barrancabermeja, mediante el cual se decretó la

preclusión de la acción penal a favor de CARLOS ALBERTO FERNÁNDEZ PORTALA por el punible de fabricación, tráfico, o porte de estupefacientes, conforme con lo expuesto en la parte motiva del presente proveído.

SEGUNDO. Advertir que contra la presente decisión no procede recurso alguno.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



SUSANA QUIROZ HERNÁNDEZ

Magistrada



PAOLA RAQUEL ÁLVAREZ MEDINA

Magistrada



JAIRO MAURICIO CARVAJAL BELTRÁN

Magistrado



| | |
|-------------------------------|---------------------------------------------------------------|
| <i>Magistrado ponente</i> | <i>Harold Manuel Garzón Peña (Despacho 6)</i> |
| <i>Radicación</i> | <i>68001-60-00-000-2022-00207-01 (CI-920)</i> |
| <i>Asunto</i> | <i>Apelación sentencia preacuerdo – Ley 906 de 2004</i> |
| <i>Procedencia</i> | <i>Juzgado 8º Penal del Circuito de Bucaramanga</i> |
| <i>Procesados</i> | <i>Johan Farid Rozo Rondón y otro</i> |
| <i>Delito</i> | <i>Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes y otro</i> |
| <i>Decisión</i> | <i>Negar nulidad y confirmar</i> |
| <i>Fecha de registro</i> | <i>2 de mayo de 2023</i> |
| <i>Fecha de aprobación</i> | <i>9 de mayo de 2023</i> |
| <i>Acta de aprobación No.</i> | <i>439</i> |

Bucaramanga (Santander), nueve (9) de mayo de dos mil veintitrés (2023)

MATERIA DE ESTUDIO

El recurso de apelación interpuesto por los defensores de JOHAN FARID ROZO RONDÓN y DEINER JHOSMAR VARGAS GUEVARA contra la sentencia proferida el 10 de agosto pasado, mediante la cual, el Juez 8º Penal del Circuito de Bucaramanga los condenó, en virtud de preacuerdo, como coautores del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes.

ANTECEDENTES

a) Hechos jurídicamente relevantes.

En lo que interesa a este pronunciamiento, el 27 de julio de 2021, alrededor de las 8:30 a.m., JOHAN FARID ROZO RONDÓN y DEINER JHOSMAR VARGAS GUEVARA fueron sorprendidos por miembros de la Policía Nacional en el parque “La Ciudadela”, barrio “Café Madrid”, de esta ciudad, mientras liaban cigarrillos de marihuana en compañía de otras dos personas. Al grupo le fueron hallados 89 cigarrillos de esta sustancia, un paquete rectangular con idéntico estupefaciente y 80 bolsas plásticas que albergaban cocaína y sus derivados. En total, se incautaron 364,58 gramos de cocaína y 348,59 gramos de cannabis.



b) Actuación procesal.

El 28 de julio de 2021, ante el Juzgado 14 Penal Municipal de Bucaramanga con función de control de garantías se efectuó el control del procedimiento de captura en flagrancia de JOHAN FARID ROZO RONDÓN y DEINER JHOSMAR VARGAS GUEVARA, además de otros dos aprehendidos. Acto seguido, la fiscalía les formuló imputación, endilgándoles cargos como coautores de los delitos de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes y fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones contemplados en los artículos 365 y 376, incisos 2° y 3°, del Código Penal, concretamente la realización de los verbos rectores llevar consigo o portar. Los imputados resolvieron no aceptar responsabilidad penal. Finalmente, en la misma fecha, se les impuso medida de aseguramiento de detención preventiva en su lugar de domicilio.

Radicado el escrito de acusación, correspondió por reparto del 29 de julio de 2021 al Juzgado 8° Penal del Circuito de la ciudad. El 19 de abril siguiente, la fiscalía sustentó preacuerdo celebrado con JOHAN FARID y DEINER JHOSMAR respecto del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, en virtud del cual aquellos aceptan su responsabilidad en la comisión de dicho punible a cambio de ser condenados con las penas de un cómplice, siendo establecidas en 64 meses de prisión y 83 salarios mínimos legales mensuales vigentes de multa. Verificada la legalidad del convenio, el juzgador anunció el sentido condenatorio del fallo. El 10 de agosto de esa misma anualidad, se corrió el traslado contemplado en el artículo 447 del Código de Procedimiento Penal y luego de un receso, se profirió la sentencia condenatoria.

Contra esa decisión, los procesados interpusieron los recursos de apelación que sustentaron sus defensores y concitan ahora la atención de la Sala.



c) Sentencia de primera instancia.

En sustento de la decisión condenatoria, el juez de primera instancia adujo que los procesados aceptaron su responsabilidad de forma libre, consciente, voluntaria e informada y que existen pruebas que respaldan mínimamente la acusación. Dicho ello, impuso las penas pactadas entre las partes, es decir, 64 meses de prisión y 83 salarios mínimos legales mensuales vigentes de multa. Así mismo, la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso de la pena privativa de la libertad.

Por otro lado, negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria en atención a la exclusión contemplada en el artículo 68A del Código Penal y ordenó la destrucción de las sustancias incautadas.

d) Razones de la impugnación.

La defensora de DEINER JHOSMAR VARGAS GUEVARA demanda la nulidad de lo actuado desde la audiencia de individualización de pena y sentencia, aduciendo que, según su representado, el anterior defensor no lo asesoró en debida forma para la presentación de elementos de prueba tendientes a solicitar la concesión de la prisión domiciliaria por enfermedad grave y/o ser padre cabeza de familia.

Destaca que DEINER JHOSMAR no tiene antecedentes, cuenta con arraigo en la comunidad, realizó un curso de formación en el SENA y convive con su pareja sentimental, quien se encuentra en avanzado estado de embarazo, por lo que su cuidado depende del procesado. Además, que recibió varios disparos por lo que necesita procedimientos quirúrgicos que no podría practicarse en la cárcel. Como soporte de tales afirmaciones, adjunta una serie de documentos.



Por su parte, el defensor de JOHAN FARID ROZO RONDÓN solicita la revocatoria parcial del fallo en lo relativo a la negativa de la prisión domiciliaria con sustento en que ostenta la condición de padre cabeza de familia, pues su progenitora depende económicamente y emocionalmente de él. Agrega que su prohijado no es un “*avezado delincuente*” que deba permanecer privado de la libertad en un centro de reclusión. Alega lo anterior con fundamento en una declaración extrajudicial que, indica, le fue entregada por su representado y la cual anexa a la alzada.

e) Intervención de los no recurrentes.

Guardaron silencio.

CONSIDERACIONES

a) Competencia.

Según lo preceptuado en el numeral 1º del artículo 34 de la Ley 906 de 2004, esta corporación es competente para conocer los recursos de apelación interpuestos por los procesados y sustentados por sus representantes judiciales contra la sentencia de primera instancia, la cual fue proferida por un juez penal del circuito perteneciente a este distrito judicial.

b) Problema jurídico a resolver.

De conformidad con lo reseñado líneas atrás, corresponde a la Sala resolver los siguientes problemas jurídicos:

¿Se incurrió en una irregularidad sustancial que amerite la invalidación de lo actuado derivada de una falta de defensa técnica respecto de DEINER JHOSMAR VARGAS GUEVARA en la audiencia de individualización de pena y sentencia?



Como se responderá negativamente,

¿Puede concederse a JOHAN FARID ROZO RONDÓN la prisión domiciliaria en calidad de padre cabeza de familia?

c) Caso concreto.

Pues bien, para atender la cuestión primera, dígase preliminarmente que, como es bien sabido, para acudir al remedio de la nulidad es necesario que se cumplan determinados presupuestos o principios, pues se trata de una medida extrema que sólo puede implementarse como última opción. Así, es bien sabido que las nulidades se rigen por los principios de *taxatividad*, según el cual, sólo es posible alegar las nulidades expresamente previstas en la ley; el de *protección*, el cual comporta que no podrá invocarlas el sujeto procesal que con su conducta haya dado lugar al motivo invalidatorio, salvo lo referente a la ausencia de defensa técnica; el de *convalidación*, el cual presupone que aun cuando se configure la irregularidad, ésta se puede subsanar con el consentimiento expreso o tácito del sujeto procesal perjudicado, siempre que se respeten las garantías fundamentales; el de *trascendencia*, el cual se traduce en que, quien alegue la nulidad está en la obligación de acreditar que la irregularidad sustancial afecta las garantías de los sujetos procesales o desconoce las bases fundamentales de la instrucción y/o el juzgamiento; y el de *residualidad*, el cual impone que para corregir el yerro no debe existir otro remedio procesal.

Dicho ello, en el caso concreto es claro que DEINER JHOSMAR VARGAS GUEVARA puede acudir ante el juez de ejecución de penas y medidas de seguridad para solicitarle la concesión del mecanismo sustitutivo que ahora reclama. Por consiguiente, en observancia del principio de residualidad, ninguna necesidad advierte la Sala de acudir al remedio extremo de la nulidad,



generando el consabido desgaste del aparato judicial que provoca la invalidación y repetición de actuaciones. En consecuencia, la Sala negará la nulidad deprecada.

Por otro lado, la Sala debe reiterar lo indicado por la Corte Suprema de Justicia en decisión del 29 de noviembre de 2017, dictada dentro de la actuación con radicación No. 51.304, según la cual:

“en el sistema procesal regulado por la Ley 906/04, «únicamente se estimará como prueba la que haya sido producida o incorporada en forma pública, oral, concentrada, y sujeta a confrontación y contradicción ante el juez de conocimiento» (art. 16), durante el juicio oral, salvo las que, de manera excepcional, pueden producirse de manera anticipada (art. 284). Siendo así, el estatuto procesal penal no contempla la posibilidad de practicar o incorporar pruebas en segunda instancia”.

De conformidad con dicho pronunciamiento, los documentos presentados por las partes o intervinientes junto con la sustentación del recurso de apelación carecen de todo valor probatorio por no haber sido descubiertos e incorporados en la debida oportunidad procesal, en este caso, el trámite a que alude el artículo 447 del estatuto penal adjetivo y por ende, no pueden ser tenidos en cuenta por el juez de segunda instancia a efectos de decidir el recurso de alzada.

En consecuencia, la Sala debe omitir los documentos aportados por los recurrentes junto con sus respectivos escritos de sustentación sin que pueda pronunciarse sobre los planteamientos allí esbozados por tratarse de novedosos argumentos no presentados ante el *a quo* o de lo contrario se pretermitiría la primera instancia. Si ante el fallador de primer grado no fue impetrada solicitud alguna sobre mecanismos sustitutivos, ello no puede hacerse en el recurso de apelación, como si de un momento procesal para elevar nuevas solicitudes se tratara. Entonces, ningún pronunciamiento emitirá la Sala sobre la posibilidad de conceder a los procesados la prisión domiciliaria como padres cabeza de familia pues, se insiste, se trataría de una decisión



República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público

Distrito Judicial de Bucaramanga (Santander)
Tribunal Superior
Sala Penal

novedosa contra la cual no procederían los recursos ordinarios, en desmedro del derecho de los encartados a acudir a una segunda instancia.

En ese estado de cosas, la Sala confirmará la providencia apelada en todo lo que fue objeto de concreta impugnación.

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

RESUELVE:

PRIMERO.- NEGAR LA NULIDAD deprecada por la defensora de DEINER JHOSMAR VARGAS GUEVARA.

SEGUNDO.- CONFIRMAR la providencia apelada en todo lo que fue objeto de concreta impugnación.

Contra esta sentencia procede el recurso extraordinario de casación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Los magistrados,

HAROLD MANUEL GARZÓN PEÑA

SHIRLE EUGENIA MERCADO LORA



República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público

Distrito Judicial de Bucaramanga (Santander)
Tribunal Superior
Sala Penal

GUILLERMO ÁNGEL RAMÍREZ ESPINOSA



| | |
|-------------------------------|-----------------------------------------------------------------------|
| <i>Magistrado ponente</i> | <i>Harold Manuel Garzón Peña (Despacho 6)</i> |
| <i>Radicación</i> | <i>68001-60-00-159-2022-04953-01 (CI-990)</i> |
| <i>Asunto</i> | <i>Apelación sentencia allanamiento - Proceso especial abreviado</i> |
| <i>Procedencia</i> | <i>Juzgado 3º Penal Municipal de Piedecuesta con funciones mixtas</i> |
| <i>Procesado</i> | <i>Fabio Libardo Piñeros Cáceres</i> |
| <i>Delito</i> | <i>Hurto calificado y agravado</i> |
| <i>Decisión</i> | <i>Confirmar</i> |
| <i>Fecha de registro</i> | <i>2 de junio de 2023</i> |
| <i>Fecha de aprobación</i> | <i>7 de junio de 2023</i> |
| <i>Acta de aprobación No.</i> | <i>547</i> |

Bucaramanga (Santander), siete (7) de junio de dos mil veintitrés (2023)

MATERIA DE ESTUDIO

El recurso de apelación interpuesto por la defensa de FABIO LIBARDO PIÑEROS CÁCERES contra la sentencia proferida el 31 de octubre de 2022, mediante la cual, la Jueza 3ª Penal Municipal de Piedecuesta con funciones mixtas lo condenó, en virtud de allanamiento a cargos, como coautor del delito de hurto calificado y agravado.

ANTECEDENTES

a) Hechos jurídicamente relevantes.

Fueron reseñados en la sentencia de primera instancia como sigue:

“Los hechos jurídicamente relevantes por los que se formuló acusación al ciudadano FABIO LIBARDO PIÑEROS CÁCERES, tuvieron ocurrencia el pasado 17 de junio de 2022 siendo aproximadamente las 15:35 horas, cuando el señor PIÑEROS CÁCERES, junto con otro sujeto, quienes se movilizaban en la motocicleta marca Suzuki Best 125 de color negro, placas TZR 19D, de común acuerdo y con división de trabajo criminal, se apoderaron de un bolso marca “Patricia Shoes” color plateado, mismo que contenía en su interior una billetera con documentos personales, la suma de catorce mil pesos en efectivo, un sobre de regalo con la suma de cien mil pesos en efectivo, una cartuchera de cosméticos y unas gafas de fórmula, propiedad de la víctima YOHANNA PAOLA GUZMÁN DÍAZ, quien había dejado su vehículo de marca Honda CRV, de placas CWB 210 en la vía pública, mientras estaba dentro de un vivero, cuando de repente empieza a escuchar ruidos en la autopista, sale y observa a uno de los sujetos capturados, quien, ejerciendo violencia sobre las cosas, rompió el vidrio del copiloto de su vehículo, sacó el bolso de la



víctima y emprendió la huida, atravesando la autopista, donde es allí recogido por otro sujeto; en ese momento pasa un ciudadano quien llama a la patrulla de la policía nacional, informando la actitud sospechosa de los individuos, minutos más tarde, la policía captura en flagrancia a los sujetos, los cuales son identificados por la víctima y se le incauta al indiciado FABIO LIBARDO PIÑEROS CACERES un arma blanca tipo cuchillo y el bolso de la víctima con documentos personales, se le incauta al otro sujeto CARLOS AUGUSTO DÍAZ GONZÁLEZ, un arma blanca tipo cuchillo y la motocicleta marca Suzuki Best 125 color negro, placas TZR 19D, de acuerdo con las actas de incautación de elementos.

FABIO LIBARDO PIÑEROS CÁCERES fue capturado junto con CARLOS AUGUSTO DÍAZ GONZÁLEZ, en flagrancia por parte de la PT. HEIDY JAZMIN JAIMES RODRIGUEZ y el IT. JUAN BAUTISTA SERRANO MUÑOZ, adscrito a la Policía Nacional, en la carrera 2 con calle 1C del barrio Villa Lina de Piedecuesta, Santander, el 17 de junio de 2022 a las 16:00 horas.

La víctima estableció el valor de los elementos hurtados en la suma de \$1.300.000 de pesos y estableció los perjuicios ocasionados con la conducta punible en la suma de \$3.000.000 de pesos.”

b) Actuación procesal.

El 19 de junio de 2022, ante el Juez 14 Penal Municipal de Bucaramanga con función de control de garantías, se declaró ajustada al ordenamiento jurídico la captura en flagrancia del señor PIÑEROS CÁCERES, a quien, ese mismo día, la fiscalía traslado el escrito de acusación, endilgándole el cargo de coautor del punible de hurto calificado y agravado, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 239, inciso 2°, 240, inciso 1°, numeral 1° y 241, numeral 10° del C.P., el cual aceptó dicha persona. Además, se le impuso medida de aseguramiento de privación de la libertad en su lugar de residencia.

Radicado el escrito de acusación, correspondió por reparto al Juzgado 3° Penal Municipal de Piedecuesta con funciones mixtas, despacho ante el cual, el 17 de agosto de 2022, se adelantó audiencia de verificación de allanamiento, se anunció el sentido condenatorio del fallo y se corrió el traslado de que trata el artículo 447 del C. de P.P.



El 31 de octubre posterior se corrió traslado de la respectiva sentencia a las partes e intervinientes. Contra esa decisión la defensa interpuso el recurso que resuelve ahora la Sala.

c) Sentencia de primera instancia.

En sustento de la decisión condenatoria, la jueza de primera instancia adujo que el procesado aceptó su responsabilidad de forma libre, consciente, voluntaria e informada y que existen pruebas que respaldan mínimamente la acusación.

Al momento de dosificar la sanción, partió de la pena prevista en los artículos 239, 240, inciso 1°, y 241, inciso 1° del Código Penal, con lo que obtuvo unos extremos de 108 a 294 meses, los cuales disminuyó en atención a lo dispuesto en el artículo 268, para luego dividirlos en cuartos, ubicándose en el primero de ellos, sin encontrar razones para apartarse del extremo inferior correspondiente a 54 meses. Esa cifra la disminuyó en un 50%, dado el allanamiento a cargos y el resultado lo redujo en un 60% en virtud de la reparación efectuada en favor de la víctima, con lo que individualizó la sanción definitiva en 10 meses y 24 días de prisión.

Así mismo, impuso la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso.

Por otro lado, negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria en atención a la exclusión contemplada en el artículo 68A del Código Penal.

d) Razones de la impugnación.

Inconforme con la decisión, el titular de la defensa técnica demandó su revocatoria parcial para que se conceda a su prohijado la prisión domiciliaria de conformidad con lo establecido en el artículo 38G del C.P. Al efecto, reconoció que, para ese momento, el procesado no había cumplido la mitad de



la pena y alegó que “*la justicia no debe ser tan estricta*”, pues solo le restaba un mes a su defendido para cumplir tal requisito. Agregó que los jueces “*deben ser más flexibles*” y que, según su experiencia, el encartado cumpliría el 50% en el tiempo le tomaría al expediente arribar a un juzgado de ejecución de penas.

e) Intervención de los no recurrentes.

Guardaron silencio.

CONSIDERACIONES

a) Competencia.

Según lo preceptuado en el numeral 1º del artículo 34 de la Ley 906 de 2004, esta corporación es competente para conocer el recurso de apelación interpuesto por el titular de la defensa técnica contra la sentencia de primera instancia, la cual fue proferida por una jueza penal municipal perteneciente a este distrito judicial.

b) Problema jurídico a resolver.

De conformidad con lo reseñado líneas atrás, corresponde a la Sala resolver el siguiente problema jurídico:

¿Debía concederse la prisión domiciliaria contemplada en el artículo 38G del C.P.?

d) Caso concreto.

Pues bien, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 38G del C.P., “*La ejecución de la pena privativa de la libertad se cumplirá en el lugar de residencia o morada del condenado cuando haya cumplido la mitad de la condena y concurren los*



presupuestos contemplados en los numerales 3 y 4 del artículo 38B del presente código”, con algunas excepciones en razón del delito por el que se profirió condena, no aplicables al caso concreto.

A su turno, los numerales 3 y 4 del referido artículo 38B disponen:

“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.”.

Siendo ello así, toda vez que, para el momento en que se dictó la sentencia de primera instancia, como lo reconoció el propio apelante, el procesado no había cumplido aun la mitad de la condena, pues, había estado privado de la libertad 4 meses y 12 días de los 10 meses y 24 días impuestos, no resultaba posible concederle el mecanismo sustitutivo en estudio. Es que lo dispuesto en la norma en comento son verdaderos supuestos de procedencia o requisitos que el juzgador no puede flanquear con el propósito de *“no ser tan estricto”*, soslayándose con ello la voluntad del legislador que dispuso como presupuesto ineludible el cumplimiento del 50% de la pena impuesta. Así, por



República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público

Distrito Judicial de Bucaramanga (Santander)
Tribunal Superior
Sala Penal

no cumplir los presupuestos legales, acertó la *a quo* cuando negó al procesado la prisión domiciliaria.

En consecuencia, al no encontrar razón en los argumentos del apelante, la Sala confirmará la providencia apelada.

De todas formas, en la actualidad lo anterior corresponde a un tema superado, ya que el juzgado de primera instancia comunicó que a dicha persona se le acaba de conceder libertad por pena cumplida.

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

RESUELVE:

CONFIRMAR la providencia apelada en todo lo que fue objeto de apelación.

Contra esta sentencia procede el recurso extraordinario de casación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Los magistrados,

HAROLD MANUEL GARZÓN PEÑA

SHIRLE EUGENIA MERCADO LORA



República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público

Distrito Judicial de Bucaramanga (Santander)
Tribunal Superior
Sala Penal

A handwritten signature in blue ink, appearing to read 'Guillermo', is written over a faint, semi-transparent watermark of the judicial seal and the text 'SALA PENAL'.

GUILLERMO ANGEL RAMÍREZ ESPINOSA