



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 trámite constitucional adelantada por Diego Fernando Cuadros Caro en contra de **Centro de Servicios Administrativos de los Juzgados de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Bucaramanga y Establecimiento Penitenciario de Mediana Seguridad de Bucaramanga**, luego de avocarse el trámite constitucional, se ha dictado sentencia de tutela de fecha **3 DE AGOSTO DE 2023**.

Para notificar al accionante del cual se desconoce ubicación física o electrónica, se fijó EDICTO a través del microsítio de la Rama Judicial, por el término de tres días, hoy **12 DE SEPTIEMBRE DE 2023**, siendo las 8:00 a.m.

**Sandra Jullieth Cortés Samacá**  
Secretaria

RI 23-632T

LINK EDICTO PUBLICADO EN EL MICROSITIO DE LA RAMA EL 12 DE SEPTIEMBRE DE 2023:  
<https://www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-bucaramanga-sala-penal/149>

[secpenalbuc@cendoj.ramajudicial.gov.co](mailto: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 WALTER FABÍAN SANABRIA Y ERIKA ANDREA JIMÉNEZ DURÁN** por el punible de **HURTO CALIFICADO Y AGRAVADO Y OTROS**, se ha dictado sentencia de segunda instancia de fecha **8 DE AGOSTO DE 2023**.

Para notificar a los procesados 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 **12 DE SEPTIEMBRE DE 2023**, siendo las 8:00 a.m.

**Sandra Jullieth Cortés Samacá**  
**Secretaria**

RI 22-072A

LINK EDICTO PUBLICADO EN EL MICROSITIO DE LA RAMA EL 12 DE SEPTIEMBRE 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 OSCAR EDUARDO MACHUCA FUENTES Y ERICK HERNÁNDEZ LIZARAZO** por el punible de **HURTO CALIFICADO Y AGRAVADO**, se ha dictado sentencia de segunda instancia de fecha **8 DE AGOSTO DE 2023**.

Para notificar a los procesados 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 **12 DE SEPTIEMBRE DE 2023**, siendo las 8:00 a.m.

**Sandra Jullieth Cortés Samacá**  
**Secretaria**

RI 20-591A

LINK EDICTO PUBLICADO EN EL MICROSITIO DE LA RAMA EL 12 DE SEPTIEMBRE 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 AILEN LORENA MATA GONZÁLEZ** por el punible de **HURTO AGRAVADO**, se ha dictado sentencia de segunda instancia de fecha **8 DE AGOSTO DE 2023**.

Para notificar al procesado e intervinientes que no pudieron serlo 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 **12 DE SEPTIEMBRE DE 2023**, siendo las 8:00 a.m.

**Sandra Jullieth Cortés Samacá**  
**Secretaria**

RI 22-326A

LINK EDICTO PUBLICADO EN EL MICROSITIO DE LA RAMA EL 12 DE SEPTIEMBRE 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 **GIOVANNY ANDRÉS MONSALVE SAMPAYO** por el punible de **FUGA DE PRESOS**, se ha dictado sentencia de segunda instancia de fecha **11 DE AGOSTO DE 2023**.

Para notificar al procesado que no pudo 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 **12 DE SEPTIEMBRE DE 2023**, siendo las 8:00 a.m.

**Sandra Jullieth Cortés Samacá**  
Secretaria

RI 20-289A

LINK EDICTO PUBLICADO EN EL MICROSITIO DE LA RAMA EL 12 DE SEPTIEMBRE 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 DEIVIS HOYOS LAGARES** por el punible de **TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES**, se ha dictado sentencia de segunda instancia de fecha **18 DE AGOSTO DE 2023**.

Para notificar al procesado que no pudo 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 **12 DE SEPTIEMBRE DE 2023**, siendo las 8:00 a.m.

**Sandra Julieth Cortés Samacá**  
**Secretaria**

RI 23-579A

LINK EDICTO PUBLICADO EN EL MICROSITIO DE LA RAMA EL 12 DE SEPTIEMBRE 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 ANDRES DAVID NÚÑEZ ORDUZ** por el punible de **HOMICIDIO AGRAVADO Y OTROS**, se ha dictado sentencia de segunda instancia de fecha **31 DE JULIO 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 **12 DE SEPTIEMBRE DE 2023**, siendo las 8:00 a.m.

**Sandra Jullieth Cortés Samacá**  
Secretaria

RI 19-515A

LINK EDICTO PUBLICADO EN EL MICROSITIO DE LA RAMA EL 12 DE SEPTIEMBRE 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 **WILMER ENRIQUE RUIZ** por el punible de **TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ARMAS DE FUEGO, ACCESORIOS, PARTES O MUNICIONES**, se ha dictado sentencia de segunda instancia de fecha **15 DE AGOSTO 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 **12 DE SEPTIEMBRE DE 2023**, siendo las 8:00 a.m.

**Sandra Jullieth Cortés Samacá**  
**Secretaria**

RI 23-578A

LINK EDICTO PUBLICADO EN EL MICROSITIO DE LA RAMA EL 12 DE SEPTIEMBRE 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 **PAULINO VÁSQUEZ MORALES** por el punible de **OMISIÓN DE AGENTE RETENEDOR O RECAUDADOS**, se ha dictado sentencia de segunda instancia de fecha **14 DE AGOSTO 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 **12 DE SEPTIEMBRE DE 2023**, siendo las 8:00 a.m.

**Sandra Jullieth Cortés Samacá**  
**Secretaria**

RI 22-237A

LINK EDICTO PUBLICADO EN EL MICROSITIO DE LA RAMA EL 12 DE SEPTIEMBRE 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 DAVID HERNANDEZ BELTRÁN** por el punible de **LESIONES PERSONALES DOLOSAS**, se ha dictado sentencia de segunda instancia de fecha **9 DE AGOSTO 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 **12 DE SEPTIEMBRE DE 2023**, siendo las 8:00 a.m.

  
**Sandra Jullieth Cortés Samacá**  
Secretaria

RI 21-659A

LINK EDICTO PUBLICADO EN EL MICROSITIO DE LA RAMA EL 12 DE SEPTIEMBRE 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 PABLO ANTONIO PORRAS MAYORGA** por el punible de **FUGA DE PRESOS**, se ha dictado sentencia de segunda instancia de fecha **29 DE AGOSTO 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 **12 DE SEPTIEMBRE DE 2023**, siendo las 8:00 a.m.

**Sandra Jullieth Cortés Samacá**  
Secretaria

RI 23-532A

LINK EDICTO PUBLICADO EN EL MICROSITIO DE LA RAMA EL 12 DE SEPTIEMBRE 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 ANGEL MIGUEL LÓPEZ AYALA, KATHERINE ALEXANDRA GALLEGO Y JOSÉ ANÍBAL CALDERÓN VARGAS** por el punible de **PROXENETISMO CON MENOR DE EDAD EN CONCURSO HETEROGÉNEO CON ESTÍMULO A LA PROSTITUCIÓN DE MENORES DE EDAD Y EXPLOTACIÓN SEXUAL COMERCIAL CON PERSONA MENOR DE 18 AÑOS**, se ha dictado sentencia de segunda instancia de fecha **11 DE AGOSTO 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 **12 DE SEPTIEMBRE DE 2023**, siendo las 8:00 a.m.

**Sandra Jullieth Cortés Samacá**  
**Secretaria**

RI 22-227A

LINK EDICTO PUBLICADO EN EL MICROSITIO DE LA RAMA EL 12 DE SEPTIEMBRE 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 LUIS ALBERTO HERRERA OSORIO** por el punible de **VIOLENCIA INTRAFAMILIAR AGRAVADA EN CONCURSO HOMOGÉNEO**, se ha dictado sentencia de segunda instancia de fecha **22 DE AGOSTO 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 **12 DE SEPTIEMBRE DE 2023**, siendo las 8:00 a.m.

**Sandra Julieth Cortés Samacá**  
**Secretaria**

RI 20-243A

LINK EDICTO PUBLICADO EN EL MICROSITIO DE LA RAMA EL 12 DE SEPTIEMBRE 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 BRAYAN STIVEN ACOSTA PINZON Y ANGEL BELANDRIA MORA** por el punible de **HURTO CALIFICADO Y AGRAVADO**, se ha dictado sentencia de segunda instancia de fecha **4 DE AGOSTO 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 **12 DE SEPTIEMBRE DE 2023**, siendo las 8:00 a.m.

**Sandra Jullieth Cortés Samacá**  
**Secretaria**

RI 21-723A

LINK EDICTO PUBLICADO EN EL MICROSITIO DE LA RAMA EL 12 DE SEPTIEMBRE DE 2023:  
<https://www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-bucaramanga-sala-penal/149>



REPÚBLICA DE COLOMBIA  
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE  
BUCARAMANGA

SALA DE DECISIÓN PENAL

**Magistrada ponente: SUSANA QUIROZ HERNÁNDEZ**

|                      |  |
|----------------------|--|
| <b>Radicación</b>    | 68001-2204-000-2023-00647-00 (N.I. 23-632T)  |
| <b>Accionante</b>    | Diego Fernando Cuadros Caro  |
| <b>Accionado (s)</b> | Juzgado 5° de Ejecución de Penas de Bucaramanga  |
| <b>Vinculado (s)</b> | (i) Centro de Servicios Administrativos de los Juzgados de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Bucaramanga<br>(ii) Establecimiento Penitenciario de Mediana Seguridad de Bucaramanga, La Modelo |
| <b>Decisión</b>      | Ampara y niega   |
| <b>Aprobación</b>    | Acta No. 758   |
| <b>Fecha</b>         | 3 de agosto de 2023  |

## I. OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

Entrar a resolver la acción de tutela promovida por Diego Fernando Cuadros Caro, contra el Juzgado 5° de Ejecución de Penas de Bucaramanga, por la presunta vulneración de su derecho *iusfundamental* al debido proceso; trámite al que se vinculó al Centro de Servicios Administrativos de los Juzgados de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Bucaramanga y al Establecimiento Penitenciario de Mediana Seguridad de Bucaramanga, la Modelo.

## II. HECHOS Y PRETENSIONES

Mediante escrito presentado, Diego Fernando Cuadros Caro relató que cuenta con los requisitos objetivos y subjetivos para acceder a la libertad por pena cumplida, pero no ha recibido respuesta alguna.

## III. ACTUACIÓN PROCESAL

3.1. Las diligencias correspondieron por reparto al Despacho de la Magistrada Ponente, quien a través de auto del 26 de julio de 2023 avocó el conocimiento y decidió vincular al Juzgado 5° de Ejecución de Penas de Bucaramanga, al Centro de Servicios Administrativos de los Juzgados de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Bucaramanga y al Establecimiento Penitenciario de Mediana Seguridad de Bucaramanga, la Modelo.

3.2. Corolario, el Despacho 5° de Ejecución de Penas a través de oficio No. 126° informó que vigila la condena a 57 meses de prisión impuesta por el Juzgado 7° Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bucaramanga contra Diego Fernando Cuadros Caro por el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, siendo que el sentenciado está privado de la libertad desde el 5 de julio de 2019.

Sumó, el 27 de julio de 2023 ingresó al Estrado Judicial solicitud de redención de pena y libertad condicional, misma que fue resuelta en auto del 28 de julio hogaño en el sentido de reconocerle 20.5 días y se le concedió la libertad condicional con un periodo de prueba de 2 meses y 23 días, previa caución de \$300.000.

Finalmente puntualizó, que con ocasión a la acción de tutela se impartieron instrucciones al Centro de Servicios Administrativos de los Juzgados de Ejecución de Penas para agilizar la notificación.

3.3. Por su parte, el EPMS la Modelo replicó que Diego Fernando Cuadros Caro fue condenado por el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, siendo capturado el 5 de julio de 2019. Clarificó, que el área jurídica recibió el 25 de julio de 2023 petición atinente al envío de cómputos extraordinarios y libertad por pena cumplida, misma que fue resuelta en término.

3.4. Las demás entidades vinculadas guardaron silencio.

## **IV. CONSIDERACIONES DE LA SALA**

### **4.1. Sobre la competencia**

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 86 de la Constitución Política, en concordancia con el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991, modificado por los Decretos 1382 de 2000, 1069 de 2015, 1983 de 2017 y 333 de 2021, este Tribunal tiene competencia para tramitar y resolver la acción de tutela en atención a que la demanda se interpone contra un Juzgado de Ejecución de Penas de Bucaramanga.

### **4.2. De la acción de tutela**

El artículo 86 de la Constitución Política, indica que la acción de tutela es un mecanismo excepcional que tiene por objeto la protección judicial inmediata de los derechos constitucionales fundamentales de las personas, cuando tales han sido vulnerados o puestos en peligro, por acción u omisión de la autoridad pública o de los particulares en los casos expresamente señalados por la norma antes citada, la cual ostenta carácter subsidiario, en cuanto no procede cuando el ordenamiento prevé otro mecanismo para la protección del derecho invocado; residual, en la medida en que complementa aquellos medios previstos en la normatividad que no son eficaces para la protección de los derechos fundamentales, y además, se trata de un instrumento informal, toda vez que se tramitan por esta vía las violaciones, o amenazas de los derechos fundamentales que por su trascendencia, no requieren la confrontación propia de un proceso ante la justicia ordinaria.

3

### **4.3. Problema jurídico**

Determinar si las entidades accionadas y vinculadas al trámite constitucional, transgredieron el derecho fundamental invocado.

#### **4.4. Derecho al debido proceso**

Se ha indicado por la Corte Constitucional que el debido proceso constituye un conjunto de garantías que conceden protección al ciudadano dentro de una actuación judicial o administrativa y con ello, se busca afianzar el respeto de demás garantías fundamentales<sup>1</sup>.

En ese sentido, la jurisprudencia constitucional ha edificado que tales postulados son: *(i) a la jurisdicción, que a su vez conlleva las garantías a un acceso igualitario de los jueces, a obtener decisiones motivadas, a impugnar las decisiones ante autoridades de jerarquía superior y al cumplimiento de lo decidido en el fallo; (ii) al juez natural, identificado como el funcionario con capacidad legal para ejercer jurisdicción en determinado proceso o actuación, de acuerdo con la naturaleza de los hechos, la calidad de las personas y la división del trabajo establecida por la Constitución y la Ley; y (iii) el derecho a la defensa (...) (iv) las garantías mínimas de presentación, controversia y valoración probatoria (v) a un proceso público, llevado a cabo en un tiempo razonable y sin dilaciones injustificadas; (vi) y a la independencia e imparcialidad del juez.*<sup>2</sup>

4

---

En concordancia con lo atrás señalado, el debido proceso se ve representado en la posibilidad de que toda persona cuente con mecanismos reales para requerir la protección de sus intereses ante los Jueces y a obtener una respuesta de fondo donde se resuelvan las controversias, situación de la que se evidencia una estrecha relación con el derecho de acceso a la administración de justicia<sup>3</sup>.

#### **4.5. Derecho de acceso la administración de justicia**

El artículo 229 de la Constitución Política prevé que a todas las personas se les garantiza el derecho de acceder a la administración de justicia, por su parte la Corte Constitucional ha puntualizado que esta

---

<sup>1</sup> Sentencia SU-174/2021.

<sup>2</sup> Sentencia C-163/2019.

<sup>3</sup> Sentencia C-210/2021.

garantía ostenta dos dimensiones “(i) la posibilidad de acudir ante un juez o tribunal a presentar las pretensiones para la protección de sus derechos o intereses y (ii) que dicho acceso a la justicia sea efectivo, al obtener la resolución de fondo de las pretensiones presentadas y que la misma se pueda hacer efectiva a través de su correcta ejecución.”<sup>4</sup>

#### **4.6. Del derecho de petición**

El artículo 23 de la Carta Política indica la potestad de toda persona en presentar peticiones respetuosas ante autoridades, ya sea por motivos de interés general o particular y a obtener una respuesta oportuna; corolario, la Corte Constitucional ha señalado que el derecho fundamental comprende:

*“a) la posibilidad cierta y efectiva de elevar, en términos respetuosos, solicitudes ante las autoridades, sin que éstas se nieguen a recibirlas o se abstengan de tramitarlas; b) la respuesta oportuna, es decir, dentro de los términos establecidos en el ordenamiento jurídico; c) la respuesta de fondo o contestación material, lo que supone que la autoridad entre en la materia propia de la solicitud, sobre la base de su competencia, refiriéndose de manera completa a todos los asuntos planteados (plena correspondencia entre la petición y la respuesta), excluyendo fórmulas evasivas o elusivas; y d) la pronta comunicación de lo decidido al peticionario, con independencia de que su sentido sea positivo o negativo.”<sup>5</sup>*

5

---

A su vez, el derecho de petición presenta diversas modalidades, tales como: (i) de interés general; (ii) de interés particular; (iii) solicitud de información o documentación; (iv) cumplimiento de un deber constitucional o legal; (v) garantía o reconocimiento de un derecho; (vi) consulta; (vii) queja; (viii) denuncia; (ix) reclamo; y (x) recurso<sup>6</sup>

Y, en punto a las respuestas, se ha reiterado jurisprudencialmente que esta “debe satisfacer cuando menos tres requisitos básicos: (i) debe ser oportuna, es decir, debe ser dada dentro de los términos que establezca la ley; (ii) la respuesta debe resolver de fondo el asunto solicitado. Además de ello, debe ser clara, precisa y

---

<sup>4</sup> Sentencia T-608 de 2019.

<sup>5</sup> Sentencia T-487/2017.

<sup>6</sup> Sentencia T-230/2020.

*congruente con lo solicitado; y (iii) debe ser puesta en conocimiento del peticionario”<sup>7</sup>*

#### **4.7. Solución del caso concreto**

En el caso objeto de estudio por la Sala, se estima menester realizar algunas precisiones con el fin de dar resolución al asunto. Diego Fernando Cuadros Caro en la demanda inicial señaló que no le ha sido resuelta solicitud de libertad por *pena cumplida*, ello a pesar de cumplir los requisitos subjetivos y objetivos.

Por su parte, el Juzgado 5° de Ejecución de Penas respondió que, el 27 de julio de 2023 ingresó solicitud de redención de penas y *libertad condicional*, la cual se resolvió en proveído del 28 de julio del año en curso, estando pendiente la notificación por el Centro de Servicios Administrativos de los Juzgados de esa especialidad.

Y, finalmente, la EPMS la Modelo de Bucaramanga indicó que el 25 de julio de 2023 se recibió solicitud elevada por Cuadros Caro, atinente al envío de documentación de cómputos extraordinarios y *libertad por pena cumplida*, la cual se resolvió en oficio GESDOC 2023EE0138720.

Sobre lo último dicho explíquese, con la respuesta de la EPMS la Modelo se adjuntó la petición radicada inicialmente por Diego Fernando en la cual se observa por la Sala que se requiere el envío de *“toda la documentación pertinente a mi libertad por pena cumplida y certificados de cómputo de abril, mayo y junio 2023 más cómputos extraordinarios al Juzgado 05 de penas (...)”*.

Entonces, entiende la Colegiatura que la respuesta entregada por el Despacho 5° de Ejecución de Penas difiere de la solicitud que Diego Fernando Cuadros Caro indica no le ha sido resuelta, ella por cuando el Establecimiento Carcelario prescindió del envío y mediante oficio GESDOC 2023EE0138720 le respondió al actor que *“su pena*

---

<sup>7</sup> Sentencia T-077/2018.

*cumplida según los datos y estadísticas a la fecha de hoy cumpliendo con el supuesto de 120 horas de estudio en el mes de julio de 2023 está proyectada para el 16/09/2023 (...) Por lo anteriormente expuesto no se le dará trámite a su solicitud de PENA CUMPLIDA.”*

Tal situación encuentra corroboración al revisar los documentos que adjuntó el Juzgado vigilante de la sanción, pues si bien se aseveró que la petitoria de redención y libertad *condicional* ingresó al Despacho el 27 de julio de 2023, la misma tiene sello del Centro de Servicios Administrativos que data del 7 de julio de 2023.

Siendo así, se concluye que sí se le han vulnerado derechos *iusfundamentales* al ciudadano Diego Fernando Cuadros Caro, pero esto no deviene de alguna omisión por parte del Juzgado 5° de Ejecución de Penas de Bucaramanga o el Centro de Servicios Administrativos de los Juzgados de Ejecución de Penas de esta ciudad, por cuanto de los medios suasorios allegados se demostró que a ellos no se ha remitido la solicitud de *libertad por pena cumplida*, la cual echa de menos respuesta el accionante, sino que la afectación proviene del Establecimiento Carcelario que no acató lo peticionado, esto es, el envío de toda la documentación atinente a cómputos al Estrado Judicial para acceder a la *libertad por pena cumplida*.

Consecuente, corresponde a la Sala de Decisión disponer el amparo de los derechos reclamados y ordenar al Establecimiento Penitenciario de Mediana Seguridad de Bucaramanga, la Modelo, que remita la solicitud de libertad por pena cumplida al Juzgado 5° de Ejecución de Penas de Bucaramanga, con el fin que este lo resuelva dentro del término legal que corresponda.

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

**V. RESUELVE:**

**PRIMERO. AMPARAR** los derechos fundamentales al debido proceso y acceso a la administración de justicia de Diego Fernando Cuadros Caro, conforme a lo expuesto en el cuerpo motivo de este fallo.

**SEGUNDO. ORDENAR** al Establecimiento Penitenciario de Media Seguridad de Bucaramanga, la Modelo que, si no lo ha hecho, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación, remita la solicitud de libertad por pena cumplida al Juzgado 5° de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Bucaramanga para lo de su cargo.

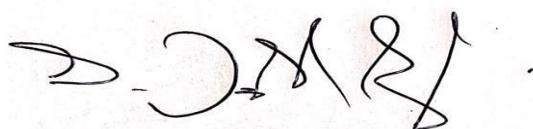
**TERCERO. NEGAR** el amparo constitucional frente al Juzgado 5° de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Bucaramanga y al Centro de Servicios Administrativos de los Juzgados de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Bucaramanga.

8

---

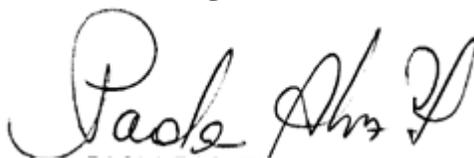
**CUARTO.** De no ser impugnada la presente decisión, envíense las diligencias a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



**SUSANA QUIROZ HERNÁNDEZ**

Magistrada



**PAOLA RAQUEL ÁLVAREZ MEDINA**

Magistrada



**JAIRO MAURICIO CARVAJAL BELTRÁN**

Magistrado



**República de Colombia**  
**Rama Judicial del Poder Público**

**Distrito Judicial de Bucaramanga (Santander)**  
**Tribunal Superior**  
**Sala Penal**

*Magistrada ponente: Paola Raquel Álvarez Medina.*  
*Radicado: 68001-6000-000-2021-00385-01 (22-072A).*  
*Procesados: Walter Fabián Sanabria y otros.*  
*Delito: Hurto calificado y agravado, y otros.*  
*Decisión: Confirma sentencia.*

## **APROBADO ACTA No. 766**

**Bucaramanga, ocho (8) de agosto de dos mil veintitrés (2023)**

### **ASUNTO**

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por los defensores de **Walter Fabián Sanabria** y **Erika Andrea Jiménez Durán**, contra la sentencia del 13 de diciembre de 2021, mediante la cual el Juzgado Quinto Penal del Circuito de Bucaramanga con función de conocimiento, los condenó, entre otros, la pena de 36 meses de prisión, al hallarlos responsables del delito de hurto calificado y agravado (arts. 239, 240 inc. 2° y 4°, y 241 N° 10 del C.P.).

### **HECHOS**

Según el escrito de acusación, el 9 de noviembre de 2019, sobre las 10:30 a.m., en el banco BBVA ubicado en la carrera 10 con calle 36 de Bucaramanga se encontraba Gladys Niño Peñaranda retirando la suma de \$3'000.000 pesos en compañía de Leidy Johanna Flores Amaya. Al salir de allí, la señora Niño Peñaranda se dirigió a su residencia en una motocicleta, pero sobre la calle 17 con carrera 9 fue cerrada por dos sujetos que se desplazaban en la moto con placas EMK74F, cuyo parrillero, intimidándola con arma de fuego apuntándole al cuerpo y dándole una patada a su velocípedo, le exigió que le entregara el bolso, por lo que ella cae al piso y la despojan del mismo, emprendiendo la huida.



Apelación sentencia anticipada - Rad: 68001-6000-000-2021-00385-01 (22-072A).  
Procesados: Walter Fabián Sanabria y otros.  
Decisión: Confirma sentencia del 13 de diciembre de 2021.

La víctima se percató de la existencia de otra motocicleta ocupada también por dos personas, una de ellas femenina, quienes les realizan señas; luego de ello, por señalamiento de Gladys, miembros de la Policía Nacional logran la captura en flagrancia de quienes se identificaron como Walter Fabián Sanabria y Dubbier Jair Páez Barajas, el primero tenía en su poder la motocicleta de placas EMK74F, un teléfono celular marca Samsung Duos y un casco negro, y el segundo portaba un teléfono celular marca Motorola, siete billetes de \$50.000 pesos y una licencia de tránsito de la motocicleta de placas GBN90B.

La señora Gladys Niño Peñaranda dijo que en su bolso tenía \$3'000.000 pesos que retiró del banco BBVA y \$2'000.000 pesos que llevaba previamente, una cadena de oro y documentos personales, tasando los daños y perjuicios en \$8'000.000 pesos. Tras labores de investigación, se determinó la existencia de un grupo delincuencia conformado por 8 personas responsables del atentado al patrimonio económico de la ofendida, donde Karen Sirley Sánchez Ortiz era la marcadora al interior de la entidad bancaria y realizó el seguimiento de Niño Peñaranda, Brandon Dayan Villamizar Gómez y Duvan Arley Suárez Ferrer fueron los ocupantes de la motocicleta de placas ZLK69C, quienes tenían la función de ayudar en la huida de los que ejecutaron el ilícito. Erika Andrea Jiménez Durán a bordo de la moto de placas CAP18F, también cumplió la función de *escapera*, junto con el que se encargó de ser el *cogedor* abordando la víctima; finalmente, Walter Fabián Sanabria era el conductor de la motocicleta de placas EMK74F ejerciendo como *escapero* en compañía de quien se encargó de ser *pasador*.

El 23 de septiembre de 2020, cuando se realizó la diligencia de allanamiento en el inmueble ocupado por Karen Sirley Sánchez Ortiz se hallaron bolsas plásticas que su interior contenían un total de 90,90 gramos de marihuana, así como el teléfono celular marca Motorola con IMEI 355647080454183 reportado como hurtado el 18 de enero de 2019.



## **ACTUACIÓN PROCESAL**

1. Del 23 al 25 de septiembre de 2020, ante el Juzgado Primero Penal Municipal de Bucaramanga con función de control de garantías, se impartió legalidad a las órdenes de allanamiento y registro, así como a la incautación de bienes con fines de comiso; igualmente, se legalizó la captura de **Walter Fabián Sanabria, Erika Andrea Jiménez Durán**, Karen Sirley Sánchez Ortiz y Duvan Asley Suárez Ferrer; asimismo, la agencia fiscal les imputó los delitos de hurto calificado y agravado, en concurso heterogéneo con el de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones agravado (arts. 239, 240 inc. 2º, 241 Nº 10, 31 y 365 inc. 1º y 3º Nº 1º y 4º del C.P.); adicionalmente, a Karen Sirley los ilícitos de tráfico, fabricación, porte o tenencia de estupefacientes en concurso heterogéneo con receptación (arts. 376 inc. 2º y 447 inc. 2º del C.P.), cargos que no aceptaron; finalmente, ese despacho les impuso medida de aseguramiento consistente en detención preventiva, a Walter Fabián, Duvan Arley y Karen Sirley en centro carcelario y, a Erika Andrea en su lugar de residencia.

El 6 de noviembre siguiente, ese mismo despacho, bajo el radicado 68001-6000-159-2019-08133, impartió legalidad a la captura de **Brandon Dayan Villamizar Gómez**; asimismo, la fiscalía le imputó los delitos de hurto calificado y agravado, en concurso heterogéneo con el de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones agravado (arts. 239, 240 inc. 2º, 241 Nº 10, 31 y 365 inc. 1º y 3º Nº 1º y 4º del C.P.), cargos que no aceptó; finalmente el despacho le impuso medida de aseguramiento consistente en detención preventiva en su lugar de residencia.

El 30 de junio de 2021, el Juzgado Primero Penal Municipal –Ambulante- de Bucaramanga con función de control de garantías sustituyó la medida de aseguramiento impuesta a Walter Fabián Sanabria, para que continuara ejecutándola en su domicilio.



*Apelación sentencia anticipada - Rad: 68001-6000-000-2021-00385-01 (22-072A).*

*Procesados: Walter Fabián Sanabria y otros.*

*Decisión: Confirma sentencia del 13 de diciembre de 2021.*

**2.** El 3 de diciembre de 2020, la fiscalía radicó escrito de acusación contra los antes mencionados y otros, por las mismas atribuciones jurídicas (arts. 239, 240 inc. 2º, 241 N° 10, 31 y 365 inc. 1º y 3º N° 1º y 4º del C.P.), que por reparto correspondió al Juzgado Quinto Penal del Circuito de Bucaramanga con función de conocimiento, autoridad que el 30 de julio de 2021 instaló la audiencia de acusación, en la cual la agencia fiscal presentó el preacuerdo celebrado con Walter Fabián Sanabria, Erika Andrea Jiménez Durán y otros, consistente en que, a cambio de aceptar responsabilidad únicamente por el delito de hurto calificado y agravado, atendiendo al principio de legalidad, les degradaría su participación a cómplices para efectos punitivos, quedando la pena en 72 meses de prisión, pero al haber reparado de manera integral a la víctima (art. 269 C.P.) se disminuiría a la mitad ese monto, quedando en 36 meses de prisión la pena imponible.

Asimismo, la fiscalía solicitó la preclusión del juzgamiento por el delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones en favor de Walter Fabián Sanabria, Erika Andrea Jiménez Durán y otros, conforme a la causal 6ª del artículo 332 del C.P., ante la imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia.

En audiencia del 27 de octubre de 2021, el despacho corrió traslado de las solicitudes anteriormente descritas a los sujetos procesales, a lo cual los defensores corroboraron los términos del pacto y coadyuvaron la petición de preclusión; igualmente, los encartados señalaron que dicha negociación la celebraron de forma libre, consiente, voluntaria y debidamente asesorada, estando enterados de sus consecuencias; en ese sentido, el juzgador resolvió aprobar el preacuerdo, por lo que se corrió el traslado del artículo 447 del C.P.P., luego de lo cual se suspendió la vista pública.

**3.** El 3 de noviembre de 2021 la agencia fiscal comunicó ruptura de la unidad procesal, la cual fue efectuada por parte del Centro de Servicios Judiciales –SPA de esta ciudad, dejándose constancia que bajo el presente radicado N° 68001-6000-000-2021-00385 continuarán las diligencias por el



*Apelación sentencia anticipada - Rad: 68001-6000-000-2021-00385-01 (22-072A).*

*Procesados: Walter Fabián Sanabria y otros.*

*Decisión: Confirma sentencia del 13 de diciembre de 2021.*

delito de hurto calificado y agravado por el que se allanaron por vía del preacuerdo los señores Walter Fabián, Erika Andrea, Duvan Arley Suárez Ferrer, Karen Sirley Sánchez Ortiz y Brandon Dayan Villamizar Gómez, mientras que el radicado N° 68001-6000-000-2020-00301 seguirá por el restante punible de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones que les había sido imputado, cuya solicitud de preclusión se encuentra en trámite.

4. El 12 de diciembre de 2021 el Juzgado Quinto Penal del Circuito de Bucaramanga con función de conocimiento procedió a emitir la sentencia respectiva, en la cual condenó a Walter Fabián Sanabria, Erika Andrea Jiménez Duran, Duvan Arley Suárez Ferrer y Brandon Dayan Villamizar Gómez la pena de 36 meses de prisión por el delito de hurto calificado y agravado (arts. 239, 240 inc. 2° y 4°, y 241 N° 10 del C.P.). Igualmente, a Karen Sirley Sánchez Ortiz, a la pena de 39 meses de prisión por los delitos de hurto calificado y agravado, en concurso heterogéneo con receptación y tráfico, fabricación o porte de estupefacientes (arts. 239, 240 inc. 2° y 4°, 241 N° 10, 447 376 inc. 2°, y 31 del C.P.); además, les impuso la pena accesoria de inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término de la pena principal, denegándoles el acceso a los subrogados penales así como las peticiones de prisión domiciliaria por padre y madre cabezas de familia, determinación contra la cual la defensa de Walter Fabián y Erika Andrea interpusieron recurso de apelación, el cual sustentaron dentro del término legal.

5. El 26 de enero de 2022 las diligencias ingresaron por reparto a esta magistratura, para lo de su cargo.

## **SENTENCIA IMPUGNADA**

El juez de primera instancia estimó<sup>1</sup> acreditada la ocurrencia del reato endilgado y la responsabilidad penal de Walter Fabián Sanabria, Erika Andrea Jiménez Duran y otros, con fundamento en la aceptación de cargos

---

<sup>1</sup> Pág. 221 en adelante del Expediente digital del Tribunal.



*Apelación sentencia anticipada - Rad: 68001-6000-000-2021-00385-01 (22-072A).  
Procesados: Walter Fabián Sanabria y otros.  
Decisión: Confirma sentencia del 13 de diciembre de 2021.*

por vía del preacuerdo, la cual respondió a una manifestación consciente, libre y voluntaria, debidamente asesorada por sus defensores, así como con los elementos materiales de prueba expuestos, por lo que dictó sentencia condenatoria en su contra.

En consecuencia, el *a quo* los condenó a la pena de 36 meses de prisión por el delito de hurto calificado y agravado (arts. 239, 240 inc. 2° y 4°, y 241 N° 10° del C.P.); además, les impuso la sanción accesoria de inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso de la pena privativa de la libertad; finalmente, denegó el acceso a los subrogados penales y a la prisión domiciliaria, por madre cabeza de familia respecto de Erika Andrea, y por enfermedad grave a Walter Fabián.

En cuanto a la negativa de la prisión domiciliaria por madre cabeza de familia de Erika Andrea Jiménez Duran, que fue el objeto de disenso de su defensora, manifestó que no se comprobó tal calidad, dado que no se acreditó que sus hijos menores de edad carezcan de familia extensa materna o paterna que pudiera hacerse cargo de ellos, máxime que la encartada incumplió los compromisos adquiridos para disfrutar de la detención domiciliaria impuesta, ya que el 11 de septiembre de 2021 fue capturada por el delito de fuga de presos por encontrarse fuera de su residencia.

Respecto de la inadmisión de la prisión domiciliaria por enfermedad grave a Walter Fabián Sanabria, que fue el objeto de censura por parte de su apoderado, indicó que, revisada la determinación médico legal respecto de la dolencia sufrida en la vértebra L-1 con ocasión a la caída de la hamaca que sufrió en la estación de policía donde estaba detenido, el galeno tratante no refirió que la patología que padece sea de tal gravedad que se torne incompatible con la vida en reclusión; aunado a ello, el dictamen se realizó el 10 de agosto de 2021, lo que impide conocer su estado de salud actual y la única recomendación médica fue guardar reposo en una cama para facilitar la formación de callo óseo, lo cual puede hacer en el establecimiento de reclusión; finalmente, adujo que no se allegó un diagnóstico y pronóstico



*Apelación sentencia anticipada - Rad: 68001-6000-000-2021-00385-01 (22-072A).*

*Procesados: Walter Fabián Sanabria y otros.*

*Decisión: Confirma sentencia del 13 de diciembre de 2021.*

médico definitivo, ni dictamen que señale que la enfermedad que padece es grave e incompatible con el sitio de reclusión.

## **RECURSO DE APELACIÓN**

1. La defensa de Erika Andrea Jiménez Duran aduce<sup>2</sup> que la condición de madre cabeza de familia de su prohijada se desprende del arraigo que ostenta, así como la posibilidad de estar en casa con sus dos hijos menores de edad, pues es quien ejerce su cuidado, pues su progenitor Jesús Antonio Ayala Cobos también se encuentra privado de la libertad en el EPMSC de Bucaramanga.

Dice que someter a los menores al cuidado de algún miembro de su familia extensa podría causarles traumas y ponerlos en riesgo, pues no conocen sus costumbres, educación, entre otros aspectos, máxime que con su madre se sienten seguros; aunado a ello, contrario a lo referido por el a quo, considera que si se cumplen los requisitos jurisprudenciales para acceder a tal beneficio, dado que Erika Andrea (i) carece de antecedentes penales, (ii) tiene trabajo para proveerle alimentos a sus hijos, (iii) no existe riesgo de fuga, pues estaría a dos meses de cumplir la mitad de la condena, (iv) tiene arraigo familiar y un proyecto de vida, (v) está de por medio el intereses superior del menor y, (vi) está probada la situación de indefensión de los menores de edad, dado que su padre también esta interno en una cárcel.

2. La apoderada judicial de Walter Fabián Sanabria implora que se revoque el numeral cuarto de la parte resolutive de la sentencia y, en su lugar, se le conceda la prisión domiciliaria por enfermedad grave a su defendido, pues el sustituto pedido en favor suyo fue el contemplado en el numeral 4° del artículo 314 del C.P.P., aludiendo que el 30 de junio de 2020 se sustituyó la medida de aseguramiento que tenía, atendiendo a su estado grave de salud por la caída que sufrió en la estación de policía El Centro, perdiendo temporalmente la movilidad de las piernas, requiriendo de asistencia para

---

<sup>2</sup> Pág. 235 en adelante del Expediente digital del Tribunal.



*Apelación sentencia anticipada - Rad: 68001-6000-000-2021-00385-01 (22-072A).  
Procesados: Walter Fabián Sanabria y otros.  
Decisión: Confirma sentencia del 13 de diciembre de 2021.*

hacer sus necesidades fisiológicas, tal como lo afirmó el médico que lo atendió en el Hospital del Norte de esta localidad, aduciendo que la enfermedad es grave e incompatible con el establecimiento de reclusión.

Refirió que, contrario a lo colegido por el juez de primer grado, aún persiste la enfermedad de su defendido y aclaró que, pese a que han solicitado el dictamen de medicina legal, le han señalado que requieren más información para realizar una valoración completa.

## **NO RECURRENTES.**

No se pronunciaron.

## **CONSIDERACIONES DE LA SALA**

### **1. La prisión domiciliaria por padre o madre cabeza de familia.**

De acuerdo con el artículo 1° de la Ley 750 de 2002, la persona madre o padre cabeza de familia podrá purgar la pena en el lugar de su residencia o, en su defecto, en el lugar señalado por el juez en caso de que la víctima de la conducta punible resida en aquel domicilio, siempre que su desempeño personal, laboral, familiar o social permita a la autoridad judicial competente determinar que no colocará en peligro a la comunidad o a las personas a su cargo, hijos menores de edad o hijos con incapacidad mental permanente.

Agrega el inciso tercero del citado artículo que el beneficio de la prisión domiciliaria por ser madre o padre cabeza de familia no se aplicará a los autores o partícipes de los delitos de genocidio, homicidio, delitos contra las cosas o las personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario, extorsión, secuestro o desaparición forzada o quienes registren antecedentes penales, salvo por delitos culposos o delitos políticos.



Apelación sentencia anticipada - Rad: 68001-6000-000-2021-00385-01 (22-072A).

Procesados: Walter Fabián Sanabria y otros.

Decisión: Confirma sentencia del 13 de diciembre de 2021.

Entonces, para que el sentenciado tenga derecho a la prisión domiciliaria se requiere (a) que sea madre o padre cabeza de familia, (b) que su desempeño personal, laboral, familiar o social permita colegir que no colocará en peligro a la comunidad o a las personas a su cargo; (c) que la sentencia no se haya impuesto por delitos de genocidio, homicidio, delitos contra el Derecho Internacional Humanitario, extorsión, secuestro o desaparición forzada; (d) que no registre antecedentes penales, salvo por delitos políticos o culposos<sup>3</sup>.

Ahora bien, para determinar si una mujer o un hombre tiene la calidad de madre o padre cabeza de familia, el artículo 2° de la Ley 82 de 1993, modificado por el artículo 1° de la Ley 1232 de 2008, señala que es madre o padre cabeza de familia, quien siendo soltero o casado, ejerce la jefatura del hogar y tiene bajo su cargo, afectiva, económica o socialmente, en forma permanente, hijos menores de edad propios u otras personas incapaces o incapacitadas para trabajar, ya sea por ausencia permanente o incapacidad física, sensorial, síquica o moral del cónyuge o compañero permanente o deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros del núcleo familiar.

Definición sobre la que la Corte Constitucional precisó:

*[p]ara tener dicha condición es presupuesto indispensable (i) que se tenga a cargo la responsabilidad de hijos menores o de otras personas incapacitadas para trabajar; (ii) que esa responsabilidad sea de carácter permanente; (iii) no sólo la ausencia permanente o abandono del hogar por parte de la pareja, sino que aquélla se sustraiga del cumplimiento de sus obligaciones como padre; (iv) o bien que la pareja no asuma la responsabilidad que le corresponde y ello obedezca a un motivo verdaderamente poderoso como la incapacidad física, sensorial, síquica o mental o, como es obvio, la muerte; (v) por último, **que haya una deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros de la familia, lo cual significa la responsabilidad solitaria de la madre para sostener el hogar.**<sup>4</sup> (Negrilla fuera del texto)*

De otra parte, el Alto Tribunal Constitucional ha sido claro en que la aplicación de la sustitución de la pena de prisión intramural por la prisión domiciliaria cuando se es madre o padre cabeza de familia no es un derecho

<sup>3</sup> Conjunto de requisitos que ratifica la sentencia del 31 de mayo de 2017, radicado 46.277.

<sup>4</sup> Sentencia SU – 388 de 2005.



Apelación sentencia anticipada - Rad: 68001-6000-000-2021-00385-01 (22-072A).

Procesados: Walter Fabián Sanabria y otros.

Decisión: Confirma sentencia del 13 de diciembre de 2021.

de los implicados, pues tiene como fin la protección del menor que puede encontrarse en inminente riesgo<sup>5</sup>.

## **2. El caso concreto.**

Por una parte, la defensora de Erika Andrea Jiménez Duran pide que se le otorgue a su prohijada el beneficio de la prisión domiciliaria por ostentar la condición de madre cabeza de familia respecto de sus dos hijos menores de edad, dado que siempre ha ejercido su cuidado y protección, máxime que el progenitor también se encuentra privado de la libertad en un centro penitenciario y dejarlos bajo el mando de un miembro de la familia extensa podría acarrearles perjuicios porque no conocen sus costumbres, necesidades y demás. De otro lado, la apoderada judicial de Walter Fabián Sanabria pretende que se le otorgue la prisión domiciliaria por enfermedad grave incompatible con la vida en reclusión, dado que la caída que sufrió cuando estuvo detenido en la estación de policía le generó una afectación que le impedía realizar sus necesidades fisiológicas de manera independiente y porque fue de alta magnitud para su salud.

Así las cosas, corresponde a la Sala analizar ambos reparos de forma independiente, así:

**2.1.** En cuanto a la censura de la abogada defensora de Erika Andrea Jiménez Duran, tal como lo derivó el *a quo*, no es posible acceder a tal petición, pues si bien es madre de L.M. Ayala Jiménez nacida el 9 de junio de 2015, y de J.M. Ayala Jiménez nacido el 1º de febrero de 2012, lo cierto es que aquellos cuentan con su progenitor Jesús Antonio Ayala Cobos, identificado con cédula de ciudadanía N° 91.486.161, quien pese haber estado privado de la libertad, en la actualidad reporta de baja en el SISIPPEC Web del INPEC, aunado a ello, no se postuló y comprobó que él se encuentre incapacitado física o mentalmente para proveerles el afecto y cuidado que merecen, máxime que es su deber como lo demanda el artículo 411 del Código Civil, ante la ausencia de la aquí sentenciada; asimismo, tampoco se

---

<sup>5</sup> Sentencia C-184 del 4 de marzo de 2003 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.



Apelación sentencia anticipada - Rad: 68001-6000-000-2021-00385-01 (22-072A).

Procesados: Walter Fabián Sanabria y otros.

Decisión: Confirma sentencia del 13 de diciembre de 2021.

probó que no exista otro integrante de su familia extensa que pueda asistirlo mientras esta purga la pena, en virtud del principio de solidaridad<sup>6</sup>, quienes eventualmente podrían asumir el cuidado y protección que requiere el menor aludido, todo lo cual descarta su condición de madre cabeza de familia.

Ahora bien, se descarta la alegación de la recurrente en punto a la supuesta afectación generada a los menores de edad señalados si llegaran a quedar bajo el cuidado de otro familiar, pues ello no fue explicado a fondo ni refirió los miembros de su núcleo que podrían hacerles daño, máxime que a la luz de las reglas de la experiencia, de los familiares se espera un trato merecedor, cordial y ameno, atendiendo al lazo de consanguinidad y fraternidad que los une, aunado al deber de solidaridad mencionado que les asiste.

**2.2.** Ahora bien, respecto de la pretensión de la defensora de Walter Fabián Sanabria frente a la reclusión domiciliaria u hospitalaria por enfermedad muy grave estatuida en el artículo 68 del Código Penal, debe aclararse que para su procedencia el encartado debe acreditar que padece una dolencia muy grave que torna incompatible su internamiento intramural –salvo que en el momento de la comisión de la conducta punible tuviese otra pena suspendida por el mismo motivo–, siendo imprescindible para adoptar dicha determinación que medie concepto de médico legista especializado.

Para esta Corporación es improcedente otorgar dicho beneficio a Walter Fabián, toda vez que la enfermedad que lo aqueja no solamente debe ser considerada como grave, de acuerdo con los criterios del informe del médico

---

<sup>6</sup> Al respecto, la Corte Constitucional en sentencia T-215 del 2018, ha señalado, en relación con el principio de solidaridad familiar que: *“Así mismo, esta Corporación ha definido el principio de solidaridad como “un deber, impuesto a toda persona por el sólo hecho de su pertenencia al conglomerado social, consistente en la vinculación del propio esfuerzo y actividad en beneficio o apoyo de otros asociados o en interés colectivo.”*

*De esta manera, el principio de solidaridad impone a cada miembro de nuestra sociedad, el deber de ayudar a sus parientes cuando se trata del disfrute de sus derechos a la salud y a una vida digna, deber que tiene mayor grado de compromiso cuando se trata de las personas de la tercera edad, quienes se encuentran en situación de debilidad manifiesta, debido a las aflicciones propias de su edad o por las enfermedades que los aquejan y, por ello, no están en capacidad de procurarse su auto cuidado y requieren de alguien más, lo cual en principio es una competencia familiar, a falta de ella, el deber se radica en la sociedad y en el Estado, que deben concurrir a su protección y ayuda.”*



Apelación sentencia anticipada - Rad: 68001-6000-000-2021-00385-01 (22-072A).

Procesados: Walter Fabián Sanabria y otros.

Decisión: Confirma sentencia del 13 de diciembre de 2021.

legista, sino que la dolencia debe ser incompatible con las condiciones concretas de reclusión del encartado en el centro penitenciario, presupuestos que no se cumplen en el caso de trato.

En efecto, de acuerdo a la *Determinación Médico-legal de Estado de Salud de Persona Privada de la Libertad N° UBBUC-DSSANT-05568-2021 del 10 de agosto de 2021*, se advierte que Sanabria padecía para esa época “*cuadro de trauma lumbar que se produce al caer de una hamaca a una altura aproximada de 2,5 metros*”, definido en su historia clínica como “*fractura de L-1*” ocasionada el 8 de junio de 2021, de lo cual concluyeron los médicos legistas que “*se difiere el concepto médico legal hasta tanto se disponga de un diagnóstico y de un pronóstico médico definitivos*” dado que las recomendaciones médicas son continuar con reposo en cama plana para facilitar la formación de callo ósea; es decir, no existe un dictamen que indique que tal complicación sea incompatible con la vida en reclusión formal, máxime que la recurrente corroboró la imposibilidad de obtener un diagnóstico final y han transcurrido casi dos años desde ese episodio que, atendiendo a las reglas de la experiencia y la lógica, al tratarse de una fractura vertebral *estable* en un paciente de 31 años para ese entonces, de la cual se espera cicatrización ósea, dado el reposo recomendado, para la actualidad pudo variar considerablemente tal estado.

Al respecto se refirió el reglamento técnico para la determinación médico forense de estado de salud en persona privada de la libertad, adoptado por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses:

*“Por otra parte, se debe resaltar que a diferencia de la expresión “grave enfermedad”, del Código de Procedimiento Penal del 1987, la expresión “Estado Grave por Enfermedad”, del Código de Procedimiento Penal del 2000, que se conserva en la Ley 906 de 2004, traslada la condición o característica de gravedad, de la “enfermedad” a la “persona enferma”, es decir, el sujeto que la sufre. Esta claridad que hace la legislación penal desde el año 2000, evita la discusión y confusión acerca de la calificación de una enfermedad como grave o no, para centrarse en la evaluación de la condición del paciente.*”

*En ese orden de ideas, una enfermedad considerada grave en sí misma como por ejemplo la diabetes, puede no constituir en una persona específica, en un momento dado, un estado grave por enfermedad, y en otra sí, según las circunstancias. En el primer supuesto, no lo sería por*



*estar la enfermedad controlada y no requerir al momento del examen un tratamiento diferente al que se le está suministrando en el sitio de reclusión. En el segundo supuesto, podría considerarse estado grave por enfermedad, si se encuentra, por ejemplo, la persona diabética en un coma cetoacidótico que no es posible manejar en el centro de reclusión.*

*Es decir que la calificación de “Estado Grave por Enfermedad”, depende de las condiciones de salud del examinado, aunadas a la imposibilidad de brindar el manejo que su condición de salud requiera en el centro de reclusión donde se encuentre”<sup>7</sup>.*

En tal virtud, con lo obrante en el expediente no se advierte que la condición clínica de Walter Fabián Sanabria comprometa en gran medida su estancia en el panóptico haciéndola siquiera muy dispendiosa o complicada, ya que el manejo médico correspondiente que allí se dispense, al igual que el llevado a cabo por los estamentos del sistema general de salud, propenderá por el restablecimiento o estabilización de su estado de salud.

En suma, la Sala confirmará la providencia confutada, pues no se advierte irregularidad alguna ni desconocimiento de la legislación y jurisprudencia aplicable.

**2.3.** Ahora bien, esta Sala no puede obviar el estudio oficioso de la concesión de la pena sustitutiva contenida en el artículo 38G de la Ley 599 de 2000<sup>8</sup>.

---

<sup>7</sup> Reglamento Técnico para la Determinación Médico Forense de Estado de Salud en Persona Privada de la Libertad. Estado grave por enfermedad o enfermedad muy grave incompatible con la vida en reclusión formal- RT INMLCF-05 Versión 01, abril de 2009, Pág. 22.

<sup>8</sup> “ARTÍCULO 38G. <Ver Notas de Vigencia> <Artículo modificado por el artículo 4 de la Ley 2014 de 2019. El nuevo texto es el siguiente:> 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, excepto en los casos en que el condenado pertenezca al grupo familiar de la víctima o en aquellos eventos en que fue sentenciado por alguno de los siguientes delitos del presente código: genocidio; contra el derecho internacional humanitario; desaparición forzada; secuestro extorsivo; tortura; desplazamiento forzado; tráfico de menores; uso de menores de edad para la comisión de delitos; tráfico de migrantes; trata de personas; delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales; extorsión; concierto para delinquir agravado; lavado de activos; terrorismo; usurpación y abuso de funciones públicas con fines terroristas; financiación del terrorismo y de actividades de delincuencia organizada; administración de recursos con actividades terroristas y de delincuencia organizada; financiación del terrorismo y administración de recursos relacionados con actividades terroristas; fabricación, tráfico y porte de armas y municiones de uso restringido, uso privativo de las fuerzas armadas o explosivos; delitos relacionados con el tráfico de estupefacientes, salvo los contemplados en el artículo 375 y el inciso 2 del artículo 376; peculado por apropiación; concusión; cohecho propio; cohecho impropio; cohecho por dar u ofrecer; interés indebido en la celebración de contratos; contrato sin cumplimientos de requisitos legales; acuerdos restrictivos de la competencia; tráfico de influencias de servidor público; enriquecimiento ilícito; prevaricato por acción; falso testimonio; soborno; soborno en la actuación penal; amenazas a testigo;



*Apelación sentencia anticipada - Rad: 68001-6000-000-2021-00385-01 (22-072A).*

*Procesados: Walter Fabián Sanabria y otros.*

*Decisión: Confirma sentencia del 13 de diciembre de 2021.*

Al interior del SISIPPEC WEB Brandon Dayan Villamizar Gómez reporta privado de la libertad en detención domiciliaria desde el 5 de noviembre de 2020 por cuenta del proceso con radicado N° 68001-6000-159-2019-08133, por el que fue judicializado por los delitos de hurto calificado y agravado, en concurso heterogéneo con el de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones agravado (arts. 239, 240 inc. 2°, 241 N° 10, 31 y 365 inc. 1° y 3° N° 1° y 4° del C.P.) y que al generarse ruptura de la unidad procesal quedó inmerso en este asunto bajo el radicado 68001-6000-000-2021-00385-01 (22-072A)<sup>9</sup> donde fue condenado por el ilícito contra el patrimonio económico, mientras que por el restante contra la seguridad pública la agencia fiscal solicitó su preclusión.

De lo anterior se extrae que, para el presente caso, si bien es cierto al momento de proferirse la sentencia condenatoria los encartados no habían cumplido la mitad de la condena impuesta, este presupuesto sí se configuró al momento de emitirse la sentencia de segundo grado, pues desde el 23 de septiembre de 2020<sup>10</sup> fueron capturados Walter Fabián y Erika Andrea, y desde el 5 de noviembre de 2020 fue aprehendido Brandon Dayan, a quienes se les impuso medida de aseguramiento de detención preventiva en residencia<sup>11</sup>, tiempo que efectivamente supera lo preceptuado en la norma, así como, el delito de hurto calificado y agravado no se encuentra dentro de las excepciones contenidas en el precepto normativo antes citado, siendo por tanto procedente la concesión de la ejecución de la pena privativa de la

---

*ocultamiento, alteración o destrucción de elemento material probatorio; en los delitos que afecten el patrimonio del Estado.*

*PARÁGRAFO. Los particulares que hubieran participado en los delitos de peculado por apropiación, concusión, cohecho propio, cohecho impropio, cohecho por dar u ofrecer, interés indebido en la celebración de contrato, contrato sin cumplimiento de requisitos legales, acuerdos restrictivos de la competencia, tráfico de influencias de servidor público, enriquecimiento ilícito, prevaricato por acción, falso testimonio, soborno, soborno en la actuación penal, amenaza a testigos, ocultamiento, alteración, destrucción material probatorio, no tendrán el beneficio de que trata este artículo.”*

<sup>9</sup> Ver oficio N° SAPB-ARA2463 del 14 de diciembre de 2020 con el que el Juez Coordinador del CSJ-SPA de Bucaramanga informó al EPMSC de esta ciudad sobre dicha ruptura.

<sup>10</sup> Boleta de Detención N° 00876 del 2 de octubre de 2020 respecto de Walter Fabián Sanabria y Boleta de Detención N° 00878 del 2 de octubre de 2020 de Erika Andrea Jiménez Durán.

<sup>11</sup> Pese a que Walter Fabián Sanabria fue cobijado con medida de aseguramiento consistente en detención preventiva en centro carcelario, el 30 de junio de 2021, el Juzgado Primero Penal Municipal –Ambulante– de Bucaramanga con función de control de garantías la sustituyó, para que continuara ejecutándola en su domicilio.



*Apelación sentencia anticipada - Rad: 68001-6000-000-2021-00385-01 (22-072A).  
Procesados: Walter Fabián Sanabria y otros.  
Decisión: Confirma sentencia del 13 de diciembre de 2021.*

libertad en el lugar de morada donde actualmente ejecutan la detención domiciliaria.

Aunado a ello, en virtud de lo dispuesto en el numeral 3° del artículo 38B del C.P., por remisión del artículo 38G ibídem, verificado el expediente, se puede colegir que Walter Fabián Sanabria cuenta con arraigo familiar y social, dado que cuenta con domicilio en la carrera 18 N° 59-187 del barrio La Trinidad de Floridablanca, donde incluso en otro proceso (2020-00301-00) le fue sustituida la medida de aseguramiento inicialmente impuesta; asimismo, en agosto de 2021 fue valorado por el Instituto de Medicina Legal seccional Bucaramanga y verificado el sistema web de la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES, actualmente se encuentra afiliado como CABEZA DE FAMILIA a la Nueva EPS dentro del régimen subsidiado y, conforme a los documentos aportado en el traslado del artículo 447 del C.P.P., ha asistido al E.S.E. Hospital Universitario de Santander.

Igualmente, Erika Andrea Jiménez Durán también satisface ese presupuesto, dado que, conforme a la Declaración Extraproceso rendida el 9 de noviembre de 2020 por Eliana Carolina Álvarez Velandia, bajo la gravedad de juramento, señaló que conoce a la encartada desde hace 10 años, que ha laborado como estilista y que ella reside en la calle 28 N° 0-75 del barrio Divino Niño de Bucaramanga; asimismo, en esa misma calenda también declaró Zully Marcela Vega Parra, quien aduce conocer a Erika Andrea desde hace 12 años y que trabaja como estilista, lo cual reiteró Diana Rocío García Arismendi; asimismo, en la misma dirección señalada el 25 de septiembre de 2020 el Juzgado Primero Penal Municipal de esta localidad con función de control de garantías le impuso la medida de aseguramiento consistente en detención preventiva en su lugar de residencia.

Finalmente, Brandon Dayan Villamizar Gómez también cumple dicho requisito legal, pues revisado el expediente, se advierte que el 6 de noviembre de 2020 el mismo despacho con función de control de garantías, dentro de este proceso, le impuso medida de aseguramiento consistente en



*Apelación sentencia anticipada - Rad: 68001-6000-000-2021-00385-01 (22-072A).*

*Procesados: Walter Fabián Sanabria y otros.*

*Decisión: Confirma sentencia del 13 de diciembre de 2021.*

detención preventiva en su domicilio en la carrera 21 1N-46 del barrio La Juventud de Bucaramanga, tras advertir que allí se encuentra su asiento.

De esta manera, se ordenará la concesión de la ejecución de la pena privativa de la libertad en el lugar de residencia o morada de Walter Fabián Sanabria, Erika Andrea Jiménez Duran y Brandon Dayan Villamizar Gómez, en atención al cumplimiento de los presupuestos contenidos en el artículo 38G del Código Penal, para lo cual deberán suscribir acta de compromiso en la que garanticen el cumplimiento de las obligaciones consagradas en el artículo 38B *eiusdem*, la cual cada uno habrá de avalar mediante caución prendaria equivalente a cien mil pesos (\$100.000), suma que se fija en atención a la capacidad económica de aquellos.

Valga resaltar que, pese a que en el SISIPEC WEB Brandon Dayan obra privado de la libertad por el radicado matriz 68001-6000-159-2019-08133, lo cierto es que, como ya se dijo, al generarse ruptura de la unidad procesal quedó inmerso en este asunto bajo el radicado 68001-6000-000-2021-00385-01 (22-072A) donde fue condenado por el ilícito contra el patrimonio económico, de lo cual fue informado el EPMSC de Bucaramanga mediante oficio SAPB-ARA2463 del 14 de diciembre de 2020 emitido por el Juez Coordinador del CSJ-SPA de Bucaramanga (Ver página 117 del expediente).

**2.4.** De otro lado, debe precisarse que, revisada la actuación se advierte que, mediante proveído del 2 de junio de 2022, el Juzgado Quinto Penal del Circuito de esta ciudad con función de conocimiento resolvió reconocerle a Karen Sirley Sánchez Ortiz 151,25 días de redención de pena y le otorgó la libertad condicional, previo pago de caución por 1 s.m.l.m.v. y suscripción de diligencia de compromiso, la cual se colige que está disfrutando porque fue dada de baja en el SISIPEC WEB. Igualmente, con auto del 30 de junio de 2023, ese despacho fallador resolvió concederle a Duvar Arley Suárez Ferrer 82 días de redención de pena y ordenó su libertad inmediata a partir del 1° de julio de 2023, por haber cumplido la pena impuesta al interior de este proceso -36 meses de prisión-, siendo dado de baja en el SISIPEC WEB, por lo que resulta irrelevante estudiar ese instituto a su favor.



Apelación sentencia anticipada - Rad: 68001-6000-000-2021-00385-01 (22-072A).  
Procesados: Walter Fabián Sanabria y otros.  
Decisión: Confirma sentencia del 13 de diciembre de 2021.

Por lo expuesto, **EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BUCARAMANGA, SALA DE DECISIÓN PENAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

## **RESUELVE:**

**Primero: Confirmar** la sentencia impugnada de origen, fecha y contenido anotados, por las razones expuestas.

**Segundo: Conceder** la ejecución de la pena privativa de la libertad en el lugar de residencia o morada de Walter Fabián Sanabria, Erika Andrea Jiménez Duran y Brandon Dayan Villamizar Gómez, en atención al cumplimiento de los presupuestos contenidos en el artículo 38G del Código Penal, para lo cual deberá suscribir acta de compromiso en la que garanticen el cumplimiento de las obligaciones consagradas en el artículo 38B *ejusdem*, la cual cada uno habrá de avalar mediante caución prendaria equivalente a cien mil pesos (\$100.000), por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

**Tercero:** La presente providencia se notifica en estrados, sin perjuicio de la personal que debe intentarse de conformidad con el artículo 169 del C.P.P. Contra la misma procede el recurso extraordinario de Casación. Una vez ejecutoriada, regresen las diligencias a la oficina de origen.

## **CÚMPLASE**

**Los Magistrados,**

**PAOLA RAQUEL ÁLVAREZ MEDINA**



Apelación sentencia anticipada - Rad: 68001-6000-000-2021-00385-01 (22-072A).  
Procesados: Walter Fabián Sanabria y otros.  
Decisión: Confirma sentencia del 13 de diciembre de 2021.

  
**JAIRO MAURICIO CARVAJAL BELTRÁN**

  
  
Rama Judicial  
Consejo Superior de la Judicatura  
República de Colombia  
**JUAN CARLOS DIETTES LUNA**

PROYECTO REGISTRADO A TRAVÉS DEL EXCEL INSTITUCIONAL DE LA SECRETARÍA DE ESTA SALA ESPECIALIZADA EL **30 DE MAYO DE 2023**.  
*El expediente obra en un cuaderno digital de OneDrive*



**República de Colombia**  
**Rama Judicial del Poder Público**

**Distrito Judicial de Bucaramanga (Santander)**  
**Tribunal Superior**  
**Sala Penal**

*Magistrada ponente: Paola Raquel Álvarez Medina.*  
*Radicado: 68001-6000-159-2019-08990 (20-591A).*  
*Procesado: Oscar Eduardo Machuca Fuentes y Erick Hernández Lizarazo.*  
*Delito: Hurto calificado y agravado.*  
*Decisión: Modifica sentencia.*

## **APROBADO ACTA No. 766**

**Bucaramanga, ocho (8) de agosto de dos mil veintitrés (2023)**

### **ASUNTO**

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la defensa de **Oscar Eduardo Machuca Fuentes** y **Erick Hernández Lizarazo**, contra la sentencia del 3 de septiembre de 2020, mediante la cual el Juzgado Promiscuo Municipal de Lebrija –Santander, en función de conocimiento, los condenó a la pena de 37 meses y 21 días de prisión, al hallarlos responsables penalmente del delito de hurto calificado y agravado.

### **HECHOS**

Según el escrito de acusación, el 30 de diciembre de 2019, sobre la bahía que colinda con el peaje del municipio de Lebrija –Santander, Lady Yurany Paternina Girata a bordo de un vehículo, fue sorprendida por **Oscar Eduardo Machuca Fuentes**, quien, aprovechando que la ventana del conductor se encontraba a media altura, la intimidó con una navaja que puso sobre su cuello, y le exigió que le entregara el celular y el bolso, lo cual realizó la víctima. Se trataba de un bolso que en su interior contenía una billetera con \$85.000 pesos, 2 tarjetas de crédito de los bancos Itaú y Coopetrol, así como 3 tarjetas débito de las entidades Bancolombia y Banco de Bogotá. Luego de ello, el encartado asciende a la motocicleta conducida por **Erick Hernández Lizarazo** y huyen. Lo hurtado fue valorado en \$385.000 pesos.



*Apelación sentencia abreviada - Rad: 2019-08990 (20-591A).  
Procesado: Oscar Eduardo Machuca Fuentes y Erick Hernández  
Lizarazo.  
Decisión: Modifica sentencia del 3 de septiembre de 2020.*

## **ACTUACIÓN PROCESAL**

**1.** El 31 de diciembre de 2019, ante el Juzgado Cuarto Penal Municipal de Bucaramanga –Descentralizado en Girón, con función de control de garantías, se legalizó la captura en flagrancia de Oscar Eduardo Machuca Fuentes y Erick Hernández Lizarazo, así como la incautación con fines de comiso de la motocicleta de placas CLM-32B marca Suzuki, color roja, modelo 2006; asimismo, la agencia fiscal corrió traslado del escrito de acusación del procedimiento especial abreviado, acusándolos del delito de hurto calificado y agravado (arts. 239 inc. 2º, 240 inc. 2º y 241 N° 10º del C.P.), donde manifestaron que aceptan los cargos. La fiscalía no solicitó la imposición de medida de aseguramiento alguna, por lo que se restableció su libertad.

**2.** El 21 de julio de 2020, el Juzgado Promiscuo Municipal de Lebrija – Santander, en función de conocimiento, verificó el allanamiento efectuado por Machuca Fuentes y Hernández Lizarazo, el cual declaró legal, por lo que dio paso al traslado del artículo 447 del C.P.P. donde la agencia fiscal realizó la sustentación respectiva, pero la diligencia se suspendió. El 25 de agosto siguiente, la defensa se pronunció sobre las condiciones sociales y familiares, así como los antecedentes de los acusados, solicitando que sean beneficiados con los subrogados penales; igualmente, aduce que, como pagaron una indemnización integral a la víctima y que colaboraron con la justicia, se ordene la entrega definitiva de la motocicleta de placas terminadas en 32B, color rojo, modelo 2006 de propiedad de Erick Hernández.

**3.** Mediante sentencia del 3 de septiembre de 2020, el despacho cognoscente condenó a Oscar Eduardo Machuca Fuentes y Erick Hernández Lizarazo a la pena de 37 meses y 21 días de prisión por el delito de hurto calificado y agravado, así como a la pena accesoria de inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término de la pena principal, denegándole el acceso a los subrogados penales, determinación contra la



*Apelación sentencia abreviada - Rad: 2019-08990 (20-591A).  
Procesado: Oscar Eduardo Machuca Fuentes y Erick Hernández  
Lizarazo.  
Decisión: Modifica sentencia del 3 de septiembre de 2020.*

cual la defensa interpuso recurso de apelación, el cual sustentó dentro del término legal.

**4.** El 26 de octubre de 2020 las diligencias ingresaron por reparto a esta magistratura, para lo de su cargo.

## **SENTENCIA IMPUGNADA**

La juez de primera instancia estimó acreditada la ocurrencia del reato endilgado y la responsabilidad penal de Oscar Eduardo Machuca Fuentes y Erick Hernández Lizarazo con fundamento en la aceptación de cargos, la cual respondió a una manifestación consciente, libre y voluntaria, debidamente asesorada por su defensa, así como con los elementos materiales de prueba expuestos, por lo que dictó sentencia condenatoria en su contra.

En consecuencia, la *a quo* lo condenó a la pena de 37 meses y 21 días de prisión por el delito de hurto calificado y agravado (arts. 239, 240 inc. 2° y 241 N° 10° del C.P.); además, les impuso la sanción accesoria de inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso de la pena privativa de la libertad; finalmente, denegó el acceso a los subrogados penales.

En cuanto al proceso de tasación punitiva, la juez de primer grado se ubicó en el cuarto mínimo previsto para el ilícito aludido, que va de 144 a 192 meses de prisión, dado que no existen circunstancias de mayor punibilidad (art. 55 N° 1° del C.P.), pues los sentenciados carecen de antecedentes penales, tomando como pena 145 meses de prisión en atención a la gravedad de la conducta, quantum al que le descontó el 48% en virtud de lo reglado por el artículo 539 *ibidem*, por aceptación de cargos, quedando en 75 meses y 12 días de prisión, a los cuales les aplicó el contenido del artículo 269 *ibidem*, descontando la mitad por haberse indemnizado a la víctima, fijándose la penalidad en 37 meses y 21 días de prisión.



*Apelación sentencia abreviada - Rad: 2019-08990 (20-591A).  
Procesado: Oscar Eduardo Machuca Fuentes y Erick Hernández  
Lizarazo.  
Decisión: Modifica sentencia del 3 de septiembre de 2020.*

## **RECURSO DE APELACIÓN**

La defensa de Oscar Eduardo Machuca Fuentes y Erick Hernández Lizarazo aduce que la juez de primera instancia no dio aplicación al contenido del artículo 268 del Código Penal, pese a que en el escrito de acusación se indicó que el valor de los elementos hurtados no supera un (1) salario mínimo legal mensual vigente, lo que impidió que se concediera la rebaja punitiva por ese concepto, vulnerando los derechos de sus prohijados. Aclaró que la falladora se ubicó en el cuarto mínimo que va de 144 a 192 meses de prisión, descontando al primer quantum la mitad en atención a lo previsto por el numeral 1° del artículo 55 del C.P. y el artículo 269 del C.P.P., así como el 48% por aceptación de cargos, pero no aplicó el artículo 351 ibídem, quedando la sanción definitiva en 37 meses y 21 días de prisión, sin que se descontara a ella, de la tercera parte a la mitad, que contempla el referido artículo 268 del Código Penal, pese a que la víctima recuperó de manera inmediata los elementos hurtados, por lo que no salieron de su esfera de dominio.

Aunado a ello, resaltó que el 21 de julio de 2020 la víctima manifestó ante la fiscalía de Lebrija que se sentía indemnizada y reparada de manera integral; además, que sus defendidos carecen de antecedentes penales, tienen buena conducta y se presentaron de forma voluntaria ante la autoridad para aceptar su responsabilidad en la primera actuación, estando atentos al proceso. Considera que se hacen acreedores del subrogado de la prisión domiciliaria porque cuentan con arraigo social y familiar, máxime que se hace innecesario purgar la pena de manera intramural debido al estado de emergencia sanitaria que atravesaba el país por el Covid-19.

Por lo anterior, solicita que se revoque la sentencia de primera instancia y, en su lugar, se conceda la rebaja punitiva prevista en el artículo 268 del C.P., así como los subrogados penales a los procesados.



*Apelación sentencia abreviada - Rad: 2019-08990 (20-591A).  
Procesado: Oscar Eduardo Machuca Fuentes y Erick Hernández  
Lizarazo.  
Decisión: Modifica sentencia del 3 de septiembre de 2020.*

## **NO RECURRENTES.**

El Fiscal Primero Local de Lebrija manifestó que se vulneran las garantías de los encartados al no concedérseles la rebaja punitiva contemplada en el artículo 268 del C.P. ya que reúnen los requisitos legales para alcanzarla. Preciso que los tres supuestos contemplados en la norma concurren porque desde la aceptación de cargos se plasmó en el escrito de acusación que la cuantía es inferior a un (1) salario mínimo legal mensual vigente, no tienen antecedentes penales, según la información suministrada por el Ministerio de Defensa Nacional y, la víctima recibió una indemnización simbólica, sin que hubiera existido un perjuicio grave a su situación económica; así las cosas, solicita que se redosifique la pena y se aplique el descuento punitivo referido.

## **CONSIDERACIONES DE LA SALA**

**1.** La defensora de Oscar Eduardo Machuca Fuentes y Erick Hernández Lizarazo pretende se corrija el quantum de la pena fijado por la juez de primer grado, para que, atendiendo a que el valor de lo hurtado no supera un (1) s.m.l.m.v., se conceda la rebaja prevista en el artículo 268 del C.P., dado que se dan los presupuestos legales para ello; aunado a ello, pretende que, luego de fijar dicha penalidad, se les conceda los subrogados penales, por contar con arraigo familiar y social, carecer de antecedentes penales y haber colaborado dentro del proceso.

**2.** En ese sentido, corresponde a la Sala determinar si en el proceso de dosificación punitiva, la juzgadora erró, encontrando que, en efecto, desconoció los parámetros legales en el ejercicio de punibilidad respectivo, así como la realidad fáctica puesta de presente desde el escrito de acusación, dado que desatendió el margen legal aplicable a la pena imponible y, sin motivación alguna, no aplicó lo consagrado en el artículo 268 del Código Penal, debiéndose rehacer el mismo, con el objeto de garantizar el principio



Apelación sentencia abreviada - Rad: 2019-08990 (20-591A).  
Procesado: Oscar Eduardo Machuca Fuentes y Erick Hernández  
Lizarazo.  
Decisión: Modifica sentencia del 3 de septiembre de 2020.

de legalidad de los delitos y de las penas, así como el debido proceso.

2.1. Efectivamente, el delito de hurto calificado y agravado (arts. 239, 240 inc. 2° y 241 N° 10° del C.P.) tiene una pena imponible que oscila de 144 a 336 meses de prisión, con lo que no tiene desacuerdo la Sala; sin embargo, antes de dividir el ámbito punitivo de movilidad previsto en la ley en cuartos, como lo prevé el artículo 61 del Código Penal, la *a quo* debió primero establecer los aspectos señalados en el artículo 60 *ibidem*<sup>1</sup>.

En ese sentido, corresponde al Tribunal obrar de conformidad. Es menester aclarar que en el caso de marras se debe dar aplicación al artículo 268 del C.P., toda vez que, tal como lo reiteró el ente persecutor, en calidad de no recurrente, Machuca Fuentes y Hernández Lizarazo (i) carecen de antecedentes penales, (ii) desde el escrito de acusación se dejó sentado que el valor de lo hurtado no supera un (1) s.m.l.m.v., lo que encuentra consistencia con lo señalado por la víctima, quien estima dicho valor en \$385.000 pesos, el cual es inferior al salario mínimo legal mensual para el año 2019 y, (iii) no se causó un perjuicio grave atendiendo a la situación económica de la víctima, pues incluso aceptó una reparación simbólica de parte de los encartados, aspecto que al no tenerse en cuenta por la falladora, a pesar de ponerse de presente en el escrito de acusación, desconoce el

---

<sup>1</sup> “ARTÍCULO 60. PARAMETROS PARA LA DETERMINACIÓN DE LOS MÍNIMOS Y MÁXIMOS APLICABLES. Para efectuar el proceso de individualización de la pena el sentenciador deberá fijar, en primer término, los límites mínimos y máximos en los que se ha de mover. Para ello, y cuando hubiere circunstancias modificadoras de dichos límites, aplicará las siguientes reglas:

1. Si la pena se aumenta o disminuye en una proporción determinada, ésta se aplicará al mínimo y al máximo de la infracción básica.
2. Si la pena se aumenta hasta en una proporción, ésta se aplicará al máximo de la infracción básica.
3. Si la pena se disminuye hasta en una proporción, ésta se aplicará al mínimo de la infracción básica.
4. Si la pena se aumenta en dos proporciones, la menor se aplicará al mínimo y la mayor al máximo de la infracción básica.
5. Si la pena se disminuye en dos proporciones, la mayor se aplicará al mínimo y la menor al máximo de la infracción básica.” (Subrayado de la Sala).



Apelación sentencia abreviada - Rad: 2019-08990 (20-591A).  
Procesado: Oscar Eduardo Machuca Fuentes y Erick Hernández  
Lizarazo.  
Decisión: Modifica sentencia del 3 de septiembre de 2020.

principio de congruencia entre acusación y sentencia, al no tener en cuenta los preceptos que gobiernan el supuesto fáctico acreditado, máxime que no ofreció razón alguna para no aplicarlo, pues simplemente lo obvió de su estudio.

Sobre este aspecto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, tuvo la oportunidad de pronunciarse:

*“El Tribunal omitió considerar que los objetos que la acusada pretendió apropiarse no superaban el valor de un salario mínimo legal y sin ninguna razón que lo justifique inaplicó el artículo 268 del Código Penal, pese a que la fiscalía persistió en ese tema. Una clara infracción directa de la ley que a la vez desconoce la congruencia entre acusación y sentencia, al no tener en cuenta los preceptos que gobiernan el supuesto fáctico acreditado: la tentativa de hurto en cuantía inferior a un salario mínimo legal. La Corte corregirá el error.”<sup>2</sup>*

2.2. Aclarado lo anterior, procederá a realizarse el proceso de individualización de la pena y, para mayor comprensión, será así:

El delito de hurto calificado (art.240, inciso 2º) establece pena de prisión de ocho (8) a dieciséis (16) años, quantum que se aumenta de la mitad a las tres cuartas partes en razón de la circunstancia de agravación prevista en el artículo 241-10.

Al resultante de este aumento se le rebaja lo dispuesto por el artículo 268 del Código Penal, por lo explicado en precedencia. Al guarismo resultante, luego de extraerse los cuartos de movilidad y la pena a imponer, se le disminuirá lo relativo al allanamiento a cargos y, luego, por tratarse de una circunstancia pos delictual, lo señalado en el artículo 269 ibídem, por lo expresado en el fallo de primer grado, que no fue objeto de discusión. Para mejor comprensión se compendia<sup>3</sup> a continuación:

---

<sup>2</sup> SP2519- 2021. Radicación 57200 del 23 de junio de 2021.

<sup>3</sup> Proceso de individualización de la pena realizado de manera similar en la sentencia SP18326-2017. Radicación n° 47195 del 1º de noviembre de 2017.



Apelación sentencia abreviada - Rad: 2019-08990 (20-591A).  
Procesado: Oscar Eduardo Machuca Fuentes y Erick Hernández  
Lizarazo.  
Decisión: Modifica sentencia del 3 de septiembre de 2020.

|                      | <b>MÍNIMOS Y MÁXIMOS<br/>APLICABLES</b>                          | <b>TOTAL</b>    |
|----------------------|--|-----------------|
| HURTO<br>CALIFICADO: | 96 a 192 meses de prisión  | 96 a 192 meses  |
| HURTO<br>AGRAVADO:   | Se aumenta de la mitad (1/2) a<br>las tres cuartas (3/4) partes. | 144 a 336 meses |
| REBAJA ART.<br>268:  | Se disminuye de una tercera<br>parte (1/3) a la mitad (1/2).     | 72 a 224 meses  |

Ahora bien, atendiendo a lo previsto en el artículo 61 del Código Penal, respecto de la pena imponible que oscila de 72 a 224 meses de prisión, existe un ámbito punitivo de movilidad equivalente a 152 meses, que dividido en cuatro cuartos queda en 38 meses, así:

- El cuarto mínimo: de 72 meses a 110 meses.
- Lo cuartos medios: de 110 meses y 1 día, a 206 meses.
- El cuarto máximo: de 206 meses y 1 día a 244 meses.

Entonces, en cumplimiento del inciso 2° de la norma en cita, debemos ubicarnos en el cuarto mínimo - de 72 meses a 110 meses-, en atención a que concurre la circunstancia de menor punibilidad consagrada en el numeral 1° del artículo 51 del Código Penal, dado que los procesados carecen de antecedentes penales.

Así, el mínimo previsto para la pena a imponer corresponde a 72 meses de prisión. Ahora, como el a quo no partió de la pena mínima, sino que la incrementó en un mes, estableciendo la proporción que corresponde a la mitad, en este caso, los 72 meses (pena mínima), serán incrementados en - 15 días-, atendiendo al descuento por cuenta del artículo 268 del C.P.P., pues, como lo coligió la juzgadora, no puede dejarse a un lado la gravedad implícita de la conducta delictiva -hurto calificado y agravado- y la violencia usada para amedrantar a la víctima con el ánimo de lograr su objetivo.

Empero, como Oscar Eduardo Machuca Fuentes y Erick Hernández Lizarazo



*Apelación sentencia abreviada - Rad: 2019-08990 (20-591A).  
Procesado: Oscar Eduardo Machuca Fuentes y Erick Hernández  
Lizarazo.  
Decisión: Modifica sentencia del 3 de septiembre de 2020.*

aceptaron los cargos en el traslado del escrito de acusación, a voces del artículo 539 de la Ley 906 de 2004, se hacen acreedores a una rebaja de la pena de hasta la mitad, que en el sub examine corresponde al 48%, como fue determinado por la *a quo*, porcentaje sobre el que no se hará reparto alguno, pues en virtud del principio de autonomía judicial y la motivación expuesta, fue fijado atendiendo las particularidades del caso; así las cosas, la pena quedará en 37 meses y 21 días de prisión.

Adicionalmente, como se trata de una circunstancia pos delictual que no afecta los extremos punitivos, en este momento deberá hacerse el descuento respectivo en virtud de lo señalado en el artículo 269 del Código Penal, el cual oscila de la mitad a las  $\frac{3}{4}$  partes de la pena a imponer, que fue reconocido por la *a quo* y estimado justificadamente en un 50%, el cual se aplicará a la pena de 37 meses y 21 días de prisión, quedando finalmente en 18 meses y 25 días de prisión.

En consecuencia, esta Sala modificará el numeral primero de la sentencia confutada en el sentido que la pena impuesta a Oscar Eduardo Machuca Fuentes y Erick Hernández Lizarazo es de dieciocho (18) meses y veinticinco (25) días de prisión, como coautores responsables de la conducta punible de hurto calificado y agravado, prevista en los artículos 239, 240 inciso 2° y 241 numeral 10° de la Ley 599 de 2000.

3. De otro lado, pretende la censora que se le conceda a sus prohijados los subrogados penales; sin embargo, sobre ello no existe discusión, pues tan como quedó sentado, atendiendo a la prohibición contenida en el artículo 68 A del Código Penal, modificado por el artículo 32 de la Ley 1709 de 2004, el delito enrostrado se encuentra excluido de beneficios y subrogados penales, quedando relevado el juzgador del examen de los demás presupuestos.

El ánimo del legislador, cuando decidió establecer un listado de delitos al cual remiten los artículos 38B y 63 del Código Penal, es prohibir *per se* la concesión de la prisión domiciliaria y la suspensión condicional de la



Apelación sentencia abreviada - Rad: 2019-08990 (20-591A).  
Procesado: Oscar Eduardo Machuca Fuentes y Erick Hernández  
Lizarazo.  
Decisión: Modifica sentencia del 3 de septiembre de 2020.

ejecución de la pena, a los sujetos que cometan las conductas punibles enmarcadas en el artículo 68A del C.P., por tratarse de transgresiones de alto impacto social que obligan al juez imponer la pena de prisión intramural. Al respecto, la Sala de Casación Penal ha señalado lo siguiente:

*“Hoy, con la expedición de la Ley 1709 de 2014, también se ha establecido un sistema de contrapesos –que incluso ha de entenderse en mayor rigor en su aplicación visto el amplio espectro que se abre con el incremento del monto de pena que permite acceder al mismo-, a cuyo amparo no basta con que se cumpla ese término ampliado de 8 años, sino que se reclama ineludible verificar la condición de arraigo y, a la par, **que el delito no se encuentre inscrito dentro del listado referenciado en el artículo 68 A de la Ley 599 de 2000, también modificado**”<sup>4</sup>(Negrilla fuera del texto).*

En otras palabras, el artículo 23 de la Ley 1709 de 2014 exige que el delito por el cual se condena a los encausados no esté inserto en el segundo inciso del artículo 68A, pues si ello ocurre no se puede conceder al sentenciado los subrogados penales por mandato expreso del legislador, por el alto impacto social e intensa gravedad de tales conductas delictivas.

En conclusión, se ratifica la negativa de concederle la prisión domiciliaria y la suspensión condicional de la ejecución de la pena a Oscar Eduardo Machuca Fuentes y Erick Hernández Lizarazo.

Por lo expuesto, **EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BUCARAMANGA, SALA DE DECISIÓN PENAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

## **RESUELVE:**

**Primero: Modificar** el numeral primero de la sentencia confutada en el sentido que la pena impuesta a Oscar Eduardo Machuca Fuentes y Erick Hernández Lizarazo es de dieciocho (18) meses y veinticinco (25) días de prisión, como coautores responsables de la conducta punible de hurto calificado y agravado, prevista en los artículos 239, 240 inciso 2° y 241 numeral 10° de la Ley 599 de 2000.

---

<sup>4</sup> Sentencia 12 marzo de 2014, radicado 42.623.



Apelación sentencia abreviada - Rad: 2019-08990 (20-591A).  
Procesado: Oscar Eduardo Machuca Fuentes y Erick Hernández  
Lizarazo.  
Decisión: Modifica sentencia del 3 de septiembre de 2020.

**Segundo:** Confirmar en los demás aspectos la sentencia de origen, fecha y contenido anotados, por las razones expresadas en precedencia.

**Tercero:** La presente providencia se notifica en estrados, sin perjuicio de la personal que debe intentarse de conformidad con el artículo 169 del C.P.P. Contra la misma procede el recurso extraordinario de casación. Una vez ejecutoriada, regresen las diligencias a la oficina de origen.

## CÚMPLASE

**Los Magistrados,**

**PAOLA RAQUEL ÁLVAREZ MEDINA**

**JAIRO MAURICIO CARVAJAL BELTRÁN**



Rama Judicial  
Consejo Superior de la Judicatura  
República de Colombia

**JUAN CARLOS DIETTES LUNA**

PROYECTO REGISTRADO A TRAVÉS DEL EXCEL INSTITUCIONAL DE LA SECRETARÍA DE ESTA SALA ESPECIALIZADA EL **21 DE FEBRERO DE 2023**.  
*El expediente obra en un cuaderno digital de OneDrive*



**República de Colombia**  
**Rama Judicial del Poder Público**

**Distrito Judicial de Bucaramanga (Santander)**  
**Tribunal Superior**  
**Sala Penal**

*Magistrada ponente: Paola Raquel Álvarez Medina.*  
*Radicado: 68001-6000-159-2021-03420 (22-326A).*  
*Procesada: Ailen Lorena Mata González.*  
*Delito: Hurto agravado.*  
*Decisión: Confirma sentencia.*

## **APROBADO ACTA No. 766**

**Bucaramanga, ocho (8) de agosto de dos mil veintitrés (2023)**

### **ASUNTO**

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la defensa de **Ailen Lorena Mata González**, contra la sentencia del 20 de abril de 2022, mediante la cual el Juzgado Primero Penal Municipal de Bucaramanga con función de conocimiento, la condenó a la pena de 10 meses y 15 días de prisión, al hallarla responsable del delito de hurto agravado.

### **HECHOS**

Según el escrito de acusación, el 6 de mayo de 2021, sobre las 04:00 p.m., al interior de almacén Éxito ubicado en el centro comercial Cacique de esta ciudad, la señora Olga Lucía Gutiérrez Trujillo fue abordada por Ailen Lorena Mata González, quien le inició conversación para distraerla, logrando abrir la cremallera de su bolso y sustraer la billetera que contenía \$160.000 pesos en efectivo y documentos personales, pero al alejarse de la víctima tomó solo \$56.000 pesos en efectivo y arrojó al suelo de la tienda la cartera con el resto de pertenencias. La señora Gutiérrez Trujillo se percató de lo sucedido cuando no advirtió su billetera en el bolso por lo que acudió a los encargados de seguridad del lugar y mediante las cámaras lograron develar lo sucedido.



*Apelación sentencia anticipada - Rad: 68001-6000-159-2021-03420 (22-326A).  
Procesada: Ailen Lorena Mata González.  
Decisión: Confirma sentencia del 20 de abril de 2022.*

## **ACTUACIÓN PROCESAL**

**1.** El 7 de mayo de 2021, ante el Juzgado Catorce Penal Municipal de Bucaramanga con función de control de garantías, se legalizó la captura de Ailen Lorena Mata González. Así mismo, la agencia fiscal le imputó el delito de hurto agravado (arts. 239, 241 N° 10 y 11 del C.P.) con la circunstancia de menor punibilidad prevista en el N° 1° del artículo 55 ibídem, cargos que sí aceptó. Como la agencia fiscal no realizó solicitudes adicionales, la encartada fue dejada en libertad.

**2.** En agosto de 2021 la fiscalía radicó escrito de acusación contra Mata González, por la misma atribución jurídica (arts. 239 inc. 2°, 241 N° 10 y 11, y 55 N° 1° del C.P), que por reparto correspondió al Juzgado Primero Penal Municipal de Bucaramanga con función de conocimiento, autoridad que el 17 de noviembre siguiente instaló la audiencia de verificación de allanamiento, en la cual declaró válida la aceptación de cargos de Ailen Lorena Mata González. Así mismo, la agencia fiscal aclaró que no se advierte incremento patrimonial, dado que los elementos hurtados fueron recuperados y entregados a su propietaria; seguidamente, se corrió traslado del artículo 447 del C.P.P., donde el ente persecutor señaló que la acusada carece de antecedentes penales y que la víctima tazó los perjuicios en \$500.000 pesos. Se suspendió la diligencia. El 19 de enero de 2022 la defensa realizó lo propio, sin elevar petición alguna.

**3.** El 20 de abril de 2022, la defensa informó que el 9 de febrero de ese año se comunicó con su prohijada, fecha en la cual corrió traslado a la fiscalía y el despacho de la Misión de Trabajo N° 804-2021 e Informe N° 2022-084 del perito de la Defensoría del Pueblo, que tasó en aproximadamente \$68.000 pesos los perjuicios, dinero que fue entregado a la víctima. La señora Olga Lucía Gutiérrez Trujillo señaló que inicialmente le dijo a la fiscalía que los perjuicios morales los consideraba en \$500.000 pesos, pese a recuperar los elementos, dado que ese episodio la afectó emocionalmente, por lo que considera que la suma de \$68.000 pesos no la reparó



*Apelación sentencia anticipada - Rad: 68001-6000-159-2021-03420 (22-326A).  
Procesada: Ailen Lorena Mata González.  
Decisión: Confirma sentencia del 20 de abril de 2022.*

integralmente; entonces, el a quo consideró que no ha operado el fenómeno de la indemnización integral.

En consecuencia, el juzgador profirió la sentencia respectiva, contra la cual la defensa interpuso el recurso de apelación que sustentó al instante.

5. El 18 de mayo de 2022 las diligencias ingresaron por reparto a esta magistratura, para lo de su cargo.

## **SENTENCIA IMPUGNADA**

El juez de primera instancia estimó<sup>1</sup> acreditada la ocurrencia del reato endilgado y la responsabilidad penal de Ailen Lorena Mata González con fundamento en la aceptación de cargos, la cual respondió a una manifestación consciente, libre y voluntaria, debidamente asesorada por su defensor, así como con los elementos materiales de prueba expuestos, por lo que dictó sentencia condenatoria en su contra.

En consecuencia, el *a quo* la condenó a la pena de 10 meses y 15 días de prisión por el delito de hurto agravado (arts. 239 inc. 2º, 241 N° 10 y 11, y 55 N° 1º del C.P); además, le impuso la sanción accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso de la pena privativa de la libertad; finalmente, le concedió la suspensión condicional de ejecución de la pena por un periodo de 2 años, previa suscripción de diligencia de compromiso y pago de caución prendaria por valor de \$50.000 pesos.

En cuanto al objeto de la censura, advirtió que no opera el fenómeno previsto en el artículo 269 del C.P. dado que no se cumplieron los derroteros jurisprudenciales previstos en la sentencia con radicado N° 105627 del 30 de julio de 2019, para que se considere indemnizada integralmente la víctima.

---

<sup>1</sup> Documento 16 del Expediente digital.



*Apelación sentencia anticipada - Rad: 68001-6000-159-2021-03420 (22-326A).  
Procesada: Ailen Lorena Mata González.  
Decisión: Confirma sentencia del 20 de abril de 2022.*

## **RECURSO DE APELACIÓN**

La defensa de Ailen Lorena señala que debe concedérsele lo previsto en el artículo 269 del Código Penal porque, pese a ser natural de Venezuela, se restituyó el bien hurtado, como fue el dinero y se indemnizó, aun cuando tal emolumento no ha sido cobrado por víctima -\$68.000 pesos-, debiendo acercarse a una oficina de Efecty, de lo que informó a la agencia fiscal desde el 9 de febrero de 2022, quien debió correr traslado a la ofendida y, en caso de no estar de acuerdo, ofrecer otro dictamen para contrarrestar el que presentó, lo cual no ocurrió.

Aclaró que, como defensa, antes de dictarse sentencia cumplió con la carga dispuesta en el artículo 269 del C.P., por lo que solicita que se revoque la sentencia recurrida para que, en su lugar, se conceda el descuento punitivo por ese concepto.

### **NO RECURRENTES.**

La delegada de la Fiscalía General de la Nación dijo que la rebaja punitiva prevista en el artículo 269 ibídem opera siempre y cuando la víctima se sienta reparada de forma integral, por lo que una consignación por sí sola no lo hace acreedor de ello. Aclaró que contrario a lo aducido por el apelante, la fiscalía es una parte, por lo que no puede manifestarse frente a los perjuicios dado que ello corresponde a la ofendida, máxime que su correo electrónico muchas veces no recibe mensajes por llenarse la capacidad, por lo que no conocía el peritaje de perjuicios. En todo caso, al comunicarse con la víctima adujo que tasaba los mismos en \$500.000 pesos, pese a que le dijo que los consideraba un poco altos y que había recuperado el objeto hurtado avaluado en \$156.000 pesos.

Ahora, la misma víctima señaló en la audiencia previo a la lectura de la sentencia que no se sentía reparada de forma integral con el valor consignado -\$68.000 pesos-, pese a que sus razones no vengan al caso, por



Apelación sentencia anticipada - Rad: 68001-6000-159-2021-03420 (22-326A).  
Procesada: Ailen Lorena Mata González.  
Decisión: Confirma sentencia del 20 de abril de 2022.

lo que esa agencia fiscal no puede pasar por alto su intención, por lo que no se opone a lo discurrido por el juez de primer grado, pero pide a esta Colegiatura que se pronuncie al respecto como un ejercicio académico para conocer el proceder. Finalmente, puso de presente que si la ofendida no ha reclamado la consignación enviada por la defensa por no estar de acuerdo con el monto, a los 30 días Efecty los devuelve al remitente, por lo que tampoco está acreditado que los hubiera recibido efectivamente.

## **CONSIDERACIONES DE LA SALA**

Para acceder a la rebaja de pena por indemnización integral, la jurisprudencia (cfr., entre otras, CSJ AP2759-2021, rad. 56.012) ha fijado las siguientes condiciones:

*(i) que ocurra antes de dictarse sentencia de primera instancia; (ii) que se haya restituido el objeto material del delito, cuando ello sea posible, o, en su defecto, se haya cancelado el valor de éste; y (iii) que sea íntegral, lo que comporta la obligación de indemnizar los perjuicios causados. Esta última eventualidad se tendrá por cumplida si se demuestra que la víctima fue indemnizada, ya sea por obrar acuerdo al respecto, por acreditarse por cualquier medio de prueba que la reparación se produjo respecto de todos los daños y perjuicios, materiales o morales causados por la infracción o, de resultar irreconciliables las posturas entre víctima y victimario, el procesado atendió el pago del monto establecido por un perito designado para el efecto (CSJ SP16816-2014, rad. 43.959; CSJ SP4318-2015, rad. 42.208; CSJ AP7870-2016, rad. 47369, entre otras).*

Bien se ve, entonces, que la rebaja está condicionada al cumplimiento concurrente -no alternativo- de las exigencias de indemnización y restitución. Así lo ratifica la SP2295-2020, rad. 50.569, que a la hora de definir la integralidad de la reparación señala: *“la reparación que exige el artículo 269 del C.P., para abrir paso a la obtención de la rebaja allí prevista, debe ser integral, concepto que incluye, además de la restitución del objeto material del delito o su valor, la indemnización de los perjuicios causados”*.

Esta última exigencia, tiene dicho la Corte Suprema de Justicia, está gobernada por los principios y normas del derecho privado, por lo tanto, podrá entenderse satisfecha con la celebración de un acuerdo entre víctima



Apelación sentencia anticipada - Rad: 68001-6000-159-2021-03420 (22-326A).  
Procesada: Ailen Lorena Mata González.  
Decisión: Confirma sentencia del 20 de abril de 2022.

y victimario, evento en el cual el arreglo surge vinculante para el juzgador, o en caso contrario, deberá determinarse a través de los diferentes medios probatorios:

*“De manera que le corresponde al juez verificar las reales condiciones en las que se presenta la reparación integral, con miras a que los derechos de las víctimas no queden expósitos y a la par se le otorgue al procesado una rebaja inmerecida. Con tal fin el juez puede acudir a cualquier medio probatorio obrante en la actuación, **sin que pueda exigirse para su reconocimiento la manifestación de la víctima sobre su aceptación de lo ofrecido por el acusado.**”*

*Ahora bien, conforme a los artículos 94 y 96 de la Ley 599 de 2000, la conducta punible genera la obligación de reparar los daños materiales y morales que se deriven de su comisión, obligación que corresponde en forma solidaria a los penalmente responsables y a quienes de conformidad con la ley estén obligados a responder.*

*El daño material, como lo dispone el artículo 1613 del Código Civil, comporta el daño emergente y el lucro cesante; doctrinaria y jurisprudencialmente se ha sostenido que tanto el daño emergente como el lucro cesante, pueden a su vez presentar las variantes de consolidado y futuro. Por perjuicio consolidado se entiende aquel que existe, es el perjuicio cierto, que «ya se exteriorizó», es «una realidad ya vivida». En tratándose del daño emergente, consiste en los desembolsos, egresos, o gastos efectuados; si se trata del lucro cesante, consiste en que «se haya concluido la falta del ingreso». Se considera perjuicio no consolidado aquella disminución del patrimonio de la víctima que sobrevendrá, es futuro; ésta categoría se concreta en los desembolsos, egresos o gastos aún no efectuados (daño emergente futuro) y, en los ingresos que dejarán de percibirse (lucro cesante futuro). De allí que, no existe discusión en cuanto a que el daño emergente y el lucro cesante futuros no pueden considerarse como peticiones accesorias, de acuerdo con el alcance que tiene esta acepción, ya que en sí mismos constituyen el daño material, **elemento integrante de la pretensión de condena al pago de perjuicios** .*

*Por su lado, los daños morales se clasifican en los objetivados, que son «...aquellos daños que repercuten en la capacidad productiva o laboral de la persona agraviada, y que por consiguiente son cuantificables pecuniariamente.». Y los subjetivados que «...lesionan el fuero interno de las personas perviviendo en su intimidad y se traducen en la tristeza, el dolor, la congoja, o la aflicción que sienten las personas con la pérdida, por ejemplo, de un ser querido. Daños que por permanecer en el interior de la persona no son cuantificables económicamente.» .*

*De otra parte, el monto de la disminución (de la mitad a las tres cuartas partes) en las penas señaladas para los delitos contra el patrimonio económico , depende del momento en el que se haya materializado la indemnización y del sujeto de quien*



Apelación sentencia anticipada - Rad: 68001-6000-159-2021-03420 (22-326A).  
Procesada: Ailen Lorena Mata González.  
Decisión: Confirma sentencia del 20 de abril de 2022.

*surgió la voluntad de hacerlo, como lo ha sostenido la jurisprudencia de la Sala. (CSJ SP 26 jun. 2013, rad. 40243).”<sup>2</sup> (Negrilla de la Sala).*

En el caso que ocupa la atención de la Sala, la recurrente insiste que su prohijada Ailen Lorena tiene derecho a la rebaja punitiva prevista en el artículo 269 del C.P. dado que, amén de haber restituido el bien hurtado, indemnizó integralmente a la víctima con la suma de \$68.000 pesos que consignó a su favor, derivados del dictamen suscrito por el perito de la Defensoría del Pueblo que tasó tal aspecto en ese quantum. Así, según considera, pese a que la ofendida estimó los mismos en \$500.000 pesos, ese valor no se encuentra soportado, máxime que para derruir el zanjado por el experto, debía presentarse otro dictamen.

Sobre el particular se tiene que fue aportado el Informe de Investigador/Pericial Forense N° 2022-084 suscrito por Emilio Quiñonez Forero, técnico en criminalística de la Defensoría del Pueblo, enviado al juzgado de conocimiento el 9 de febrero de 2022 donde solicitó correr traslado a la fiscalía y la víctima, en el que, luego de analizar los tópicos (i) hecho dañoso, (ii) bases para la liquidación de daños y perjuicios, (iii) determinación de daños y perjuicios materiales, (iv) determinación daño emergente, (v) determinación lucro cesante, (vi) corrección monetaria e intereses, (vii) fórmulas utilizadas para el cálculo de daños y perjuicios, (viii) cálculo del daño emergente (detrimento patrimonial de la víctima por los efectos y consecuencias directas del hecho, como asistir a denunciar, a la Fiscalía, a las audiencias y pagar transporte)  $-\$1'900.000/30 \times 1 = \$63.333,33-$ , (ix) cálculo daño emergente actualizado ( $DEA = DEI \$63.333,33 / UVRI 280,2867 \times UVRF 290,8820 = \$65.727,43$ ), (x) lucro cesante ( $LC = DEI \$63.333,33 \times TLO,06 \times T181/365 = \$1.84,38$  pesos), (xi) total, daños y perjuicios materiales ( $TDYP = \$65.727,43 + \$1.884,38 = \$67.611,81$ ), concluyó que *“a partir de los hechos procesales, del análisis necesario y aplicando las fórmulas correspondientes, encontramos que el total de daños y perjuicio materiales al momento de esta experticia, alcanza la suma de*

---

<sup>2</sup> CSJ SP2295-2020. Radicación n° 50659 del 8 de julio de 2020.



Apelación sentencia anticipada - Rad: 68001-6000-159-2021-03420 (22-326A).

Procesada: Ailen Lorena Mata González.

Decisión: Confirma sentencia del 20 de abril de 2022.

\$67.611,81 M/Ce”. Además, en la página 17 del documento denominado “Proceso Radicado CUI 680016000159202103420 NI 191723” del expediente electrónico, se observa la copia de la factura de venta de la empresa Efecty N° 9-204917988 del 19 de abril de 2022 a las 17:24 horas, por valor de \$68.000,00 pesos, consignado desde el PAP 909237 SANTA MARIA DIAGONAL CAI CUI 91 No. 01 SU – 21 BARRANQUILLA, ATLÁNTICO, fungiendo como remitente IGNACIO FUEMAYOR NINA con cédula de ciudadanía 24.922.483, celular 3116504010 y destinatario OLGA LUCÍA GUTIÉRREZ con cédula de ciudadanía 37.836.870, teléfono 3005739347, documento que fue enviado el 19 de abril de 2022 a los correos electrónicos del juzgado ([j01pmbuc@cendoj.ramajudicial.gov.co](mailto:j01pmbuc@cendoj.ramajudicial.gov.co)), la agencia fiscal ([lucy.caballerosanto@fiscalia.gov.co](mailto:lucy.caballerosanto@fiscalia.gov.co)) y su asistente ([Alirio.herrera@fiscalia.gov.co](mailto:Alirio.herrera@fiscalia.gov.co)), señalando que remite la consignación para su conocimiento por valor de \$68.000,00 como indemnización integral de perjuicios, consignados a la víctima Olga Lucía Gutiérrez Trujillo, para que haga parte del descuento contemplado en el artículo 269 del C.P.

Ahora, en la audiencia del 20 de abril de 2022, previo a la lectura de la sentencia condenatoria, al corrérsele traslado a la víctima de lo señalado por la defensa respecto de lo antes citado, la señora Gutiérrez Trujillo manifestó que “señor juez a ver... (se interrumpe la comunicación y se restablece al momento) (...) inicialmente cuando la señora fiscal me llamó y yo le dije los \$500.000 pesos a ella le expliqué muy claro porqué era, no es tanto que porque el Éxito haya recuperado la billetera y me la haya devuelto y me hayan entregado las cosas, eh, fuera del perjuicio que me causaba en el momento del robo, me estaba causando un perjuicio moral muy grande, muy alto, yo soy una persona que estoy pensionada por invalidez, soy discapacitada, tengo 63 años, yo no puedo caminar en pendientes ni nada de eso, ni hacer ejercicio, lo cual me sube de peso, lo cual me afecta para mis problemas de salud que me dejó un accidente laboral el cual tampoco fue reconocido en su debido momento, entonces lo que yo hago es que voy al Éxito, al Cacique y eso, y camino en un sector plano. A mi moralmente me afectó mucho, porque, a mí ya me da miedo ir allá, más cuando unos días después yo veo la señora comiendo muy tranquila en la plazoleta, contándole a otras venezolanas lo



Apelación sentencia anticipada - Rad: 68001-6000-159-2021-03420 (22-326A).  
Procesada: Ailen Lorena Mata González.  
Decisión: Confirma sentencia del 20 de abril de 2022.

*que había hecho y muerta de la risa, a mí eso me (inaudible, red inestable), tengo solo un hijo y él trabaja lejos. Ahora yo casi no puedo hacer ejercicio, a mí me atemoriza mucho eso, fuera de eso, esa noche esa señora me dijo cantidades de cosas ahí en la Fiscalía, cuando yo estaba poniendo la demanda, entre esas cosas, que mírela como está ahí, en vez de estar ahí, para qué puso la demanda, ya recuperó las cosas, es una señora que sigue en las mismas, es una señora venezolana que viene aquí solamente a robar. Esos \$68.000 pesos, empezando por el daño moral, emocionalmente para mí eso es una manera de decirle, bueno que le cueste algo para que no lo siga haciendo, porque el daño que hace es muy grande, de pronto a otras personas no, pero a personas como a mí sí, entonces emocionalmente me afecta muchísimo”<sup>3</sup>.*

Entonces, el *a quo* la requirió para que precisara si fue objeto de reparación integral, a lo que contestó que “*integral no y solo hasta ayer me llamó ese señor abogado, me dijo de lo que estaba pasando, y me dijo que ustedes habían puesto una cuota de \$68.000 pesos para repararme y que la recibiera o no la recibiera era lo mismo, que igualmente era algo por cumplir, pero que de todas maneras ustedes iban a fallar y a darle a ella, perdónenme porque la misma situación no hilo entre mente y boca, no fueron las mismas palabras que él me dijo, pero lo voy a decir como lo sentí, como lo interpreté y como me sale ahora, como prebenda o rebaja o yo no sé qué cosas*”<sup>4</sup>. Así mismo, indicó que le expresó al abogado que eso debía comunicárselo la agencia fiscal y que no iba a recibir plata así la enviaran por Efecty; finalmente, reiteró que no se siente reparada integralmente.

Bajo esos postulados, la Sala considera que no se han satisfecho los presupuestos legales para entender configurado el fenómeno pos delictual previsto en el artículo 269 del C.P.P., pues si bien se efectuó la restitución del objeto material del delito, dado que la billetera con sus pertenencias volvió a la esfera de dominio de la señora Olga Lucía, lo cierto es que no se acreditó el pago del monto indemnizatorio, no sólo porque frente al valor de

---

<sup>3</sup> Récord: 9:44 en adelante. Audiencia del 20 de abril de 2022.

<sup>4</sup> Récord: 13:35 en adelante. *Ibidem*.



Apelación sentencia anticipada - Rad: 68001-6000-159-2021-03420 (22-326A).  
Procesada: Ailen Lorena Mata González.  
Decisión: Confirma sentencia del 20 de abril de 2022.

\$68.000 pesos- tasado mediante el *Informe de Investigador/Pericial Forense N° 2022-084* suscrito por Emilio Quiñonez Forero, técnico en criminalística de la Defensoría del Pueblo, existía una controversia que no fue superada, sino también porque aunque se arrió la factura de venta de Efecty N° 9-204917988 del 19 de abril de 2022 por el valor antes indicado, no se comprobó que la ofendida hubiera recibido tal dinero, carga que no puede ser trasladada a aquella, máxime cuando siempre manifestó que dicha suma no la reparaba integralmente.

Y es que “*La fecha límite del retiro del giro por parte del destinatario es de treinta (30) días calendario, contados a partir de la fecha desde la cual el giro está disponible. Si el giro no es retirado en ese plazo, se considera no distribuible y es puesto a disposición del usuario remitente hasta por tres (3) meses desde la fecha de imposición del giro, vencidos los cuales sin que se reclame se aplicará el Artículo 52 de la Ley 1369 de 2009.*”<sup>5</sup>, luego mal podría considerarse que la transacción realizada ante tal entidad constituiría pago por consignación de la indemnización.

Así las cosas, aun cuando la jurisprudencia ha destacado que en caso de resultar irreconciliables las posturas entre víctima y victimario, puede realizarse el pago del monto establecido por un perito designado para el efecto, en este caso, no ocurrió de esa manera, por tanto, no encuentra la Sala satisfechos a cabalidad los requisitos legales para que opere el evento pos delictual antes descrito, por lo que se confirmará la sentencia de primera instancia.

Por lo expuesto, **EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BUCARAMANGA, SALA DE DECISIÓN PENAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

## **RESUELVE:**

---

<sup>5</sup>[https://mapapap.efecty.com.co/preguntas-frecuentes#:~:text=\(%20%2B%20\)%20%20C2%BFTengo%20una%20fecha,cual%20e1%20giro%20est%C3%A1%20disponible.](https://mapapap.efecty.com.co/preguntas-frecuentes#:~:text=(%20%2B%20)%20%20C2%BFTengo%20una%20fecha,cual%20e1%20giro%20est%C3%A1%20disponible.)



Apelación sentencia anticipada - Rad: 68001-6000-159-2021-03420 (22-326A).  
Procesada: Ailen Lorena Mata González.  
Decisión: Confirma sentencia del 20 de abril de 2022.

**Primero: Confirmar** la sentencia impugnada de origen, fecha y contenido anotados, por las razones expuestas en esta instancia.

**Segundo:** La presente providencia se notifica en estrados, sin perjuicio de la personal que debe intentarse de conformidad con el artículo 169 del C.P.P. Contra la misma procede el recurso extraordinario de casación. Una vez ejecutoriada, regresen las diligencias a la oficina de origen.

## CÚMPLASE

**Los Magistrados,**

**PAOLA RAQUEL ÁLVAREZ MEDINA**

**JAIRO MAURICIO CARVAJAL BELTRÁN**

**JUAN CARLOS DIETTES LUNA**



Rama Judicial  
Consejo Superior de la Judicatura  
República de Colombia

PROYECTO REGISTRADO A TRAVÉS DEL EXCEL INSTITUCIONAL DE LA SECRETARÍA DE ESTA SALA ESPECIALIZADA EL **29 DE JUNIO DE 2023**.

*El expediente obra en un cuaderno digital de OneDrive*



**República de Colombia**  
**Rama Judicial del Poder Público**

**Distrito Judicial de Bucaramanga (Santander)**  
**Tribunal Superior**  
**Sala Penal**

*Magistrada ponente: Paola Raquel Álvarez Medina.*  
*Radicado: 68081-6000-135-2019-00787 (20-289A).*  
*Procesado: Giovanni Andrés Monsalve Sampayo.*  
*Delito: Fuga de presos.*  
*Decisión: Revoca parcialmente sentencia.*

## **APROBADO ACTA No. 784**

**Bucaramanga, once (11) de agosto de dos mil veintitrés (2023)**

### **ASUNTO**

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la defensa de **Giovanny Andrés Monsalve Sampayo**, contra la sentencia del 5 de mayo de 2020, mediante la cual el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Bucaramanga con función de conocimiento lo condenó a la pena de 24 meses de prisión, como responsable penalmente del delito de fuga de presos (art. 448 del C.P.).

### **HECHOS**

Según el escrito de acusación, el 12 de mayo de 2019, sobre las 16:00 horas, en la calle 50 con carrera 11 de Barrancabermeja, en labores de registro y control a vehículos y pasajeros, agentes de la Policía Nacional realizaron la señal de pare a Giovanni Andrés Monsalve Sampayo, que se desplazaba en la motocicleta de placas EOD53C, quien según la consulta del sistema PDA, arrojó una anotación del INPEC, dado que para esa época gozaba del beneficio de la prisión domiciliaria en la casa 93, manzana 3 del barrio Brisas de Altamira de esa ciudad, otorgado por el Juzgado Quinto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Bucaramanga dentro del proceso con radicado N° 2012-00678, sin que contara con permiso para ausentarse de su lugar de residencia.

### **ACTUACIÓN PROCESAL**



*Apelación sentencia abreviada - Rad: 2019-00787 (20-289A).  
Procesado: Giovanni Andrés Monsalve Sampayo.  
Decisión: Revoca parcialmente sentencia del 5 de mayo de 2020.*

**1.** El 13 de mayo de 2019, ante el Juzgado Cuarto Penal Municipal de Barrancabermeja, en función de control de garantías, se legalizó la captura en situación de flagrancia de Giovanni Andrés Monsalve Sampayo; asimismo, la agencia fiscal le formuló imputación por el delito de fuga de presos (art. 448 del C.P.), cargos que no aceptó; finalmente, fue dejado en libertad porque la fiscalía no solicitó la imposición de medida de aseguramiento alguna.

**2.** El 5 de agosto de 2019, la fiscalía presentó escrito de acusación respecto de Giovanni Andrés Monsalve Sampayo por la misma atribución jurídica referida, que por reparto le correspondió al Juzgado Segundo Penal del Circuito de Barrancabermeja con función de conocimiento, despacho que, luego de varios intentos, el 5 de mayo de 2020, se instaló la audiencia de acusación, durante la cual la agencia fiscal solicitó virar el rumbo de la misma dado que celebró un preacuerdo con el acusado, quien estuvo asistido por su apoderado judicial, cuyos términos consistían en que, a cambio de aceptar responsabilidad penal por el ilícito precitado, se degradaría su participación a cómplice para efectos punitivos, fijando una pena a imponer de 24 meses de prisión, para lo cual presentó el mínimo de prueba con que cuenta; asimismo, el apoderado judicial de Monsalve Sampayo y este reiteraron dicha negociación, por lo que la juez cognoscente le impartió aprobación al considerar que no se vulneran garantías fundamentales.

En ese sentido, se corrió traslado del trámite previsto en el artículo 447 del C.P.P., donde el ente persecutor señala que el procesado cuenta con antecedentes penales y, la defensa pide que se conceda la libertad a Giovanni Andrés en atención a que se satisface el factor subjetivo comoquiera que tiene la calidad de padre de familia de una menor; finalmente, la *a quo* profirió sentencia condenatoria en su contra por el delito de fuga de presos, determinación que apeló la defensa, quien procedió a sustentar la alzada de inmediato.

**5.** El 10 de junio de 2020 las diligencias ingresaron por reparto a esta magistratura, para lo de su cargo.



Apelación sentencia abreviada - Rad: 2019-00787 (20-289A).  
Procesado: Giovanni Andrés Monsalve Sampayo.  
Decisión: Revoca parcialmente sentencia del 5 de mayo de 2020.

## **SENTENCIA IMPUGNADA**

La juez de primera instancia estimó<sup>1</sup> acreditada la ocurrencia del reato imputado y la responsabilidad penal de Giovanni Andrés Monsalve Sampayo, con fundamento en la aceptación de cargos mediante la suscripción de un preacuerdo, que respondió a una manifestación consciente, libre y voluntaria del procesado, quien estuvo debidamente asesorado por su defensor, así como con los elementos materiales de prueba expuestos, por lo que dictó sentencia condenatoria en su contra.

En consecuencia, la *a quo* condenó al prenombrado a la pena de 24 meses de prisión; además, les impuso la sanción accesoria de interdicción para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso de la pena privativa de la libertad; finalmente, denegó el acceso a los subrogados penales.

En cuanto a este último aspecto, que fue objeto de disenso, la juzgadora consideró que el sentenciado no era acreedor de la suspensión condicional de la ejecución de la pena porque, aunque la pena impuesta no excede de 4 años de prisión y el delito no se encuentra enlistado en el inciso 2° del artículo 68A del Código Penal, Monsalve Sampayo cuenta con antecedentes penales, pues tiene una sentencia condenatoria vigente impuesta por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Barrancabermeja por el delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones, cuya penalidad es vigilada por el Juzgado Quinto de Ejecución de Penas de Bucaramanga; empero, respecto del beneficio de la prisión domiciliaria no dijo nada al respecto, a pesar que lo denegó en el aparte resolutivo de la sentencia.

## **RECURSO DE APELACIÓN**

La defensa de Giovanni Andrés Monsalve Sampayo solicita<sup>2</sup> que se revoque parcialmente la sentencia, para que, en su lugar, se conceda a su prohijado

---

<sup>1</sup> Pág. 2 en adelante. Expediente digital.

<sup>2</sup> Pág. 1. Expediente digital.



Apelación sentencia abreviada - Rad: 2019-00787 (20-289A).  
Procesado: Giovanni Andrés Monsalve Sampayo.  
Decisión: Revoca parcialmente sentencia del 5 de mayo de 2020.

la libertad pues, dado que cumple con el factor objetivo porque la pena impuesta equivale a 24 meses de prisión, no existe norma que indique que el hecho de incumplir alguno de los restantes requisitos –contar con antecedentes penales- lo vete de tal derecho, máxime que colaboró con la justicia al haber aceptado cargos y porque los hechos objeto de condena se suscitaron porque se encontraba comprando medicamentos para su hija.

## **NO RECURRENTES.**

La fiscalía no se pronunció al respecto.

## **CONSIDERACIONES DE LA SALA**

1. El artículo 63 de la Ley 599 de 2000 que regula el subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena reza:

*“ARTÍCULO 63. SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA. <Artículo modificado por el artículo 29 de la Ley 1709 de 2014. El nuevo texto es el siguiente:> La ejecución de la pena privativa de la libertad impuesta en sentencia de primera, segunda o única instancia, se suspenderá por un período de dos (2) a cinco (5) años, de oficio o a petición del interesado, siempre que concurran los siguientes requisitos:*

*1. Que la pena impuesta sea de prisión que no exceda de cuatro (4) años.*

*2. Si la persona condenada carece de antecedentes penales y no se trata de uno de los delitos contenidos el inciso 2o del artículo 68A de la Ley 599 de 2000, el juez de conocimiento concederá la medida con base solamente en el requisito objetivo señalado en el numeral 1 de este artículo.*

*3. Si la persona condenada tiene antecedentes penales por delito doloso dentro de los cinco (5) años anteriores, el juez podrá conceder la medida cuando los antecedentes personales, sociales y familiares del sentenciado sean indicativos de que no existe necesidad de ejecución de la pena.*

*La suspensión de la ejecución de la pena privativa de la libertad no será extensiva a la responsabilidad civil derivada de la conducta punible.*

*El juez podrá exigir el cumplimiento de las penas no privativas de la libertad accesorias a esta. En todo caso cuando se trate de lo dispuesto en el inciso final del artículo 122 de la Constitución Política se exigirá su cumplimiento.” (Subrayado de la Sala).*



Apelación sentencia abreviada - Rad: 2019-00787 (20-289A).  
Procesado: Giovanny Andrés Monsalve Sampayo.  
Decisión: Revoca parcialmente sentencia del 5 de mayo de 2020.

A partir de allí, se desprende que la concesión de la suspensión condicional de la ejecución de la pena se determina a partir de la acreditación de los requisitos establecidos en la norma citada, esto es: i) que la pena impuesta sea de prisión y que no exceda de cuatro 4 años, ii) que el condenado carezca de antecedentes penales y iii) que la conducta por la que se emitió fallo de condena no esté dentro del listado establecido en el inciso 2° del artículo 68A de la Ley 599 de 2000.

Solo cuando la persona condenada tiene antecedentes penales por delito doloso dentro de los 5 años anteriores, la norma prevé que el juez examinará los antecedentes personales, sociales y familiares del sentenciado para determinar la necesidad de la ejecución de la pena, de lo contrario, su concesión está limitada a la verificación de los requisitos antes señalados. Así lo ha indicado la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal:

*“La verificación de las exigencias propias de la suspensión de la ejecución de la pena, se limita a la previsiones del artículo 63 del C.P. con la modificación del canon 29 de la Ley 1709 de 2014, ninguna referencia hace a aspectos subjetivos, como quiera que se circunscribe a verificar que la pena impuesta no supere los 4 años de prisión, no se trata de los delitos enlistados en el artículo 68 A de la misma normativa y, solo si el condenado registra antecedentes penales dentro de los 5 años anteriores por delito doloso, es necesario estudiar su conducta personal, social y familiar, en aras de hacer un pronóstico sobre la necesidad de la sanción”<sup>3</sup> (Subrayado de la Sala).*

Visto lo anterior, para la Sala no existe discusión sobre lo dicho por la *a quo* en punto a que se satisfacen dos de los tres requisitos, pues la pena impuesta es apenas de 24 meses de prisión y el delito de fuga de presos no está enlistado en el artículo 68A del Código Penal; sin embargo, a pesar de que para la época de comisión del delito y emisión de la sentencia Monsalve Sampayo contaba con un antecedente penal por delito doloso dentro de los 5 años anteriores (rad. 2012-00678<sup>4</sup>), lo cierto es que obvió hacer el análisis previsto en el numeral 3° del citado artículo 63 y, sin más, decidió denegar dicho subrogado por esa razón.

<sup>3</sup> CSJ SP 3 de junio de 2020, rad. 52492, reiterando lo dicho en CSJ SP5329-2019, entre otras.

<sup>4</sup> Sentencia condenatoria ejecutoriada el 6 de diciembre de 2016 por el delito tipificado en el artículo 365 del C.P., conforme obra en el expediente (cartilla biográfica en la página 23 del expediente digital) y el sistema de consulta de procesos.



Apelación sentencia abreviada - Rad: 2019-00787 (20-289A).  
Procesado: Giovanni Andrés Monsalve Sampayo.  
Decisión: Revoca parcialmente sentencia del 5 de mayo de 2020.

En ese sentido, ante tal insuficiencia de la juez de primer grado, compete a la Sala abordar lo propio a efectos de analizar de manera integral dicha prerrogativa. Entonces, durante el traslado del artículo 447 del C.P.P., la agencia fiscal señaló lo siguiente:

*“...señoría la fiscalía solamente refiere los generales de ley que ya se conocieron, con los consignados en el escrito de acusación, señalando que se hizo traslado del correspondiente oficio donde se relacionan los antecedentes que obra contra la persona aquí procesada y, se le solicita además, que se tenga en cuenta los términos del preacuerdo concediendo los beneficios correspondientes para que se le premie de alguna manera al haber aceptado los cargos el día de hoy a la persona procesada”<sup>5</sup>*

Luego, la defensora de Giovanni Andrés dijo:

*“... solicito que se le conceda la libertad por este delito a mi defendido, en atención a que se da tanto el factor objetivo como el factor subjetivo, y se le permita seguir disfrutando de la libertad, teniendo en cuenta que es un padre cabeza que tiene una hija menor a la que tiene que cuidar y que está realizando actividades desde su casa para poder ayudar a sustentar a su familia... y que se le imponga la pena ya pactada con la fiscalía”<sup>6</sup>*

Así las cosas, de lo expuesto anteriormente no es posible colegir que la conducta personal, social y familiar de Monsalve Sampayo sea negativa, pues la fiscalía, como guarda de la investigación en virtud del artículo 250 superior, no alegó nada al respecto y, en cambio, sí solicitó que se le premiara a través de los beneficios previstos en el ordenamiento jurídico por haber aceptado cargos mediante el preacuerdo; aunado a ello, su apoderada judicial adujo que es padre de una menor de edad que está bajo su cuidado y que realiza labores para lograr ingresos para su subsistencia y la de su familia.

Asimismo, al revisar detenidamente el expediente, se colige que el procesado es un masculino de 30 años de edad residente de la casa 93, manzana 3 del barrio Brisas de Altamira de Barrancabermeja, que al parecer es moto-taxista<sup>7</sup> en dicha ciudad, donde convive en unión libre con la señora Yoanna Smith Herrera y que, producto de esa relación tienen una hija A. Monsalve Herrera, que para la fecha de su captura tenía apenas 11 meses, por lo que

---

<sup>5</sup> Record: 15:00 Audiencia del 5 de mayo de 2020.

<sup>6</sup> Record: 16:00 Audiencia del 5 de mayo de 2020.

<sup>7</sup> Pág. 20 del expediente digital. Formato de arraigo.



Apelación sentencia abreviada - Rad: 2019-00787 (20-289A).  
Procesado: Giovanni Andrés Monsalve Sampayo.  
Decisión: Revoca parcialmente sentencia del 5 de mayo de 2020.

actualmente tendría aproximadamente 4 años de edad, pero que además reside junto a tres (3) hijastros de 14, 3 y 9 años de edad; igualmente, sus padres son los señores Albeiro Monsalve y Maryluz Sampayo, esta última con 42 años de edad y residente de barrio Miraflores La Planada de Barrancabermeja.

De otro lado, al revisar la *Consulta en línea de Antecedentes Penales y Requerimientos Judiciales de la Policía Nacional*, actualmente el encartado no es requerido por autoridad judicial alguna y, según la página web de consulta de procesos de ejecución de penas, el proceso que registraba como antecedente con radicado N° 68081-6000-135-2012-00678-01, no tiene actividad desde mayo de 2021 cuando fue extraído del archivo para su digitalización.

De lo anterior, es viable concluir que sus condiciones personales, familiares y sociales no muestran aspectos negativos o que sean objeto de crítica, por lo menos con lo que obra dentro del expediente, pues se trata de un padre de familia, que se dedica a labores informales, que cuenta con personas a su cargo y que, por lo menos, su madre vive en la misma ciudad donde este reside; aunado a ello, actualmente no es requerido por autoridad judicial alguna ni registra anotaciones adicionales en el proceso que figuraba como antecedente, lo que permite colegir que se torna procedente en el presente asunto concederle el subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, máxime que tal aspecto se debe examinar de cara a los fines de la pena, como lo ha expresado la jurisprudencia:

*“De ahí que el estudio de las características individuales del procesado sea esencial para el reconocimiento o no de los mecanismos de sustitución de la pena privativa de la libertad, en tanto están ligados de manera inescindible a las funciones de la pena y al reproche subjetivo que el juez debe hacer dentro de la categoría de la culpabilidad (cfr., entre otras, CSJ SP 22 jun. 2011, rad. 35.943 y SP13989-2017, rad. 47.691).*

*En la consideración de los requisitos subjetivos aplicables a los subrogados y beneficios se identifica una teleología común, de acuerdo con la cual, superado el factor objetivo, de lo que se trata es de valorar la condición personal del sentenciado, de cara al cumplimiento de la finalidad del instituto y los fines de la pena (CSJ SP2438-2019, rad. 53.651).”<sup>88</sup>*

---

<sup>88</sup> CSJ Radicación N° 52.620 del 22 de abril de 2020. Mag. Ponente: Patricia Salazar Cuéllar.



*Apelación sentencia abreviada - Rad: 2019-00787 (20-289A).  
Procesado: Giovanni Andrés Monsalve Sampayo.  
Decisión: Revoca parcialmente sentencia del 5 de mayo de 2020.*

De esa manera, se estima necesario en esta oportunidad suspender condicionalmente la pena impuesta a Giovanni Andrés para que en libertad y bajo los compromisos adquiridos con ella durante el periodo de prueba respectivo, pueda mostrar su apremio por la justicia y servir de apoyo para su núcleo familiar.

En consecuencia, se revocará parcialmente la sentencia apelada en el sentido de concederle a Giovanni Andrés Monsalve Sampayo la suspensión de la ejecución de la pena de prisión, por un periodo de prueba de dos (2) años, para lo cual deberá suscribir un acta en que se comprometa a cumplir estrictamente las obligaciones previstas por el artículo 65 del Código Penal, así como al cumplimiento de la pena accesoria de inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el término de 24 meses, previa constitución de caución prendaria por valor de \$300.000 pesos mcte.

La suscripción de la diligencia de compromiso será realizada personalmente por el sentenciado ante el Centro de Servicios Judiciales –SPA de Bucaramanga, allegando la póliza o el título de depósito judicial respectivos, dentro de los 5 días siguientes a la notificación que se le haga de la presente sentencia.

Finalmente, por sustracción de materia, no se hará estudio alguno al restante subrogado de la prisión domiciliaria.

Por lo expuesto, **EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BUCARAMANGA, SALA DE DECISIÓN PENAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

### **RESUELVE:**

**Primero:** Revocar parcialmente el numeral 3° de la sentencia impugnada de origen, fecha y contenido anotados, en el sentido de concederle a Giovanni Andrés Monsalve Sampayo la suspensión de la ejecución de la pena de prisión en los términos y condiciones expuestos en la parte motiva de esta providencia.



Apelación sentencia abreviada - Rad: 2019-00787 (20-289A).  
Procesado: Giovanni Andrés Monsalve Sampayo.  
Decisión: Revoca parcialmente sentencia del 5 de mayo de 2020.

**Segundo:** Confirmar en lo demás la sentencia recurrida.

**Tercero:** La presente providencia se notifica en estrados, sin perjuicio de la personal que debe intentarse de conformidad con el artículo 169 del C.P.P. Contra la misma procede el recurso extraordinario de Casación. Una vez ejecutoriada, regresen las diligencias a la oficina de origen.

## CÚMPLASE

**Los Magistrados,**

**PAOLA RAQUEL ÁLVAREZ MEDINA**

**JAIRO MAURICIO CARVAJAL BELTRÁN**

**JUAN CARLOS DIETTES LUNA**

**Salvamento de voto**

PROYECTO REGISTRADO A TRAVÉS DEL EXCEL  
INSTITUCIONAL DE LA SECRETARÍA DE ESTA SALA  
ESPECIALIZADA EL **8 DE NOVIEMBRE DE 2022.**

*El expediente obra en un cuaderno digital de  
OneDrive*

# TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

## SALA PENAL

**Magistrado Ponente: DR. JUAN CARLOS DIETTES LUNA**

**Radicación N° 68001-60-00-159-2019-01281-01 / 1986**

**Bucaramanga, agosto dieciocho (18) de dos mil veintitrés (2023)**

### ASUNTO

Resolver el recurso de apelación interpuesto por la defensa contra la sentencia mediante la cual la Juez Primera Penal del Circuito de Bucaramanga condenó a DEIVIS HOYOS LAGARES por la comisión del delito de TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES.

### ACONTECER FÁCTICO

Aproximadamente a las 8:55 horas del 19 de febrero de 2019, agentes policiales que desplegaban labores de patrullaje en el barrio José Antonio Galán, aprehendieron a Deivis Hoyos Lagares, quien portaba un bolso tipo carriel, color negro con flores, en cuyo interior encontraron dos bolsas plásticas transparentes que contenían - cada una - 100 envolturas, empacadas en papel de cuaderno, con una sustancia pulverulenta que tenía las características de cocaína; efectuada la prueba de identificación preliminar, resultó positiva para cocaína y sus derivados, con peso neto de 41.5 gramos.

## **DE LA ACTUACION PROCESAL**

El retenido fue puesto a disposición de las autoridades competentes; el 20 de febrero de 2019 se celebraron las audiencias preliminares en que se legalizó el procedimiento de captura en situación de flagrancia y la agencia fiscal le imputó la presunta comisión del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, en la modalidad de “llevar consigo” – artículo 376 inciso 2° de la Ley 599 de 2000, modificado por la Ley 1453 de 2011 –, cargo no aceptado por el encartado, quien recobró su libertad.

Una vez presentado el correspondiente escrito, la Juez Primera Penal del Circuito de Bucaramanga avocó conocimiento y convocó la respectiva audiencia, al interior de la cual la agencia fiscal formuló acusación por el ilícito atrás reseñado; en la audiencia preparatoria se decretó el acervo probatorio y pactó la plena identidad del encausado; desarrolló el juicio oral y - al final - anunció que el sentido del fallo sería condenatorio; corrió el traslado del artículo 447 del CPP y en posterior sesión profirió el fallo de rigor.

## **DE LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

Al considerar reunidas las exigencias previstas en el artículo 381 de la Ley 906 de 2004, el 31 de julio de 2023 la a quo condenó a Devis Hoyos Lagares a la pena de 64 meses de prisión, multa de dos salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilidad para ejercer derechos y funciones públicas por igual lapso de la pena privativa de la libertad, como autor del punible de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, a la par que le negó cualquier subrogado.

Adujo que se demostró la materialidad del delito, pues el enjuiciado portaba una sustancia estupefaciente que superaba ampliamente la dosis permitida para considerarla “de aprovisionamiento”; arrojó un peso neto de 41.5 gramos y estaba contenida en más de 100 envolturas, hecho que corroboraba su propósito de “venta”.

## **DE LA IMPUGNACIÓN**

Inconforme con el fallo, la defensa lo apeló para lograr su revocatoria al no demostrarse que - además de llevarlo consigo – el alcaloide estuviera destinado por el procesado a su

comercialización o venta, lo que erradamente concluyó la cognoscente, por la forma en que fue hallada, aunado a que invirtió la carga de prueba, arguyendo que la defensa “no hizo nada” para demostrar que la finalidad del encartado era la de “consumir droga”, desconociendo así un reciente precedente jurisprudencial<sup>1</sup>; entonces, no existieron circunstancias que indicaran - más allá de toda duda razonable - que la sustancia estupefaciente sería vendida o utilizada por Deivis Hoyos Lagares para “comercialización”, máxime si no se recaudaron pruebas que así lo acreditaran.

## CONSIDERACIONES DE LA SALA

Controvierte la defensa el fallo condenatorio dictado y en su lugar, deprecia la absolución de Deivis Hoyos Lagares, puesto que los medios probatorios acopiados son insuficientes para radicar responsabilidad penal en cabeza suya, al no demostrarse el ingrediente subjetivo de la ilícita conducta reprochada, aspecto sobre el cual la Colegiatura estima lo siguiente:

1.- El artículo 376 de la Ley 599 de 2000 – modificado por la Ley 1453 de 2011 – prevé que “...el que sin permiso de autoridad competente, introduzca al país, así sea en tránsito o saque de él, transporte, lleve consigo, almacene, conserve, elabore, venda, ofrezca, adquiera, financie o suministre a cualquier título sustancia estupefaciente, sicotrópica o drogas sintéticas que se encuentren contempladas en los cuadros uno, dos, tres y cuatro del Convenio de las Naciones Unidas sobre Sustancias Sicotrópicas...” incurrirá en las sanciones correspondientes.

2.- La agencia fiscal desplegó esfuerzos probatorios para demostrar la materialidad y responsabilidad penal del procesado, con los siguientes medios de convicción:

2.1. Nancy Yesenia Ortiz Cáceres – investigadora del CTI – elaboró el informe de laboratorio del 12 de marzo de 2019<sup>2</sup>, relacionado con la identificación definitiva de la sustancia incautada a Deivis Hoyos Lagares, a saber, cocaína.

---

<sup>1</sup> SP 106 de 2020, rad. 56574

<sup>2</sup> Archivo 019 – Expediente digital

2.2. Fernando Antonio Hernández Mendoza – agente policial – declaró que en el 2019 trabajaba en la jurisdicción de Chimitá, en labores de patrullaje y vigilancia; ese día se encontraba en el barrio José Antonio Galán, observaron a una persona que se tornó nerviosa al ver la presencia policial, le practicaron un registro y hallaron en el bolso una sustancia similar a la cocaína, lo cual motivó su captura; incorporó el acta de incautación de sustancia estupefaciente que data del 19 de febrero del 2019.

En el conainterrogatorio expuso que el encartado iba caminando por la vía pública, al observarlos se puso nervioso, lo requisaron y en el bolso únicamente estaba la cocaína que se plasmó en el informe.

2.3. Elkin Lizcano Rueda – agente policial – indicó que el 19 febrero de 2019 era el Comandante de patrulla de la estación de policía Centro / jurisdicción Chimitá; junto a su compañero Fernando Hernández Mendoza estaban en el barrio José Antonio Galán, notaron que un ciudadano se percató de la presencia policial y se tornó nervioso, aceleró su paso, lo abordaron y al registrarlo hallaron en su poder 200 papeletas de cocaína, siendo capturado en situación de flagrancia; la sustancia incautada se dejó a disposición de la FGN, a fin de verificar su contenido.

En el conainterrogatorio aseveró que el ciudadano estaba solo, al notarlo nervioso procedieron a registrarlo y hallaron en su poder una sustancia que - por sus características - parecía bazuco - derivado de la cocaína -; en el barrio José Antonio Galán se presenta mucho tráfico de estupefacientes y dijo desconocer si el encartado estaba comprando o vendiendo el psicotrópico.

2.4. Alvaro Niño Delgado – Técnico Investigador II – en el 2019 estaba adscrito a la URI del CTI de Bucaramanga, su función era hacer pruebas PIPH y elaboró el informe de investigador de campo calendarado 19 de febrero de 2019, correspondiente a la prueba de identificación preliminar homologada de la sustancia incautada al encartado; recordó que la recibió del investigador líder, debidamente embalada y rotulada, con su respectiva cadena de custodia; extrajo la totalidad de la sustancia de cada empaque, procedió a estudiarla y arrojó positivo para cocaína, con peso neto de 41.5 gramos.

2.5. David Andrés Ardila Herrera – investigador del CTI – en febrero de 2019 laboraba en la URI y fijaba fotográficamente los elementos incautados a los capturados; suscribió el informe de investigador de campo FPJ-11, con las evidencias físicas halladas.

3.- La defensa no practicó pruebas.

4.- Una vez analizados en conjunto los medios de persuasión recopilados - bajo la óptica de las reglas de la sana crítica –, la Sala concluye lo siguiente:

4.1. En un caso similar donde agentes policiales incautaron dos paquetes que contenían 996,7 gramos de marihuana, arrojados previamente por quien pretendió huir del lugar, pero fue interceptado una cuadra más adelante, al que también le imputaron y lo acusaron por la presunta comisión de igual ilicitud a la aquí reprochada, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia<sup>3</sup> sostuvo que

“...la jurisprudencia actual de la Corte, del delito de fabricación, tráfico o porte de estupefacientes del artículo 376 del Código Penal ha establecido que el verbo rector «llevar consigo» exige para la configuración del hecho punible de un elemento subjetivo o finalidad específica, esto es, que el porte tenga como propósito la venta o distribución, de suerte que «la conducta aislada de llevar consigo, por sí misma es atípica si no se nutre de esa finalidad específica» (SP025-2019). Al efecto, la Sala ha explicado, en varios pronunciamientos, las razones por las que se debe distinguir la actividad del consumidor de la del traficante y distribuidor de estupefacientes, entre ellos en la decisión 50512 del 28 de febrero de 2018, la cual se cita en extenso por ilustrar el pensamiento actual de la Corte sobre esta materia: Pero, además, resulta de la mayor importancia la consideración hecha por la Sala en el sentido que el tipo penal del artículo 376 del Código Penal, cuando la conducta se relaciona con el porte de estupefacientes, contiene un ingrediente subjetivo tácito, atinente al propósito del sujeto agente, por lo que la realización del tipo penal no depende en últimas de la cantidad de sustancia llevada consigo sino de la verdadera intención que se persigue a través de la acción descrita: [p]ara la tipicidad de la conducta del porte de sustancias estupefacientes se debe tener en cuenta el ingrediente subjetivo tácito que plasmó el legislador al excluir de la previsión legal la conducta de quien tenga la finalidad exclusiva de su uso personal por razón de la dependencia como consumidor, adicto o enfermo...”

También señaló que

“...En suma, la evolución del tema relacionado con el porte de estupefacientes alusivo al verbo rector llevar consigo, ha consolidado las siguientes tesis (CSJ SP9916-- 2017, 11 jul. Rad. 44997): Tratándose de delitos de peligro abstracto – el previsto en el artículo 376 del Código Penal, lo es -, si bien en el momento de creación legislativa se deja implícita una presunción de peligro, esta es legal y no de derecho, por lo que

---

<sup>3</sup> Rad. 58076 de septiembre 28 de 2022

el juez debe llevar a cabo un juicio de antijuridicidad a fin de determinar si se creó un riesgo efectivo, verificable empíricamente, para el bien jurídico protegido. En todos los casos, el consumidor ocasional, recreativo o adicto, no puede ser considerado como sujeto pasible del derecho penal, cuando la conducta que realiza carece de cualquier connotación afín al tráfico o distribución de sustancias estupefacientes o psicotrópicas o drogas sintéticas, con independencia de la cantidad de sustancia prohibida que se lleve consigo, pues en tales eventos no se produce un efectivo menoscabo o peligro concreto para los bienes jurídicos que pueden ser objeto de tutela por el legislador. Se reconoce la existencia de un elemento subjetivo implícito en el tipo penal, relacionado con la constatación de la intención del portador de la sustancia estupefaciente, debiéndose establecer si el propósito es el uso personal o si lo es la distribución o tráfico. En consecuencia, se torna insuficiente apelar al criterio cuantitativo de dosis para uso personal previsto en el literal j) del artículo 2º de la Ley 30 de 1986, como factor determinante para la configuración del injusto típico, puesto que en los eventos en que la cantidad llevada consigo no supera aquellos toques previstos por el legislador, la conducta deja de ser relevante para el derecho penal. Mientras, importa subrayarlo, cuando la acción está relacionada con el tráfico, es claro que el comportamiento se estima lesivo del bien jurídico, sin reparar en que la sustancia desborde o no aquellos rangos regulados en la ley...”

#### Agregó que

“...En la misma línea, cuando la cantidad de estupefaciente supera la prevista como dosis para el uso personal, es necesario recurrir a otros factores que puedan determinar el juicio de lesividad de la conducta, de modo que la ilicitud se establezca con fundamento en criterios normativos referidos a la relevancia jurídico penal del comportamiento y a la efectiva afectación del bien jurídico protegido, en todo caso distintos al arbitrario y vago concepto legal de dosis personal. Entonces, lo que en realidad permite establecer la conformación del injusto típico es el fin propuesto de traficar o distribuir con el psicotrópico, siendo equivocado recurrir a criterios como ‘ligeramente superior a la dosis personal’.....No en vano, de tiempo atrás la Sala consideró como ingrediente subjetivo en el delito de Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, el ánimo del sujeto que porta las sustancias alucinógenas, pues a partir de ese conocimiento se establece la realización del tipo prohibitivo (distribución), o por el contrario, se excluye su responsabilidad penal (consumo propio)...”

#### Reiteró que

“...Así lo señaló en el fallo que se viene citando: [l]a Corte está reconociendo la existencia en el tipo penal del artículo 376 del Código Penal de lo que se conoce en la doctrina como elementos subjetivos distintos del dolo, elementos subjetivos del tipo o elementos subjetivos del injusto, que son aquellos ingredientes de carácter intencional distintos del dolo que en ocasiones se emplean para describir los tipos penales y que poseen un componente de carácter anímico relacionado con una peculiar finalidad del sujeto realizador de la conducta descrita. Como se sabe, en algunas ocasiones es el mismo legislador el que incluye elementos subjetivos en el tipo penal (p. ej. artículo 239 del Código Penal). En otras, sin embargo, es la jurisprudencia la que recurre a elementos especiales de ánimo cuando no se han previsto expresamente en el tipo penal, haciéndose necesarios para identificar con claridad la carga de intencionalidad y, con ello, el sentido de la

conducta. En todo caso, la función de esos ingredientes subjetivos, distintos al dolo, es la de definir el riesgo jurídicamente relevante, esto es, sirven para confirmar o rechazar la tipicidad de la conducta en el plano material dentro del proceso de imputación objetiva. De esa manera, en relación con el delito de Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, el recurso a los elementos subjetivos diferentes del dolo, tiene el propósito de efectuar una restricción teleológica del tipo penal, pues no obstante que el contenido objetivo del verbo rector “llevar consigo” remite a la realización de la conducta penalmente relevante con el solo acto de portar las sustancias estupefacientes, psicotrópicas o drogas sintéticas, el desarrollo jurisprudencial atrás relacionado ha reducido el contenido del injusto a la demostración del ánimo por parte del portador de destinarla a su distribución o comercio, como fin de la norma. No quiere decir lo anterior, que el peso de la sustancia portada deba menospreciarse ante su falta de idoneidad para determinar la tipicidad de la conducta punible, pues hace parte de la información objetiva recogida en el proceso y, por tanto, junto con otros elementos materiales allegados en el juicio permitirán la inferencia razonable del propósito que alentaba al portador. Por último, no sobra reiterar que la demostración del componente anímico relacionado con la finalidad es una carga que le corresponde a la Fiscalía General de la Nación, por tratarse de una de las premisas fácticas de su teoría del caso que obviamente debe abarcar los extremos que estructuran la conducta punible descrita en el artículo 376 del Código Penal...”

Entonces, concluyó que

“...Siendo ello así, la determinación de si el implicado pretende distribuir o vender la sustancia que porta resulta necesaria para establecer si se configura el verbo llevar consigo. Si en el debate público no se demuestra ese componente subjetivo, el juez deberá optar por la absolución. En este caso, resulta claro que el Tribunal erró al asumir que el sólo hecho de llevar consigo una sustancia estupefaciente en cantidad superior a la establecida como dosis personal constituye comportamiento delictivo, pues desconoce la exigencia subjetiva relacionada con el propósito de distribuir o comercializar la sustancia, elemento necesario para tipificar la conducta. Lo anterior porque, como lo destacaron demandante y no recurrentes, la Fiscalía ni siquiera atribuyó en la imputación o en la acusación esa finalidad a GM, pues se limitó a imputarle el verbo rector “llevar consigo” destacando la cantidad de marihuana portada, sin atribuirle ninguna de las finalidades que la ley reprime. Asiste razón a la demanda, entonces, al señalar que la sentencia violó de manera directa la ley, porque pasó por alto que la Fiscalía no atribuyó al procesado el elemento subjetivo especial, esto es, que la droga estaba destinada a la venta o distribución. Mucho menos cuando no se demostró ese aspecto en el juicio oral...”

Para adoptar la decisión tuvo en cuenta un factor adicional, a saber, la defensa aportó pruebas indicativas de que el procesado, cuando fue capturado, era adicto a las sustancias estupefacientes (cocaína y marihuana), tal como surgía del examen practicado por el sicólogo adscrito a la Defensoría del Pueblo y lo contenido en varias certificaciones emitidas por centros de rehabilitación, lo cual tornaba “...aún más imperativo que la Fiscalía demostrara que la sustancia portada por CAGM estaba destinada para la comercialización o distribución y no para su uso personal...”; en consecuencia, la Sala casó la sentencia de segunda instancia “...dado el equivocado

entendimiento del verbo rector «llevar consigo» del artículo 376 del Código Penal, error trascendente porque implicó la emisión de una condena contra el acusado por llevar consigo sustancia estupefaciente en cantidad superior a la dosis personal, sin que se imputara, ni comprobara que estaba destinada a la venta o distribución. Por lo anterior, la Corte revocará el fallo impugnado y, en su lugar, absolverá a CAGM del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes por el que fue acusado...”.

4.2. Los uniformados Fernando Antonio Hernández Mendoza y Elkin Lizcano Rueda simplemente aseveraron que adelantaban labores de patrullaje en el sector del barrio José Antonio Galán de Bucaramanga, Deivis Hoyos Lagares notó su presencia y se tornó nervioso, inmediatamente lo registraron y – tras verificar el contenido del carriel que portaba – lo capturaron porque contenía una sustancia similar a la cocaína que – según lo confirmaron Alvaro Niño Delgado y Nancy Yesenia Ortiz Cáceres - pesó 41.5 gramos, empacada en papel cuaderno, dentro de dos bolsas plásticas transparentes que contenían - cada una - 100 envolturas.

Es decir, lo acreditado en el juicio oral únicamente surge como evidencia válida acerca que se incautó una cantidad de alcaloide que supera ampliamente la legalmente establecida como dosis para uso personal – un gramo - e, incluso, difícilmente se ajusta al concepto “de aprovisionamiento”, sin que pueda predicarse la ajenuidad del encausado respecto del hecho juzgado, pues es dable colegir que conocía el contenido de lo que llevaba en el bolso que portaba, tanto así que al ver a los gendarmes se puso nervioso; a lo anterior se aúna el hallazgo de las referidas bolsas plásticas y de papel, lo cual significan que podrían utilizarse en la posible distribución o comercialización del estupefaciente, en porciones mínimas, aseveración que no traspasa el campo de una “mera conjetura”, al carecer de real asidero probatorio que lo confirme.

4.3. Ciertamente es que en el caso concreto nada se procuró comprobar en torno a si el procesado era consumidor habitual o farmacodependiente en la época de comisión de la presunta ilicitud, pero lo cierto es que la demostración del aludido ingrediente subjetivo de “distribuir” o “comercializar” es ineludible para comprobar el real propósito del sujeto agente, la verdadera intención que se persigue a través de la acción descrita, sin que al respecto exista algún medio persuasivo que permita inferir su presencia, ya que la agencia fiscal se despreocupó de arrimar a las diligencias algún medio de convicción en ese sentido v.gr. tenía la carga de demostrar que Deivis Hoyos Lagares transportaba la

cocaína de un punto específico a otro determinado - con ese objetivo - o tenía vínculos con alguna organización delincencial de las que constantemente procuran permanecer en el anonimato y generalmente acuden a distintas personas para que ejerzan ese tipo de labor, pasando desapercibidas, a cambio de jugosas sumas de dinero previamente pactadas y entregadas al cumplir su ilícito propósito, etc.

#### 4.4. La máxima Corporación en el campo penal ha discurrido que

“...el principio de congruencia, como garantía estructural en los sistemas procesales que consagran la separación funcional de las labores de acusación y juzgamiento, implica que el fallo judicial debe ser consonante o concordante con la acusación en el aspecto personal (la persona acusada), fáctico (los hechos jurídicamente relevantes), y jurídico (la calificación o valoración jurídica de la conducta). La Sala, reiteradamente, ha señalado los eventos en los que el juzgador vulnera o desconoce este postulado. En CSJ AP6587-2016, rad. 48660, los precisó de la siguiente manera: En efecto, según la jurisprudencia de esta Corporación (Cfr. entre otras, CSJ SP, 6 abr. 2006, rad. 24668; CSJ SP, 28 nov. 2007, postulado cuando se condena en alguno de los siguientes escenarios: (i) por hechos distintos a los contemplados en las audiencias de formulación de imputación o de acusación, o por delitos no atribuidos en la acusación; (ii) por un delito que no se mencionó fácticamente en el acto de formulación de imputación, ni fáctica y jurídicamente en la acusación; (iii) por el injusto atribuido en la audiencia de formulación de la acusación, pero se deduce, además, circunstancia genérica o específica de mayor punibilidad no imputada en la acusación, (iv) suprimiendo una circunstancia genérica o específica de menor punibilidad reconocida en la acusación. Y, tratándose del elemento fáctico, ha afirmado que el aludido principio se vulnera si se desconoce el núcleo esencial de la imputación fáctica (CSJ SP, 27 jul. 2007, rad. 26468; CSJ SP, 3 jun. 2009, rad. 28649, y CSJ SP, 15 oct. 2014, rad. 41253). La congruencia constituye un límite a las facultades del juzgador. Por principio, el juez no puede fallar sobre hechos que no fueron imputados, ni por delitos que no fueron objeto de acusación. Pero también está relacionada con el derecho a conocer los fundamentos de la acusación, el derecho a la defensa y el derecho a la controversia o contradicción (...) Esto ha llevado a la Sala a insistir en la necesidad de que la fiscalía exponga clara y sucintamente en la acusación los hechos jurídicamente relevantes, en cuanto inciden en otros temas transversales del juicio, como es el tema de prueba y el derecho de defensa.<sup>2</sup> Precisamente por esta incidencia es que se ha considerado que los hechos expuestos en la acusación son intangibles e inmodificables (congruencia sobre el núcleo fáctico)...<sup>4</sup>En la imputación o en la acusación la agencia fiscal ni siquiera atribuyó la finalidad de “venta” al enjuiciado, al limitarse a reprocharle el verbo

<sup>4</sup> Sentencia de junio 7 de 2023, rad. 56244.

rector alternativo “llevar consigo”, con fundamento exclusivo en la cantidad de cocaína portada, sin atribuirle ninguno otro de los propósitos que la ley reprime.

Al revisar las diligencias se observa que en la audiencia preliminar de formulación de imputación la agencia fiscal endilgó la comisión del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes “bajo la modalidad de portar, llevar consigo dicha sustancia alucinógena”<sup>5</sup> y en el escrito de acusación aludió al “verbo rector llevar consigo”, mismos términos en que acusó al procesado en la respectiva audiencia<sup>6</sup>; no obstante, la juez de primer grado concluyó en su sentencia que “tenía en su poder el investigado una sustancia superando ampliamente la dosis permitida para que sea considerada como un aprovisionamiento ya que podemos determinar entonces que la sustancia no solamente arroja un peso neto de 41.5 gramos, sino que además venía en un sin número de envolturas superior a 100, con lo que se evidencia su destinación para venta. Claro, como no se probó la comercialización, la imputación se hizo en la modalidad de “llevar consigo”, entonces, ninguna relevancia tiene que no se le haya encontrado dinero al acusado al momento de su captura como lo advierte la defensa”.

Por consiguiente, así existieran elementos de juicio que permitieran evidenciar “su destinación para venta”, afirmación de la a quo que conduce a vislumbrar su intención de dar por acreditado esto último, lo cierto es que resultaría procesalmente imposible predicarlo respecto del enjuiciado, en la medida que se obraría en contravía del principio de congruencia o coherencia.

4.5. Tampoco puede desconocerse la vigencia del principio de in dubio pro reo, sobre el cual la alta Corte en el campo penal ha decantado que

“...si aspectos sustanciales sobre la materialidad del delito o la responsabilidad del acusado no consiguen su demostración directa o indirecta al valorar el cuadro conjunto de pruebas, se impone constitucional y legalmente aplicar el referido principio de resolución de la duda a favor del inculcado, el cual a la postre, también se encuentra reconocido en la normativa internacional como pilar del debido proceso y de las garantías judiciales...”<sup>7</sup>

También ha precisado que

---

<sup>5</sup> Audiencia preliminar de formulación de imputación - 20 de febrero de 2019 - Min. 16:12

<sup>6</sup> Audiencia de formulación de acusación -Minuto 7:39

<sup>7</sup> Sentencia de diciembre 5 de 2007, rad. 28432

“...Ante esa falta de certeza probatoria en el momento de proferir sentencia, ha de acudir al amparo del apotegma in dubio pro reo, expresamente consagrado en nuestro ordenamiento procesal por el artículo 216 (CPC vigente, art. 7°), para soslayar el peligroso riesgo de condenar a un inocente, extremo de la disyuntiva falladora menos grave que el de absolver a un eventual responsable; la justicia es humana y, por lo mismo, falible; por eso el acto soberano y trascendente de emitir sentencia de condena ha de estar anclado firmemente en prueba de irrefutable solidez; cuando ello no ocurre, se impone en nombre de esa misma justicia, decisión absolutoria (Providencia, mayo 15/84, M.P. Alfonso Reyes Echandía)...”

Corolario de lo anterior, será revocado el fallo condenatorio de primer grado y en su lugar, se absolverá a Deivis Hoyos Lagares como autor del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, en la modalidad de “llevar consigo”.

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

## RESUELVE

**REVOCAR** el fallo de origen, fecha y naturaleza reseñados, mediante el cual se condenó a DEIVIS HOYOS LAGARES como autor del delito de TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES y, en su lugar, **ABSOLVERLO** por la comisión de esa ilicitud.

Contra la presente determinación procede el recurso extraordinario de casación.

Esta decisión se notifica en estrados, en forma personal o virtual, según el caso.

Una vez ejecutoriada devuélvanse las diligencias a la oficina de origen.

**Aprobado en acta virtual N° 810 DEL 18 DE AGOSTO DE 2023.**

**CÚMPLASE.-**

**Los Magistrados,**

  
**JUAN CARLOS DIETTES LUNA**  
 Rama Judicial  
Consejo Superior de la Judicatura  
República de Colombia

  
**HAROLD MANUEL GARZÓN PEÑA**

  
**SHIRLE EUGENIA MERCADO LORA**

**SANDRA JULLIETH CORTÉS SAMACÁ**  
**Secretaria**

**Revoca y absuelve**

**C/ Devis Hoyos Lagares**

**D/ Fabricación, tráfico o porte de estupefacientes**

**Juez 1º Penal del Circuito de B/manga**



|                               |   |
|-------------------------------|---|
| <i>Magistrado ponente</i>     | <i>Harold Manuel Garzón Peña (Despacho 6)</i>   |
| <i>Radicación</i>             | <i>68001-60-00-000-2014-00296-02 (CI 476)</i>   |
| <i>Asunto</i>                 | <i>Apelación sentencia condenatoria - Proceso ordinario</i>                                 |
| <i>Procedencia</i>            | <i>Juzgado 2º Penal del Circuito de Bucaramanga</i>   |
| <i>Procesado</i>              | <i>Andrés David Núñez Orduz</i>   |
| <i>Delito</i>                 | <i>Homicidio agravado y otros</i>   |
| <i>Decisiones</i>             | <i>Declarar prescripción de la acción penal, decretar preclusión, modificar y confirmar</i> |
| <i>Fecha de registro</i>      | <i>24 de julio de 2023</i>  |
| <i>Fecha de aprobación</i>    | <i>31 de julio de 2023</i>  |
| <i>Acta de aprobación No.</i> | <i>740</i>  |

Bucaramanga (Santander), treinta y uno (31) de julio de dos mil veintitrés (2023)

### MATERIA DE ESTUDIO

El recurso de apelación interpuesto y sustentado por la defensora del procesado ANDRÉS DAVID NÚÑEZ ORDUZ contra la sentencia proferida el 29 de julio de 2019 por el entonces titular del Juzgado 2º Penal del Circuito de Bucaramanga, mediante la cual, condenó a su prohijado como autor de los delitos de homicidio, tentativa de homicidio y porte de armas de fuego, accesorios, partes o municiones, los dos primeros agravados y en concurso homogéneo.

### ANTECEDENTES

#### a) Hechos jurídicamente relevantes.

El 6 de junio de 2014, siendo aproximadamente las 8:30 de la noche, dos hombres arribaron en moto a la carrera 28 con calle 54 del barrio "Colorados" de esta ciudad y con posterioridad, habiendo descendido de la misma, accionaron sendas armas de fuego con las siguientes consecuencias:

- Muerte de la adolescente de 17 años A... L... A... R... el mismo día y de la señora PATRICIA PABÓN ARAQUE el 14 de julio posterior en el Hospital Universitario de Santander. Y,



- Heridas de gravedad ocasionadas al adolescente de 17 años E... D... C... B... y al señor ÁLVARO BECERRA ESTEVEZ, quienes recibieron atención médica oportuna, sin la cual hubieran fallecido.

La investigación del caso permitió establecer que uno de los partícipes de ese episodio fue GERSON EDUARDO CARREÑO ROJAS, quien fue condenado tras aceptar su responsabilidad penal en los hechos, precisando en audiencia de juicio oral que ese día era el pasajero y que el atentado estaba dirigido contra E... D... y PATRICIA por venganza ante la muerte de un primo suyo en el pasado.

En cuanto al conductor de la motocicleta, afirmó que había sido un joven LUIS FELIPE o "PIPE" y que sólo él fue quien disparó, pero todos los testigos coinciden en referir que ambos accionaron sus armas de fuego, mientras que YURLEY CAPACHO ORTIZ y SILVIA JULIANA BOCAREJO ROA señalaron a ANDRÉS DAVID NÚÑEZ ORDUZ como atacante, la primera directamente en audiencia de juicio oral y la segunda en reconocimiento fotográfico efectuado con anterioridad.

**b) Actuación procesal.**

29 de julio de 2014: En sendas audiencias preliminares, el entonces Juez 6º Penal Municipal de Bucaramanga con funciones de control de garantías declaró ajustada al ordenamiento jurídico la captura de ANDRÉS DAVID NÚÑEZ ORTIZ, previa orden judicial, el fiscal le formuló imputación y aquel funcionario le impuso medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario.

26 de septiembre de 2014: La fiscal del caso radicó escrito de acusación, cuyo conocimiento correspondió al Juzgado 2º Penal del Circuito de Bucaramanga por reparto efectuado el 14 de octubre siguiente.



27 de enero de 2015: Se celebró audiencia de acusación, atribuyendo la representante del órgano de persecución penal cargos al procesado como coautor de los delitos homicidio agravado, tentativa de homicidio agravado y porte de armas de fuego, accesorios partes o municiones agravado, conforme la descripción típica de los artículos 27, 31, 103, 104, numeral 7º y 365, inciso 3º, numerales 1º y 5º del Código Penal, precisando los siguientes aspectos:

- Que atribuía dos atentados contra la vida consumados y otros tres en la modalidad de tentativa, uno de los cuales no se incluyó en la relación de hechos jurídicamente relevantes, pues, como se verá, el juez de primer grado profirió sentencia absolutoria por el mismo, decisión que no fue impugnada.

- Que la circunstancia de agravación para todos los atentados contra la vida opera porque se aprovechó el estado de indefensión en que se hallaban las víctimas.

- Que, en relación con el delito contra la seguridad pública, endilgaba dos circunstancias específicas de mayor reproche, una por la utilización de medios motorizados y otra por haberse obrado en coparticipación criminal.

De otro lado, atribuyó también la circunstancia de mayor punibilidad a que alude el artículo 58, numeral 10º del aquel compendio normativo, también por este último supuesto de hecho.

12 de mayo y 19 de junio de 2015: Tuvo lugar la audiencia preparatoria, decretándose las pruebas solicitadas por las partes.

22 de octubre de 2015, 13 de abril, 20 de junio, 26 de septiembre, 10 de octubre, 3 de noviembre de 2016, 6 de febrero, 28 de marzo, 25 de abril y 10 de mayo de 2017: Se avanzó en el trámite de la audiencia de juicio oral hasta la práctica de varias pruebas decretadas a solicitud de fiscalía y defensa.



28 de septiembre de 2017: En audiencia preliminar, la entonces titular del Juzgado 2º Penal Municipal de Bucaramanga con funciones de control de garantías ordenó la libertad del procesado por haberse consolidado la causal prevista en el artículo 317, numeral 6º del estatuto penal adjetivo.

10 de julio de 2018, 22 de enero y 29 de abril de 2019: Se culminó la audiencia de juicio oral, anunciando el juez cognoscente que el fallo sería condenatorio por los cargos atribuidos, salvo en lo concerniente al delito de tentativa de homicidio agravado atribuido respecto de lo ocurrido con SILVIA JULIANA BOCAREJO ROA, de manera que se surtió el trámite a que alude el artículo 447 del estatuto penal adjetivo.

29 de julio de 2019: Se profirió la sentencia objeto de apelación.

**c) Sentencia de primera instancia.**

El juez de primera instancia empezó por desestimar la solicitud de nulidad que le fue planteada, bajo el cuestionamiento que no se permitió hacer uso de una entrevista recibida a la testigo SILVIA JULIANA BOCAREJO ROA a efectos de refutar su declaración, toda vez que el defensor continuó interrogando, limitándose a dejar una constancia, sin que hubiera recurrido la decisión, de modo que mal puede sostener ahora que la actuación no cumplió su finalidad, máxime cuando no precisó cuál era la contradicción en que había incurrido la testigo, es decir, no sentó las bases para que fuera viable la impugnación de credibilidad, al tiempo que omitió explicar el efecto nocivo de lo censurado.

Seguidamente, efectuó una descripción de lo narrado por

i) ÓSCAR JAVIER MARTÍNEZ LÓPEZ, BENJAMÍN MEJÍA VARGAS VARGAS, JHON ALEXANDER JURADO BONILLA y VÍCTOR ALFONSO



MONTAÑO VELÁSQUEZ, quienes participaron en la realización de varios actos investigativos.

ii) Las víctimas ÁLVARO BECERRA ESTÉVEZ y E... D... C... B...

iii) Los testigos presenciales del episodio SILVIA JULIANA BOCAREJO ROA, YURLEY CAPACHO ORTIZ, MARIO JOSÉ PRADA FACETE y JURLEBINSON JAVIER PAEZ PINZÓN.

iv) CÉSAR ANDRÉS CAMARGO PEÑA, uniformado de la Policía Nacional que acudió al lugar de los hechos, una vez conoció su ocurrencia.

v) JAVIER RODRÍGUEZ ANAYA, vecino del sector donde acaecieron los hechos y a través del cual se ingresaron registros filmicos grabados con cámaras de un circuito cerrado suyo.

vi) GERSON EDUARDO CARREÑO ROJAS, coautor de la incursión delictiva, quien fue condenado tras haberse allanado a cargos y sostuvo que el aquí procesado no había sido su compañero de andanzas, anticipando sobre su relato:

“... el despacho encuentra que (i) no es creíble su narración cuando afirma que él y su acompañante solo tenían un arma de fuego y que la persona que lo acompañó no se bajó de la motocicleta, ese dicho contradice abiertamente la coherencia de todas las demás pruebas recaudadas en juicio, toda vez que los testigos presenciales al unísono afirmaron que los dos sujetos se bajaron de la moto y cada uno de ellos tenía un arma, adicional a ello en el video incorporado con Javier Rodríguez Anaya se logró establecer que ambos sujetos cruzaron al calle al mismo tiempo.

ii) el relato de que quien lo acompañó era alias “El Mocho” no guarda coherencia de Víctor Alfonso Montaña que mencionó un alias “Narices”, adicional a ello no se encuentra prueba –adicional a su dicho- de la existencia de ese personaje, es decir, el único que hace referencia al respecto es el señor Gerson Eduardo ..., quien además conoce desde hace tiempo al procesado.”

Y,



vii) WLLIAM NARANJO RIAÑO, investigador de la Defensoría del Pueblo, señalando acerca de sus pesquisas:

“No es posible dar credibilidad por cuanto para el despacho esta versión se fundamente (i) Únicamente el testimonio de Gerson Eduardo ... de quien ya se valoró su testimonio en relación con este aspecto; (ii) No se demostró de ninguna manera la existencia o identificación de alias “el Mocho”, luego se estaría endilgando ... una responsabilidad cuya existencia es dudosa, (iii) resultaría sencillo inculpar a una persona fallecida que no tiene forma de ejercer su derecho de defensa.”

Seguidamente, valoró en conjunto los medios probatorios, arribando a las siguientes conclusiones:

- Lo ocurrido el día los hechos obedeció a que GERSON EDUARDO atribuía al entonces menor de edad E... D... C... B... la muerte de un primo.

- Con el testimonio de MARIO JOSÉ PRADA FACETE se logró acreditar que un día antes, GERSON EDUARDO se cruzó con E... D... y unos amigos, a quienes se quedó mirándolos, haciendo señas características de cuando se usa un arma de fuego.

- Todos los testigos coincidieron en señalar que, en el lugar del atentado, donde funcionaban varios establecimientos de comercio, a eso de las 8:00 p.m. aproximadamente, arribaron dos hombres, uno de los cuales era GERSON EDUARDO, procediendo a accionar sus armas de fuego, lo cual también puede apreciarse en los videos ingresados.

- Inicialmente el ataque se dirigió a E... D..., quien estaba en compañía de MARIO JOSÉ, siendo herida de gravedad la señora PATRICIA PABÓN ARAQUE (vendedora de empanadas), luego los agresores continuaron disparando de forma indiscriminada, resultando lesionados A... L... A... R..., ÁLVARO BECERRA ESTÉVEZ en un billar aledaño y SILVIA JULIANA BOCAREJO ROA en un salón de belleza también cercano, aunque en la historia



clínica que se adjuntó como soporte de una estipulación probatoria, la médico de urgencias hizo constar que sólo presentaba una pequeña escoriación, lo cual permitía inferir que no estuvo en riesgo su vida.

- El procesado ANDRÉS DAVID fue señalado como coautor de los hechos:

\* Por SILVIA JULIANA, quien indicó que logró verle la cara, ya que estuvo a una distancia de aproximadamente 3 metros, máxime cuando revisó sus fotos en la red social Facebook y finalmente lo reconoció en la sala de audiencias, aclarando que, si bien los asaltantes llevaban cascos, estos no tenían visera, de manera que pudo verles el rostro y grabar en la memoria sus rasgos físicos. Y,

\* Por YURLEY CAPACHO ORTIZ, cuya narración transcribió, para evidenciar cómo fue que reconoció al acusado durante el juicio oral.

Lo anterior sumado a que:

\* ÓSCAR JAVIER MARTÍNEZ LÓPEZ refirió que, si bien en el lugar de los hechos había poca luminosidad, no había inconveniente alguno para reconocer a otra persona.

\* VÍCTOR ALFONSO MONTAÑO dio cuenta de la forma natural como la testigo SILVIA JULIANA efectuó reconocimiento fotográfico del procesado. Y,

\* JURLEBINSON JAVIER acotó que los asaltantes llevaban cascos negros sin visera, logrando describir a uno de ellos, es decir, GERSON EDUARDO.

De esta forma, sostuvo que no había duda sobre la participación de ANDRÉS DAVID NÚÑEZ ORDUZ en los hechos objeto de juzgamiento, para lo cual agregó:



“Se demostró que el acá procesado fue el otro coautor, fue la otra persona que llegó al sitio de los hechos con un arma y disparó, fu descrito como una persona de estatura alta que vestía jeans y una camisa blanca, las testigos referenciadas pudieron reconocer al señor NUÑEZ ORDUZ no solo en reconocimiento fotográfico y por fotos que tenía la red social Facebook, sino también en el juicio, luego existe claridad, contundencia, eficacia y certeza.”

Ahora bien, estudiando las consecuencias del asalto, predicó que:

- Debía absolver al procesado frente a lo acaecido con SILVIA JULIANA, pues, nada indica que el ataque fuera dirigido en su contra y si bien se pidió condena por el delito de lesiones personales, lo cierto es que la escoriación que le fue hallada no necesariamente la pudo ocasionar un disparo, esto sumado a que no se le dictaminó incapacidad alguna.

- Había lugar a ejercer reproche penal por la comisión del delito de homicidio agravado respecto de las víctimas PATRICIA PABÓN ARAQUE y A... L... A... R..., toda vez que perdieron la vida.

- También se debía condenar por el delito de tentativa de homicidio en lo atinente a E... D... C... B...y ÁLVARO BECERRA ESTÉVEZ, ya que la acción iba dirigida a asesinar al primero, ahora cuando ambos resultaron gravemente heridos.

- Tales atentados contra la vida resultan agravados, ya que las víctimas se hallaban en situación de indefensión, para lo cual refirió:

“De la gravedad del resultado de la conducta punible se tiene que el autor llega con arma de fuego a atacar a una persona desprevenida, y en su ataque dispara indiscriminadamente contra personas que igualmente no esperan recibir dicho ataque, es decir, se encontraban en situación de indefensión, ningún testigo refirió que alguien hiciera alguna maniobra contra los atacantes o que alguno de los presentes intentara si quiera defenderse de cualquier manera, por cuanto las personas allí presentes se atemorizaron y quedaron a merced de la voluntad de **ANDRÉS DAVID NUÑEZ ORDUZ.**”



- Igualmente se estructuró el delito de porte de armas de fuego sin permiso de autoridad competente, ya que se accionaron artefactos de esa naturaleza, pero se imponía descartar las circunstancias de agravación punitiva contempladas en el artículo 365, inciso 3º, numerales 1o y 5o del Código Penal, toda vez que la coparticipación criminal fue atribuida como circunstancia de mayor punibilidad y *“el bien jurídico de la seguridad pública no se vio afectado en mayor proporción por el uso de la motocicleta ya que con la misma no infringieron temor o como tal dispararon mientras se encontraban en la moto o la misma estaba en movimiento”*, sino que solo fue usada con fines de transporte y huida.

En ese orden de ideas, luego de resaltar que el procesado incurrió en comportamientos antijurídicos y culpables, impuso 450 meses de prisión por la muerte de la menor de edad, guarismo que incrementó en 50 meses por el fallecimiento de la señora PATRICIA, en 40 meses por la tentativa de homicidio de ÁLVARO, otros 40 meses por la tentativa de homicidio de E... D... y 20 meses por el delito contra la seguridad pública, esto para una pena final de 600 meses (50 años) de prisión.

**d) Razones de la impugnación.**

La titular de la defensa técnica empieza manifestando que sustenta su disenso *“con los mismos lineamientos expuestos en los alegatos de conclusión”* e insiste en señalar que las pruebas recaudadas sólo abren campo a la absolución del acusado por duda, teniendo en cuenta las contradicciones en que incurrieron los testigos SILVIA JULIANA y YURLEY CAPACHO ORTIZ, lo que resta credibilidad a sus testimonios, toda vez que la primera no estaba cerca del lugar donde se propinaron los disparos, mientras que la segunda mal pudo haber identificado a los asaltantes si llevaban cascos cerrados puestos.

Sobre el particular, aduce:



“Dos cosas importantes tengo que precisar de la deposición de SILVIA BOCAREJO supuesta testigo presencial, y es que primero no estuvo cerca de los hechos y en el momento de los disparos (subrayado nuestro) pues el mismo D... C... B... , persona que era el objetivo a matar, la contradice y le derrumba su aseveración ya que éste en su declaración

y al ser contra interrogado por la defensa señala contundentemente que solamente se encontraban junto a él MARIO PRADA, PATRICIA la de las comidas rápidas (q.e. p.d.) y SONIA N., de quien no recuerda su apellido. Y lo segundo, que si ella vio a los homicidas, no los pudo reconocer pues pese a haber dicho que los cascos de los sicarios eran abiertos y reconoció la cara de ANDRES DAVID, esta afirmación la contradice YURLEY CAPACHO y DARIO CORREA BAUTISTA cuando precisan que esos mismos artefactos, es decir los cascos de motocicletas de los autores, eran de figura cerrada.

Y precisamente D... C... B... quien fuera víctima de siete (7) impactos de proyectil e insistimos, objetivo de los sicarios, el que para la época de los hechos contaba con 17 años, en su declaración de 03 de noviembre de 2016 es contundente y detalla que "los acontecimientos sucedieron a eso de las 8 de la noche cuando él se encontraba en compañía de MARIO PRADA, PATRICIA la de las comidas rápidas (q.ep.d.) y SONIA N., cuando a menos de dos (2) metros de distancia llegó un muchacho de nombre GERSON con su acompañante y empezaron a dispararle indiscriminadamente al parecer por una venganza que se originó por la muerte de un familiar de éste, que ante el primer fogonazo salió corriendo a refugiarse y trató de ingresar a la peluquería donde estaba SILVIA BOCAREJO pero no pudo entrar porque le cerraron la puerta"(subrayado nuestro), contradiciendo lo dicho por esta en el sentido de que ella estaba al momento de los disparos cuando no es cierto, pues insistimos, SILVIA BOCAREJO se encontraba dentro del salón de belleza y allí fue donde recibió sus heridas por el accionar indiscriminado de la armas de fuego que portaban los delincuentes. DARIO CORREA BAUTISTA al ser preguntado por si recordaba cómo eran las características de los delincuentes, dijo categóricamente: "Solo recuerdo e identifiqué a GERSON, del otro sujeto no recuerdo nada pues no le pude ver la cara ya que sus cascos eran cerrados", como tampoco reconoció al a acusado presente en la audiencia ANDRES DAVID NUÑEZ ORDUZ como autor de los disparos.”

De otro lado, resalta cómo el homicida GERSON EDUARDO CARREÑO ROJAS, quien fue condenado por aceptación de cargos, narró los pormenores de lo ocurrido, precisando que había actuado con colaboración de alias “El Mocho”, quien falleció en diciembre de 2014 y que la occisa PATRICIA PABÓN ARAQUE se dedicaba al expendio de estupefacientes, pero su relato fue desestimado o se le asignó “poca credibilidad”.



Cuestiona también cómo la testigo YURLEY indicó que los dos infractores de la ley penal venían a pie de una esquina donde queda la tienda “El Baratón”, pero SILVIA manifestó que los “*vio en motocicleta*” y cuando comenzaron a disparar a 2 metros de distancia, a pesar de lo cual, solo describió que uno era alto y otro bajito, siendo extraño que los hubiera podido reconocer si la víctima D... C... indicó que los cascos estaban cerrados, lo cual implica que únicamente eran visibles sus ojos, máxime cuando indicó que al momento de empezar los disparos, lo que hizo fue refugiarse en una carnicería.

En el punto, agrega:

”.., los testimonios de estas dos (2) personas SILVIA BOCAREJO y YURLEY CAPACHO ORTIZ no orientan mínimamente a la posibilidad de la vinculación de mi asistido en el atroz crimen, pues están plagados de contradicciones, rayan los principios de la lógica y el sentido común, fueron tan dudosos que se trató de desacreditar sus versiones con el uso de varias entrevistas rendidas por ellas, pero lamentablemente el Juez que se encontraba presidiendo por encargo esa magistratura nos cercenó de manera arbitraria el derecho a la defensa y a la contradicción de la prueba, generando una nulidad que le planteamos a usted sin tampoco acogerla, pues en su criterio la misma no tenía capacidad de violar garantías fundamentales, luego en nuestro modesto sentir esas declaraciones deben ser desechadas como única prueba condenatoria pues contrarían la realidad probatoria y el sentido común ...”

Así las cosas, pide se valoren con sumo cuidado los dos testimonios mencionados, para que “*se deje sin efecto la sentencia de primer grado*”. En subsidio, su pretensión va dirigida a que en la tasación de la pena se tenga en cuenta que “*el dolo para realizar esa conducta no estaba dirigida hacia estas dos personas sino por el cruce de balas se dieron tan funestos resultados*”.

## CONSIDERACIONES

### a) Competencia.

De conformidad con lo preceptuado en el numeral 1º del artículo 34 de la Ley 906 de 2004, esta corporación es competente para decidir el recurso de



apelación interpuesto y sustentado por la titular de la defensa técnica, ya que fue proferida por un juez penal del circuito perteneciente a este distrito judicial.

**b) Problemas jurídicos a resolver.**

- *¿La actuación debe ser anulada porque al momento de practicarse el testimonio de SILVIA JULIANA BOCAREJO ROA en sesión de juicio oral del 26 de septiembre de 2016, durante el contrainterrogatorio, el entonces juez director del trámite no permitió el uso de una entrevista ofrecida previamente por dicha persona a efectos de impugnar su credibilidad, argumentando que la misma no había sido utilizada durante el interrogatorio directo?*

Como la respuesta será negativa:

- *¿Respecto del delito contra la seguridad pública, cuál decisión corresponde adoptar por haberse estructurado la prescripción de la acción penal? Y,*

- *¿Se encuentra probado, más allá de toda duda razonable, que el procesado ANDRÉS DAVID NÚÑEZ ORDUZ es responsable de haber incurrido en los delitos contra la vida e integridad personal objeto de acusación?*

Toda vez que este último interrogante se contestará de forma afirmativa:

- *¿Resulta procedente disminuir las penas impuestas por el juez de primer grado?*

**c) Caso concreto.**

**- Sobre la anulación del trámite.**

Los artículos 457 y 458 del estatuto penal adjetivo establecen que es *“causal de nulidad la violación del derecho de defensa o del debido proceso en aspectos*



*sustanciales” y que no puede disponerse la invalidación de lo actuado “por causal diferente”.*

Ahora bien, uno de los principios que gobierna el decreto de nulidades es el de trascendencia, según el cual, *“quien alegue la rescisión tiene la obligación indeclinable de demostrar no sólo la ocurrencia de la incorrección, sino que ésta afecta de manera real y cierta las bases fundamentales del debido proceso o las garantías constitucionales”* (auto AP1661-2023, Radicación. 59.730), presupuesto que no se satisface en las presentes diligencias, pues, si bien, al momento de practicarse el testimonio de SILVIA JULIANA BOCAREJO ROA en sesión de juicio oral del 26 de septiembre de 2016, durante el contrainterrogatorio, el entonces juez director del trámite no permitió el uso de una entrevista rendida previamente por dicha persona a efectos de impugnar su credibilidad, argumentando que la misma no había utilizada durante el interrogatorio directo, la titular de la defensa técnica se limitó a alegar escuetamente en la sustentación del recurso de apelación que ello ameritaba decretar la nulidad de lo actuado, sin demostrar cuál fue el efecto negativo concreto que se ocasionó para el procesado.

En todo caso, la realidad es que el entonces defensor tuvo la oportunidad de contrainterrogar con bastante detenimiento a la testigo después surtirse el directo y el redirecto, luego no existe una verdadera causa válida para decretar la nulidad de lo actuado, ya que el empleo de versiones anteriores con fines de impugnar credibilidad no es la única forma de ejercer el derecho a la contradicción.

**- Prescripción de la acción penal en cuanto al delito de porte de armas de fuego, accesorios, partes o municiones.**

El artículo 83 del Código Penal establece que la *“acción penal prescribirá en un tiempo igual al máximo de la pena fijada en la ley, si fiere privativa de la libertad”*,



mientras que los artículos 86 de la misma obra sustantiva y 293 del Código de Procedimiento Penal determinan que dicho término “*se interrumpe con la formulación de imputación*”, caso en el cual, “*comenzará a correr de nuevo por un término igual a la mitad*”, sin que pueda ser inferior a 3 años.

De otro lado, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia precisó en sentencia SP404-2021 (Rad. 58.132):

“Ahora, como en forma reiterada ha establecido la jurisprudencia, para realizar los cómputos de la prescripción ha de tenerse en cuenta la calificación jurídica hecha en la sentencia (*cfr.* CSJ SP 4573-2019, rad. 47234; CSJ SP 17246-2016, rad. 45466; CSJ SP, 23 may. 2012, rad. 35256 y CSJ SP, 13 may. 2009, rad. 31424).”

Bajo esa perspectiva, como en la sentencia apelada, el juez de primer grado concluyó que solo era procedente ejercer reproche penal por el delito de porte de armas de fuego, accesorios, partes o municiones sin circunstancias específicas de agravación punitiva, se tiene que el artículo 365, inciso 1º del Código Penal establece para ese comportamiento pena máxima de 12 años y como la audiencia de imputación se celebró el 29 de julio de 2014, el término de prescripción de la acción penal comenzó a correr de nuevo por un lapso igual a la mitad (6 años), infiriéndose que dicho fenómeno se estructuró el mismo día del año 2020, lo cual imponer declarar la ocurrencia de dicho fenómeno y disminuir la pena incrementada respecto de esa conducta punible en función de la tomada como base para sancionar el concurso de delitos, lo que se precisará más adelante.

#### **- Responsabilidad penal del acusado.**

El artículo 381 del estatuto penal adjetivo establece que sólo se podrá proferir sentencia condenatoria cuando exista el conocimiento, más allá de toda duda, acerca del delito y de la responsabilidad penal del acusado, fundado en las pruebas debatidas en el juicio.



Pues bien, en estas diligencias no se controvierte que el día de los hechos GERSON EDUARDO CARREÑO ROJAS fue coautor de los atentados contra la vida y la integridad personal que fueron objeto de reproche penal en la sentencia de primer grado. La discusión se centra en la participación del aquí procesado ANDRÉS DAVID NÚÑEZ ORDUZ.

Revisado lo ocurrido en la audiencia juicio oral, se pueden identificar los siguientes aspectos:

1) Hay una testigo que señaló directamente en esa diligencia al acusado como coautor de los hechos. Se trata de YURLEY CAPACHO ORTIZ, quien refirió sobre la ocurrencia de los mismos:

“Bueno, esa noche, yo estaba en la esquina ... yo vi cuando llegaron dos muchachos, ellos cuando llegaron a donde vendían chuzos, ellos sacaron las armas y se pusieron a disparar.

**Fiscal:** Usted dice que vio cuando llegaron dos muchachos, en primer lugar, diga ¿en qué llegaron estos muchachos?

**R:** No, yo cuando los vi ellos venían a pie, en toda la esquina del Baratón.

**Fiscal:** ¿En toda la esquina del qué?

**R:** De una tienda que se llama El Baratón.

**Fiscal:** ¿Y qué ocurrió cuando usted los vio?

**R:** Bueno, yo en ese momento estaba ahí parada, yo me quedé mirándolos así porque los vi como caminando como raro, cuando ya se acercaron más donde estaba la venta de empanadas y eso, a ellos, ahí sacaron las armas.

(...)

**Fiscal:** ¿Y qué hicieron con esas armas?

**R:** Se pusieron a disparar.

**Fiscal:** ¿A quién dispararon?

**R:** Pues a ... la primera que le dispararon fue a la señora de las empanadas y después empezaron a disparar como locos y en ese momento estaba ahí la menor que también salió herida y los otros señores que estaban más acá, yo en ese momento, me metí donde había una carnicería y no, no vi más nada, solamente cuando salí era que ya estaban los heridos.

**Fiscal:** ¿Díganos exactamente cómo, si usted observó ... a los muchachos, a qué distancia los observó?

**R:** Prácticamente como, como a dos metros, dos o tres metros,

**Fiscal:** ¿Usted alcanzó a observar las caras de los muchachos?

**R:** Si.

**Fiscal:** ¿Cómo eran estos muchachos?

**R:** Uno era más bajito que el otro.

**Fiscal:** ¿Qué más?



**R:** Ambos eran más o menos morenitos, uno era morenito, el más bajito era morenito.

**Fiscal:** Sí, ¿usted recuerda otras características de estos muchachos?

**R:** No pues, uno era más alto ..., uno era más alto, el del lado de allá era más acuerpadito.

**Fiscal:** ¿El que, qué?

**R:** O sea, uno como estaba al lado derecho y el otro al lado izquierdo.

**Fiscal:** ¿Y cuál era el que estaba más cerca a donde usted estaba?

**R:** El más bajito.

**Fiscal:** ¿A ese muchacho usted lo reconoció?

**R:** Al bajito sí.

**Fiscal:** ¿Quién era ese muchacho?

**R:** Pues la verdad no me acuerdo como es que se llama.

(...)

**Fiscal:** ¿Nos dice que uno era un más alto y otro más bajito, que usted reconoció a uno que no recuerda cómo se llama, eh... ¿en la sala se encuentra alguno de los muchachos que usted ese día observó?

**R:** Si.

**Fiscal:** ¿En donde se encuentra ubicado?

**R:** Al frente.

**Fiscal:** ¿Usted recuerda el nombre de este muchacho?

**R:** No, no doctora.

**Fiscal:** ¿Usted ese día le observó la cara bien?

**R:** Si.

(...)

**Juez:** El despacho desea que la testigo en el instante en que la agencia fiscal le preguntó si, si alguno de estos individuos que usted parece haber observado, se encontraba en la sala, ¿indique concretamente a quién corresponde?(...)

**R:** O sea.

**Juez:** El despacho deja constancia que la testigo está indicando con su mano, al procesado que se encuentra sentado al lado de su abogado defensor. (...)

**Fiscal:** Cuando usted dice que reconoce al muchacho que se encuentra al lado de defensor como uno de los autores de esa conducta punible, díganos ¿este muchacho qué hizo?

**R:** Él también estaba disparando junto con el otro, o sea, ellos sacaron las armas, prácticamente ... empezaron a disparar como locos.

(...)

**Fiscal:** ¿Usted ha sido presionada por alguien para rendir esta declaración?

**R:** No.

**Fiscal:** ¿Por qué razón inicialmente usted solicitó que su testimonio se tuviera bajo reserva de identidad?

**R:** Porque este, o sea, me daba miedo que en contra mío hicieran alguna cosa.

**Fiscal:** ¿Usted nos ha dicho que no ha sido presionada, ni amenazada por ninguna persona, cierto?

**R:** No”

Ahora bien, cuando el defensor la contrainterrogó precisó lo siguiente:



**“Defensor:** Usted vio cuando, cuando los vio, cuando los empezó a ver, este... ¿recuerda si ellos se movilizaban en algún, en algún medio de transporte o qué o cómo iban, cómo llegaron al sitio los hechos?

**R:** Bueno, cuando yo los vi, ellos iban a pie, no iban ... en ningún carro, ni nada.”

Para controvertir la credibilidad de sus respuestas, el abogado puso de presente una entrevista que rindió la testigo bajo reserva de identidad, acaeciendo lo que sigue:

**“Defensor:** Bueno, eh... quiero dejar constancia honorable juez que la testigo, bajo reserva, rindió una declaración ante el señor Víctor Alfonso Montaña, que lo voy a poner de presente. La puede leer....

(...)

**R:** (Luego de leer unos apartes e irrumpir en llanto, continuó) A... L... me dice que, que ay vecina no le guarde chuzo, pero yo le respondí que yo chuzo no vengo a comer, luego ella me puso, se puso a hablar con la señora Alba, estando yo hablando con la señora Alba, vi a dos personas sospechosas que venían subiendo a pie del lado de la panadería hacia el lado de la caseta de la comida rápida, una de estas personas, venía vestido con un pantalón beige ... con blanco, casi color crema, una, una camisa con cuadritos como entre azul y morado, y zapatos blancos, los zapatos que traía eran como de vestir negro, también traía un casco puesto en la cabeza, pero se le veía toda la cara, a la otra persona.

**Defensor:** Hasta ahí, hasta ahí señora Yurley. ¿En esa declaración usted nos acaba de decir no, que vio los dos muchachos y uno traía casco?

**R:** Ambos traían casco.

**Defensor:** Ambos traían casco y ahorita en la declaración ... que le pregunté, usted manifestó que no, manifestó cosas totalmente contrarias.

**R:** Usted en ningún momento me preguntó que si ellos traían casco o no.

(...)

**Defensor:** Bueno, se había hecho, pero bueno, ... siga, siga leyendo, le pido excusas ..., siga leyendo señora Yurley. La de los cascos, después de los cascos.

**R:** Pero se le veía toda la cara, la otra persona vestía con un buzo como de color gris tirando a blanco, pantalón jean azul, esta persona también traía un casco puesto, pero también se le veía toda la cara porque el casco no traía visera, estas dos personas pasaron por el frente mío de mí, ... yo me quedé mirándolos a ver para dónde iban, cuando iban llegando a la caseta de las comidas rápidas, vi que estas dos personas cada uno, con un arma, no sé si sería una pistola o un revólver, en el momento de que yo vi, que, que estas dos personas sacan las armas, yo me pongo, yo me pongo toda asustada y me pongo las dos manos en la cara, me entré a coger el brazo de la otra hija de doña Alba, que se llama Jeimy, también en ese instante escuché a, a la señora Patricia, dueña de las comidas que gritó, cuando, mono, en ese momento yo vi que ... una puerta en ... la pesa estaba abierta y me entré.

**Defensor:** Bueno hasta ahí doña Yurley, entonces usted nos ha dicho hoy en esta audiencia que efectivamente vio los dos muchachos cuando empezaron a disparar y todas esas cosas ... eh se metió, se refugió en una carnicería o una pesa, cuando esas personas llegaron a disparar al sitio donde llegaron, ¿qué distancia había de ellos a donde usted estaba señora Yurley?



**R:** Prácticamente como metro y medio, dos metros

**Defensor:** Metro y medio, dos metros, ¿cuánto tiempo transcurrió en que ellos empezaron a disparar, usted se puso la mano en la cara y se refugiara en la, en la pesa?

**R:** Cuando ellos sacan las armas y yo vi que cayó Patricia, como le digo, yo agarré a la hermana de, a la otra hija de doña Alba y la agarré de la mano y cuando ya el mono salió corriendo, nosotros nos metimos a la, la carnicería ...

**Defensor:** Si, ¿pero más o menos qué tiempo transcurrió?

**R:** No, eso fue rápido

**Defensor:** ¿Cuestión de segundos?

**R:** Si

(...)

**Defensor:** (...) De aquí en adelante (le pidió seguir leyendo)

**R:** Preguntado, diga las características físicas y morfológicas de las personas que usted vio llegar hasta la caseta de la comida rápida de la señora Patricia y sacaron armas de fuego, disparando ... la humanidad de las personas que se encontraban en ese lugar. La persona que, que vestía con pantalón beige con blanco, casi color crema, una camisa color de cuadros como entre azul y morado, los zapatos eran como de vestir negros, es alto como de, como de 1,67 aproximadamente es su alto, el color de la piel es como de color canela, tirando así a morenito, las cejas las tenían como tupidas y esta persona le vi la cara. La otra persona se vestía con un buso como de color gris, pantalón azul jean, es más bajito ... que el otro de contextura ..., no recuerdo muy bien el color de la piel, esa persona le vi la cara pero no la recuerdo muy bien.

**Defensor:** No la recuerdo bien, hasta ahí. Según esa declaración, usted está diciendo que apenas reconoció una persona y ahorita en esta audiencia acabó de decir que a los dos, ¿cierto?

**R:** Si.

**Defensor:** ¿Cuántas personas reconoció usted exactamente el día de los hechos?

**R:** Dos.

**Defensor:** Dos, pero física, en la cara, ¿el rostro de quién, de cuál, de los dos?

**R:** De los dos porque los dos estaban en esa tienda.

**Defensor:** Pero si allí acaba de decir en esa declaración que leyó, acaba de decir que no recuerda ver el rostro del otro (...) Contésteme Yurley.

**R:** Pues aquí dice que ..., yo le estoy contestando lo que usted me está preguntando, usted me está diciendo que, si yo reconocí a los dos, yo le estoy respondiendo que sí.

**Defensor:** Si, lo está diciendo hoy y en esa declaración rendida ese día, está diciendo que el reconoció solamente uno.

**R:** Porque en ese momento, cuando yo estaba allá declarando.

**Defensor:** ¿Cuándo estaba qué?

**R:** Cuando yo estaba allá declarando a mi me dio muy duro recordar todo lo que había pasado.”

De esta forma, la señora fiscal formuló preguntas en redirecto, contestando la testigo:



**Fiscal:** Usted nos ha referido en esta audiencia que ... observó la cara de los dos sujetos, ¿eso es cierto?

**R:** Si.

**Fiscal:** Usted igualmente nos dijo que la persona que reconoció era la persona que iba vestido de pantalón beige y camisa de cuadros y que no es la misma persona que se encuentra acá, ¿eso es cierto?

**R:** Si.

**Fiscal:** Explíquenos y ya observando a la persona que se encuentra presente en esta audiencia y que usted reconoció, ¿cómo iba vestido para el día de los hechos ..?

**R:** Eh como digo, pantalón jean y camiseta entre, como era, como, como más o menos un beige, gris como tirando a blanquito.

**Fiscal:** Esta persona que usted reconoció hoy (...), ¿cómo era la relación con la otra persona, si era el más alto o el más bajito?

**R:** Era el más alto.

**Fiscal:** ¿Usted le observó la cara el día de los hechos?

**R:** Si, porque, como le digo, ellos llegaron a pie cuando, pues pasaron casi por el lado mío cuando empezaron a disparar a la caseta.

**Fiscal:** A pesar de que ellos llevaban casco, ¿usted pudo observar la cara?

**R:** Si porque eran cascos que no, no tienen ... la cosita que le tapa a uno los ojos,

**Fiscal:** Usted lo había observado, al muchacho que usted dice que era el más alto, que iba de pantalón blue jean, camisa como entre gris y beige, que era más alto y que usted ha reconocido hoy en la audiencia, ¿lo observó después de los hechos?

**R:** No.

**Fiscal:** ¿Hasta hoy lo observa?

**R:** Si.

**Fiscal:** Y está segura que es la misma persona que se encuentra presente en esta sala?

**R:** Las características son las mismas.

**Fiscal:** ¿Es decir que usted al observar la cara ha manifestado que es la misma persona que accionó el arma de fuego, ... en los hechos en que resultaron eh... muerte a la menor A...L... e igualmente la señora Patricia Pabón y lesionado el señor Álvaro Becerra y otra persona?

**R:** Si.”

Como puede apreciarse, en lo concerniente a esta testigo, el defensor sí tuvo la oportunidad de emplear una versión anterior con la finalidad ya mencionada, pero no consiguió su objetivo, toda vez que la señora YURLEY no solo ratificó el señalamiento directo al procesado, quien estaba en la sala de audiencias, sino que también brindó explicaciones atendibles del por qué algunos apartes de su entrevista no coincidían plenamente con lo que estaba declarando, mostrándose espontánea en sus respuestas e incluso afectada cuando debió recordar con detenimiento lo sucedido.



2) De otro lado, se escuchó a la testigo SILVIA JULIANA BOCAREJO ROA, quien, a pesar de no señalar al procesado en audiencia, precisó que lo había identificado como autor de los hechos en un reconocimiento fotográfico.

Al respecto, refirió que la noche en comento estaba trabajando en un salón de belleza del barrio y continuó narrando:

“... yo vi que llegaron dos muchachos en una moto, la pararon en frente del supermercado El Baratón y pasaron para el puesto de comidas rápidas persiguiendo a D... ... empezaron a disparar y D... empezó a correr entre la gente y llegó hasta el salón de belleza donde yo estaba, cuando llegó ahí me agarró el brazo y mi jefa me tiró y no lo dejó entrar ... y ya”.

Y más adelante agregó:

**Fiscal:** ¿Usted recuerda ... las características de la moto?

**R:** Una Bess negra.

**Fiscal:** ¿Usted recuerda las características de los dos muchachos que llegaron?

**R:** Eh... uno era más alto que el otro, uno venía vestido con buzo de rayas naranja con blanco, pantalón beige; el otro tenía camisa blanca y jeans y los dos tenían casco que se les podía ver la cara, algo de la cara.

(...)

**Fiscal:** ¿Usted sabe quiénes dispararon?

**R:** Los dos tenían arma y los dos venían disparando.

(...)

**Fiscal:** ¿Y en qué momento resultó usted lesionada, de acuerdo con su relato? (ella manifestó que una bala le había atravesado la barriga y después precisó que no tenía ninguna clase de cicatriz)

**R:** Mientras estuve parada ahí afuera, porque yo quede como en shock ahí parada; si mi jefe no me tira yo quedo ahí parada.”

Ahora bien, sobre los atacantes refirió:

**Fiscal:** ¿Usted reconoció a las personas que dispararon ...?

**R:** Sí, a uno, le logré ver la cara.

**Fiscal:** ¿A quién?

**R:** A Andrés.

**Fiscal:** Andrés, ¿usted recuerda el nombre completo de Andrés?

**R:** Solo sé que es Andrés y por las citaciones que me han llegado, sé que es Andrés David Núñez algo así.

**Fiscal:** ¿Usted por qué lo reconoció?



Porque estuvo a menos de 3 metros de mí y vi fotos de él y fue la persona que yo vi en ese momento.”

Cuando se le pidió indicar si en la sala de audiencias estaba el denominado “Andrés”, acaeció lo que sigue:

**Juez:** ... se deja constancia en el sentido que, ante la pregunta de reconocer ... al individuo que ella manifiesta que pudo participar en el incidente, la testigo observó a todos lados, dirigió brevemente la mirada al estrado defensivo y después manifestó que no deseaba contestar. ... puede ... una pregunta distinta ...

**Fiscal:** ¿Dentro de la sala y de acuerdo con la percepción que usted ha tenido de las personas que se encuentran presentes, hay alguno de los sujetos que participaron en los hechos ...?

**R:** Sujetos como cuáles, ¿objetos?

**Fiscal:** No, personas

**R:** Yo ... no quiero responder más.

**Juez:** Señora testigo el despacho debe requerirla en el sentido ... que usted está obligada a responder las preguntas que le formula la autoridad, en este caso la fiscal, así como también en su momento cuando lo usa la defensa, eh... intente respirar profundo y recuerde el juramento de decir la verdad y toda la verdad, en este caso usted no está siendo acusada, ni está siendo sometido a un escarnio público. Simplemente la agencia quiere saber qué es lo que ocurrió ese día y tener todos los detalles sobre la materia (...)

**R:** ¿Me repite la pregunta?

**Fiscal:** Usted ha podido observar a todas las personas que se encuentran presentes en esta sala, ¿díganos si dentro de esta sala hay alguna persona, como las que usted, alguna persona de las cuales participó en los hechos ...?

**R:** (Guardó silencio)

**Fiscal:** ¿Usted ha sido atemorizada por parte de una persona para dar testimonio en esta audiencia?

**R:** No.

**Fiscal:** ¿Cuál es el temor que tiene de rendir la declaración en esta audiencia?

**R:** Solo tengo nervios, pero nadie me ha hecho nada, ni nada.

**Fiscal:** ¿Usted ... dentro de las entrevistas que le realizaron por parte de los funcionarios judiciales, usted logró manifestarle a estos funcionarios quiénes fueron las personas que participaron ...?

**R:** Eh ... ellos llegaron preguntándome, yo les dije lo que había visto, por las redes sociales vimos fotos.

**Fiscal:** ¿De quién vio fotos en las redes sociales?

De Andrés.

**Fiscal:** De Andrés y ... ¿cómo pudo llegar a ver esa foto de Andrés?

**R:** Porque sin querer lo tenía de amigo en el Facebook.

**Fiscal:** ¿Quién lo tenía de amigo en el Facebook?

**R:** Yo lo tenía de amigo ...

**Fiscal:** ¿Y por qué era amigo suyo en Facebook?

**R:** Solo porque uno agrega y agrega personas y de pronto él estaba.

(...)

**Fiscal:** ¿Y qué relación tiene con los hechos ocurridos ...?



**R:** Él fue uno de los que vino y disparó.

**Fiscal:** ¿Disparó contra quién?

**R:** Contra los que estaban ahí ... y por dispararle a D... resultamos todos nosotros heridos.

**Fiscal:** ¿Y está aquí en la sala ese Andrés?

**R:** No sé, no sé, la verdad no sé.

**Fiscal:** ¿Tiene temor de contestar esa pregunta?

**R:** No, no sé, ya no quiero responder más nada, me siento mal.

**Fiscal:** Recuerde que el señor juez le ha advertido la obligación que usted tiene de decir la verdad de los hechos, entonces no es que no quiera responder.

**R:** Yo, yo estoy aquí porque estoy corroborando lo que yo dije, porque es verdad.

**Fiscal:** Por eso, ¿qué es verdad?

**R:** Lo que yo dije en la declaración.

**Fiscal:** ¿Usted recuerda cómo eran las armas que llevan los ... dos sujetos?

**R:** No, yo solo sé que era negras.”

Ante las respuestas de la testigo, quien se mostró evasiva, la fiscal optó por colocarle de presente una entrevista y un informe de reconocimiento fotográfico, ante lo cual mencionó:

“**Fiscal:** ¿Qué es el documento que le pongo de presente?

**R:** Mi declaración.

**Fiscal:** ¿Usted por qué reconoce este documento?

**R:** Porque fue lo que yo dije.

(...)

**Fiscal:** Lea mentalmente ... la parte donde está la descripción de las personas y me contesta: ¿cómo era la descripción de cada uno de ellos?

**R:** Acá dice, el que iba de pato en la moto vestía camisa de rayas naranjas con blanco y pantalones blancos, ... la estatura de él era aproximadamente de 1.62, piel morena y ya, a esta persona no le vi la cara y el que iba manejando tenía camiseta blanca y jean azul, trigueña, era más alto que el compañero, algo cejoncito, ... y ya.

**Fiscal:** (...) ¿usted recuerda cómo era, cómo estaba vestida la persona que usted reconoció como Andrés?

**R:** Tenía camiseta blanca y jean azul.

**Fiscal:** ¿Usted logró observar la cara a él?

**R:** Ambos, los pude reconocer por fotos, por las características que ya había visto.

**Fiscal:** Usted recuerda esas fotos que observó, que usted nos refiere que lo tenía como amigo de Facebook, ¿cómo estaban estas fotos en esta, perfil de Facebook?

**R:** No, la verdad no.

**Fiscal:** ¿Qué datos dio usted en relación con este personaje que usted ha referido responde al nombre Andrés, a los funcionarios de policía judicial?

**R:** Solo les di ... el nombre con el que él aparecía en el Facebook.

**Fiscal:** ¿Y qué actividad realizó este, este muchacho Andrés ...?

**R:** Disparó, disparó y persiguió a D..., los dos iban disparando como locos.

**Fiscal:** Señor juez la fiscalía en este momento solicita de manera respetuosa se le permita un documento que la fiscalía ya ha hecho como prueba de la fiscalía y que



se refiere a un reconocimiento fotográfico realizado por el funcionario Víctor Montañez.

(...)

**Fiscal:** ¿Silvia Juliana le hemos pasado varios documentos, quiero en primer lugar que me refiera los documentos de unas fotografías, usted reconoce estos documentos?

**R:** Si esas fueron las fotos que me mostraron a mí, para hacer el reconocimiento fotográfico el día que di la declaración.

**Fiscal:** Quiero ... que aclaremos una situación, ¿cuáles fueron las fotografías que le pusieron de presente cuando hizo el reconocimiento fotográfico?

**R:** Esas, todas, en todas me preguntaron y a todas les tuve que colocar el nombre de la persona que yo había visto.

**Fiscal:** ¿Es decir que usted reconoce estos documentos?

**R:** Sí, estos documentos yo, fueron escritos por mí.

**Fiscal:** ¿Escritos por usted, en qué página?

**R:** Escribí el nombre.

**Fiscal:** ¿..., cuáles fueron escritos por usted, en qué parte usted escribió en esos en estos documentos?

**R:** En este, en este, en este ...

**Fiscal:** Ya que dice ... en todas ... las fotografías que se le pusieron de presente, usted hizo algunas escrituras y que esa es su letra, refiéranos ... ¿por qué usted señaló con su letra esas fotografías?

**R:** Porque esta es la persona que reconozco por las fotos y por lo que vi ese día.

**Fiscal:** Como la, ¿como qué persona?

**R:** Como Andrés...

**Fiscal:** ¿Y qué actividad realizó Andrés esa noche del 6 de junio de 2014?

**R:** Disparó.

**Fiscal:** Usted refiere las fotografías, quiero que analicemos una por una, ya que dice usted que las reconoce como las mismas que usted señaló a su puño y letra y puso los nombres, quiero que cojamos una a una y nos dice por qué señaló cada una de estas fotografías y a quién señaló en cada una de las fotos.

**R:** Porque todas aparecían en ... y tienen los mismos rasgos de la persona que yo vi.

**Fiscal:** ¿Y esas fotografías fueron aportadas por usted?

**R:** Eh... no

**Fiscal:** ¿Esas fotografías eran las mismas que aparecían en el Facebook, en relación con el amigo que usted decía tenía, que corresponde al nombre de Andrés?

**R:** Si.

**Fiscal:** ¿Cómo aparecía este nombre en el Facebook?

**R:** Andresito menorcito.

**Fiscal:** Andresito menorcito, usted señaló, refiéranos como lo ha manifestado, cada una de las fotografías y nos dice en donde aparece Andrés.

**R:** Aquí.

**Fiscal:** Perdón, la primera fotografía, esa. (...) Quiero que nos diga, ¿esa persona que usted está señalando ahí se encuentra esta sala?, ... respóndanos con todas ... ¿en dónde se encuentra?

**R:** Es él.

**Fiscal:** ¿Quién?

**R:** Es el, la misma persona que yo reconozco por fotografías.

**Fiscal:** Señor juez quiero que deje constancia de lo que está relacionando la testigo.



**Juez:** Sí, se deja constancia que la testigo ha señalado al indiciado en este proceso penal como un individuo que aparece en unas fotografías, relacionadas en reconocimiento fotográfico efectuado durante la ... investigación.

**Fiscal:** En la otra, la segunda fotografía ..., ¿qué se observa?

**R:** Que él tiene un arma en la mano.

**Fiscal:** Usted en esa fotografía en la cual él aparece con un arma en la mano, ¿señaló algún nombre?

**R:** Sí, es ... el que está ahí.

**Fiscal:** ¿Qué nombre le puso a esa fotografía?

**R:** Andrés.

**Fiscal:** En la tercera, quiero que nos señale, mostrándole al señor juez, ¿qué fotografía es la que usted refiere?, ¿la tercera fotografía a quién usted señala?

**R:** A Andrés.

**Fiscal:** ¿En dónde se encuentra ubicado?

**R:** En las dos.

**Fiscal:** ¿Y qué tienen estas fotografías?

**R:** En una sostiene arma y en otra está...

**Fiscal:** ¿Y corresponde a la persona que usted ha señalado en esta sala?

**R:** Sí.

**Fiscal:** ¿La cuarta fotografía a qué hace relación?

**R:** A Andrés y a Gerson, que fue la persona que, por comentarios de la gente, era Gerson.

**Fiscal:** ¿Y ese Gerson qué hizo?

**R:** También llegó a disparar.

**Fiscal:** Nos muestra la fotografía, ¿cuál es Andrés y cuál es Gerson?

**R:** Él es Gerson y él es Andrés.

**Fiscal:** ¿En la quinta fotografía qué observa?

**R:** Una foto de los dos.

**Fiscal:** ¿De quiénes?

**R:** De Andrés y Gerson y otra foto donde hay 3 personas y en una está Andrés.

**Fiscal:** Me la puede señalar mostrándole a, a los presentes y al señor juez. ¿En dónde usted anotó el nombre de las personas que aparecen en las fotografías?

**R:** A los lados.

**Fiscal:** Y esa igualmente, ¿a quién corresponde?

**R:** A Andrés y a Gerson

**Fiscal:** Frente a la diligencia de ... reconocimiento fotográfico en donde le pusieron de presente algunas fotografías por parte del funcionario Montaño, ¿usted reconoció alguna de esas fotografías que le pusieron de presente en una, en una diligencia de reconocimiento fotográfico?

**R:** En una de esas diligencias me mostraron estas, donde tenía que decir la persona que había visto.

**Fiscal:** ¿Y usted señaló alguna de las personas?

**R:** Sí, a la número 2.

**Fiscal:** ¿La número 2 a quién correspondía?

**R:** A Andrés.”

Cabe acotar que se puso de presente a la testigo un acta de reconocimiento fotográfico, un álbum fotográfico con 7 imágenes y 8 fotografías ingresadas por



intermedio del investigador de policía judicial VÍCTOR ALFONSO MONTAÑO VELÁSQUEZ cuando rindió testimonio.

Entre tanto, el titular de la defensa técnica la contrainterrogó, siendo del caso destacar las siguientes respuestas:

**Defensor:** Usted dice que estas dos personas que llegaron a disparar al sitio de los hechos llevaban unos cascos, háganos una descripción de los cascos, ¿cómo eran los cascos?

**R:** Son de, eran de esos ... que tienen acá destapado y, y, trae como una sombrillita adelante.

**Defensor:** ¿Es decir, en la cara, en los ojos es destapado?

**R:** Sí.

**Defensor:** ¿Y respecto de la mandíbula venía tapado el casco o no?

No me acuerdo.

**Defensor:** No se acuerda, ¿los cascos traían viseras o no ...?

No, los cascos no traían viseras, se les podía ver la cara

(...)

**Defensor:** (...) ¿qué parte concretamente de la cara se le pudo observar a esas personas?, perdón ..., ¿respecto a los cascos que usted vio?

**R:** Las cejas, como yo ya lo dije en mi declaración, las cejas, el color de la piel y los ojos y ya.

**Defensor:** O sea, ¿usted pudo observar toda la cara completa?

**R:** Yo ya di mi declaración.

**Defensor:** No, pero respóndame que le estoy preguntando Silvia.

**R:** No, yo ya respondí lo que yo vi.

**Defensor:** Si, pero los cascos, de esta parte no hemos hablado, contésteme, simplemente le estoy haciendo una pregunta, usted límitese a contestarme, hágame el favor.

**Juez:** Señora testigo, simplemente descríble al defensor qué partes pudo no observar del rostro de esta persona que usted o de estas personas que usted vio en ese incidente. Nosotros ya conocemos lo que usted describió, pero el defensor quiere tal vez más precisión sobre el tema.

**R:** Pero yo no puedo dar más precisión de lo que yo dije esa vez.

**Defensor:** Pero la pregunta contéstemela, o sea, según lo que usted reconoció, ¿ese día ... la cara completa se le podía ver a la persona que llevaba esos cascos? No observe ahí Silvia, simplemente conteste, no observe la entrevista.

**R:** Yo ya le respondí todo.

**Defensor:** No, contésteme la pregunta, no me ha contestado.

(...)

**R:** ¿Qué más quiere que le responda?

**Defensor:** ¿Que si la cara usted la vio completa, sí o no, cuando la persona llevaba el casco?

**R:** Le estoy diciendo que no, que yo lo reconocí a él con las características que yo le di y con las fotos ... que yo había visto.”



Nótese cómo la testigo sintió evidente temor cuando se le pidió confirmar en sala de audiencias si el procesado había sido uno de los atacantes, mostrándose evasiva en sus respuestas, pero la fiscalía logró acreditar por su intermedio que otrora lo había reconocido mediante fotografías y en una diligencia adelantada conforme a lo establecido en el artículo 252 del Código de Procedimiento Penal, no siendo extraño en estos tiempos de auge de las redes sociales que, al tenerlo agregado en una de estas como amigo (Facebook), lo hubiera podido reconocer mirando las fotos públicas de su perfil, en primer lugar porque, tal como lo refirió la declarante SANDRA YURLIE CAPACHO, los atacantes llevaban cascos puestos, pero sin las viseras abajo, de manera que se podía observar, al menos, la parte no cubierta de los rostros.

De otro lado, se logra advertir que el defensor presionó indebidamente a la testigo con sus preguntas, causándole mayor nerviosismo, pese a lo cual confirmó que había efectuado un reconocimiento previo, a partir de lo cual adquirió confianza para señalar que el acusado, quien estaba en la sala audiencias, era una de las personas que había disparado.

3) Existe un grupo de testigos, entre los cuales están dos víctimas de los hechos, quienes no lograron identificar al procesado como atacante, a saber:

3.1.) ÁLVARO BECERRA ESTÉVEZ, quien resultó herido de gravedad y refirió:

**“Fiscal:** ¿Qué problema fue el que ocurrió?

**R:** Pues yo no sé, yo cuando vi que llegó una moto y se baja un muchacho y con un arma en la mano, pues yo cuando vi eso, yo me paré para meterme al billar, que yo dije, bueno, se formó aquí un mierdero, pensé yo, así dije, entonces ya cuando me paré, fue que sentí ya el pringue, entonces yo me fui al piso, me caí y perdí la estabilidad, me perdí y al ratico me volví otra vez en sí, ya fue cuando me llevaban en cuando para abajo, pa’, me alcanzaron a llevar casi hasta la cancha y ahí me recogió la policía y me llevó al hospital del Norte y ahí me mandaron pa’, pa’ arriba pa’ el hospital González y al otro día fue que supe que habían matado a una niña y yo no sé qué y que habían habido heridos, pero ya.

**Fiscal:** (...) ¿con qué es, le causaron las lesiones que usted estaba refiriéndose?, ¿con qué arma?, ¿con qué tipo de elemento ... ?



**R:** Pues no sé yo cuál sería, porque yo no, yo no conozco, no, no, pero sí, según lo que me dice ahí, en la, en la en la historia clínica, porque me dañó el pulmón, me perforó un pulmón y el estómago y un riñón y el colon, pero no sé con qué arma sería, qué armas sería, no sé.”

Sobre los agresores, indicó:

**“Fiscal:** Cuando usted observa que llega una persona, dice que llega una moto y se baja un sujeto, ¿esta era la misma, la persona que conducía esa moto, el que se bajó?

**R:** No señora, eran dos, el que venía manejando y el otro que estaba ahí.

**Fiscal:** Estas dos personas, ¿cada una llevaba armas?

**R:** Pues, yo no vi sino uno solo, porque ... yo no, o sea, yo mire eso y me paré a meterme al billar.

**Fiscal:** ¿Usted alcanzó a revisar o a darse cuenta de las características del sujeto que se bajó con el arma de fuego ... y que disparó?

**R:** No, señora, yo no los conozco. Yo, es que yo poco salgo al barrio, yo vivo prácticamente a la parte de abajo del barrio, yo pocos, por ahí salgo alguna vez en cuando, pa ahí pa’ hacer mis cosas, no más, pero yo no los conozco a ellos, no.

**Fiscal:** ¿Pero pudo observar las características de esos sujetos?

**R:** No señora, yo no, no porque eso fue en segundos, yo vi eso y de una vez me paré para meterme al billar, yo no, no tuve tiempo pa’ eso, pa’, o sea, que quede uno como chismoso, mirando ahí las, las personas que es lo que van a hacer, yo no, no, yo vi eso y me paré para meterme al billar.

**Fiscal:** ¿Usted alcanzó a observar cómo iban vestidos estos sujetos?

**R:** No señora, no.”

Puntualmente la fiscalía le preguntó si conocía al procesado ANDRES DAVID, ante lo cual contestó:

“No, señora, yo no los conozco, a ninguno de ellos, poco salgo yo al barrio, ahí yo casi no tengo amistad, casi con ninguno.”

3.2.) E... D... C... B..., adolescente de 17 años de edad para la fecha de los hechos, a quien iba dirigido el ataque, quien manifestó:

**“Fiscal:** ¿Qué lesiones sufrió?

**R:** 7 impactos de tiro, de fuego.

**Fiscal:** ¿Díganos las circunstancias en las cuales usted resultó lesionado ese día ...?

**R:** Recibí 4 tiros en el brazo derecho, eh 1 en el hombro derecho, en el abdomen, un poco más arriba de los testículos con ese tiro.

**Fiscal:** Y las circunstancias en que resultó lesionado, ¿cuáles fueron?

(...)

**R:** El día de los disparos ... que llegó Gerson y el otro muchacho de una moto, se arrimaron al frente mío y comenzaron a disparar los dos.



(...)

**Fiscal:** ¿Usted dónde se encontraba?

**R:** Eh... en el puesto de comidas rápidas, terminaba de comer.

**Fiscal:** ¿Con quién se encontraba usted?

**R:** Con un amigo, una compañera y ... la señora que vendía las comidas rápidas.

(...)

**Fiscal:** ¿Se estaba comiendo qué...?

**R:** Una papa.

**Fiscal:** ¿Y qué ocurrió?

**R:** Me terminaba de comer la papa, por ahí unos 10 minutos, me senté al lado de don Mario, cuando de repente llegaron dos muchachos en la moto, se pararon en la esquina, eh... duraron un rato pensando como que lo que iban a hacer, se acercaron a mí, a menos de dos metros y comenzaron a disparar finalmente hacia mí.

**Fiscal:** ¿Quién disparó contra usted?

**R:** Primero comenzó Gerson y después comenzó el otro a disparar.

(...)

**Fiscal:** ¿Y qué ocurrió entonces esa noche del 6 de junio de 2014?

**R:** Eh..., después de que comenzaron los tiros, eh... no recuerdo muy bien, solo recuerdo el primer fogonazo.

(...)

**Fiscal:** ¿Qué hizo usted ante ese primer fogonazo?

**R:** Eh..., en lo que yo recuerdo, me cogí el brazo, porque el brazo se me partió totalmente y salí corriendo hacia mano izquierda y me metí en una peluquería, de la cual me sacaron y me cerraron la puerta, después de que ya todo se había calmado, me cogieron del cuello y me, me subieron en un taxi con doña Patricia.

(...)

**Fiscal:** Usted dice que se metió a una peluquería, ¿había alguien en esa peluquería?

**R:** Si señora, estaba ... la dueña y habían otras señoras más, yo iba a entrar a la peluquería y pues en sí no sabía muy bien lo que había pasado, cuando miré el piso, estaba todo el, todo el piso enlagueado de sangre mía y yo salía a ver qué había pasado y cuando volví a entrar la señora me cerró la puerta en la cara.

**Fiscal:** ¿Y que hizo usted?

**R:** Esto... ahí no sabía para dónde coger, eh... llegaron los compañeros y me cogieron del cuello, pararon un taxi, me montaron a mí y echaron a la señora Patricia en mis piernas.”

En relación con los atacantes narró:

“**Fiscal:** ¿Usted recuerda si alguna persona disparó en ese, en esa situación, en la cual estos dos sujetos disparaban contra usted?

**R:** Sí, al primero que vi que se me acercó hacia el frente, fue a Gerson, fue el que comenzó a disparar, después de que yo, vio que me iba a parar, ahí fue cuando vi que el otro muchacho sacó la pistola, el revólver y comenzó a disparar.

(...)

**Fiscal:** ¿Usted recuerda con qué personas iba Gerson ... la noche del 6 de junio de 2014, que usted resultó lesionado?

**R:** Pues la cara no la conozco muy bien, lo cual llevaba cascos cerrados, eh... sé que era un poco más alto que Gerson y llevaba pues la camisa, no puede verle muy



bien la contextura y a Gerson lo reconocí porque siempre la ..., cargaba el casco con una gorra al revés y se le veía la visera en la parte de atrás del casco.

**Fiscal:** ¿Usted está en condiciones de reconocer a la otra persona que acompañaba ... a Gerson ... la noche del 6 de junio del 2014?

**R:** Pues, viéndolo así, cara a cara, no sería capaz de reconocerlo, porque no tengo como, como no alcancé ..., o sea nunca lo distinguí, ni nada, conocía principalmente a Gerson.

**Fiscal:** Observando a los asistentes en esta audiencia, ¿usted podría en un momento decir si alguno de los que estamos presentes en esta audiencia ... tiene características semejantes a la persona que acompañaba a Gerson la noche del 6 de junio de 2014?

**R:** Pues, desde que llegó el acusado, esto, le vi un poco la contextura y lo alto que era, porque Gerson era siempre era muy bajito y el que iba al lado era siempre alto.

**Fiscal:** ¿Usted no le observó la cara esa noche?

**R:** No, tenían cascos cerrados.

(...)

**Fiscal:** La noche del 6 de junio del 2014, ¿estas personas que dispararon contra usted le manifestaron algo?

**R:** No, cuando se me acercó Gerson fijamente eh.. él voltió a mirar hacia la izquierda, como tal vez mirando que no había nadie, voltió de frente, se alzó la camisa y sacó el revólver y comenzó a disparar.

(...)

**Fiscal:** Usted tuvo la oportunidad de ver a Gerson de frente, dice usted que lo miró de frente, ¿usted pudo observar a la persona que iba con él?

**R:** No señora, es que Gerson se me paró de frente y el otro se paró, o sea, en frente mío, a mano izquierda estaba también el puesto de comidas rápidas, Gerson se paró enfrente mío y el otro muchacho se paró detrás del puesto de comidas rápidas.

**Fiscal:** ¿Pero las dos personas dispararon?

**R:** Si claro, primero comenzó a disparar una y después comenzó a disparar la otra.

Acerca de los cascos que llevaban puestos quienes dispararon, indicó ante preguntas siguientes:

**“Ministerio público:** Señor E..., usted señala que la persona que acompañaba a Gerson, el señor lleva un casco, ¿usted nos podría describir cómo era ese casco?

**R:** No muy bien, reconozco que era negro ese casco, pero no los distingo así muy bien.

**Ministerio público:** Usted señala que era cerrado.

**R:** Sí, era cerrado ... totalmente la cara, solo se le veía la parte de los ojos.

(...)

**Defensor:** Eh... D..., ... quisiera que me, me complementara la pregunta que le acabó de hacer el representante del Ministerio Público. Usted dice que los dos cascos que llevaban esas dos personas ese día de los hechos eran cerrados, ¿cierto?

**R:** Sí señor.

**Defensor:** Ya nos dijo que hizo la manifestación de que abarcaba toda la cara, la quijada, ¿cierto?

**R:** Si señor

**Defensor:** Dijo que solamente se le veían eran los ojos a las personas.

**R:** Sí señor.



**Defensor:** Que esos cascos eran negros, ¿correcto?

**R:** Sí señor.

**Defensor:** Eh... ¿viseras llevaban los cascos?, si usted alcanzó a notar, es decir, la visera, la parte esa que cubre totalmente el casco y los ojos no, ¿usted recuerda si ellos llevaban?

**R:** No, no muy bien.

(...)

**Defensor:** (...), ¿cómo era la visibilidad?

**R:** Es que, pues, al lado del puesto hay un posta, pero lo cual no estaba tan ubicado encima de nosotros, la señora Patricia tenía solo un bombillo, de lo cual pues no iluminaba mucho, era uno de esos amarillos, cuando ellos llegaron al frente, ahí al lado hay una panadería, lo cual estaba muy oscuro y se hicieron casi debajo del mirador del segundo piso, del cual era muy oscuro, la visibilidad de la calle pues no era tan iluminada por decirlo.

**Defensor:** D... y si la visibilidad no era muy buena, entonces ¿usted porque le ha señalado a esta audiencia que efectivamente pudo individualizar a Gerson.

**R:** Por lo que digo, él se reconocía porque siempre cargaba una vasca, ...

**Defensor:** ¿Una qué, perdón?

**R:** Una vasca, una gorra, como un naranjado fosforescente, como mandarino y lo cual se le notaba un poco en la parte de atrás del casco.

(...)

**Defensor:** Pero... usted solamente lo conoció fue por la, por ... la gorra?

**R:** Sí señor.

**Defensor:** Pero no por la cara, o sea, el rostro usted no lo identificó plenamente.

**R:** No, por la gorra.

(...)

**Defensor:** Y si todo fue instantáneo y usted corrió a refugiarse, o sea, ¿cómo pudo determinar las características de la motocicleta?

**R:** Porque es que ellos llegaron, se parquearon en la esquina y, y no fue, o sea, fue instantáneamente después de los disparos, pero ellos se parquearon al frente y se miraban los dos y miraban hacia los lados como tratar de, como si fueran diciendo si lo hacemos, no lo hacemos, se les veía, o sea, yo lo alcancé a notar que iban a hacer algo, se les veía que iban a hacer algo y después de, digamos, dos, tres minutos, ahí sí fue cuando se me acercó y comenzaron los disparos.

(...)

**Fiscal:** Señor E... D... C..., díganos cuando usted ve a los sujetos, ... que llegaron y antes de empezar a disparar, ¿estaban los dos juntos?

(...)

**R:** Sí, los dos llegaron en la moto y parquearon la moto, se bajaron y comenzaron de una vez a pensarlo si, si o no lo iban a hacer.

(...)

**Juez:** (...) usted dijo que había reconocido a Gerson por unas circunstancias específicas que mencionó, como una gorra de determinado color que, como era la moto y que Gerson estaba acompañado de otra persona de la que solo puede decir que era más alto. La persona que se encuentra en esta sala de audiencias de la que usted mencionó como el acusado, ¿usted lo conocía con anterioridad?

**R:** No señor."



3.3. MARIO JOSÉ PRADA FACETE, quien estaba en el puesto de comidas rápidas aludida por E... D..., describiendo lo ocurrido así:

“Si, estábamos esperando la comida y ... cuando de un momento a otro se bajaron dos sujetos de una motocicleta y la parquearon metros más adelante y... se, cuando se vinieron, se vino uno hacia donde estamos nosotros y otro hacia donde estaba otro grupo de jóvenes y ... prendieron fuego contra, contra uno de los que se encontraba ... al lado mío, y ... contra otros muchachos que estaban ... metros más... a la derecha.

(...)

**Fiscal:** ¿Y qué ocurrió ...?

**R:** Pues, en ese momento eh, D... salió a correr porque eso era todo encerrado y pues apenas habían dos entraditas pequeñas, entonces sale a correr para el lado izquierdo y en ese momento la muchacha que estaba ahí con nosotros, ella me tiró al piso y pues yo la verdad, no, no supe nada más, sino solo se escuchaban los balazos.”

Respecto de los agresores refirió:

**Fiscal:** ¿Usted alcanzó a observar a los sujetos que llegaron en una motocicleta y posteriormente dispararon?

**R:** Si señorita, pero en ese momento ellos tenían el casco puesto.

**Fiscal:** ¿Usted alcanzó a conocer a alguna de esas personas que ... dispararon?

**R:** Si, solo a Gerson

**Fiscal:** ¿Y por qué reconoce a Gerson?

**R:** Porque él tenía una gorra naranja y él había pasado el día anterior y misma noche.

**Fiscal:** ¿Pasado por dónde?

**R:** Por enfrente del puesto de comidas.

**Fiscal:** ¿Qué había hecho?

**R:** Solo pasó y se quedó mirando ... a todos los que estaban ahí y él tenía una gorra color curuba y venía, como venía vestido ..., pues solo a él fue que ... reconocí, porque yo lo distinguía.

**Fiscal:** Y él se vino, ¿hacia dónde?, cuando llegaron los dos sujetos ¿hacia dónde ... se desplazó Gerson?

**R:** Hacia donde estábamos nosotros, ... hacia ... donde ... estaba ..., D... estaba al lado mío y sí, se vino hacia encima de nosotros.

(...)

**Fiscal:** Usted dice que no recuerda ... características del otro sujeto, ¿por qué?

**R:** Porque es que, eh, eh, enfrente de nosotros se puso el otro, el otro, Gerson, él se puso enfrente de nosotros y, y el otro quedó detrás, entonces pues obviamente sabía que eran dos, pero realmente no le vi la cara, ni vi quien era, ... porque uno en ese momento no analiza nada...

(...)

**Defensor:** ¿A qué distancia se encontraba usted, eh, al momento en que ocurrieron los disparos?



**R:** A escasos 2 metros.

**Defensor:** 2 metros, usted, eh..., ha manifestado también que estas personas iban con cascos, que se desplazaron en una motocicleta, ¿cierto?

**R:** Si señor.

**Defensor:** ¿Cómo eran los cascos, hágale una descripción al despacho, de cómo eran los cascos?

**R:** Pues eran cascos cerrados con ... hasta acá, iban hasta acá, pero la verdad no, no recuerdo más, más descripciones ...

**Defensor:** ¿... cerrados qué significa Mario?

(...)

**R:** Son cascos cerrados en esta parte de acá.

**Defensor:** (...) díganos ¿cuál es esa parte de acá?

**R:** Pues la parte de la quijada, la parte de la boca, se, solo se ve... la nariz y los ojos quedan destapados.

**Defensor:** O sea, ¿solamente se le veía la nariz y los ojos?

**R:** Prácticamente, si señor.

**Defensor:** ¿Del resto era todo cerrado el casco?

**R:** Si señor.

**Defensor:** Mario, la persona que está aquí al lado mío es el acusado, ¿esta persona usted lo conoció en el sitio de los hechos, lo vio en el sitio de los hechos?

**R:** No señor.

**Defensor:** Duro al micrófono

**R:** No señor.

(...)

**Fiscal:** Señor Mario, ¿refiéranos a esta audiencia las razones por las cuáles usted no observó al otro sujeto que participó en los hechos?

**R:** Eh, primero que todo, porque se encontraba detrás de, de otro, del otro joven que cometió los actos y en ese momento también esto, como le reiteré la, la muchacha que se encontraba conmigo, ella me haló la camisa y me tiró al suelo en ese momento, cuando ya se desató la plomacera. Entonces por eso.”

3.4. JURLEBINSON JAVIER PAÉZ PINZÓN, quien estaba más lejos del lugar donde ocurrieron los hechos, explicando:

**“Fiscal:** ¿Qué ocurrió, que usted recuerde ese ... junio 6 ...?

**R:** Que recuerde, a ver, yo iba hacia el lado del polideportivo, cuando iba llegando, una moto color negra, era como la marca, no se si la diga bien, era como un Bess negro, negro sin calcas, se veían dos personajes.

**Fiscal:** ¿Se qué, perdón?

**R:** Se veían dos personas en la moto, una de ellas la reconocí, la otra no, ... al que reconocí fue a Gerson, el apellido no me acuerdo, esto, que venían por la parte de encima del polideportivo y bajaron por el lado de los tanques, a lo que bajaron por el lado de los tanques, yo venía hacia, hacia la parte donde pasó ... lo que hicieron ellos, ellos se bajaron en toda esa esquina y se iban hacia el lado donde están un poco de, de, o sea, si, unos muchachos ahí ..., es que no me acuerdo como es que se llama ese, por los lados de una panadería, subieron, a lo que subieron ahí fue donde sucedieron los hechos.”



En relación con las personas que mencionaba, agregó:

**Fiscal:** ¿Usted alcanzó a observar, a mirar la cara ... de las personas que llegaron en la moto?

**R:** De uno solo.

**Fiscal:** ¿Estas personas ... tenían casco?

**R:** Sí.

**Fiscal:** Al manifestar usted que pudo observar a uno de ellos, ¿por qué si tenían cascos pudo observar?

**R:** A uno porque lo reconocía, porque yo tiempo atrás ya había tenido un roce con él.

**Fiscal:** ¿Y usted le alcanzó a ver la cara?

**R:** Eh... pues se le miraba una parte porque traía un casco sin vidrio, de esos grandototes, uno que marcaban casi la parte de la cara.

**Fiscal:** ¿Qué se podía ver de la cara?

**R:** Eh... más o menos así, esta parte.

**Fiscal:** Esta parte, si quiere, por favor nos dice ¿qué parte de la cara le vio?

**R:** O sea, de la boca a más o menos la frente

**Fiscal:** ¿Se les podía ver toda la cara?

**R:** Si.

(...)

**Fiscal:** ¿Dentro de esta sala se encuentra alguna de las personas que llegó disparando la noche del 6 de junio del 2014?

**R:** Pues la verdad yo no he reconocido a nadie.

(...)

**Fiscal:** Dentro de las manifestaciones... que hicieron las personas que estaban presentes en el lugar, ¿alguien reconoció al otro sujeto ...?, ¿usted tuvo conocimiento quién era la otra persona que acompañaba a... Gerson?

**R:** A la otra persona no, a Gerson si lo reconocí.

**Fiscal:** ¿Y usted escuchó o supo ... quién era la persona que lo acompañaba en la noche del 6 de junio de 2014?

**R:** Ahí decían que ... era un tal Andrés.

**Fiscal:** ¿Usted con anterioridad a los hechos ... conocía a ese señor Andrés?

**R:** No.

**Fiscal:** ¿Por qué decían que era Andrés?

**R:** Decía que era Andrés ... una muchacha, Silvia no me acuerdo el apellido de ella tampoco, Silvia.

**Fiscal:** ¿... y Silvia manifestaba que lo conocía?

**R:** Sí, que lo conocía.

(...)

**Ministerio Público:** ¿Señor Javier, usted nos podría precisar más detalles de cómo eran los cascos que tenían estas personas?

**R:** Eran cascos negros sin visera ... todos grandototes, todos con la visera le tapa a uno la cara, o sea, venían ... tapados, pero donde va la visera es grande.

Ministerio Público: En cuanto al señor Gerson, ¿usted le vio la cara ...?

**R:** A Gerson sí le vi la cara.

(...)



**Defensor:** Jurlebinson, para que nos aclare lo de los cascos ..., ¿el casco era cerrado o era abierto?

**R:** Cerrado.

**Defensor:** Cerrado, es decir, ¿de esos cascos que traen barbilla?

**R:** Sí.

(...)

**Defensor:** ¿Usted dice que solamente se le veía la boca?

**R:** A la frente.

**Defensor:** A la frente, por eso, si las personas tuvieran un lunar aquí en la barbilla, ¿se vería?

**R:** Mmm, no.

(...)

**Juez:** Señor Jurlebinson, ... dice que usted reconoció a Gerson, cuando tenía ese casco, eh... , completo ¿por qué reconoció a Gerson? (...), ¿cuando pasó ..., pasó por el lado suyo o cuando lo vio desde una cuadra que usted estaba en lugar de los hechos, en qué momento ...?

**R:** Cuando, ... cuando se bajó de la moto, o sea, lo que pasó.

(...)

**Juez:** ¿Y a qué distancia estaba, usted estaba de él en ese momento ...?

(...)

**R:** Como a 1 metro.”

4) También se practicó el testimonio de JAVIER RODRÍGUEZ ANAYA, a través de quien se ingresó una videograbación del episodio delictivo, la cual fue captada desde un circuito cerrado de vigilancia instalado en un inmueble aledaño.

La calidad del video no es muy buena, pero con acercamiento, se logra observar:

Minuto 38:45: Dobla por una esquina a la derecha, una moto con dos pasajeros, según se observa en esta imagen:





Minuto 39:28: De esa misma esquina aparecen caminando dos personas juntas, una de las cuales empieza a correr hacia el frente y la persona que queda atrás abre fuego, tal como lo mencionaron varios testigos:



Minuto 39:38: Quien avanzó primero se devuelve y ambos empiezan a correr en sentido contrario.

5) Ahora bien, de otro lado, está el testimonio de GERSON EDUARDO CARREÑO ROJAS, quien hizo énfasis en los siguientes aspectos:

- Que el conductor de la moto no fue ANDRÉS DAVID, sino un joven LUIS FELIPE o "PIPE", de quien supo resultó muerto en medio de un hurto por cuenta de uniformados de la Policía Nacional meses después.

- Que solo él fue quien disparó con el propósito de atacar a E... D... C... B... y a PATRICIA PABÓN ARAQUE, a quienes atribuye haber ocasionado la muerte de un primo suyo y que el primero reaccionó cubriéndose con el cuerpo de la adolescente fallecida. Y,

- Que solo tenía el propósito de evitar que no resultara condenado un inocente, ya que ningún provecho iba a conseguir con su declaración, para lo cual indicó:

“... cómo es que dice, cuando uno es testigo, ... porque esto, él hubiera ido conmigo, yo digo, bueno, él también tiene parte ahí en el delito, pero no es justo tampoco que una persona que, digámoslo así, sí, no tiene nada que ver y tenga que



pagar una condena también como esta no, él tiene a su familia, pa' que pague también lo ....., pa' que tenga que pagar lo que hizo otro, no."

Pues bien, la Sala estima oportuno recordar que, ante un episodio como el que es objeto de juzgamiento, imposible resulta que todos los testigos perciban los mismos detalles e incluso exigir que no exista la más mínima contradicción entre sus relatos, puesto que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia tiene decantado sobre el tema, por ejemplo, en sentencia SP1944-2022 (Rad. 51.527):

“Esta Corporación tiene dicho de tiempo atrás que las contradicciones en que incurra un mismo testigo, o unos con otros, en modo alguno constituyen razón suficiente para desechar su relato, porque, justamente, es labor del funcionario judicial entrar a establecer, con apoyo en las reglas de la sana crítica, a qué segmentos de sus relatos les confiere credibilidad y a cuáles no.

De este modo, la Corte ha indicado (CSJ SP8290-2017, rad. 42176):

*“(...) la experiencia enseña que cuando una misma persona rinde varias versiones o cuando varias declaran sobre idéntico asunto es normal que no concuerden en estricto sentido y, más bien, una perfecta coincidencia de todos los datos da lugar a sospechar que han sido preparados o aleccionados. Lo determinante, para restarles fuerza persuasiva, es que las divergencias recaigan sobre aspectos esenciales o fundamentales, no así si se trata de contradicciones meramente accesorias o tangenciales (CSJ SP, 5 nov. 2008, rad. 30305; CSJ SP, 5 nov. 2008, rad. 30305)”.*

Bajo esa perspectiva, en las presentes diligencias, se debe tener en cuenta que:

i) Los hechos ocurrieron en un sector de la ciudad que afrontaba y posiblemente aún padece notorios problemas de seguridad ciudadana por disputas entre grupos de barrios limítrofes, tal como lo explicó el testigo JURLEBINSON JAVIER, estando demostrado que el procesado NÚÑEZ ORDUZ había publicado en su perfil de la red social Facebook fotos portando armas de fuego, luego no resulta extraño que testigos como SILVIA JULIANA BOCAREJO ROA hubieran sentido temor cuando se les preguntó si podían señalar al compañero de andanzas de GERSON EDUARDO el día de los hechos.



ii) No obstante lo anterior, con valentía, la testigo YURLEY CAPACHO ORTIZ señaló al procesado como coautor de los hechos, siendo creíble su testimonio por las siguientes razones:

- Tuvo la oportunidad de ver a los atacantes, siendo claro que, si bien ellos portaban cascos, algunas facciones de sus rostros se podían ver a través de los mismos porque no estaban completamente cubiertos y en eso sí coincidieron la mayoría de declarantes indicando que no llevaban las viseras abajo, lo cual resulta lógico, ya que era de noche y había iluminación artificial tenue.

- Su relato fue espontáneo y sincero, al tiempo que brindó explicaciones válidas del por qué algunos puntos de su versión inicial no resultaban coincidentes. Y,

- No se advierten razones para que ella hubiera querido deformar la realidad y simplemente ocasionarle un daño al procesado por simple liberalidad.

iii) A pesar de que la testigo SILVIA JULIANA BOCAREJO ROA no señaló al acusado en un primer momento, se vislumbra que albergaba un evidente temor cuando se le formuló la pregunta respectiva, tanto así que dirigió su mirada al lugar donde estaba el procesado y guardó silencio, ante lo cual, la representante de la fiscalía acudió al recurso de ponerle de presente un medio probatorio que antes había ingresado por intermedio de un investigador de policía judicial, logrando demostrar que previamente ella había efectuado el reconocimiento fotográfico frente al cual ya se hicieron las acotaciones pertinentes.

iv) Resulta comprensible por qué motivo los testigos ÁLVARO BECERRA ESTÉVEZ, E... D... C... B..., MARIO JOSÉ PRADA FACETE y JURLEBINSON JAVIER PAEZ PINZÓN no lograron guardar en su memoria las facciones del rostro que sí alcanzaron a fijar las anteriores testigos, los dos primeros porque



fueron víctimas de la incursión, de modo que se les pudo escapar muchos detalles de lo acaecido, el tercero porque, al igual que el segundo, precisó que GERSON EDUARDO obstaculizaba el campo visual y el cuarto porque estaba más distante que los demás. Y,

v) Es evidente que GERSON EDUARDO CARREÑO ROJAS mintió al señalar que sólo él había disparado cuando los demás testigos refirieron que fueron los dos que habían descendido de la moto, notándose en él un afán de exculpar a su conocido mediante un relato que en realidad no se ofrece espontáneo y que más bien se basó en el conveniente fallecimiento de quien afirma fue compañero de empresa criminal, es decir, LUIS FELIPE o "PIPE", en un enfrentamiento con uniformados de la Policía Nacional meses después, sin que ello tenga algún soporte de corroboración periférica, pues, aunque se practicó el testimonio del WILSON NARANJO RIAÑO, investigador de la Defensoría del Pueblo, este se limitó a describir algunas labores de verificación que desplegó, pero a través de él no se ingresó ningún elemento material de prueba o evidencia física que hubiera recaudado.

Conforme al anterior panorama, la Sala concluye que sí está demostrada, más allá de toda duda razonable, la responsabilidad penal de ANDRÉS DAVID NÚÑEZ ORDUZ como coautor de los homicidios de la adolescente de 17 años A... L... A... R... y de la señora PATRICIA PABÓN ARAQUE, así como de las tentativas de homicidio del adolescente E... D... C... B... y del señor ÁLVARO BECERRA ESTEVEZ, quienes estuvieron en riesgo evidente de perder sus vidas, pero lograron salvarlas porque recibieron atención médica oportuna, conductas punibles todas agravadas según el artículo 104, numeral 7º, del Código Penal, puesto que los atacantes dispararon aprovechando la indefensión en que se hallaban las víctimas en el lugar de los hechos.



**- Pena imponible.**

Consecuencia de la declaratoria de prescripción de la acción penal en lo concerniente al delito de porte de armas de fuego, accesorios partes o municiones y de la preclusión que se decretará en virtud de la misma, corresponde retirar el incremento de 20 meses que dispuso el juez de primera instancia para sancionar esa conducta punible, quedando así una pena definitiva de 580 meses (48 años y 4 meses) de prisión.

Sobre el particular, ante uno de los planteamientos expuestos al momento de sustentarse el recurso de apelación, la Sala debe responder que no hay lugar a disminuir más esa sanción, bajo el pretexto que el ataque no estaba dirigido a la menor de edad A... L... A... R...., ni a ÁLVARO BECERRA ESTÉVEZ, ya que el funcionario de primer grado individualizó la pena base respecto de la primer víctima en el mínimo de los cuartos medios, segmento acertadamente seleccionado conforme a lo establecido en el artículo 61 del Código Penal por la concurrencia de una circunstancia de mayor punibilidad como lo es el haber obrado en coparticipación criminal, guarismo que se incrementó por los delitos concursantes, respetándose los lineamientos del artículo 31 del mismo compendio normativo, sin que sobre mencionar que en tal evento, de todas formas se obró con dolo indirecto o de segundo grado, pues, sabían los agresores que su acción de disparar indiscriminadamente hacia un grupo de personas iba a colocar en peligro la vida, no solo de los objetivos de su incursión, sino de cualquier persona que pudiera estar en el lugar.

De esta forma, la sentencia apelada se modificará exclusivamente en el sentido indicado.



**Cuestión final.**

Habiéndose establecido que GERSON EDUARDO CARREÑO ROJAS faltó a la verdad cuando rindió testimonio durante el curso del juicio oral bajo la gravedad del juramento, es obligación de la Sala compulsar copias de este fallo ante la Dirección Seccional de Fiscalías de Santander para que se investigue si incurrió en el delito de que trata el artículo 442 del Código Penal.

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.- DECLARAR** que la acción penal ha prescrito respecto del delito de porte de armas de fuego, accesorios, partes o municiones y en consecuencia, **DECRETAR** la preclusión del caso en lo atinente a esa específica conducta punible.

**SEGUNDO.- MODIFICAR** los numerales tercero y cuarto de la parte resolutive de la sentencia apelada, para condenar al acusado ANDRES DAVID NÚÑEZ ORDUZ como coautor de los delitos de homicidio y tentativa de homicidio, ambos agravados y en concurso homogéneo, a la pena principal de 580 meses (48 años y 4 meses) de prisión.

**TERCERO.- CONFIRMAR** en lo demás la sentencia apelada, en el entendido que no hay lugar a decretar la nulidad de lo actuado, ni a revocar la declaratoria de responsabilidad penal por los delitos previamente mencionados.



República de Colombia  
Rama Judicial del Poder Público

---

Distrito Judicial de Bucaramanga (Santander)  
Tribunal Superior  
Sala Penal

**CUARTO.- COMPULSAR** copias de este fallo a la Dirección Seccional de Fiscalías de Santander, según lo indicado en el acápite denominado “*Cuestión final*”.

Contra esta providencia procede el recurso extraordinario de casación en los términos de la Ley 906 de 2004.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,**

Los magistrados,

**HAROLD MANUEL GARZÓN PEÑA**

**SHIRLE EUGENIA MERCADO LORA**

**GUILLERMO ÁNGEL RAMÍREZ ESPINOSA**



REPÚBLICA DE COLOMBIA  
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE  
BUCARAMANGA

SALA DE DECISIÓN PENAL

**Magistrada ponente: SUSANA QUIROZ HERNÁNDEZ**

|                    |   |
|--------------------|---|
| <b>Radicación</b>  | 68615-6000-149-2017-00204-02 (227.23) 23-578A                                   |
| <b>Procedencia</b> | Juzgado 2° Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bucaramanga        |
| <b>Acusado</b>     | Wilmer Enrique Ruiz   |
| <b>Delito</b>      | Tráfico, fabricación o porte de armas de fuego, accesorios, partes o municiones |
| <b>Apelación</b>   | Sentencia condenatoria  |
| <b>Decisión</b>    | Confirma  |
| <b>Aprobación</b>  | Acta No. 794  |
| <b>Fecha</b>       | 15 de agosto de 2023  |
| <b>Lectura</b>     | 24 de agosto de 2023  |

## I. OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

Entrar a resolver el recurso de apelación interpuesto por la defensa técnica, contra la sentencia proferida el 21 de junio de 2023, mediante la cual el Juzgado 2° Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Bucaramanga, declaró penalmente responsable a WILMER ENRIQUE RUIZ, del delito de tráfico, fabricación o porte de armas de fuego, accesorios, partes o municiones.

## II. HECHOS JURÍDICAMENTE RELEVANTES

Conforme se señaló en pretérita oportunidad por la Sala de Decisión, *“el 26 de agosto de 2017, miembros de la Policía Nacional realizaban labores de patrullaje en el municipio de San Rafael de Lebrija, cuando a la altura de la carrera 10 con calle 6 equina advirtieron la presencia de una persona de sexo masculino en actitud sospechosa, a quien le solicitaron un registro y le encontraron en la pretina del pantalón un arma de fuego tipo pistola, un proveedor y un*

*cartucho, elementos para cuyo porte o tenencia no contaba con permiso.”*

### **III. ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE**

**3.1.** El 27 de agosto de 2017, la Fiscalía General de la Nación legalizó la captura de WILMER ENRIQUE RUIZ y le formuló imputación por el delito de tráfico, fabricación o porte de armas de fuego, accesorios, partes o municiones – artículo 365 del Código Penal – en calidad de autor, cargo que no fue aceptado. De otra parte, no se impuso medida de aseguramiento privativa de la libertad.

**3.2.** Radicado el escrito de acusación, la competencia recayó en el Juzgado 2° Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Bucaramanga. La audiencia de verbalización ocurrió el 15 de junio de 2021.

**3.3.** La diligencia preparatoria se surtió el 17 de noviembre de 2021.

**3.4.** Por su parte, el juicio oral inició el 14 de julio de 2022 y finalizó el 21 de junio de 2023, sesión en la que se realizó la lectura de la correspondiente sentencia condenatoria, determinación contra la cual se interpuso recurso de apelación por la defensa, objeto de esta instancia.

### **IV. EL FALLO DE PRIMER GRADO**

Luego de recapitular los hechos endilgados, la actuación procesal, identidad del encartado y alegatos de conclusión, el fallador indicó las exigencias contenidas en el artículo 381 del Código de Procedimiento Penal para emitir fallo condenatorio.

Acto seguido replicó que WILMER ENRIQUE fue capturado al habersele encontrado un arma de fuego tipo pistola calibre 22, con un cartucho para ser usado por la misma, ello sin tener el permiso

correspondiente; por lo cual, se le endilgó el tipo descrito en el artículo 365 del Código Penal bajo el verbo rector de *portar*.

Continuó aduciendo que se acreditó la aprehensión del acusado por uniformados de la subestación de policía de San Rafael de Lebrija y el encontrársele el arma en su poder, ello con el testimonio de Yorman Andrés Guarín Chia. Aunado, con la declaración de Norberto Mateus Pulido, perito en fotografía, se corroboró que la pistola incautada fue la misma sometida a cadena de custodia y puesta a disposición del laboratorio de fotografía.

Y con Giovanni Méndez Fajardo, se coligió que el elemento se trataba de un arma de fuego tipo pistola, calibre 22 Long Rifle, marca Star, modelo FR Sport, sin número identificativo de serie y de funcionamiento por repetición, y un cartucho con característica de calibre 22 largo, clase carril sencillo, de tipo pistola, longitud de 112 milímetros, fabricación industrial, en estado regular de conservación, sintetizándose además por el policía que este elemento era apto para disparo.

3

---

Igualmente, se incorporó certificado expedido por el Coronel Diego Fernando Patiño Orozco, Jefe del Estado Mayor y Segundo Comandante Quinta Brigada, fechado a 25 de Octubre de 2022, en el que se indica que al señor WILMER ENRIQUE RUIZ no cuenta con armas asignadas ni con permiso para porte o tenencia.

Por su parte, consignó que la defensa no realizó práctica probatoria y se limitó en los alegatos conclusivos a señalar que el documento del 25 de octubre de 2022 no se incorporó debidamente, situación intrascendente por cuanto la Sala Penal del Tribunal de Bucaramanga dejó claro que los legajos públicos pueden ingresar directamente.

Siendo así, se concluyó que la Fiscalía General de la Nación logró demostrar la materialidad del punible y la responsabilidad penal de WILMER ENRIQUE RUIZ.

En punto a la dosificación, se dividieron los cuartos de movilidad así, **mínimo:** de 108 meses a 117 meses; **medios:** de 117 meses y 1 día a 135 meses; y **máximo:** de 135 meses y 1 día a 144 meses. Ulterior, limitó la sanción en el mínimo y determinó una pena de 108 meses de prisión. Similar término respecto de la inhabilidad para el ejercicio de funciones y derechos públicas.

Por último, negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria, disponiendo a través del Centro de Servicios se libre orden de captura en contra de WILMER ENRIQUE RUIZ.

## **V. DE LA SUSTENTACIÓN DEL RECURSO**

De manera concreta, el apoderado de WILMER ENRIQUE RUIZ refirió la necesidad de haberse ingresado la certificación de la no existencia de permiso para porte o tenencia de armas de fuego a través de testigo de acreditación y no directamente.

4

## **VI. CONSIDERACIONES DE LA SALA**

### **6.1. Sobre la competencia**

De conformidad con lo dispuesto en el numeral 1° del artículo 34 de la Ley 906 de 2004, este Tribunal es competente para conocer del recurso de apelación interpuesto por la defensa técnica, contra la sentencia proferida el 21 de junio de 2023, mediante la cual el Juzgado 2° Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Bucaramanga, declaró penalmente responsable a WILMAR ENRIQUE RUIZ del delito de tráfico, fabricación o porte de armas de fuego, accesorios, partes o municiones.

Bajo esa premisa, estudiará la Sala la impugnación propuesta, aclarando que, por tratarse de la segunda instancia, la competencia está restringida a los aspectos objeto de inconformidad y a los que

resulten inescindiblemente ligados a los mismos, en virtud del principio de limitación.

## **6.2. Imputación jurídica**

WILMER ENRIQUE RUIZ, fue declarado penalmente responsable del delito de tráfico, fabricación o porte de armas de fuego, accesorios, partes o municiones, descrito en el artículo 365 del Código Penal, respectivamente, cuyo tenor literal refiere:

*“ARTÍCULO 365. FABRICACIÓN, TRÁFICO Y PORTE DE ARMAS DE FUEGO O MUNICIONES. El que sin permiso de autoridad competente importe, trafique, fabrique, transporte, almacene, distribuya, venda, suministre, repare, porte o tenga en un lugar armas de fuego de defensa personal, sus partes esenciales, accesorios esenciales o municiones, incurrirá en prisión de nueve (9) a doce (12) años”.*

## **6.3. Problema jurídico**

Teniendo en cuenta el reproche esgrimido en la alzada, le corresponde a la Sala de Decisión determinar si era posible la incorporación directa al juicio oral del documento atinente a la certificación de la no existencia de permiso para porte o tenencia de armas de fuego.

5

---

## **6.4. Caso concreto**

Inicialmente es preciso señalar que, de conformidad con los artículos 7º inciso 4º, 372 y 381 de la Ley 906 de 2004, para condenar se requiere el conocimiento más allá de toda duda sobre el delito y la responsabilidad penal del acusado en él, fundado en las pruebas incorporadas en el juicio oral, pues, *contrario sensu*, si emergen dudas en torno a alguno de esos aspectos, ellas deben resolverse a favor del procesado en aplicación del principio *in dubio pro reo*; asimismo, que los hechos jurídicamente relevantes expuestos en la audiencia de

formulación de imputación<sup>1</sup> y acusación deben ser congruentes con la sentencia.<sup>2</sup>

En igual sentido, es válido reiterar que, conforme el artículo 16 de la Ley 906 de 2004, es prueba *“la que haya sido producida o incorporada en forma pública, oral, concentrada, y sujeta a confrontación y contradicción ante el Juez de conocimiento”*.

Para dar solución al reproche plasmado en la apelación, impera señalar que el artículo 424 de la Ley 906 de 2004 indica que se entiende por prueba documental:

1. *Los textos manuscritos, mecanografiados o impresos.*
2. *Las grabaciones magnetofónicas.*
3. *Discos de todas las especies que contengan grabaciones.*
4. *Grabaciones fonópticas o vídeos.*
5. *Películas cinematográficas.*
6. *Grabaciones computacionales.*
7. *Mensajes de datos.*
8. *El télex, telefax y similares.*
9. *Fotografías.*
10. *Radiografías.*
11. *Ecografías.*
12. *Tomografías.*
13. *Electroencefalogramas.*
14. *Electrocardiogramas.*
15. *Cualquier otro objeto similar o análogo a los anteriores.”*

Siendo que, frente a los documentos públicos se presume su autenticidad por lo cual su incorporación al juicio oral podrá realizarse de forma directa – artículo 425 del Código de Procedimiento Penal –, mientras que los demás, que no ostenten tal connotación, requiere un método de autenticación e identificación para su incorporación – artículo 426 *ib.* –.

Al respecto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en proveído AP319-2023, Rad. 61390 con ponencia del Magistrado Luis Antonio Hernández Barbosa señaló,

---

<sup>1</sup> CSJ Radicación No. 31280, del 8 de julio de 2009

<sup>2</sup> CSJ. Sentencia SP4132-2019, Radicación No. 52054. del 25 de septiembre de 2019

*“Para efectos probatorios, la presunción de autenticidad de los documentos públicos goza de tal relevancia, que incluso se permite su introducción al juicio sin necesidad de que se haga por medio de un testigo de acreditación. Así lo ha venido sosteniendo la Sala a través de los múltiples pronunciamientos jurisprudenciales en los que ha abordado el estudio de este tema en particular. Por ejemplo, en la sentencia SP3601-2021 se dijo:*

*«En ese sentido, la línea jurisprudencial de la Sala indica que el testigo de acreditación sólo se torna indispensable para introducir al juicio oral los documentos sobre los cuales no recae la presunción de autenticidad. Por tanto, los que poseen esa condición pueden ser ingresados directamente por la parte interesada, criterio invariable desde CSJ SP7732-2017, 1 jun. 2017, rad. 46278.»*

Destáquese además, esa presunción de autenticidad del documento público, opera con independencia si el mismo se allegó en original o copia, siendo que únicamente existe limitación cuando la parte *“alegue y pruebe que no es un documento auténtico”*.

Aunado a lo ya señalado, conviene enunciar que de acuerdo al artículo 243 del Código General del Proceso, un documento público es aquel *“otorgado por el funcionario público en ejercicio de sus funciones o con su intervención”* y para el asunto de ciernes, se ha edificado que el folio en donde se consigna la ausencia o no de permiso para el porte y tenencia de armas de fuego es, precisamente, un documento de naturaleza pública<sup>3</sup>.

Consecuente, es claro para esta Sala de Decisión Penal que la crítica consignada en el recurso vertical no está llamada a prosperar puesto que, era viable el ingreso del certificado expedido por el Coronel Diego Fernando Patiño Orozco, Jefe del Estado Mayor y Segundo Comandante Quinta Brigada adiado del 25 de Octubre de 2022, en el que se indica que el señor WILMER ENRIQUE RUIZ no cuenta con armas asignadas ni con permiso para porte o tenencia, ello por cuanto es un documento público, se conoce su autor y no se tachó su autenticidad.

Y es que, al escucharse la diligencia de juicio oral celebrada el 24 de febrero de 2023, se constata que la única oposición de la

---

<sup>3</sup> Ver SP1638-2022, rad. 46808, MP. Diego Eugenio Corredor Beltrán.

defensa, respecto al ingreso de un documento público auténtico, fue que debía hacerse a través de quien lo suscribió, argumento errado tal y como se ha clarificado.

Súmese a lo hasta acá descrito, a partir de la conclusión consignada, ello es que WILMAR ENRIQUE RUIZ no contaba con permiso de autoridad competente para el porte o tenencia de armas de fuego, se edifica la responsabilidad penal del encartado frente al delito acusado, ello por cuanto los demás medios probatorios dieron cuenta que a él se le encontró el elemento bélico y este es apto para percutir.

De una forma concreta, Yorman Andrés Guarín Chia clarificó que él, en su calidad de agente de policía del municipio de San Rafael de Lebrija, el 27 de agosto de 2017 realizó la aprehensión de un sujeto identificado como WILMER ENRIQUE, ello posterior al encontrársele un arma de fuego tipo pistola y un cartucho.

Y Giovanni Méndez Fajardo, policía judicial perito en balística, concluyó que el elemento incautado se trataba de un arma de fuego tipo pistola, calibre 22 Long Rifle, marca Star, modelo FR Sport, sin número identificativo de serie y de funcionamiento por repetición, así como un cartucho con característica de calibre 22 largo, clase carril sencillo, de tipo pistola, longitud de 112 milímetros, fabricación industrial, en estado regular de conservación, puntualizando que era apto para disparo.

Amén de lo dicho, no converge duda alguna respecto a que la Fiscalía General de la Nación tuvo la suficiencia demostrativa para corroborar su hipótesis acusatoria, esto es, que RUIZ portaba sin permiso un elemento bélico consistente en pistola.

Siendo así, la determinación adoptada por el Juzgado de primera instancia fue acertada y producto de un correcto análisis de los medios suasorios debidamente incorporados al estadio de debate

y, por lo cual, la decisión que le corresponde adoptar a esta Colegiatura es la de confirmar el fallo adiado del 21 de junio de 2023.

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,

## **VII. RESUELVE:**

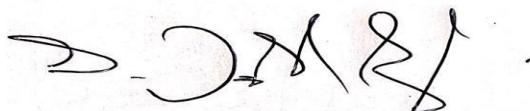
**PRIMERO. CONFIRMAR** la sentencia condenatoria del 21 de junio de 2023, proferida por el Juzgado 2° Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bucaramanga, conforme a lo expuesto en el cuerpo motivo de este fallo.

**SEGUNDO. 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.

9

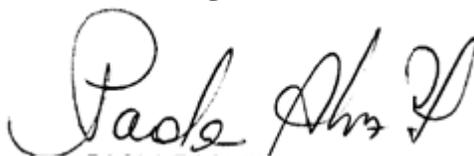
---

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



**SUSANA QUIROZ HERNÁNDEZ**

Magistrada



**PAOLA RAQUEL ÁLVAREZ MEDINA**

Magistrada



**JAIRO MAURICIO CARVAJAL BELTRÁN**

Magistrado



**REPÚBLICA DE COLOMBIA**  
**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BUCARAMANGA**  
**SALA PENAL DE DECISIÓN**

---

Magistrado Ponente:

**Jairo Mauricio Carvajal Beltrán**

Rad. 68001-6008-828-2017-00589-01

Registro proyecto: 12 de julio de 2023

Aprobado Acta No. 789

Bucaramanga, Catorce (14) de agosto de dos mil veintitrés (2023)

### **1. Asunto**

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la defensa de Paulino Vásquez Morales contra la sentencia proferida el 12 de enero de 2022 por el Juzgado 8 Penal del Circuito de Bucaramanga, mediante la cual lo condenó como autor del delito de omisión del agente retenedor o recaudador.

### **2. Hechos**

Paulino Vásquez Morales, en su calidad de representante legal de la Fundación Colombiana Multiactiva de Trabajadores Limitados Visuales, encargada del impuesto a las ventas, declaró dicha obligación para los periodos 5 y 6 del año gravable 2005; 1, 2, 3, 4, 5 y 6 del 2006; 2, 3, 4, 5 y 6 del 2007; 1, 2, 3, 4, 5 y 6 del 2007; 1, 2, 3, 4, 5 y 6 del 2008; y 1 del 2009, sin consignar el monto correspondiente dentro del bimestre posterior.

### **3. Antecedentes procesales**

**3.1.** El 16 de agosto del 2017<sup>1</sup>, ante el Juzgado 7 Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bucaramanga, la fiscalía formuló imputación a Paulino Vásquez Morales por el delito de omisión del agente retenedor o recaudador -art. 402 del C.P.-, cargos que no aceptó.

---

<sup>1</sup> CARPETA NI 134710, folio 173

**3.2.** El conocimiento correspondió por reparto al Juzgado 8 Penal del Circuito de Bucaramanga, habiéndose realizado la audiencia de formulación de acusación el 28 de enero de 2019<sup>2</sup>; la preparatoria el 16 de enero de 2020<sup>3</sup> y el juicio oral en sesiones del 7 de septiembre de 2020, 24 de mayo, 24 de agosto y 14 de diciembre de 2021. En esta última sesión se anunció el sentido del fallo de carácter condenatorio y se corrió el traslado del artículo 447 del Código de Procedimiento Penal, leyéndose la sentencia el 12 de enero posterior.

#### **4. Sentencia impugnada**

**4.1.** El juez de primera instancia profirió sentencia condenatoria en contra de Paulino Vásquez Morales como autor del delito de omisión del agente retenedor o recaudador. Concluyó que de la valoración de las pruebas, se arriba al conocimiento más allá de duda en el comportamiento doloso del acusado, al omitir la consignación de las sumas correspondientes al monto recaudado y declarado por concepto de impuesto sobre las ventas por los periodos gravables 5 y 6 del año 2005; 1, 2, 3, 4, 5 y 6 del 2006; 2, 3, 4, 5 y 6 del 2007; 1, 2, 3, 4, 5 y 6 del 2007; 1, 2, 3, 4, 5 y 6 del 2008; y 1 del 2009; por valor de \$32'783.000.

En consecuencia, le impuso las penas de 48 meses de prisión, multa de 65'566.000, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por igual lapso. Se concedió la suspensión de la ejecución de la pena, previo pago de caución prendaria por valor de \$300.000.

#### **5. Del recurso**

**5.1.** La defensa<sup>4</sup> solicitó declarar la nulidad del proceso a partir de la audiencia preparatoria, por evidenciar una flagrante inactividad de la defensa técnica ejercida por los profesionales designados por la Defensoría del Pueblo, que conllevó a la decisión condenatoria. Lo anterior porque el procesado no fue contactado por el profesional que representaba sus intereses, excepto en una ocasión en que le fue consultado el nombre de algunos testigos, pero nunca le fue informado sobre la estrategia a desarrollar, ni tampoco se prepararon esos testigos antes de su declaración. Resalta el recurrente que a partir de la invidencia padecida por el acusado, pudieron edificarse un sinnúmero de hipótesis defensivas con el fin de demostrar que no pudo conocer los documentos que obran en el expediente, pues

---

<sup>2</sup> CARPETA NI 134710, folio 134

<sup>3</sup> CARPETA NI 134710, folio 130

<sup>4</sup> CARPETA NI 134710, folio 8

solo conoce el sistema braille y fueron otras personas de la junta directiva quienes le indicaban cómo proceder; por tal razón, debió convocarse, por ejemplo, al tesorero Carlos Cancino para demostrar circunstancias de ausencia de responsabilidad por error, manipulación o ignorancia que la anterior defensa pasó por alto.

**5.2.** El apoderado judicial de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales se opuso a la prosperidad de la solicitud, esgrimiendo que los argumentos pretenden desmeritar la labor ejercida por la Defensoría del Pueblo, basado en supuestos que no son ciertos y en su consideración que la estrategia fue equivocada, sin soportar sus argumentos con ninguna prueba si quiera sumaria. Agregó que Vásquez Morales, pese a su limitación visual, es una persona razonable e inteligente y goza de plenas capacidades para entender las situaciones que ocurren a su alrededor, y no existe ninguna prueba sobre la imposibilidad del acusado de ejercer la representación legal de la fundación.

## **6. Consideraciones del Tribunal**

### **6.1. De la competencia**

De conformidad con el artículo 34, numeral 1°, de la Ley 906 de 2004, esta Sala es competente para conocer de los recursos de apelación contra sentencias penales que profieran los jueces del circuito de este Distrito Judicial.

### **6.2. Problema jurídico**

Determinar si se configuró una causal de nulidad relacionada con la trasgresión del debido proceso por ausencia de defensa técnica que obligue a rehacer la actuación desde la audiencia preparatoria.

### **6.3. De la nulidad**

La nulidad es una sanción extrema que implica invalidar el acto jurisdiccional y las actuaciones que se derivaron de éste, pero tal castigo no está dirigido a las partes, sino para la propia administración de justicia que permitió el adelantamiento de una causa sin garantizar el respeto irrestricto a las formas preestablecidas por el legislador y a las garantías debidas a partes e intervinientes.

La declaratoria de nulidad, como sanción procesal, obliga a retrotraer, a reenviar el procedimiento, a remitirlo a etapas previas que permitan el

restablecimiento de la garantía vulnerada, de la que deriva que sus consecuencias son graves y por ende, esa solución debe tenerse como el remedio último, extremo, al que solo se debe acudir cuando el legislador no provea al funcionario de otros mecanismos de corrección, de modo que la irregularidad que comporte invalidación debe ser trascendente, insubsanable, sustancial (AEP 00134-2021, radicado 00492).

Por tal motivo, no basta con reseñar la presunta irregularidad y aducir que se desconoció un derecho fundamental para acreditar la necesidad de recurrir a tan extrema a solución, sino que resulta imprescindible que el proponente demuestre, de manera lógica y coherente un nexo de causalidad entre el supuesto yerro y la consecuente afectación del derecho alegado, pues le corresponde a él la carga de la prueba sobre el particular. La nulidad se entiende como un remedio extremo de naturaleza residual a la que solamente se debe acudir cuando no exista ninguna otra forma para superar la irregularidad cometida en el trámite procesal<sup>5</sup>.

Además, la alegación de una irregularidad con el pretendido alcance debe ajustarse a ciertos parámetros lógicos que permitan comprender el motivo de ataque, el yerro sustancial alegado y la manera como, a consecuencia de este, se quebranta la estructura del proceso o se afectan las garantías fundamentales, objetivos para los que es preciso atender los principios que orientan la declaración de nulidades<sup>6</sup>, los cuales, a pesar de no estar previstos en una determinada norma del Código de Procedimiento Penal que rige este asunto, siguen siendo criterios de inexcusable observancia para asegurar el carácter serio y vinculante del correspondiente reproche.

Así, solo es posible solicitar la nulidad por los motivos expresamente previstos en la ley (principio de taxatividad); quien alega la configuración de un vicio enervante debe especificar la causal que invoca y señalar los fundamentos de hecho y de derecho en los que se apoya (principio de acreditación); no puede deprecirla en su beneficio el sujeto procesal que con su conducta haya dado lugar a la configuración del yerro invalidante, salvo el caso de ausencia de defensa técnica (principio de protección); aunque se configure la irregularidad, ella puede convalidarse con el consentimiento expreso o tácito del sujeto perjudicado, a condición de ser observadas las garantías fundamentales (principio de convalidación); no procede la invalidación cuando el acto tachado de irregular ha cumplido el propósito para el cual estaba destinado, siempre que no se viole el derecho de defensa (principio de instrumentalidad); quien alegue la rescisión tiene la obligación indeclinable de

---

<sup>5</sup> Corte Suprema de Justicia. Sentencia de 14 de abril de 2010. Radicado N° 30960. MP. Dr. Alfredo Gómez Quintero

<sup>6</sup> Cfr. Entre otras, sentencias de 18 de noviembre de 2008, 18 de marzo de 2009 y 9 de junio de 2011, radicaciones N° 30539, 30710 y 34022, respectivamente

demostrar no sólo la ocurrencia de la incorrección denunciada, sino que ésta afecta de manera real y cierta las bases fundamentales del debido proceso o las garantías constitucionales (principio de trascendencia) y, además, que para enmendar el agravio no existe remedio procesal distinto a la declaratoria de nulidad (principio de residualidad)<sup>7</sup>.

#### **6.4. Caso concreto.**

La solicitud de anulación se encamina a que se permita al nuevo apoderado de la defensa, desde la audiencia preparatoria, presentar solicitudes probatorias que puedan sustentar una teoría defensiva distinta de la presentada por el defensor público y que esté acorde a las particularidades del caso y las específicas circunstancias personales del acusado, por tratarse de una persona invidente, pudiendo, incluso, plantear la existencia de una casual de ausencia de responsabilidad.

El censor aduce que, a partir del hecho probado relacionado con la ceguera de nacimiento padecida por su prohijado, *“puede fácilmente plantearse una serie de hipótesis defensivas”*, afirmando, a renglón seguido, que la asesoría ofrecida por el profesional que ejerció la defensa de oficio, fue deficiente y *“entregó al procesado a una condena inminente”*, sin embargo, no plantea en su crítica cuáles son las pruebas concretas que dejó de solicitar su antecesor y cuáles serían las planteadas por él, ni la incidencia que estas habrían tenido en la decisión judicial adoptada por el fallador.

La crítica del recurrente no fue presentada con un adecuado sustento jurídico ni probatorio, sino que, sin mayores explicaciones, concluye que el rumbo del proceso pudo ser otro, si se hubiese abordado el asunto de manera diferente a su antecesor, a quien señala de haber ejercido la defensa con un déficit técnico, sin explicar en qué consistió tal falencia.

Sobre este tema de la nulidad por falta de defensa técnica, la jurisprudencia ha sido consistente en establecer que el inconforme con la labor del defensor debe demostrar que el procesado estuvo en orfandad defensiva durante el devenir procesal, en una situación de desamparo total<sup>8</sup>.

En este caso, el recurrente alega la afectación de las garantías fundamentales al debido proceso y de defensa bajo el argumento que la defensa de oficio entabló

---

<sup>7</sup> AP5291-2022, rad. 59156

<sup>8</sup> CSJ, SCP, 29 de abril de 2020, rad. 46389; AP5298-2022, rad. 60247; entre otras

comunicación con el acusado en una sola oportunidad durante la etapa de juzgamiento y lo fue solo para solicitarle el nombre de algunos testigos; y la segunda vez que lo hizo, fue luego de finalizar el juicio, para pedirle información y documentos con el fin de solicitar la prisión domiciliaria en el traslado del artículo 447 del CPP. Esto, a consideración del nuevo apoderado, comporta una defensa deficiente, frágil e inactiva.

Efectuada la revisión del plenario, se hace palpable que la defensa ejercida por los profesionales de la Defensoría del Pueblo cumplió cabalmente con el rol para el que fueron designados y no es plausible considerar una inacción como lo quiere hacer ver el abogado recurrente en su alzada; por el contrario, se logra evidenciar una actividad profesional encaminada a defender de manera técnica los intereses del acusado, a partir de la petición probatoria de cuatro testigos, las intervenciones para contrainterrogar a los testigos de la fiscalía y la presentación de los suyos; al final del juicio se presentaron alegatos de conclusión en los que se realizó una valoración de los medios de prueba practicados y se le indicó al juez que, a su criterio, no llevaban a la sustentación de una condena.

De igual forma, durante el trámite del proceso se le permitió al procesado afrontar un juicio justo, público e imparcial, con inmediación de la prueba y con acompañamiento de un defensor público. De tales garantías fue enterado desde la celebración de la audiencia de formulación de imputación el 16 de agosto de 2017, correspondiéndole también el deber de mantener una comunicación activa con el profesional designado, que sirviera al abogado para suministrar los datos de las personas que en su favor podrían comparecer al juicio, con el fin de realizar las solicitudes probatorias respectivas en la audiencia preparatoria. No existió orfandad en la defensa técnica como supone el nuevo apoderado, pues la labor del defensor se llevó a cabo con la anuencia y conocimiento del procesado.

El nuevo defensor explica la relevancia de la irregularidad por él advertida, apelando a la posibilidad de haberse podido edificar cualquier otra hipótesis de descargo, pero la única que menciona es la ausencia de responsabilidad por virtud de la limitación visual del acusado, lo cual fue objeto de las alegaciones conclusivas y tema abordado en la sentencia, en la que el *a quo* se refirió a las circunstancias configurativas de los tipos de error que pudiesen derivar en la ausencia de responsabilidad, además del abordaje idóneo de las pruebas, cuya valoración integral, incluyendo las de descargo, le permitieron convencerse de la procedencia de la decisión condenatoria.

Para la Sala tampoco es posible arribar a la conclusión del censor, de que haber convocado al juicio a Carlos Cancino u otros miembros de la junta directiva de la Fundación Colombiana Multiactiva de Trabajadores Limitados Visuales, de la cual Paulino Vásquez Morales era representante legal, hubiese podido incidir en la adopción de un fallo complemente diferente al emitido, pues solo se adujo que ellos padecen una disminución visual, mas no son ciegos completamente, como sí lo es el enjuiciado y eran quienes apoyaban al representante legal en las labores administrativas, sin que de esa somera afirmación se derive alguna complejidad probatoria que pudiese respaldar una causal de ausencia de responsabilidad, cuya aducción dejó de hacerse por la supuesta inactividad defensiva ejercida en el juicio.

Se ha de resaltar que la Corte Suprema de Justicia *“En reiterados pronunciamientos (...) ha precisado que no por disentir(se) de la estrategia defensiva utilizada por quien asumió el encargo en el curso del proceso, o haber sido adversos los resultados del juicio, puede afirmarse que se ha violado el derecho a una asistencia calificada por falta de idoneidad de la misma, pues el ejercicio de la actividad defensiva es de medio, no de resultado, y porque el defensor, en la tarea de hacer efectiva esta asistencia, goza de autonomía y libertad en la selección de la táctica a adoptar, entre las múltiples alternativas posibles de ser planteadas en el curso de un juicio.*

*Además, la ley no le impone al abogado derroteros a seguir en el desarrollo de la gestión encomendada, ni le fija orientaciones de ninguna índole y no existen reglas preestablecidas por el derecho que indiquen que frente a una determinada situación deba actuarse de una específica manera, o plantearse unas concretas tesis defensivas”<sup>9</sup>.*

En esos términos, la crítica formulada resulta insuficiente para demostrar la ineptitud de la gestión de los abogados que antecedieron al recurrente, que pueda derivar en la afectación del derecho fundamental al debido proceso por falta de defensa técnica, en tanto el censor no demostró cómo debía hacer el trabajo defensivo; tampoco explicó cuáles serían las posibilidades reales de lograr un resultado distinto al obtenido y favorable al procesado de haberse contado con una defensa diferente, ya que la única propuesta visible en el texto del recurso, es precisamente la desarrollada durante el proceso, referente a la supuesta causal de exoneración de responsabilidad penal por la condición de invidencia total del acusado, lo cual fue objeto de debate y se descartó su trascendencia para llevar a la

---

<sup>9</sup> AP461-2023, rad. 62020

absolución del acusado. En otras palabras, el recurrente no plantea nada distinto a lo planteado y debatido en juicio por su antecesor.

Tales cuestionamientos solo demuestran una discrepancia con el actuar del defensor anterior, pero no la falta de idoneidad del abogado para ejercer su rol y de manera profesional asumir la defensa técnica del acusado.

Por las anteriores razones se procederá a confirmar la sentencia apelada.

En virtud de las anteriores consideraciones, el **Tribunal Superior de Bucaramanga en Sala Penal de Decisión**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

**Resuelve:**

**Primero.** Confirmar la sentencia objeto de apelación, según se expuso en la parte considerativa.

**Segundo.** Informar que en contra de la presente decisión procede el recurso extraordinario de casación.

Notifíquese y cúmplase,

Los Magistrados,

  
**Jairo Mauricio Carvajal Beltrán**

  
**Juan Carlos Diettes Luna**  
Rama Judicial  
Consejo Superior de la Judicatura  
República de Colombia

  
**Harold Manuel Garzón Peña**

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL**  
**SALA PENAL**

**Magistrado Ponente: DR. JUAN CARLOS DIETTES LUNA**

**Radicación N° 68547-60-00-147-2017-00046-01 / 1741**

**Bucaramanga, agosto nueve (09) de dos mil veintitrés (2023)**

**ASUNTO**

Resolver el recurso de apelación interpuesto por la defensa de DAVID HERNÁNDEZ BELTRÁN contra la sentencia dictada por el Juez Primero Penal Municipal de Piedecuesta con funciones mixtas, quien lo condenó como autor del delito de LESIONES PERSONALES DOLOSAS.

**ACONTECER DELICTIVO**

Aproximadamente a las 8:00 a.m. del 6 de enero de 2017 David Hernández Beltrán agredió verbal y físicamente a Ramón Oliveros Ayala en la Carrera 8 # 6-86 del sector céntrico de Piedecuesta, a consecuencia de unos comentarios donde se afirmaba que este último probablemente mantenía una relación sentimental con la esposa del agresor, por lo cual le dictaminaron una incapacidad médico legal definitiva de 75 días, a más de secuelas consistentes en deformidad física que afecta el cuerpo de carácter permanente y perturbación funcional del miembro superior izquierdo por definir la temporalidad.

**DE LA ACTUACIÓN PROCESAL**

El 30 de noviembre de 2018 la agencia fiscal corrió traslado del escrito de acusación a David Hernández Beltrán y le reprochó la comisión del delito de lesiones personales dolosas – artículos 111, 112 inciso 2º y 113 inciso 2º del estatuto represor, modificados los dos últimos por la Ley 890 de 2004 –, cargo no aceptado por el encartado.

Una vez presentado el respectivo escrito, el Juez Primero Penal Municipal de Piedecuesta con funciones mixtas celebró la audiencia concentrada, al interior de la cual la agencia fiscal formuló acusación por el ilícito atrás reseñado, se pactaron estipulaciones y se decretó el acervo probatorio; llevó a cabo el juicio oral en varias sesiones y al final emitió sentido del fallo de carácter condenatorio, siendo trasladado a las partes por correo electrónico.

### **DEL FALLO DE PRIMERA INSTANCIA**

Al considerar reunidas las exigencias previstas en el artículo 381 de la Ley 906 de 2004, el 5 de agosto de 2021 el a quo condenó a David Hernández Beltrán a la pena de 50 meses de prisión, multa de 38.36 salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilidad para ejercer derechos y funciones públicas por igual lapso de la pena privativa de la libertad, como autor del delito de lesiones personales dolosas, a la par que le concedió la prisión domiciliaria, previa suscripción de diligencia de compromiso y pago de caución prendaria.

Adujo que al sopesar la prueba testimonial debatida en el juicio oral, las estipulaciones probatorias y los argumentos de los distintos sujetos procesales, se acreditó la ocurrencia del punible y la responsabilidad penal del procesado, ya que el informe pericial del 11 de enero de 2017 registró que a la víctima le dictaminaron una incapacidad médico legal definitiva de 75 días y deformidad física que afecta el cuerpo de carácter permanente, producto del sorpresivo y fuerte golpe propinado en el rostro, al punto que lo derribó y le generó una fractura en la mano, siendo el aparente motivo del ilícito la relación extramatrimonial existente entre la víctima y la ex compañera sentimental del encartado, de tal forma que la acción desplegada fue eminentemente dolosa.

### **DE LA IMPUGNACIÓN**

Inconforme con el fallo, la defensa lo apeló con el objeto que sea revocado, pues el a quo le otorgó mayor credibilidad al testimonio de la víctima, pese a ser un relato inconsistente frente a lo ocurrido, aunado a que el encartado para la fecha y hora de los hechos estaba en el municipio de Sogamoso, lo cual generaba duda frente al reato endilgado.

## CONSIDERACIONES DE LA SALA

La censura demanda la absolución de David Hernández Beltrán por la comisión del delito de lesiones personales dolosas, ante la errada valoración probatoria en que incurrió el juzgador de primer grado, aspecto sobre el cual la Colegiatura estima lo siguiente:

1.- Al revisar íntegramente el acervo probatorio recaudado se observa que:

1.1. Fueron estipulados (i) los informes médico legales 00371-2017, 15671-2017 y 06979-2018 practicados a la víctima el 11 de enero de 2017, 29 de noviembre de 2017 y 25 de mayo de 2018, respectivamente; (ii) el oficio de la Registraduría Nacional del Estado Civil que anexó copia de la tarjeta alfabética de la cédula de ciudadanía del procesado; (iii) el informe de investigador de campo del 29 de octubre de 2017 y (iv) el formato de individualización y arraigo del procesado que data del 7 de noviembre de 2017.

1.2. Ramón Oliveros Ayala rememoró que entre las 7:30 y 8:00 de la mañana del 6 de enero de 2017 salió de su casa a comprar una bolsa de leche en la tienda de la esquina, en el trayecto escuchó que alguien gritaba “ladrón, gonorrea, pirobo, hijo de puta”<sup>1</sup>, se volteó y recibió un puño en la cara, perdió el equilibrio y cayó encima de la muñeca, generándole una fractura; en el piso siguió recibiendo patadas y puños, David Hernández Beltrán sacó un destornillador de un bolso tipo “canguro” y lo amenazó diciéndole “Voy a darle una puñalada a este hijueputa que me robó la mujer”<sup>2</sup>; se levantó y observó que don Pedro José Ángel – quien tiene problemas de visión – estaba parado en la esquina y vio lo sucedido; conoció al encartado en febrero de 2016, ya que la esposa de él trabajaba como empleada doméstica en su casa; en diciembre de 2016 ella llegó a trabajar con una bolsa de ropa y recibió varias llamadas del procesado diciéndole que era “una puta, tenía mozo y no la quería volver a ver”; le aconsejó que lo denunciara en la Comisaría de Familia y así obró; tiempo después dejó de trabajar con él por los constantes problemas que se presentaban con el enjuiciado; el ataque fue sorpresivo y estaba indefenso; lo operaron cuatro veces y tuvo sesiones de terapia; su incapacidad es permanente porque la mano quedó sin fuerza y el dedo pulgar sin movimiento.

---

<sup>1</sup> Récord: 25:10 a 25:18, sesión de juicio oral de septiembre 9 de 2020, folio 005 - Expediente digital

<sup>2</sup> Récord 26:23 a 26:27 ibidem

En el contrainterrogatorio aseveró que desde el 8 de febrero de 2016 conocía a David Hernández, pues la esposa de él trabajaba como empleada doméstica en su casa; pudo darse cuenta que su agresor fue el encartado - en ningún momento perdió el sentido - y posterior a los hechos acudió a Medicina Legal para la valoración de las heridas.

1.2. Pedro José Ángel dijo conocer a Ramón Oliveros Ayala, pues es su vecino; el 6 de enero de 2017 salió de su casa a la tienda de la esquina de la cuadra y observó que se estaba levantando del suelo; desconoce lo que sucedió, no le prestó ayuda y tampoco vio que tuviera alguna lesión, sí notó como se agarraba el brazo.

En el contrainterrogatorio expresó que no conoce al señor David Hernández Beltrán y lo único que pudo observar fue a Ramón Oliveros levantándose del suelo; y al ser indagado por el juzgador, contestó que Ramón Oliveros Ayala se devolvió a la casa por sus propios medios, alrededor de él no había más personas, no recordó la hora precisa de los hechos, sí que sucedieron en horas de la mañana.

2.- La defensa interrogó a David Hernández Beltrán, quien renunció a su derecho a guardar silencio y relató que el 6 de enero de 2017 se encontraba en el río Sogamoso en un paseo, había visto a Ramón Oliveros, pero no lo conocía ni tenían trato; en varias oportunidades lo citó a la policía y a la Fiscalía, asistiendo a las diferentes citaciones.

En el contrainterrogatorio aseguró conocer a Leticia Chávez porque es la mamá de sus hijos y distinguía a Ramón Oliveros Ayala, pero no tuvieron trato; el 6 de enero de 2017 salió a las 5:00 a.m. para el río Sogamoso, hecho que tenía presente porque acostumbraba ir el 1° y 6 de enero a bañarse en ríos en compañía de amigos y familia; desconocía los hechos juzgados; cuando Leticia trabajó con Ramón Oliveros, ya se habían separado, pues una vez le entregó la ropa en un costal y le dijo que se desaparecía<sup>3</sup>; sabía dónde vivía la víctima.

Al responderle al cognoscente expuso que al río Sogamoso fue en compañía de dos hermanas y un sobrino - en moto -, salieron todos desde el mismo punto, o sea, la Carrera 12 N° 3-87 de Piedecuesta; en el lugar compartieron con una amiga que estaba en Cimitarra y retornaron a las 7:00 de la noche del mismo día.

---

<sup>3</sup> Récord 40:08 audiencia virtual del 22 de abril de 2021 - Expediente digital

3.- El esquema de valoración probatoria que rige en el sistema procesal penal colombiano es el de la sana crítica o persuasión racional; impone al funcionario judicial el deber de abandonar su íntima convicción para adentrarse en la auscultación de la prueba, sin más barrera legal que la del estricto apego a las reglas de la experiencia, los postulados de la lógica, el sentido común y las leyes de la ciencia; adicionalmente, de manera constante la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha coincidido en afirmar que las simples contradicciones o divergencias en las versiones vertidas por determinado testigo no son suficientes para restarle todo el mérito a sus declaraciones, pues el sentenciador goza de la facultad de determinar - conforme a los parámetros de la sana crítica - cuál es verosímil, en todo o en parte; decantó que "...la experiencia enseña que cuando una misma persona rinde varias versiones o cuando varias declaran sobre idéntico asunto es normal que no concuerden en estricto sentido y, más bien, una perfecta coincidencia de todos los datos da lugar a sospechar que han sido preparados o aleccionados. Lo determinante, para restarles fuerza persuasiva, es que las divergencias recaigan sobre aspectos esenciales o fundamentales, no así si se trata de contradicciones meramente accesorias o tangenciales (SP 5 nov. 2008, rad. 30305)..."<sup>4</sup>.

4.- Analizado en conjunto el acervo probatorio recaudado, bajo la óptica de las reglas de la sana crítica, la Colegiatura concluye lo siguiente:

4.1. Se tiene certeza acerca que a Ramón Oliveros Ayala le dictaminaron una incapacidad médico legal definitiva de 75 días, a más de secuelas consistentes en deformidad física que afecta el cuerpo de carácter permanente y perturbación funcional del miembro superior izquierdo por definir la temporalidad.

4.2. No se demostró la estructuración de causal eximente de responsabilidad alguna, ni siquiera se alegó.

4.3. Acerca de la controversia sobre la presencia del encartado en el lugar de los hechos, resulta pertinente resaltar que la víctima manifestó en el juicio oral que a eso de las 8:00 a.m. del 6 de enero de 2017 salió de su casa hacia la tienda y David Hernández Beltrán lo agredió física y verbalmente, le propinó un puño en la cara que lo desestabilizó, cayó sobre su mano y se causó una fractura, situación que de manera general corroboró Pedro José Ángel, ya que adujo no haber observado con precisión lo acontecido, aunque fue

---

<sup>4</sup> SP 8290 de 2017, rad. 42176

conteste al afirmar que vio a Ramon Oliveros Ayala en el piso y se agarraba el brazo cuando se levantó, lo cual coincide con el dictamen médico legal N° GRCOPPF-DRNORIENTE-00371-2017, donde se plasmó que sufrió una equimosis severa infraorbita izquierda sin hemorragia esclerar en miembros superiores, férula que inmoviliza antebrazo izquierdo, hematoma extenso cara interna zona del codo<sup>5</sup>.

4.4. También quedó demostrado que el encartado conocía a Ramón Oliveros Ayala, pues su ex compañera sentimental prestaba servicios domésticos en la casa de la víctima; incluso, en múltiples oportunidades esta última presencié discusiones en donde David Hernández Beltrán le manifestaba a ella que era “una perra y una zorra”; una vez llegó a trabajar con todas sus pertenencias – el afectado y el procesado lo confirmaron – y después culminó el vínculo laboral; además, el propio enjuiciado al rendir sus alegatos finales expresó que vio salir a su ex pareja de una residencia con Ramón Oliveros Ayala<sup>6</sup>, lo cual permite inferir que presumía la existencia de una previa relación extramatrimonial entre ellos y el ánimo de venganza respecto del patrono de su pareja en esa época, a quien sabía dónde ubicarlo.

Así las cosas, carece de solidez probatoria la coartada del enjuiciado, máxime si la defensa se despreocupó por arrimar a las diligencias a alguna o varias de las personas que supuestamente acompañaron al encausado en el río Sogamoso el día de los hechos juzgados e, incluso, en su declaración ni siquiera mencionó los nombres de quienes estuvieron con él, pese a ser familiares; es más, Ramón Oliveros Ayala afirmó que el 6 de enero de 2017 salió de su casa entre las 7:30 y 8:00 de la mañana, muy temprano en la mañana, de lo cual se desprende que bien pudo ejecutar David Hernández Beltrán su acción ilícita en ese interregno y luego viajar, es decir, ambos hechos no se contraponen; claro está, el procesado narró que ese día salió desde las 5:00 a.m. hacia el río Sogamoso, declaración que tiene el velado propósito de justificar su coartada, pretensión que no prospera porque difícil resulta concebir que a la misma hora estuvo en dos sitios diferentes – don de la ubicuidad -, dado que no puede desconocerse la enfática sindicación del lesionado acerca que fue él y no otro individuo el causante de la incapacidad física y graves secuelas en su cuerpo, sin que se haya aludido a otra persona como el agresor.

---

<sup>5</sup> Folio 51 - Expediente digital

<sup>6</sup> Récord 1:10:26 a 1:10:33. Dijo que “yo me separé de esa mujer, y después la vi saliendo de una residencia con ese tipo y no le hice nada, no levanté una mano”

5.- Tal como lo ha pregonado el alto Tribunal en el campo penal, “con ocasión a la crítica frente al valor suasorio del testigo único, sea la oportunidad para precisar, a manera de ilustración, que un sólo deponente de cargo, perfectamente, puede afianzar la certidumbre de una sentencia de condena, pues, conforme a los parámetros del artículo 373 del Código de Procedimiento Penal, lo esencial y determinante es que proporcione credibilidad y certeza en virtud, ineludiblemente, del rigor e imperioso escrutinio de las reglas de la sana crítica<sup>7</sup>. ...Debe indicarse que, nuestro sistema probatorio no guarda correspondencia con los de estirpe tarifada, en los cuales la regla del «testigo único, testigo nulo», admite desestimar el valor persuasivo del declarante singular, de suerte que, ese principio carece de vigor en nuestro régimen de juzgamiento, porque la valoración de los elementos de conocimiento en materia penal se gobierna por la libre y racional apreciación del juez”<sup>8</sup>.

Con fundamento en lo anterior, la prueba practicada demostró que David Hernández Beltrán ejecutó la conducta punible – consciente y voluntariamente -, sin estar amparado por alguna circunstancia eximente de responsabilidad, ya que sorpresivamente dirigió el golpe al rostro de la víctima, ésta perdió el equilibrio y cayó sobre su mano izquierda, hecho que ocasionó la fractura, de tal modo que surgen insuficientes los argumentos planteados por la defensa para absolver a su prohijado, puesto que no existe duda sobre la materialidad del ilícito reprochado y la responsabilidad penal del enjuiciado.

Corolario de lo anterior, al no prosperar las pretensiones de la censura, será ratificado íntegramente el fallo impugnado, por ajustarse a la legalidad.

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

## RESUELVE

**CONFIRMAR** el fallo de origen, fecha y naturaleza reseñados, mediante el cual se condenó a DAVID HERNÁNDEZ BELTRÁN como autor del delito de LESIONES PERSONALES DOLOSAS.

---

<sup>7</sup> Rad. 46165 de 2017

<sup>8</sup> Rad. 48231 de 2017

Contra esta determinación procede el recurso extraordinario de casación.

Esta decisión se notifica en estrados, en forma personal o virtual, según el caso.

Una vez ejecutoriada, devuélvase las diligencias a la oficina de origen.

**Aprobado en acta N° 774 DEL 9 DE AGOSTO DE 2023.**

**CÚMPLASE.-**

**Los Magistrados,**

  
**JUAN CARLOS DIETTES LUNA**  
  
Rama Judicial  
Consejo Superior de la Judicatura  
República de Colombia

  
**HAROLD MANUEL GARZÓN PEÑA**

**AUSENCIA JUSTIFICADA**  
**SHIRLE EUGENIA MERCADO LORA**

**SANDRA JULLIETH CORTÉS SAMACÁ**

**Secretaria**

**Confirma condena**

**A/ David Hernández Beltrán**

**D/ Lesiones personales dolosas**

**Juez 1° Penal Municipal de Piedecuesta Mixto**

REPÚBLICA DE COLOMBIA  
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL  
SALA DE DECISIÓN PENAL

**MAGISTRADO PONENTE: GUILLERMO ÁNGEL RAMÍREZ ESPINOSA**

Bucaramanga, veintinueve (29) de agosto de dos mil veintitrés (2023)  
Discutido y Aprobado virtualmente por Acta No. 845.

**OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO**

Resuelve la Sala el recurso de apelación formulado por la defensa contra la sentencia condenatoria del 19 de julio de 2023, proferida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Barrancabermeja, mediante la cual declaró a **Pablo Antonio Porras Mayorga** penalmente responsable del delito de **fuga de presos**; conforme lo descrito en el artículo 179 del Código de Procedimiento Penal.

**HECHOS**

Fueron consignados por la primera instancia en los siguientes términos<sup>1</sup>:

*«El nueve (09) de marzo del año 2019, aproximadamente a las 20:48 horas, miembros de la Policía Nacional que realizaban labores de patrullaje, registro y control en la comuna 5 de esta ciudad, Cuadrante No.3, en el sector del barrio Santa Ana, más exactamente en la carrera 34A con 50, sector la carrilera, abordan a un ciudadano, quien dijo llamarse **Pablo Antonio Porras Mayorga**, identificado con la cedula de ciudadanía número 91.433.796 de Barrancabermeja, Santander, y al ingresar el nombre al sistema PDA de la Policía Nacional, registró solicitud del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario -INPEC-; ante lo cual manifestó que se encontraba disfrutando del beneficio de prisión domiciliaria en el barrio Santa Ana de esta ciudad. Sin embargo, no presentó documento alguno que acreditara que tenía*

---

<sup>1</sup> Folio 1, archivo No. 64, carpeta de primera instancia, expediente digitalizado.

*permiso para salir de su residencia, motivo por el cual se procedió a su captura y a dejarlo a disposición de la autoridad competente».*

## ACTUACIÓN PROCESAL

El 10 de marzo de 2019<sup>2</sup>, ante el Juzgado Segundo Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Barrancabermeja, se legalizó captura y se formuló imputación contra **Pablo Antonio Porras Manrique**, en calidad de autor a título de dolo del delito de fuga de presos (art. 448 del C.P.), cargo que no fue aceptado.

El 6 de junio siguiente<sup>3</sup>, la fiscalía presentó el escrito de acusación que correspondió por reparto<sup>4</sup> al Juzgado Segundo Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Barrancabermeja, ante quien se adelantó la respectiva diligencia el 5 de enero de 2020<sup>5</sup>, en la que se reafirmó la calificación jurídica enrostrada.

La preparatoria tuvo lugar el 24 de marzo de 2021<sup>6</sup>, mientras el juicio oral se llevó a cabo en sesiones del 25 de mayo<sup>7</sup> y 19 de octubre<sup>8</sup> de 2022, 8 de junio<sup>9</sup> y 19 de julio<sup>10</sup> de 2023, última en la que se emitió sentido de fallo condenatorio, se corrió el traslado del artículo 447 del C. de P.P., y se dio lectura a la sentencia, objeto de recurso de apelación por parte de la defensa.

## SENTENCIA RECURRIDA

Mediante providencia del 19 de julio de 2023<sup>11</sup>, el Juzgado Segundo Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Barrancabermeja, declaró

---

<sup>2</sup> Archivo No. 02, carpeta de primera instancia, expediente digitalizado.

<sup>3</sup> Archivo No. 03, carpeta de primera instancia, expediente digitalizado.

<sup>4</sup> Archivo No. 04, carpeta de primera instancia, expediente digitalizado.

<sup>5</sup> Archivo No. 17, carpeta de primera instancia, expediente digitalizado.

<sup>6</sup> Archivo No. 30, carpeta de primera instancia, expediente digitalizado.

<sup>7</sup> Archivo No. 39, carpeta de primera instancia, expediente digitalizado.

<sup>8</sup> Archivo No. 46, carpeta de primera instancia, expediente digitalizado.

<sup>9</sup> Archivo No. 61, carpeta de primera instancia, expediente digitalizado.

<sup>10</sup> Archivo No. 63, carpeta de primera instancia, expediente digitalizado.

<sup>11</sup> Archivo No. 64, carpeta de primera instancia, expediente digitalizado.

a **Pablo Antonio Porras Mayorga** penalmente responsable del delito de fuga de presos, en calidad de autor a título de dolo, imponiéndole las penas de cuarenta y ocho (48) meses de prisión e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, además de negarle la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria.

Estimó debidamente acreditada la condena por el reato de violencia intrafamiliar, así como la concesión de la prisión domiciliaria que debía cumplir en el barrio San Judas, a pesar de lo cual fue capturado en horas de la noche en el barrio Santa Ana, sitio distante del lugar en el que debía permanecer en cumplimiento de su detención.

Subrayó que el tipo penal bajo estudio se consuma de forma instantánea, desde el momento en que la persona legalmente privada de su libertad franquea la órbita de custodia impuesta por el Estado, sin contar con permiso concedido por autoridad competente o justificación válida para ello, anotando que, el hecho de no portar una valija al momento de su aprehensión, es insuficiente para presumir que la intención del procesado no era la de evadir su sitio de reclusión.

## EL RECURSO

Inconforme con la decisión adoptada, la defensa de **Pablo Antonio Porras Mayorga** apeló<sup>12</sup> con el propósito que se revoque el fallo de instancia, y en su lugar se emita una de carácter absolutorio, acotando que la inconformidad gravita en torno a tres omisiones de la fiscalía, i) no demostró en qué sitio debía permanecer recluido, ii) no acreditó el dolo, que se circunscribe en la intención de fuga, asegurando que el procesado salió con la firme voluntad de retornar al lugar de detención y, iii) la falta de traslado de la sentencia condenatoria a la que hizo alusión la juez unipersonal.

---

<sup>12</sup> Récord 00:51:43 a 00:56:29, audiencia de sentido de fallo y lectura celebrada el 19 de julio de 2023.

Ahondando en este último punto, refirió que no podía enarbolarse la preclusividad de los actos procesales por no haberse puesto de presente en la etapa de descubrimiento probatorio, dado que este elemento no se hallaba enlistado en el escrito de acusación, cuestionando que ello se hubiere dado por hecho y se invocara como fundamento para deducir la existencia de la prisión domiciliaria.

## LA RÉPLICA

La fiscalía<sup>13</sup> anotó que debía mantenerse incólume la decisión proferida por la juez de instancia, debido a que acreditó la responsabilidad penal del encartado, arrimando suficientes elementos suasorios que demostraban la privación de su libertad en el lugar de domicilio, principalmente cuando fue capturado en flagrancia en el sector de la carrilera, aseverando que dio traslado oportuno a la defensa de la sentencia condenatoria donde se impuso la medida sustitutiva.

Adicionalmente, relievó que la contraparte no justificó la presencia del procesado en el sitio de su aprehensión, y aunque se indicara en los alegatos conclusivos que aquel pensaba volver, ello no se corroboró en juicio, pues el acusado no rindió su versión.

## CONSIDERACIONES DE LA SALA

**1. Competencia.** De acuerdo con lo previsto en el numeral 1º del artículo 34 de la Ley 906 de 2004, esta Corporación es competente para resolver el recurso de apelación formulado por la defensa contra la sentencia condenatoria del 19 de julio de 2023, proferida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Barrancabermeja, dentro del proceso que se sigue a **Pablo Antonio Porras Mayorga** por el delito de fuga de presos.

---

<sup>13</sup> Récord 00:56:46 a 01:00:29, audiencia preparatoria celebrada el 17 de febrero de 2022.

Para resolver los cargos formulados, la Sala abordará los siguientes temas: i) el descubrimiento probatorio, ii) los elementos estructurales del delito de fuga de presos, y iii) el caso concreto.

## 2. Del descubrimiento probatorio.

La audiencia preparatoria como escenario previsto para que la fiscalía y la defensa soliciten las pruebas que aducirán en el juicio oral en sustento de sus teorías del caso, está encaminada a evitar que las partes resulten sorprendidas en el escenario público, finalidad que se concreta en el descubrimiento de los elementos materiales probatorios, evidencia física e información legalmente obtenida.

Acto cuyo propósito es que los sujetos procesales conozcan oportunamente cuáles son los elementos sobre los que su contraparte fundará la tesis inculpativa o defensiva, según sea el caso y de ese modo, cada uno pueda elaborar su estrategia a efectos de llevar el conocimiento al juez acerca de su particular hipótesis.

Así, en palabras de la Corte Suprema de Justicia, la finalidad principal del descubrimiento probatorio es que *«las partes conozcan con antelación los elementos materiales probatorios, evidencia física e información legalmente obtenida, para no ser tomada por asalto en el juicio, por la introducción sorpresiva de medios que no han permitido ejercer debidamente el contradictorio»*<sup>14</sup>, por tanto, esta fase busca salvaguardar los principios medulares del Sistema Penal Acusatorio, como los de igualdad, lealtad, defensa, contradicción, objetividad y legalidad (CSJ SCP, AP441-2023).

En ese orden, conforme lo prevé el artículo 356 del estatuto adjetivo, la oportunidad para el descubrimiento probatorio fenece en la audiencia preparatoria, durante la cual las partes enuncian la totalidad de las pruebas

---

<sup>14</sup> CSJ AP, 13 jun. 2012, Rad. 32058.

que harán valer en el juicio oral y público, siendo otros escenarios para ello, la presentación del escrito de acusación, la audiencia de formulación de acusación y de manera excepcional el juicio oral, en el evento que alguna de las partes halle un elemento material probatorio y evidencia física de carácter significativo que deba ser descubierto.

En ese sentido, el órgano de cierre de la justicia penal indicó *«frente al proceso de depuración probatoria que debe seguirse en la audiencia preparatoria, la Sala ha puntualizado que existe la necesidad de agotar las cuatro fases consagradas en la ley: (i) descubrimiento; (ii) enunciación, (iii) estipulación y, (iv) solicitud probatoria, las cuales tienen una secuencia lógica y razonable, debido a que el descubrimiento precede a la enunciación con el fin de evitar sorprender a la parte oponente y a su vez, la enunciación antecede a la estipulación, esencialmente, para conocer qué hechos y circunstancias pueden darse como probados y por ende exceptuados del debate en el juicio.»*<sup>15</sup>

### 3. De la fuga de presos.

El tipo penal reseñado en el artículo 448 del Código Penal, sanciona con pena de prisión de 48 a 108 meses, al que se fuga estando privado de su libertad en centro de reclusión, hospital o domiciliariamente, en virtud de providencia o sentencia debidamente notificada.

Reato que, según el órgano de cierre de la justicia penal, *«se consuma en forma instantánea y produce efectos permanentes a partir del momento en que la persona legalmente privada de la libertad, desconoce la órbita de custodia impuesta por el Estado y resuelve trasladarse hacia cualquier otro lugar sin permiso o autorización expedida por la autoridad competente»* (CSJ SCP, AP, 5 may. 2010, rad. 33915; CSJ SCP AP, 14 mar. 2011, rad. 36030; CSJ SCP, AP, 9 ab. 2014, rad. 43552; CSJ SCP AP, 10 jun. 2015, rad. 46093; CSJ SCP AP1507–2016; CSJ SCP, AP4848-2018, RAD. 50090; CSJ SCP, AP3060-2019, RAD. 57787, entre otras).

---

<sup>15</sup> CSJ SCP, AP4549-2018, octubre 17, rad: 53895.

Así mismo se menciona por este Alto Tribunal, «*El delito de fuga de presos atenta contra el bien jurídico de la eficaz y recta impartición de justicia por afectar la ejecución y cumplimiento de las decisiones judiciales, por ello, se sanciona tanto a quien bajo detención preventiva o cumpliendo condena se evade del lugar de encarcelamiento*» (CSJ SCP, AP, 26 agosto 2009, rad. 26136).

#### 4. Caso concreto

Visto el disenso formulado por la defensa, advierte esta Corporación que el mismo reposa en la falta de evidencia de la condición de privado de la libertad que se predica de **Pablo Antonio Porras Mayorga**, así como la ausencia del elemento subjetivo del tipo imputado, por cuanto, en criterio de la censora, lo primero se entendió acreditado con un elemento de prueba no descubierto a la contraparte, mientras el segundo imponía demostrar un actuar doloso, expresado en la voluntad de sustraerse definitivamente de la reclusión domiciliaria, motivos por los cuales deprecó la absolución de su representado.

De este modo, el asunto que concita la atención de la Sala consiste en establecer si las pruebas legal y válidamente aportadas por la fiscalía logran configurar el reato de fuga de presos, previo a lo cual, deberá resolver el cuestionamiento formulado en torno al descubrimiento de la decisión judicial que fue incorporada y valorada por la instancia para proferir condena.

4.1. Examinado el acápite del escrito de acusación en el que se relacionan los elementos de convicción de naturaleza documental acopiados por el ente de cargo<sup>16</sup>, se advierte que, en efecto, se omitió cualquier mención de la sentencia condenatoria dictada contra el encartado, a la que tampoco se aludió durante su formulación verbal<sup>17</sup>.

---

<sup>16</sup> Archivo No. 03, carpeta de primera instancia, expediente digitalizado.

<sup>17</sup> Récord 00:12:20 a 00:13:27, audiencia de acusación celebrada el 5 de enero de 2020, archivo No. 18.

Inclusive, una vez revisada la grabación de la audiencia preparatoria del 24 de marzo de 2021, se constató que al otorgársele la palabra a la delegada del ente acusador para que procediera a la enunciación probatoria, aquella refirió lo siguiente: *«las pruebas que hará valer la fiscalía son las mismas descubiertas en el escrito de acusación y en la audiencia de formulación de acusación propiamente dicha»*<sup>18</sup>.

No obstante, al realizar las solicitudes probatorias expuso claramente la carga argumentativa que sustentaba aquella pretensión probatoria, indicando lo siguiente: *«la sentencia proferida por el Juzgado Primero Penal del Circuito, proferida el 12 de junio del 2017, la cual fue solicitada directamente por esta delegada de acuerdo al numeral 11, para probar su señoría que, específicamente, a esta persona se le había proferido sentencia condenatoria y específicamente aquí refieren que por la conducta punible de violencia intrafamiliar se condenó a 63 meses de prisión y asimismo señoría se le concede y se le otorga el beneficio de la detención domiciliaria al procesado de acuerdo con lo manifestado en la parte motiva»*<sup>19</sup>.

Pese a lo anterior, es necesario relieves que la defensa no presentó en tal escenario ninguna solicitud encaminada a la inadmisión, exclusión o rechazo de este elemento de convicción<sup>20</sup>, aun cuando se trataba de la fase oportuna para deprecar ante la juez cognoscente, si lo consideraba pertinente, la aplicación de lo dispuesto en el canon 359 del C. de P.P., por omisión del descubrimiento que pregona tardíamente.

En ese entendido, el decreto probatorio e incluso, la incorporación<sup>21</sup> del documento aludido se efectuó sin objeción alguna por el extremo pasivo de la acción penal, quien, contrario a lo manifestado en la alzada, sí tuvo la posibilidad de conocer previo a su aducción en el juicio oral -19 de octubre de 2022-, que la sentencia se incorporaría en sustento de la tesis incriminatoria, pues así lo dio a conocer la fiscalía en la audiencia preparatoria celebrada el

---

<sup>18</sup> Récord 00:08:27 a 00:08:38, audiencia preparatoria celebrada el 24 de marzo de 2021, archivo No. 31.

<sup>19</sup> Récord 00:16:30 a 00:18:11, audiencia preparatoria celebrada el 24 de marzo de 2021, archivo No. 31.

<sup>20</sup> Récord 00:23:10 a 00:23:42, audiencia preparatoria celebrada el 24 de marzo de 2021, archivo No. 31.

<sup>21</sup> Récord 00:34:30 a 00:36:50, audiencia de juicio oral celebrada el 19 de octubre de 2022.

24 de marzo de 2021, además consintió la incorporación del documento en el debate público pues no expresó ningún reparo.

Por ende, no hay motivos para considerar que la prueba no le fue efectivamente descubierta, máxime cuando obra manifestación en contrario del ente persecutor, cuya delegada al momento de su introducción a juicio precisó que componía el ítem No. 11 del escrito de acusación, y como lo ha decantado el órgano de cierre de la justicia penal, el descubrimiento probatorio no es inflexible, de ahí que deba verificarse si la contraparte conoció con suficiente antelación el elemento que se aduce en su contra, lo cual se verifica en este asunto, pues se incorporó más de 18 meses después de haber informado que así lo haría en la respectiva fase procesal.

Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia precisó lo siguiente:

*«No es cierto que la única oportunidad para que la fiscalía descubra las pruebas a ser practicadas en juicio es la audiencia de formulación de acusación, pues según lo ha decantado esta Sala, el descubrimiento probatorio se rige por el criterio de flexibilidad, en tanto, si bien por regla general la oportunidad legalmente establecida para que el fiscal descubra los elementos de conocimiento que pretende convertir en pruebas es la audiencia de formulación de acusación (artículo 344 de la Ley 906 de 2004), también es verdad que esta norma se refiere al inicio de dicho procedimiento, el cual puede continuarse y perfeccionarse en posteriores oportunidades.*

*Al respecto, mediante CSJ SP, 21 feb. 2007. Rad. 25.920, reiterada en CSJ SP, 18 ene. 2017. Rad. 48.216, CSJ AP, 2 dic. 2020. Rad. 58.086, y CSJ AP, 27 ene. 2021, rad 57.103, sobre los momentos en que los sujetos procesales pueden descubrir material probatorio, la Corte indicó:*

*El primero coincide con la presentación por el fiscal del escrito de acusación ante el juez de conocimiento, el cual debe contener, entre otras exigencias, 'el descubrimiento de pruebas' consignado en un anexo. El acusador está en*

*la obligación de entregar copia de dicho escrito al acusado, a su defensor, al Ministerio Público y a las víctimas (artículo 337)“.*

*El segundo se consolida en la audiencia de formulación de acusación, acto en el cual, según el artículo 344, 'se cumplirá lo relacionado con el descubrimiento de la prueba', pues la defensa podrá solicitar al juez de conocimiento que ordene a la fiscalía el descubrimiento de un elemento material probatorio y, a su vez, ésta también podrá 'pedir al juez que ordene a la defensa entregarle copia de los elementos materiales de convicción, de las declaraciones juradas y demás medios probatorios que pretenda hacer valer en el juicio“.*

*El tercer momento se presenta en la audiencia preparatoria, en cuyo desarrollo, según así lo norma el artículo 356, numeral 2, de la Ley 906 de 2004, el juez dispondrá 'que la defensa descubra sus elementos materiales probatorios y evidencia física“.*

*Por último, el inciso final del artículo 344 prevé que, de manera excepcional, también en el juicio oral es posible realizar el descubrimiento probatorio. Ello será posible en el evento en que alguna de las partes encuentre un elemento material probatorio y evidencia física muy significativos [sic] que debería ser descubierto. De ocurrir lo anterior, agrega la norma, lo pondrá en conocimiento del juez, quien, oídas las partes y considerado el perjuicio que podría producirse al derecho de defensa y la integridad del juicio, decidirá si es excepcionalmente admisible o si debe excluirse esa prueba.*

*Así, entonces, como lo ha precisado la jurisprudencia de la Corte, se colige sin dificultad que no existe un único momento para realizar en forma correcta el descubrimiento, ni existe una sola manera de suministrar a la contraparte las evidencias, elementos y medios probatorios. Por el contrario, el procedimiento penal colombiano es relativamente flexible en esa temática, siempre que se garantice la indemnidad del principio de contradicción, que las partes se desempeñen con lealtad y que las decisiones que al respecto adopte el juez, se dirijan a la efectividad del derecho sustancial y al logro de los fines constitucionales del proceso penal» (Negrillas fuera de texto).*

En ese entendido, refulge de forma diáfana que la defensa sí tuvo la opción de plantear la discusión sobre la indebida aducción del medio de convicción en comento, por lo que las aseveraciones realizadas durante los alegatos conclusivos resultan tardías de cara a lo decantado en la diligencia preparatoria, etapa en la que se zanja el debate relacionado con esta temática, a efectos de evitar que la discusión se prologue e interfiera con la audiencia de juicio oral, de manera que al no haber motivo para rechazar el elemento documental aludido, aquel puede ser valorado por la judicatura.

Máxime cuando, se itera, la defensa conocía que la sentencia del 12 de junio de 2017, proferida contra el procesado **Pablo Antonio Porras Mayorga**, sería aducida en su contra desde el 24 de marzo de 2021, lo que evidencia que supo de la pretensión de incorporación más de 1 año y 6 meses antes de que fuera presentada en sustento de la tesis de cargo, momento procesal en el que tampoco se expresó oposición alguna.

4.2. Dilucidado lo anterior, procederá la Sala con el estudio de los reparos formulados sobre la falta de elementos de prueba, que permitan acreditar a cabalidad los elementos del tipo penal de fuga de presos y la responsabilidad penal de **Pablo Antonio Porras Mayorga**.

Para acreditar su teoría del caso, el ente acusador practicó únicamente el testimonio de Fernando Daza, patrullero de la Policía Nacional, quien en sesión del 19 de octubre de 2022, relató que en medio de las labores de patrullaje adelantadas en el barrio Santa Ana, solicitó al acusado un registro, verificando en el PDA sus antecedentes, registraba un reporte positivo del INPEC, según el cual se encontraba en prisión domiciliaria, por lo que se recaudó su cartilla biográfica y, advertida la medida, se procedió a su captura en flagrancia por el ilícito contemplado en el artículo 448 del CP.

Nótese primeramente que la declaración del uniformado y la cartilla biográfica del interno<sup>22</sup>, medios cognoscitivos válidamente ingresados por el órgano de persecución penal, son suficientes para dar cuenta de la privación de la libertad del procesado por parte de autoridad judicial y la evasión a la restricción de movilidad impuesta, a los cuales se aúna la sentencia respecto de la cual se efectuaron las consideraciones precedentes.

En efecto, el patrullero afirmó haber verificado en el PDA los antecedentes del ciudadano y, arrojado un resultado positivo por el sistema, requirió su cartilla biográfica, donde consta la medida de prisión domiciliaria vigente<sup>23</sup>, observándose que el encartado fue condenado a cinco (5) años, tres (3) meses y dieciocho (18) días de prisión, cuya vigilancia correspondió al Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Bucaramanga, acreditándose que tenía la calidad de privado de la libertad en el lugar de residencia, dado que en su contra se profirió una condena debidamente notificada, la cual se encontraba ejecutando para la época de los hechos que concitan la atención.

También concurre a demostrar este tópico la sentencia del 12 de junio de 2017, mediante la cual se le impuso a **Pablo Antonio Porras Mayorga** una pena de 63.6 meses de prisión por el delito de violencia intrafamiliar y en la que se le otorgó la prisión domiciliaria, siendo del caso acotar que no resultaba necesario contar con esta documentación para entender demostrada la medida que pesaba sobre el inculcado, como pareció entenderlo la recurrente, en virtud del principio de libertad probatoria, dada la información consignada en la cartilla biográfica, que daba cuenta de las condiciones en las que se encontraba privado de la libertad el enjuiciado.

Sin embargo, no puede pasar por alto esta Corporación que, erradamente, la juez unipersonal afirmó<sup>24</sup> en su providencia que el sitio de

---

<sup>22</sup> Archivo No. 47, carpeta de primera instancia, expediente digitalizado.

<sup>23</sup> Folio 8, archivo No. 47, carpeta de primera instancia, expediente digitalizado.

<sup>24</sup> Folio 6, archivo No. 64, carpeta de primera instancia, expediente digitalizado.

reclusión del encartado se ubicaba en el barrio San Judas de Barrancabermeja, calle 75 # 34-10, deduciendo a partir de ello el dolo del agente, por tratarse de una zona alejada a la de su captura.

Nótese que, en el acápite de «*información domiciliaria*»<sup>25</sup> de la cartilla ingresada por cuenta de la fiscalía -generada en marzo de 2019, mismo mes en que habrían ocurrido los hechos que aquí se examinan-, es diáfana al indicar que la restricción impuesta a **Porras Mayorga** debe cumplirse en la carrera 34A #50-18 del barrio Santa Ana.

En ese entendido, la aseveración realizada por el testigo durante el interrogatorio directo<sup>26</sup>, indicando que, según la cartilla biográfica del interno, la detención domiciliaria del enjuiciado era en el barrio San Judas, debió ser corroborado por la juez unipersonal acudiendo a los datos consignados en el apartado referente al subrogado penal, lo que desdibuja la construcción indiciaria de la instancia a partir de los aspectos modales, en aras de dar por configurado el dolo.

Descendiendo al estudio de la arista subjetiva de la tipicidad en el asunto de marras, se tiene que la defensa blandió que el juicio de responsabilidad de su prohijado no puede decidirse en su contra, únicamente porque fue hallado en un lugar diferente al de su residencia, donde debía permanecer privado de la libertad por disposición de la autoridad judicial, resaltando que era necesario que el ente acusador demostrara la intención de evadir ilícitamente y de manera definitiva el cumplimiento de la condena.

Argumento con el que concuerda la Sala, conforme lo ha señalado en la sentencia del 8 de febrero de 2021, radicado No. 2019-00656, siendo un deber ineludible de la agencia fiscal acreditar el elemento subjetivo del delito de fuga de presos, es decir, que **Pablo Antonio Porras Mayorga** tenía el

---

<sup>25</sup> Folio 8, archivo No. 47, carpeta de primera instancia, expediente digitalizado.

<sup>26</sup> Récord 00:30:21 a 00:30:35, audiencia de juicio oral del 19 de octubre del 2022, archivo No. 46.

conocimiento que su accionar configuraba aquel tipo penal y que su querer era desarrollar los elementos del mismo, lo que se traduce en el ánimo de evadirse del domicilio dispuesto como lugar de reclusión, pues no se trata simplemente de constatar el abandono para adecuar su comportamiento a la descripción típica del artículo 448 del CP.

Así, es necesario hacer hincapié en que, en tratándose de la prisión domiciliaria, la actitud propia del agente en el punible aludido entraña la necesidad de contar con suficientes elementos, para entender que su infracción a la órbita de custodia tiene el firme propósito de eludir su estatus jurídico de forma definitiva, en el evento contrario su evasión debe ser sometida a consideración del juez vigía a efectos de establecer si es o no procedente revocar la medida, escenario idóneo para finiquitar el asunto a través de sanciones no penales.

Criterio que atiende al principio de mínima intervención, sobre el cual la Corte Suprema de Justicia en providencia SP050-2023, radicado 54437, indicó:

*«[P]ara proteger los intereses sociales, el Estado debe agotar los medios menos lesivos antes de acudir al derecho penal. Al respecto enseña el tratadista Santiago Mir Puig:*

*"Deberá preferirse ante todo la utilización de medios desprovistos del carácter de sanción, como una adecuada Política social. Seguirán a continuación sanciones no penales: así, civiles (por ejemplo: impugnabilidad y nulidad de negocios jurídicos, repetición por enriquecimiento injusto, reparación de daños y perjuicios) y administrativas (multas, sanciones disciplinarias, privación de concesiones, etc.). Sólo cuando ninguno de los medios anteriores sea suficiente, estará legitimado el recurso de la pena o de la medida de seguridad. Pero también el Estado social puede conseguirlo si hace uso de sus numerosas posibilidades de intervención distintas a la prohibición bajo sanción –iTécnica ésta característica del Estado liberal clásico!"<sup>27</sup>*

---

<sup>27</sup> Mir Puig, S., Derecho penal. Parte General, págs. 118 y s.

*Sobre estas premisas básicas deben interpretarse los bienes jurídicos protegidos por el Código Penal, a fin de no vulnerar ese principio elemental de la intervención mínima<sup>28</sup>».*

En el caso concreto el procesado fue encontrado en la vía pública y su registro personal obedeció a un requerimiento de los uniformados, que realizaban labores de patrullaje en el barrio Santa Ana de Barrancabermeja, en desarrollo de los cuales a través del sistema PDA de la Policía Nacional encontraron resultados positivos por parte del INPEC, señalando que debía cumplirla en el mismo vecindario, por lo que no se encontraba en una zona distante a su vivienda, como lo señaló la a-quo.

Ahora, para arribar al estadio de conocimiento exigido por el tipo penal, no necesariamente se requiere el hallazgo de maletas, tiquetes aéreos, pasaporte u otros similares, toda vez que en el actual sistema de procesamiento criminal no existen tarifas probatorias que impongan la demostración de los hechos a través de uno u otro medio suasorio determinado, por el contrario, el dolo como elemento de la tipicidad puede extraerse de las circunstancias modales en que se produjo la aprehensión del encartado.

Sin embargo, es de relevancia que al enjuiciado no se le encontró algún elemento indicativo de que tuviera la intención de abandonar el municipio como maletas o paquetes<sup>29</sup>, antes bien, el deponente de cargo refirió en el curso del contrainterrogatorio que al serle requerido al inculcado su documento de identidad aquel *«estaba ahí sentado sobre los rieles... ahí como en una posición sentado como el que está esperando ahí a que pase el*

---

<sup>28</sup> Cfr. CSJ – SP- 18 dic. 2013, Rad. 34.766; SP2706-2018, 11 jul. 2018. Rad. 48.251; SP4710-2018, 31 oct. 2018, Rad. 48.907; SP083-2019 y 30 ene. 2019. Rad. 51.378; SP 29 abr. 2020, Rad. 46.389, SP3672-2020, 30 Sep. Rad. 57.967 y SP2920-2021, 30 Jun. 2021, Rad. 49.686.

<sup>29</sup> Récord 00:27:03 a 00:27:19, audiencia de juicio oral del 19 de octubre del 2022, archivo No. 46.

*tiempo»*<sup>30</sup>, tampoco se indicó que intentara o haya pretendido evadir a las autoridades policivas o que se hubiere opuesto a su aprehensión.

Es esa lógica, no se otea ninguna circunstancia especial distinta a encontrarse fuera de su residencia, en aras de predicar la concurrencia del elemento volitivo, se itera, en el entendido que el procesado no se encontraba en marcha, no tenía en su poder elementos que permitieran inferir que pretendía cambiar su domicilio u ocultarse de las autoridades en un lugar diferente para evadir el cumplimiento de la pena impuesta, por el contrario, estaba afuera de su residencia dejando pasar el tiempo, según lo advertido por el deponente de cargo.

Se itera, no se trata simplemente de constatar que el acusado abandonó su sitio de privación de la libertad para adecuar su comportamiento en la literalidad de la norma, sosteniendo sin más la estructuración del injusto descrito en el artículo 448 del Código Penal, dado que lo evidenciado en el caso de análisis es la ausencia de prueba respecto de la existencia del elemento subjetivo, relacionado con la presunta fuga, puesto que no se estableció que en **Porras Mayorga** haya existido ánimo de evadirse de su sitio de privación de la libertad, acotando que para absolver no basta con agotar en el componente material del injusto (ausencia de lesividad) sino en el estudio del dolo como presupuesto de la tipicidad.

Observa la Sala que la prueba de cargo no muestra la concurrencia del elemento volitivo del dolo indispensable en el comportamiento desplegado por el procesado, para afirmar su compromiso penal.

Ello, desdibuja la tipicidad subjetiva e imponía a la autoridad dirimir el asunto por vía administrativa, siendo suficiente con acudir al juez de ejecución de penas para poner a su consideración la revocatoria de la prisión domiciliaria, acorde con lo dispuesto en el artículo 477 del estatuto

---

<sup>30</sup> Récord 00:27:23 a 00:27:47, audiencia de juicio oral del 19 de octubre del 2022, archivo No. 46.

procedimental, atendiendo a la naturaleza de última ratio que caracteriza el derecho penal.

Razones por las cuales esta Colegiatura revocará la sentencia proferida el 19 de julio de 2023, por el Juzgado Segundo Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Barrancabermeja, y en su lugar absolverá a **Pablo Antonio Porras Mayorga** del cargo que se le atribuyó como autor del delito de fuga de presos.

En consecuencia, se dispondrá la cancelación de las órdenes o anotaciones que afecten de alguna manera su libertad en relación con este diligenciamiento, así como el levantamiento de cualquier medida cautelar que se la haya impuesto dentro del presente asunto.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BUCARAMANGA (Sder), SALA DE DECISIÓN PENAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

### **RESUELVE**

**Primero.** - Revocar la sentencia proferida el 19 de julio de 2023 por el Juzgado Segundo Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Barrancabermeja, y en su lugar absolver a **Pablo Antonio Porras Mayorga**, identificado con cédula de ciudadanía No. 91.433.796 de Barrancabermeja (Santander), del cargo que se le atribuyó como autor del delito de fuga de presos.

**Segundo.** - Ordenar el levantamiento de cualquier medida cautelar que se la haya impuesto a **Pablo Antonio Porras Mayorga** como consecuencia del presente proceso, así como de cualquier orden o anotación que afecte de alguna manera su libertad por cuenta de este diligenciamiento.

**Tercero.** - Contra la presente providencia procede el recurso extraordinario de Casación, que deberá interponerse y sustentarse en el término de Ley.

**Cuarto.** - Esta decisión se notifica en estrados. Una vez ejecutoriada, devuélvanse las diligencias a la oficina de origen.

Los Magistrados,



**GUILLERMO ÁNGEL RAMÍREZ ESPINOSA**



**SUSANA QUIROZ HERNÁNDEZ**



**PAOLA RAQUEL ÁLVAREZ MEDINA**

Registro de proyecto el 28 de agosto de 2023.



**REPÚBLICA DE COLOMBIA**  
**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BUCARAMANGA**  
**SALA DE DECISIÓN PENAL**

---

Magistrado Ponente:

**Jairo Mauricio Carvajal Beltrán**

Rad. 68001-6000-159-2013-02601-01

Registro proyecto: 3 de agosto de 2023

Aprobado Acta N.º783

Bucaramanga, Once (11) de agosto de dos mil veintitrés (2023)

### **1. Asunto**

Se resuelven los recursos de apelación interpuestos por la agencia fiscal y la defensa técnica, contra la sentencia proferida el 10 de marzo de 2022 por el Juzgado Quinto Penal del Circuito con función de conocimiento de Bucaramanga, mediante la cual condenó a Ángel Miguel López Ayala por los delitos de proxenetismo con menor de edad en concurso heterogéneo con estímulo a la prostitución de menores edad, mientras absolvió a Katherine Alexandra Gallego de los mismos cargos, y a José Aníbal Calderón Vargas del punible de explotación sexual comercial de persona menor de 18 años.

### **2. Hechos**

El 10 de agosto de 2013, siendo las 23:30 horas aproximadamente, agentes del orden, luego de ser informados de la ocurrencia de posibles conductas delictivas, llevaron a cabo diligencia de registro y allanamiento a los establecimientos “Pecos Bill y la Caseta Leidy”, ubicados en la Vereda Los Monos, sector las Palmas del municipio de Piedecuesta, encontrando en el primer negocio, en una habitación que funcionaba como bodega, una pistola 9mm, un proveedor con 9 cartuchos, dos alcancías con \$1.030.000 y \$585.000, respectivamente.

En una segunda habitación que también era usada como bodega, había una bolsa plástica color negro y otra envuelta en cinta, las cuales tenían marihuana; sobre un estante se halló una jarra en cuyo interior había seis bolsas plásticas

pequeñas con sustancia derivada de la cocaína; sobre una pared y al interior de un bolso se encontró una pistola calibre 7.65, pavonada, con un proveedor y 5 cartuchos.

Así mismo, en una de las habitaciones de este establecimiento “Pecos Bill”, los policiales encontraron a José Aníbal Calderón Vargas, quien estaba desnudo junto con la joven de iniciales I.T.O.B de 16 años de edad, y se dio captura a dicho ciudadano por el delito de demanda de explotación sexual con menor de 18 años.

En el establecimiento “La caseta Leidy”, encontraron en un salón que era cocina y dormitorio, un sobre con 37 bolsas pequeñas, en cuyo interior había derivados de la cocaína; escondido debajo del techo, envuelto en papel cuaderno, se hallaron 40 bolas plásticas con cocaína. Por estos hechos se capturó a Elkin Mauricio López, portero del lugar, Ángel Miguel López Ayala, administrador, y a su compañera sentimental Katherine Alexandra Gallego David, responsable del inmueble.

### **3. Antecedentes procesales**

**3.1.** El 12 de agosto de 2013, ante el Juzgado 21 Penal Municipal con función de control de garantías de Bucaramanga, la agencia fiscal, luego de declarar ajustado al ordenamiento jurídico el procedimiento de registro y allanamiento, así como la captura en situación de flagrancia, procedió a formular imputación a los ciudadanos Ángel Miguel López Ayala y Katherine Alexandra Gallego David, por los delitos de proxenetismo con menores de edad en la modalidades de facilitar o participar, en concurso con estímulo a la prostitución de menores edad, en las modalidades de mantener y administrar el establecimiento; también se les imputaron los delitos de tráfico, fabricación o porte estupefacientes, y fabricación, tráfico o porte de armas de fuego o municiones agravado. Estas conductas están tipificadas en los artículos 213A, 217, 376, inciso 3° y 365, numeral 5° del Código Penal, cargos que no fueron aceptados por los procesados, a quienes se les impuso medida de aseguramiento consistente en detención preventiva en centro carcelario<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> El defensor de Ángel Miguel López Ayala apeló la medida de aseguramiento, asunto que confirmó el Juzgado 8° Penal del Circuito con función de conocimiento de la ciudad, el 26 de septiembre de 2013.

En la misma audiencia, se formuló imputación a Elkin Mauricio López por el delito de tráfico, fabricación o porte estupefacientes señalado en el inciso 3° del artículo 376 del C.P, y a José Aníbal Calderón Vargas<sup>2</sup>, por la conducta de demanda de explotación sexual comercial con menor de 18 años, dispuesta en el artículo 217 ibidem, quienes tampoco aceptaron cargos, y se les impuso medida de aseguramiento de detención preventiva en centro carcelario.

**3.3.** La actuación correspondió por reparto al Juzgado 5° Penal del Circuito con función de conocimiento de Bucaramanga, ante el cual, el 17 de marzo de 2014 se celebró la audiencia de formulación de acusación<sup>3</sup>, en la cual el fiscal mantuvo la calificación endilgada, con la particularidad de que al señor Ángel Miguel López Ayala, Katherine Alexandra Gallego David, Elkin Mauricio López y José Aníbal Calderón Vargas, les reconoció la convergencia de la circunstancia de menor punibilidad del numeral 1° del artículo 55 del C.P, y a los primeros tres endilgó la de mayor punibilidad del numeral 10° del artículo 58 ibidem.

**3.4.** La audiencia preparatoria inició el 9 de mayo de 2014, en la cual Ángel Miguel López Ayala anunció que aceptaría los cargos por el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, ordenándose la ruptura de la unidad procesal, frente a dicha conducta. Posteriormente, y por preacuerdo celebrado entre Ángel Miguel López Ayala, Katherine Alexandra Gallego David, y Elkin Mauricio López, aceptaron su responsabilidad penal por el delito tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, y en lo que respecta a los dos primeros procesados, se les adicionó el concurso con el delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego agravado, dictándose sentencia el 29 de enero de 2015<sup>4</sup>.

**3.5.** La audiencia preparatoria continuó el 16 de marzo de 2015, en la cual, el juez de instancia decretó un amplió caudal probatorio. El 24 de abril de 2015 se dio inicio al juicio oral, el que luego de varias sesiones culminó el 24 de noviembre de 2021. Los alegatos conclusivos se llevaron el 17 de febrero de 2022, para posteriormente dictarse el sentido del fallo en audiencia del 10 de marzo de 2022.

---

<sup>2</sup> El 30 de agosto de 2017, se le concedió la libertad condicional en virtud de la Ley 1820 de 2016, en el marco de la Justicia Especial para la Paz, a quien se le generó el radicado ruptura 680016000000201700225, el cual mediante auto del 7 de noviembre de 2018 se volvió a declarar la conexidad con el radicado matriz.

<sup>3</sup> Minuto 21:29 de la audiencia del 17 de marzo de 2017

<sup>4</sup> Bajo el radicado ruptura 68001 6000 000 2014 00166.

#### **4. Sentencia impugnada**

El juez de primera instancia profirió sentencia en la cual condenó al ciudadano Ángel Miguel López Ayala por el delito de proxenetismo con menor de edad en concurso heterogéneo con estímulo a la prostitución de menores, imponiéndole las penas principales de 180 meses de prisión y multa de 69 salarios mínimos legales mensuales vigentes, así como la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por un término similar. Así mismo, le negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria.

De otra parte, absolvió a Katherine Alexandra Gallego David de los delitos de proxenetismo con menor de edad y estímulo a la prostitución de menores, al igual José Aníbal Calderón Vargas de la conducta de demanda de explotación sexual comercial de persona menor de 18 años, y dispuso su libertad inmediata.

#### **5. De los recursos de apelación**

5.1. El defensor de Ángel Miguel López Ayala señaló que, si bien durante el proceso se demostró que su prohijado fungía como el administrador del establecimiento de comercio de lenocinio donde fue encontrada la joven de iniciales I.T.O.B, dicha situación por si sola no bastaba para endilgarle los delitos de proxenetismo con menor de edad en concurso heterogéneo con estímulo a la prostitución de menores, ello, porque tal lugar estaba destinado únicamente para personas mayores edad.

En ese sentido, añadió que en las diligencias no se demostró que Ángel Miguel López Ayala hubiese autorizado, permitido o prestado el lugar para prácticas sexuales con menores de edad, pues la presencia de la joven de iniciales I.T.O.B en una de las habitaciones del lugar no implicaba – per se – que el acusado supiera de su presencia.

5.1.1. A su turno, la agencia fiscal solicitó confirmar la condena impuesta a Ángel Miguel López Ayala, y señaló que, contrario a lo expuesto por la defensa, en el desarrollo de las diligencias logró acreditar, a través del testimonio de Luis Fernando Vera, que el establecimiento comercial prestaba de manera constante servicios sexuales con menores de edad, a quienes incluso les retenían sus pertenencias para que no pudieran abandonar el lugar.

5.1.2. El apoderado de víctimas coadyuvó la solicitud del delegado fiscal sin alguna argumentación adicional.

5.2. Mediante escrito aparte, la delegada fiscal solicitó que se revocara la absolución de Katherine Alexandra Gallego David y José Aníbal Calderón Vargas, la primera, porque contrario a lo expuesto por el juez de instancia, en su calidad de esposa de Ángel Miguel López Ayala, administraba junto a éste el sitio de lenocinio Pecos Bill, con lo que conocía que en el mismo se prestaban servicios sexuales con menores de edad, asunto que fue dicho en el juicio oral por diversos agentes de policía.

Frente a José Aníbal Calderón Vargas, señaló que éste sí conocía que la joven de iniciales I.T.O.B era menor de 18 años, pues los agentes captadores indicaron que tal situación saltaba a la vista, además, que conforme se conoció que operaba el establecimiento de comercio, fue el mismo procesado quien luego de habersele presentado diversas trabajadoras sexuales solicitó los servicios de la adolescente.

## **6. Consideraciones del Tribunal**

### **6.1. Competencia**

De conformidad con el artículo 34, numeral 1°, de la Ley 906 de 2004, esta Sala es competente para conocer de los recursos de apelación contra sentencias penales que profieran jueces del circuito de este Distrito Judicial.

### **6.2. Problemas jurídicos**

Determinar si los medios de prueba practicados e incorporados al juicio oral permiten acreditar con certeza la responsabilidad penal de Ángel Miguel López Ayala y Katherine Alexandra Gallego David, en los delitos de proxenetismo con menor de edad en concurso heterogéneo con estímulo a la prostitución de menores y de José Aníbal Calderón Vargas en la conducta de demanda de explotación sexual comercial de persona menor de 18 años.

**6.3. La responsabilidad penal de Ángel Miguel López Ayala y Katherine Alexandra Gallego David en el delito de estímulo a la prostitución de menores.**

Ángel Miguel López Ayala y Katherine Alexandra Gallego David fueron acusados por el delito de estímulo a la prostitución de menores edad, tipo penal que se trata de aquellos denominados compuestos, pues puede incurrir en el – sujeto indeterminado - quien ejerza uno de los modelos comportamentales señalados en la norma, que en el caso concreto se establecieron en *mantener y administrar* el bien inmueble, en el que se prestaban servicios sexuales con menores de edad.

Respecto a la anterior conducta, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia<sup>5</sup>, en un caso similar al que nos ocupa y en el que se condenó al administrador y propietario de un hotel que se prestaba para el ingreso de menores de edad a ejercer la prostitución, señaló respecto a este tipo penal, lo siguiente, *“El inmueble o establecimiento en el que se ejecuta la conducta relativa a la práctica de actos sexuales en que participen menores de edad, corresponde no de manera exclusiva a aquellos donde funcionen establecimientos de comercio, públicos o abiertos al público, refiere por igual los inmuebles o establecimientos privados, como la residencia o sitio de vivienda particular, fincas de recreo, clubes privados, o cualquier recinto en el que de manera permanente u ocasional se desarrollen actividades de explotación sexual comercial, considerada en el concierto internacional una de las peores formas de trabajo infantil y que la OIT concibe como delito asimilable a la esclavitud y el trabajo forzoso<sup>6</sup>, si se entiende que la prostitución y sus redes se vinculan por lo general a otras actividades ilícitas en las que los niños pueden ser fácilmente victimizados, como el narcotráfico, el tráfico de migrantes o la trata de personas.*

*El tipo penal no exige que la conducta se ejecute con permanencia en un determinado espacio locativo, puede consolidarse en un solo evento, pues lo relevante es que frente al bien jurídico que es objeto de tutela, relacionado con la libertad, integridad y formación sexuales, el legislador pretende sancionar comportamientos afines con la explotación sexual y en este caso el tipo penal constituye una respuesta al empleo de lugares que de manera definida, inequívoca, sean destinados para tal cometido<sup>7</sup>.”*

Por lo anterior, en el plano de la tipicidad, en esta clase de comportamientos se hace necesario que la agencia fiscal demuestre que los acusados mantenían o

<sup>5</sup> SP 2404 (Rad 51624) del 13 de julio de 2022. M.P, José Francisco Acuña Vizcaya

<sup>6</sup> Explotación sexual comercial. Propuestas de trabajo para una atención integral a las personas menores de edad víctimas; Cecilia Claramunt Montero. San José, Costa Rica, Oficina Internacional del Trabajo (2005)

<sup>7</sup> CSJ AP 25 Abr 2018 Rad. 46581

administraban un bien inmueble, en el cual hiciera presencia o se permitiera que jóvenes menores de 18 años ejercieran una actividad sexual comercial a título de prostitución.

A las diligencias se incorporaron como estipulaciones probatorias: i) la minoría de edad de la joven de iniciales I.T.O.B, a través del registro civil de nacimiento; ii) la plena identidad de los acusados, mediante los formatos de individualización, tarjeta decadactilar y los respectivos informes de investigador de laboratorio; iii) la carencia de antecedentes penales de los acusados, mediante oficios de la Policía Nacional; iv) el hecho que la joven I.T.O.B., el 11 de agosto de 2013 fue puesta a disposición de la Comisaría de Familia; y v) la existencia del registro mercantil del establecimiento Wiskeria Bar Pecos Bill Club, de propiedad de Ángel Antonio Monroy Soto.

Al juicio oral compareció Luis Alejandro Orjuela - agente de la SIJIN -, quien manifestó que el 10 de marzo de 2013 recibió denuncia de una fuente humana, con reserva de identidad para ese momento - Nancy Yaneth Zorzano Rodríguez<sup>8</sup> -, quien le indicó que en la Wiskeria Bar Pecos Bill, se prestaban servicios sexuales y que algunas de las mujeres que participaban eran menores de edad.

El mismo testigo señaló que, en virtud de la denuncia, inició labores de vecindario en el lugar y logró identificar a Miguel Ángel López Ayala, Edison López Ayala, Elkin Mauricio López Ayala, Alermis Sánchez Pérez y Geraldine León Pinzón, como las personas que trabajaban o asistían a la Wiskeria Bar Pecos Bill; así mismo, indicó que tomó entrevista al patrullero del cuadrante de la zona Silvano Paipa, y a habitantes del sector, quienes le indicaron la problemática de la venta estupefacientes y prostitución en el establecimiento y en la caseta adjunta de razón social "Leidy", lugares que procedió a fijar fotográficamente – evidencia No 1 -.

Con los elementos probatorios recopilados, el 10 de agosto de 2013 se adelantó registro y allanamiento en los lugares – Evidencia No 2 y 3 -, encontrándose por el patrullero Yeison Alirio Hernández Martínez en la Wiskeria Bar Pecos Bill, en la habitación número 6, ubicada en el segundo piso, a José Aníbal Calderón Vargas desnudo con la joven<sup>9</sup> de iniciales I.T.O.B, quien le indicó a dicho

---

<sup>8</sup> La testigo no hizo presencia al juicio oral.

<sup>9</sup> Minuto 1:56:57 de la audiencia del 6 de mayo de 2015.

patrullero tener 16 años de edad, y que “*se encontraba trabajando*”<sup>10</sup>, para posteriormente mostrarle una copia del carnet del Sisben que denotaba su minoría de edad.

La anterior información suministrada por el investigador Luis Alejandro Orjuela, y posteriormente por el policial Emerson Rivera Gómez, relacionada con que la joven de iniciales I.T.O.B, al momento de ser sorprendida por los agentes del orden, indicó que se encontraba trabajando, la cual resultaba trascendente para la diligencia, no resultó del todo clara.

Con respecto a esa falta de claridad, los policiales Luis Alejandro Orjuela y Emerson Rivera Gómez manifestaron que escucharon a la joven indicarle al agente captor que se encontraba trabajando y que quien realizó esa captura fue el policial Yeison Alirio Hernández Martínez, pero al interrogarse en juicio al agente captor, sobre ese puntual aspecto, indicó que nunca escuchó a la mujer decir tal cosa, como tampoco que le hubiesen pagado alguna suma de dinero por estar en ese lugar<sup>11</sup>.

Así mismo, al comparecer el policial Elkin Elías Sánchez Chaparro, quien fue el que transportó a la adolescente desde el establecimiento donde se realizó el allanamiento a la comisaría de familia, este evocó que I.T.O.B nunca señaló que laborara en el lugar y lo único que le pidió fue que le permitiera llamar a un familiar.

De otro lado, es claro que en las diligencias se acreditó que en la Wiskeria Bar Pecos Bill se prestaban servicios sexuales, pues junto a los relatos de los policiales compareció María Isabel Álvarez Vargas, funcionaria de la Secretaría de Desarrollo Social y Económico de Piedecuesta para ese entonces, quien adujo que en visita al lugar por parte de la entidad, encontraron que para el año 2013 en el mismo habían trabajadoras sexuales, todas mujeres mayores de edad, que no tenían los exámenes médicos pertinentes, lo cual la llevó a no expedir en su momento el permiso sanitario.

Igualmente se demostró que la Wiskeria Bar Pecos Bill se encontraba a cargo del señor Ángel Miguel López Ayala, quien fue la persona que atendió la diligencia de allanamiento y así era reconocido al atender los llamados de las autoridades

---

<sup>10</sup> Minuto 1:13:40 de la audiencia del 6 de mayo de 2015.

<sup>11</sup> Minuto 1:59:58 de la audiencia del 8 de agosto de 2018.

sanitarias y de policía, pues se presentaba como el administrador del lugar, tal y como lo acreditaron Luis Fernando Vereá Quintero y María Isabel Álvarez Vargas.

Así las cosas, en el desarrollo de las diligencias se demostró que: i) la Wiskeria Bar Pecos Bill se encontraba a cargo del señor Ángel Miguel López Ayala y ii) que, en la misma, aparte de la venta de bebidas embriagantes se prestaban servicios sexuales, para lo cual no contaban con los permisos sanitarios respectivos.

Las anteriores situaciones, si bien podrían resultar suficientes para imponer medidas administrativas sancionatorias al lugar, no lo eran para establecer la responsabilidad penal de los acusados en el delito de estímulo a la prostitución de menores, pues, como se dijo, era necesario demostrar que en el lugar se ejerciera o se hubiese permitido en alguna ocasión, actividades sexuales comerciales por parte de menores de 18 años a título de prostitución, asunto que no ocurrió, pues las pruebas practicadas no son determinantes para calificar que la presencia de la menor en una de las habitaciones del lugar sosteniendo relaciones sexuales se debía al trabajo sexual que ella desempeñaba a título oneroso.

Nótese que todos los policiales llevados al juicio oral señalaron que las mujeres que estaban en el primer piso, como trabajadoras sexuales al momento de la diligencia, eran mayores de edad, y que, si bien en el segundo piso había una adolescente, ninguno pudo afirmar que la misma estuviera realizando conductas sexuales a título de prostitución, pues ante dicha pregunta, no sabían si a la adolescente le habían pagado alguna suma de dinero.

En ese aspecto resultó relevante la declaración de Yeison Alirio Hernández Martínez, agente policial, quien sorprendió a la adolescente con José Aníbal Calderón Vargas, ya que manifestó que en la habitación no encontró preservativos, dinero o cualquier elemento que pudiese dar cuenta de que el encuentro se debía a una actividad sexual comercial.

Ahora, si bien Luis Fernando Vera Quintero, inspector de policía de Piedecuesta para la época de los hechos, señaló que en otra oportunidad – diferente a la fecha del allanamiento - encontró a una menor de edad en el lugar e indicó que a su parecer ejercía la prostitución, ante las preguntas de la defensa no logró sostener que la misma se dedicara a tal labor, pues señaló que en esa oportunidad, y como era normal en esa clase de operativos, las personas en el lugar se pusieron nerviosas e intentaron huir del establecimiento, y que la adolescente, a la que hizo

referencia del operativo realizado en el pasado, si bien se escondió, estaba vestida normal, y explicó que su afirmación se debía a que dedujo que se dedicaba a la prostitución porque estaba en ese lugar. En síntesis, lo afirmado por el testigo resultaba insuficiente para acreditar que la joven estuviera en dicho lugar ejerciendo la prostitución en ese sitio.

Ese mismo testigo, Luis Fernando Vera Quintero, señaló que en anteriores oportunidades ya había recibido denuncias por la presencia de adolescentes en el lugar, pero no porque ejercieran la prostitución, sino porque el establecimiento no solo servía como casa lenocinio, sino como distribuidor de bebidas embriagantes, por lo que atraía la asistencia de jóvenes, por lo que la presencia de estos no implicaba necesariamente que ejercieran actividades sexuales comerciales.

Respecto a este puntual testigo, si bien la agencia fiscal en el recurso de alzada señaló que éste adujo que en oportunidades anteriores debió intervenir para que se devolvieran pertenencias a menores de edad, lo cierto es, que dicha situación no fue la que depuso el declarante, pues si bien señaló que atendió esta situación, precisó que fueron dos mujeres mayores de edad las que pidieron su intervención para recuperar sus pertenencias, lo que descarta la trascendencia que quiso darle el apelante a dicho relato.

Luego, con respecto a la testigo María Isabel Álvarez Vargas, funcionaria en su momento de la secretaria de Desarrollo Social y Económico de Piedecuesta, indicó que en las labores que ejerció sobre el establecimiento comercial nunca encontró adolescentes en tal labor, pues quienes estaban ejerciendo como trabajadoras sexuales eran todas mayores de edad.

Situación similar adujo el policial Silvano Paipa Rodríguez, quien era el encargado del cuadrante donde estaba el establecimiento Pecos Bill, pues al ser cuestionado sobre este puntual aspecto – adolescentes ejerciendo la prostitución –, señaló que en las diversas ocasiones que realizó registros de rutina en el lugar, en los que revisaba todas las habitaciones, nunca encontró menores de edad ejerciendo trabajo sexual.

Siendo así, se advierte que el juzgador de instancia partió de una premisa que no tenía soporte probatorio alguno, esto es, que por la presencia de la adolescente de iniciales I.T.O.B en la Wiskeria Bar Pecos Bill, significaba que ella

estaba ejerciendo actividades sexuales comerciales a título de prostitución, cuando dicha hipótesis nunca fue corroborada por ningún testigo, y mucho menos por la misma joven.

De hecho, en la entrevista que rindiera I.T.O.B ante la agencia fiscal – que se incorporó como prueba de referencia –, ante las preguntas del funcionario, ésta manifestó que conocía a José Aníbal Calderón Vargas porque era su pareja, y al ser indagada por si ejercía la prostitución contestó de manera negativa.

En situación similar, al preguntársele a la funcionaria Jenny Roció Utrera Santander, trabajadora social de la comisaria de familia que atendió a I.T.O.B el día de los hechos, tampoco dio cuenta de que la joven se dedicara a la prostitución y mucho menos que estuviera en Pecos Bill ejerciendo tal labor.

Ahora, si bien la agencia fiscal en sus alegatos indicó que la versión de la joven I.T.O.B. en la entrevista resultaba falaz, en tanto la misma no logró dar detalles de José Aníbal Calderón Vargas, propios de una relación de noviazgo, de aceptarse que ello fuere cierto – que no fueran novios – tal falencia no implicaba que la adolescente ejerciera la prostitución, y que fuera esta razón y no otra la que la llevó al encuentro íntimo con dicho hombre.

Es de recordar, que la responsabilidad penal se encuentra supeditada al grado de certeza sobre la ocurrencia de un hecho, el cual implica que no se podrá dictar una sentencia condenatoria bajo supuestos de hecho que no estén demostrados dentro del proceso, luego, mal podía el juez de instancia partir de una premisa – ejercicio de la prostitución – que no tenía soporte probatorio y que resultaba en todo caso especulativa.

En ese orden, si nunca se conoció que en realidad la adolescente de iniciales I.T.O.B. se encontraba ejerciendo la prostitución, no podía predicarse condena alguna contra Ángel Miguel López Ayala, y mucho menos frente a Katherine Alexandra Gallego David, de quien tampoco se supo que tuviese una razón diferente para estar en el lugar del allanamiento, a su relación sentimental con el procesado.

En efecto, frente a Katherine Alexandra Gallego David, ninguno de los testigos que realizó visitas al lugar, como es el caso de Luis Alejandro Orjuela, Luis

Fernando Vera Quintero y María Isabel Álvarez Vargas, señalaron que dicha ciudadana fungiera en alguna calidad con respecto a la Wiskeria Bar Pecos Bill, pues los tres, desde sus diversas funciones públicas, señalaron como único administrador y cuidador del lugar al señor Ángel Miguel López Ayala.

Por lo anterior, con respecto a Katherine Alexandra Gallego David no se logró acreditar su relación con el inmueble, como administradora o cuidadora, pues ninguno de los medios arrimados a las diligencias señaló que ésta obrara en dicha calidad.

Entonces, al no demostrarse la estructura típica se revocará la condena impuesta a Ángel Miguel López Ayala por el delito de estímulo a la prostitución de menores, y en su lugar se le absolverá del mismo.

#### **6.4. La responsabilidad penal de Ángel Miguel López Ayala y Katherine Alexandra Gallego David en el delito de proxenetismo.**

A los acusados Ángel Miguel López Ayala y Katherine Alexandra Gallego David, la agencia fiscal les endilgó el delito de proxenetismo con menor de edad descrito en el artículo 213-A del Código Penal, que señala *“El que con ánimo de lucro para sí o para un tercero o para satisfacer los deseos sexuales de otro, organice, facilite o participe de cualquier forma en el comercio carnal o la explotación sexual de otra persona menor de 18 años”*.

Frente a esta conducta, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia<sup>12</sup> ha señalado que con este tipo penal:

*“...se proscribe y castiga a quien, con ánimo de lucro propio o de un tercero o con el propósito de satisfacer las pretensiones lujuriosas de otro(s), organiza, facilita o participa del comercio o de la explotación sexual de una persona menor de 18 años, al margen de que se consumen las prácticas sexuales con ella, porque se trata de un tipo de mera conducta que no exige la realización de un resultado concreto o específico.*

*La consagración de los verbos alternativos -organizar, facilitar o participar-, habilita reprimir acciones que involucren cualquier clase de atentado a la sexualidad de los menores de 18 años, ya sea la realización de conductas constitutivas de acceso carnal o de actos sexuales diversos, por variados medios o con el uso de*

---

<sup>12</sup> SP 164 (Rad 53259) del 3 de mayo de 2023. M.P., Hugo Quintero Bernate.

*indistintos instrumentos en tales prácticas, con los enunciados propósitos de provecho o beneficio propio o ajeno, o de satisfacción lasciva.*

*Igualmente, es un delito de peligro que propende por anticipar la protección del bien jurídico de la libertad, integridad y formación sexuales de que son titulares los menores de edad, sin que para ello se requiera la consecución del fin de lucro o la satisfacción lujuriosa que impulsa al sujeto agente a obrar.”*

En ese sentido, el delito de proxenetismo se consuma cuando el sujeto activo de la conducta de alguna manera organiza, facilita, participa o presta colaboración para que se realicen prácticas sexuales con menores de 18 años, al margen que la misma se consume o se obtenga el fin de lucro que inicialmente tenía previsto, todo en el marco del comercio o la explotación sexual, pues de lo contrario la conducta sería atípica.

Al respecto, tal y como se indicó en párrafos anteriores, el juez de primera instancia partió de una premisa que en el desarrollo del juicio oral no se demostró, la cual consistió en que la joven de iniciales I.T.O.B se encontraba en el establecimiento Wiskeria Bar Pecos Bill ejerciendo una actividad comercial ligada a la prestación de servicios sexuales, con lo cual desprendió la responsabilidad penal de su administrador Ángel Miguel López Ayala en el delito proxenetismo.

En ese sentido, contrario a lo valorado por el juez de instancia, ninguno de los medios acopiados en las diligencias pudo dar cuenta de que Ángel Miguel López Ayala, y mucho menos su esposa Katherine Alexandra Gallego David, de alguna manera permitieran la práctica sexual con menores de 18 años en el marco de una actividad comercial, instrumentalizando a jóvenes como objeto de transacciones y mucho menos teniéndolas bajo explotación sexual.

De hecho, ninguno de los agentes llevados al juicio oral pudo señalar que Ángel Miguel López Ayala o Katherine Alexandra Gallego David ofrecieran servicios sexuales con menores de edad, pues contrario a ello, Silvano Paipa Rodríguez, Luis Fernando Vera Quintero y María Isabel Álvarez Vargas, indicaron que, si bien en el lugar Wiskeria Bar Pecos Bill se ejercía la prostitución, todas las mujeres que participaban de este negocio eran mayores de edad.

Resultó trascendente el relato de Silvano Paipa Rodríguez, quien como agente de la zona donde operaba la Wiskeria, no pudo dar cuenta de que en el

mismo se ofrecieran encuentros con menores de edad, situación que en igual sentido repitió María Isabel Álvarez Vargas desde su función administrativa.

En el sentido que se viene analizando, de los elementos acopiados, contrario a lo pretendido por el ente fiscal, no se conoció que Ángel Miguel López Ayala o Katherine Alexandra Gallego David organizaran encuentros con menores de edad, y mucho menos se supo cómo operaban, cuál era su modelo de negocio criminal, y si recibían pago por tales eventos, pues si bien la agencia fiscal en su recurso señaló que los mismos presentaban mujeres en el establecimiento, entre ellas menores de edad, tal teoría no fue demostrada en las diligencias.

Por lo anterior, si en el trámite no se demostraron los elementos estructurales del tipo penal, esto es, que Ángel Miguel López Ayala o Katherine Alexandra Gallego David ejecutaran acciones en el marco del comercio sexual o la explotación de menores de edad, se revocará la decisión de primera instancia, y en su lugar se absolverá a Ángel Miguel López Ayala del delito de proxenetismo.

#### **6.5. La responsabilidad penal de José Aníbal Calderón Vargas en la conducta de demanda de explotación sexual comercial de persona menor de 18 años.**

El artículo 217 A de la Ley 599 de 2000, indica *“El que directamente o a través de tercera persona, solicite o demande realizar acceso carnal o actos sexuales con persona menor de 18 años, mediante pago o promesa de pago en dinero, especie o retribución de cualquier naturaleza, incurrirá por este sólo hecho, en pena de prisión de catorce (14) a veinticinco (25) años.”*

Frente a este tipo penal, mediante providencia SP5492 (Rad 49156) del 12 de diciembre de 2019, la Corte Suprema de Justicia determinó que, cualquier propuesta libidinosa efectuada a niños o niñas menores de catorce años, será merecedora de reproche penal. Cuando la conducta recae sobre mayores de catorce años y menores de dieciocho años— como en el presente caso— señaló la Corte que no en todos los eventos la conducta merecía la puesta en marcha del sistema penal, pues, a partir de dicha edad, para el legislador se presumía una capacidad moderada de interactuar en el ámbito sexual, de allí que los jóvenes pudiesen disponer de la posibilidad de aceptar o no las propuestas libidinosas,

siempre y cuando las mismas se propusieran en un escenario de igualdad y lejos de abuso o coerción.

En ese sentido, se afirmó que, dentro del estudio de la estructura del delito señalado en el artículo 217 A del Código Penal, se debía considerar lo siguiente:

*“a. La efectiva vulneración del bien jurídico protegido con el artículo 217 A del Código Penal requiere de un trasfondo de explotación sexual.*

*b. Para tal efecto, es necesario establecer que la conducta del agente sea la de un cliente que solicita o pretende servicios de prostitución, ya sea, directamente, al menor de edad o, indirectamente, a través de un tercero. Tal aserto puede derivarse de la percepción razonable de una acción incuestionable del acusado o de un análisis lógico de la situación. Basta demostrar que el agente conocía que su comportamiento se ejecutó bajo un marco de explotación sexual.*

*c. Si la oferta libidinosa de remuneración dirigida a una persona entre catorce y dieciocho se realiza dentro de un entorno ajeno al referido, la acción será atípica por falta de vulneración del bien jurídico. Lo importante, en cualquier caso, es que la cobertura del precepto 217 A no reprima actos de la vida cotidiana, ni comportamientos que repercutan únicamente en la intimidad o que sean manifestaciones del libre desarrollo de la personalidad, siempre que no se ejecuten dentro de un ambiente de desigualdad o abuso, pues, en ese caso, eventualmente, se podría tipificar otra de las conductas punibles consignadas en el Título IV de la Ley 599 de 2000 –verbi gratia, acoso sexual–.”<sup>13</sup> Resaltado por la Sala.*

De acuerdo con lo anterior, resulta claro que no cualquier propuesta libidinosa efectuada a mayores de catorce años tiene la connotación de un hecho delictivo, como podría pensarse de una lectura desprevenida del artículo 217 A de la Ley 599 de 2000, sino que esta debe tener un contexto de explotación sexual para que merezca el reproche punitivo, pues de lo contrario se sancionarían aspectos de la vida cotidiana y de la esfera íntima y personal, asunto que se encuentra proscrito atendiendo el principio de intervención mínima del derecho penal y de *ultima ratio*.

De los elementos recopilados en las diligencias, se tiene que José Aníbal Calderón Vargas fue detenido y puesto a disposición de las autoridades, luego de

---

<sup>13</sup> CSJ SP5492 (Rad 49156) del 12 de diciembre de 2019

ser descubierto por el agente de la policía Yeison Alirio Hernández Martínez, cuando se encontraba en una de las habitaciones del lugar conocido como Pecos Bill, en compañía de la joven de iniciales I.T.O.B., de 16 años de edad y se disponía a tener un encuentro sexual con ella.

Para endilgarle la conducta, la agencia fiscal señaló que esta se debía a que el mismo solicitó los servicios de la adolescente I.T.O.B, a quien eligió luego que se le presentaran las diversas trabajadoras sexuales.

Al respecto, tal y como se explicó en párrafos anteriores, ninguno de los medios de convicción arrimados al juicio permite establecer que la adolescente I.T.O.B, estuviera en el establecimiento Pecos Bill ejerciendo actividades sexuales comerciales a título de prostitución, y mucho menos que José Aníbal Calderón Vargas le solicitara o escogiera para prestar dichos servicios o favores sexuales.

Al ser analizado lo dicho por cada uno de los testigos que desfilaron por el juicio oral, ninguno señaló cómo operaba el establecimiento Pecos Bill, y si en realidad, la elección de la trabajadora sexual se hacía luego de una presentación de cada una de ellas, y que el segundo piso únicamente fuera de uso de las acompañantes del lugar, conclusiones que fueron propias del ente acusador y que no corresponde con lo revelado en el juicio.

Contrario a la tesis de la fiscalía, todos los policiales fueron consistentes en señalar que no les constaba la labor que ejercía la adolescente I.T.O.B, pues si bien creían que podía ser la prostitución, por el lugar donde fue encontrada, tal situación no la podían indicar con certeza. En ese sentido, Yeison Alirio Hernández Martínez, agente captor, manifestó que en la habitación no encontró preservativos, dinero o cualquier otro elemento que pudiese dar cuenta de que el encuentro se debía a una actividad comercial, además que no escuchó a la joven señalar que se dedicara a dicha actividad.

En las diligencias tampoco se conoció que José Aníbal Calderón Vargas le hubiese pagado, cancelado o prometido a la adolescente I.T.O.B., suma de dinero para que compartieran un encuentro sexual en una de las habitaciones del segundo piso. Tampoco se informó por los testigos que las habitaciones del segundo piso, únicamente podían ser utilizadas por trabajadoras sexuales, pues según lo expuesto

por el policial Jairo Alonso Ayala Rodríguez, estas habitaciones servían como residencia para los clientes, sin distinción a que ingresaran acompañados con mujeres del lugar u otras ajenas.

De forma acertada, el juez de instancia, frente a este puntual tópico, concluyó que no fue demostrado que el acusado hubiese solicitado los servicios sexuales de una menor de edad, bajo una promesa remuneratoria, por el solo hecho de encontrarse en una habitación con ella.

Ahora, si se aceptara que el procesado señaló que estaba en el lugar tomando los servicios, como lo sugiere la fiscalía, dicha manifestación por sí sola no es suficiente para deducir que esos servicios se referían al pago por relaciones sexuales, y no por algún otro servicio, como podía ser por el uso de las habitaciones, que funcionaban como residencia y que no eran de uso exclusivo de las acompañantes.

Las pruebas practicadas en esta oportunidad no permiten concluir indefectiblemente que José Aníbal Calderón Vargas se encontraba en la habitación del lugar con la adolescente I.T.O.B. por el pago de una suma de dinero, pues tal situación resultó desconocida, y ninguna de las pruebas corrobora tal conclusión, como bien lo dedujo el juzgado.

Así las cosas, con los elementos llevados al juicio oral no se logró demostrar que José Aníbal Calderón Vargas estuviera en el bar “Pecos Bill” solicitando los servicios sexuales de una menor de 18 años, y mucho menos que esto lo realizó bajo una promesa remuneratoria, situación que no se podía deducir automáticamente de su presencia en el lugar, por lo que se debe confirmar la absolución en el delito de demanda de explotación sexual comercial de persona menor de 18 años.

En conclusión, el acervo probatorio abre campo a una hipótesis alternativa plausible, es decir, que la joven ITOB no estuviera siendo objeto de explotación sexual, sino que ella ingresó por cuenta propia y sin contraprestación al establecimiento para sostener encuentro íntimo con un adulto, lo cual genera un estado de duda razonable que impone la absolución de todos los acusados.

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

**Resuelve:**

**Primero.** Revocar parcialmente la sentencia proferida el 10 de marzo de 2022 por el Juzgado Quinto Penal del Circuito con función de conocimiento de Bucaramanga, en el sentido de absolver al ciudadano Ángel Miguel López Ayala por los delitos de proxenetismo con menor de edad y estímulo a la prostitución de menores edad. En lo demás se mantiene incólume.

**Segundo.** Ordenar la libertad inmediata de dicho ciudadano, en el entendido que ya hubiese sido puesto a disposición de este asunto para cumplir la condena que le había sido dispensada por la primera instancia, siempre y cuando no sea requerido por otra autoridad judicial.

**Tercero.** Contra la presente providencia procede el recurso extraordinario de Casación.

Notifíquese en estrados y cúmplase.

Los Magistrados,

  
**Jairo Mauricio Carvajal Beltrán**

  
**Juan Carlos Diettes Luna**  
Salvamento de voto parcial  
Rama Judicial  
República de Colombia

  
**Harold Manuel Garzón Peña**

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL**

**SALA PENAL**

**Magistrado Ponente: DR. JUAN CARLOS DIETTES LUNA**

**Radicación N° 68-001-60-00-258-2012-01808-01 / 90944 - 1551**

**Bucaramanga, agosto veintidós (22) de dos mil veintitrés (2023)**

**A S U N T O**

Resolver el recurso de apelación interpuesto por la defensa de LUIS ALBERTO HERRERA OSORIO contra la sentencia mediante la cual la Juez Séptimo Penal Municipal de Bucaramanga con funciones de conocimiento lo condenó como autor del delito de VIOLENCIA INTRAFAMILIAR AGRAVADA EN CONCURSO HOMOGÉNEO.

**A C O N T E C E R D E L I C T I V O**

El 29 de septiembre de 2012 Nelly Díaz Sanguino denunció a Luis Alberto Herrera Osorio – con quien sostenía una unión marital de hecho – por un incidente ocurrido el anterior 23 de septiembre en una feria en el estadio, pues le propinó una patada en la espalda y la agredió, hizo el reclamo y acudieron unos agentes policiales que los retiraron de ese lugar; ante lo sucedido, Nelly Díaz Sanguino se apartó unas horas de su pareja y optó por realizarse unos controles médicos, pero al llegar a la casa encontró varias cosas destruidas.

El 19 de agosto de 2014 Nelly Díaz Sanguino manifestó que el anterior 16 de agosto fue nuevamente agredida físicamente por su compañero, quien le colocó un cuchillo caliente y la golpeó en diferentes partes del cuerpo, ocasionándole escoriaciones lineales en caras internas de ambos senos y una equimosis proximal del antebrazo derecho, por lo cual le dictaminaron una incapacidad médico legal de 12 días y secuelas por determinar<sup>1</sup>.

El 14 de julio de 2015 refirió que el pasado 11 de julio Luis Alberto Herrera Osorio estaba alicorado en la residencia donde convivían, utilizó palabras soeces en su contra y partió varios utensilios de la cocina, le reclamó, provocó que el comportamiento de su pareja empeorara y sus insultos se acrecentaran; al día siguiente ella le reclamó por los daños ocasionados y aquel la agredió, pegándole una patada en las piernas.

La víctima envió al abonado telefónico de Luis Alberto Herrera Osorio una foto de la medida de protección, le pidió vender el apartamento y accedió; no obstante, al arribar a su casa al mediodía la encontró arruinada y se habían llevado varios electrodomésticos; le reclamó a su pareja por lo acaecido y le respondió que la Comisaría de Familia le autorizó sacar dichos muebles.

El 24 de julio de 2015 Nelly Díaz Sanguino llegó a su domicilio, encontró el apartamento con llave, le pidió auxilio a su vecina, Luis Alberto Herrera Osorio abrió la reja y empezó a insultarla; ella le pidió que dejara de hacerlo y le enseñó la medida de protección, aquel salió corriendo hacia la cocina y le dijo que se iba a cortar por su culpa.

El 21 de agosto de 2015 Luis Alberto Herrera Osorio fue capturado por la policía cuando intentaba retirar sus objetos personales del inmueble, ya que Nelly Díaz Sanguino enseñó la medida de protección y le manifestó a los agentes que Luis Alberto Herrera Osorio minutos antes se había presentado en el apartamento, existían maltratos físicos y le dictaminaron una incapacidad de 6 días, sin secuelas

---

<sup>1</sup> Informe pericial de clínica forense N° GRCOPPF-DRNORIENTE-12205-2014 de agosto 25 de 2014, elaborado por Ana Elvira Aguilera Norato – F. 24 - “Archivo Luis Alberto Herrera Parte uno”

medico legales<sup>2</sup>, aunque dicha captura se declaró ilegal por el Juzgado Segundo Penal Municipal de Bucaramanga con funciones de control de garantías.

## **DE LA ACTUACIÓN PROCESAL**

Ante el Juez Catorce Penal Municipal de la ciudad con funciones de control de garantías, el 19 de septiembre de 2016 la agencia fiscal imputó a Luis Alberto Herrera Osorio la presunta comisión del delito de violencia intrafamiliar agravada en concurso homogéneo y sucesivo – artículos 31 y 229 inciso 2º del Código Penal, modificado el último por la Ley 1142 de 2007 –, cargos no aceptados por el encartado.

Una vez presentado el correspondiente escrito, el Juez Séptimo Penal Municipal de la ciudad avocó conocimiento y convocó la correspondiente audiencia, al interior de la cual se formuló acusación por el ilícito atrás reseñado; en la audiencia preparatoria decretó el acervo probatorio; realizó el juicio oral en varias sesiones y al final anunció que el fallo sería condenatorio; celebró la diligencia prevista en el artículo 447 del C.P.P. y dio lectura a la sentencia.

## **DEL FALLO DE PRIMERA INSTANCIA**

Al considerar reunidas las exigencias contempladas en el artículo 381 de la Ley 906 de 2004, el 24 de febrero de 2020 la a quo condenó a Luis Alberto Herrera Osorio a la pena de 84 meses de prisión e inhabilidad para ejercer derechos y funciones públicas por igual lapso, como autor del punible de violencia intrafamiliar agravada en concurso homogéneo, a la par que le negó la suspensión de la ejecución de la pena privativa de la libertad y la prisión domiciliaria, por lo cual dispuso su captura, aún no materializada, pues al revisar el SISIEPEC no figura privado de la libertad.

---

<sup>2</sup> Informe pericial de clínica forense N° GRCOPPF-DRNORIENTE-11145-2015 de agosto 21 de 2015, elaborado por Mario Rondón Vesga – F. 22 y 23 - “Archivo Luis Alberto Herrera Parte uno”

Adujo que el procesado y la víctima conformaron una unión marital de hecho; lo relatado por la ofendida encontró respaldo probatorio en los dictámenes de Medicina Legal del 21 de agosto de 2015 – incapacidad de 6 días – y del 25 de agosto de 2014 – incapacidad de 12 días -; el policial Jhon Jairo Cordero Salcedo se refirió al evento acaecido el 21 de agosto de 2015, pues al acompañar al procesado a su domicilio, encontraron en el apartamento a la víctima, quien se mostró nerviosa y alterada, a la par que puso de presente el amparo policivo a su favor; Sandra Macías Sanguino y Bleidy Yarith Oliveros Macías confirmaron las agresiones verbales y físicas que le causaba el encausado a la ofendida; la psicóloga del CTI María Margarita Gómez Cifuentes concluyó que la víctima sufría un daño emocional, producto de los maltratos causados por el enjuiciado, quien pretendió evadir su responsabilidad penal señalando que la relación era pasajera, pese a que se quedaba en su apartamento, le compró un inmueble y tenían convivencia permanente, al punto que él mismo manifestó haber acudido a la ayuda policial para retirar sus objetos personales de ese inmueble; Albert Giovanni Zambrano Ruiz refirió que en el informe ejecutivo de actos urgentes del 21 de junio de 2015 plasmó que la esposa del encartado era Lesly Marcela Herrera y Nelly Diaz Sanguino era la compañera permanente; la agravante se configuró por ser la afectada una persona indefensa, vulnerable y dependiente económicamente de Luis Herrera Osorio, quien la humillaba y golpeaba al interior de la unidad doméstica existente, sin que hubiera duda razonable al respecto.

Al dosificar la sanción expuso que la pena oscilaba de 72 a 168 meses de prisión, ante la ausencia de circunstancias de mayor punibilidad partió del linde mínimo del primer cuarto – 72 meses - y aumentó ese monto en 12 meses por el concurso homogéneo, al tratarse de cinco conductas de violencia intrafamiliar agravada, para el total de 84 meses de prisión.

## **DE LA IMPUGNACIÓN**

Inconforme con la sentencia, la defensa la apeló con el objeto que sea revocada, al no demostrarse que su prohijado y la afectada convivieran, situación que descartaba de plano la estructuración del punible endilgado.

## DE LOS NO RECURRENTES

La agencia fiscal y el apoderado de la víctima pidieron confirmar la determinación adoptada, pues se probó la existencia de una comunidad doméstica de carácter permanente, cotidiana y con la finalidad común de tener una familia.

## CONSIDERACIONES DE LA SALA

La censura demanda revocar el fallo condenatorio y, en su lugar, absolver a Luis Alberto Herrera Osorio por el delito de violencia intrafamiliar agravada, dado que no se demostró la convivencia necesaria para configurar el reato de violencia intrafamiliar agravada, aspecto sobre el cual la Colegiatura estima lo siguiente:

1.- El artículo 229 de la Ley 599 de 2000 sanciona todo acto de maltrato – físico o psicológico - que recaiga sobre un integrante del núcleo familiar del agresor, sin hacer distinción en cuanto a su gravedad; en ese contexto, el delito de violencia intrafamiliar comprende todo daño físico o psíquico, trato cruel, intimidatorio o degradante, amenaza, agravio, ofensa o cualquier otra forma de agresión, producida entre miembros de una familia; el alto Tribunal en el campo penal también ha decantado que

“...Dogmáticamente en el delito de violencia intrafamiliar la noción de núcleo familiar resulta de obligatoria constatación en el ámbito de la tipicidad, pero a su vez, en sede de la categoría de la antijuridicidad, corresponderá verificar si el maltrato físico o psicológico tuvo entidad suficiente para lesionar el bien jurídico de la armonía y unidad familiar. Si la agresión no ocurre entre miembros del mismo núcleo, la conducta podrá ser típica de lesiones personales, pero no de violencia intrafamiliar. Si tiene lugar entre integrantes del núcleo familiar pero carece de importancia para causar afrenta al bien jurídico objeto de protección, la conducta será típica de violencia intrafamiliar, pero no antijurídica ...”<sup>3</sup>

---

<sup>3</sup> SP 8064 de 2017, rad. 48047

En otra providencia precisó que

“...Acerca de la realización de una acción de maltrato físico o psicológico, la Sala, en el fallo CSJ SP14151, 5 oct. 2016, rad. 45647, precisó que este podría darse en un solo acto, aspecto que deberá valorar el juez para cada evento en concreto. En palabras de la Corte: [C]onforme a la definición típica del delito de violencia intrafamiliar, no se precisa de un comportamiento reiterado y prolongado en el tiempo del agresor sobre su víctima, pues bien puede ocurrir que se trate de un suceso único, siempre que tenga suficiente trascendencia como para lesionar de manera cierta el bien jurídico de la unidad y armonía familiar, circunstancia que debe ser ponderada en cada asunto. Lo anterior a su vez significa que el tipo en la violencia intrafamiliar también podría configurarse mediante una suma de varios actos (es decir, una conducta compleja), en tanto ello tampoco sería extraño al contenido del término "maltrato". De hecho, en las acciones atinentes al daño psicológico (y no tanto en las de daño físico), es más fácil concebir una concurrencia o reiteración de actos, para efectos de predicar la perpetración del tipo, que la ejecución de aquel en un único evento. Por ejemplo, en el citado fallo CSJ SP14151, 5 oct. 2016, rad. 45647, el caso no solo consistió en la agresión física que un día el sujeto activo realizó sobre su pareja (violencia física de un solo acto), sino también en el trato verbal que de manera frecuente repetía en la víctima, «tildándola de loca, estúpida, ignorante, mitómana y ridícula» (violencia psicológica a través de diversos actos)...”<sup>4</sup>

Concluyó que

“...Para los comportamientos de violencia intrafamiliar, y sin tratarse de una lista cerrada ni taxativa, la Sala esboza estos factores objetivos de ponderación para el análisis lógico situacional de cada caso: (i) Las características de las personas involucradas en el hecho. Más allá de la constatación de que los sujetos activo y pasivo de la conducta cumplen con la condición requerida por el tipo del artículo 229 del Código Penal (es decir, pertenecer ambos al mismo núcleo familiar), se deben estimar los rasgos que los definan y vinculen ante la institución social objeto de amparo (la familia). En tal sentido, serán relevantes factores como la edad, posición dentro de la institución, relación que tenían los implicados antes del evento, etc. (ii) La vulnerabilidad (concreta, no abstracta) del sujeto pasivo. Como factor de particular importancia dentro de los indicados, será prevalente la debilidad manifiesta que pueda predicarse en la supuesta víctima, ya sea en razón de su sexo, edad, salud, orientación, dependencia económica o afectiva hacia el agente, etc. De ahí

---

<sup>4</sup> SP 964 de 2019, rad. 46935

es posible establecer una relación directamente proporcional entre una mayor vulnerabilidad del sujeto pasivo y una mayor afectación o menoscabo del bien. (iii) La naturaleza del acto o de los actos que se reputan como maltrato. Se trata de la apreciación del daño o puesta en peligro concreto del objeto material de la acción. Ello implica que la lesividad de un comportamiento se analizará en función de los intereses de las personas involucradas, como se dijo en CSJ SP, 13 may. 2009, rad. 31362. iv) La dinámica de las condiciones de vida. Aparte de la situación concreta de cada sujeto de la conducta, son de igual importancia datos como la vivienda en donde opera el núcleo, su estrato social, el rol de los demás integrantes de la familia, así como todo evento propio de la convivencia que incidiera en la producción del resultado. Y (v) la probabilidad de repetición del hecho. Por obvias razones, si el peligro de volver a presentarse el incidente que se predica como maltrato es nulo o cercano a cero, la lesión a la unidad de las relaciones de la familia, o la armonía que se predica en esta, deberá tener similar o idéntica trascendencia. Son tales escenarios los que en últimas pueden calificarse de "aislados" o "esporádicos" y serán valorables de acuerdo con datos como el estado actual de la relación de los sujetos de la conducta, la forma en que se haya resuelto el conflicto, las medidas adoptadas para no reincidir, etc..."

2.- Comoquiera que el recurrente alegó la atipicidad de la conducta por no estructurarse el vínculo familiar entre el procesado y la denunciante, resulta imprescindible destacar que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia – teniendo en cuenta la legislación vigente en esa época - otorgó un alcance específico al delito de violencia intrafamiliar, al señalar que "...Se trata de un tipo penal subsidiario, pues únicamente será aplicable si el maltrato físico o psicológico, no constituye delito sancionado con pena mayor, como ocurre, por ejemplo, con cierta clase de lesiones personales o el homicidio. Los sujetos, tanto activo como pasivo son calificados, toda vez que deben hacer parte del mismo núcleo familiar..." y precisó que "...para la configuración del delito de violencia intrafamiliar es necesario que victimario y víctima pertenezcan a la misma unidad familiar, "que habiten en la misma casa" – en los términos del citado estatuto punitivo mexicano —, pues de no ser ello así, la agresión de uno a otro no satisface la exigencia típica de maltratar a un miembro del mismo núcleo familiar y tampoco vulnera el bien jurídico de la "armonía y unidad de la familia", caso en el cual deberá procederse, por ejemplo, conforme a las normas que regulan el delito

de lesiones personales agravadas en razón del parentesco si a ello hay lugar...”<sup>5</sup>.

En posterior oportunidad sostuvo que

“...cabe resaltar - una vez más - la diferencia entre el concepto de familia que contienen los artículos 42 de la Constitución Política y 2° de la Ley 294 de 1996<sup>6</sup> y, por su parte, la definición de “núcleo familiar” enfocada en el ámbito penal, fundamental para determinar en sede de tipicidad los eventos en los cuales el maltrato físico o psicológico entre sus miembros configura el punible de violencia intrafamiliar: “...En cambio, el “núcleo familiar” es un concepto inherente a la convivencia o vida en común, en tanto que semánticamente núcleo es la formación de un todo por agregación de otros, esto es unión, fusión, cohesión por contraposición a desunión; por lo cual, es preciso entender que ese ingrediente normativo del tipo penal comprende únicamente a los integrantes de la familia que viven conjuntamente en un lugar, esto es, a quienes conviven o comparten un sitio (...) Desde esta perspectiva la familia es omnicomprendiva, el “núcleo familiar” es restrictivo; aquella se constituye por la sola existencia del vínculo natural o jurídico, este adicionalmente por la “convivencia”; se es familia de alguien sin necesidad de vivir con ella, pero no es posible formar parte del “núcleo familiar” si no lo integra. No otro es el alcance de tal expresión, en la medida que el bien jurídico tutelado es el de la “armonía y la unidad” familiar, la cual es comprensible respecto de quienes por vivir en unión comparten los objetivos y propósitos del grupo parental del que hacen parte o al cual se han integrado. En el sentido indicado el hijo común es parte de la familia, como lo son su padre y su madre, pero si estos no conviven no constituyen “núcleo familiar” por la existencia de aquel...”<sup>7</sup>

Continuó afirmando que

“...respecto a la posibilidad de que los padres cesen su convivencia y fruto de ella hayan procreado hijos relató: “Afirmar que una vez cesa la convivencia entre cónyuges o compañeros permanentes se mantiene entre ellos el “núcleo familiar” cuando tienen un hijo común menor de edad, comporta una ficción ajena al derecho penal. Resulta por lo menos incorrecto, a la luz del principio lógico de no contradicción (según el cual, algo no

---

<sup>5</sup> Sentencia de junio 7 de 2017, rad. 48047, reiterada en SP de abril 30 de 2019, rad. 49687 y SP de octubre 14 de 2020, rad. 54380

<sup>6</sup> Siendo el bien jurídico protegido por el legislador la “armonía y unidad de la familia”

<sup>7</sup> SP de abril 30 de 2019, rad. 49687 y SP 1343 de abril 27 de 2022, rad. 52330

puede ser y no ser al mismo tiempo), que se edifique el ámbito del núcleo familiar, el cual supone la existencia real y no meramente formal de una familia en su conjunto, su unión, su cotidianidad, su vínculo estrecho, su afectividad y su coexistencia diaria, a partir de la noción de hijo de familia, sin importar si los padres se encuentran o no separados. Si el núcleo supone unión y conjunción, se desvirtúa y pierde su esencia cuando hay desunión o disyunción entre sus integrantes.....En efecto, no hay duda que los menores, mientras no se emancipen, tienen la condición de hijos de familia. Pero ello no puede conducir a la suposición artificiosa de que los padres, aunque se encuentren separados o, inclusive, aunque nunca hayan convivido (como puede ocurrir con el hijo fruto de una fugaz relación sexual) integren el núcleo familiar objeto de tutela dentro del ámbito de protección de la norma que se ocupa de la violencia intrafamiliar...”<sup>8</sup>

3.- La agencia fiscal recaudó el siguiente material probatorio:

3.1. Se estipuló la plena identidad del acusado, que se acreditara con el informe de la vista detallada de la consulta web de Luis Alberto Herrera Osorio.

3.2. Jhon Jairo Cordero Salcedo – PT de la Policía Nacional – sobre lo ocurrido el 21 de agosto de 2015 comentó que Luis Alberto Herrera Osorio aseveró que deseaba retirar sus pertenencias del apartamento ubicado en la Calle 32 N° 26-70 y necesitaba que lo acompañaran para no tener problemas con su compañera sentimental; al ir al referido inmueble observaron que estaba con candado y adentro estaba Nelly Díaz, quien dijo ser la compañera sentimental del antedicho, pero se veía muy nerviosa y alterada, les puso de presente que tenía amparo policivo y no podían ingresar al apartamento, documento del cual no tenía conocimiento hasta ese momento, por lo cual procedieron a capturar a Luis Alberto Herrera Osorio.

3.3. Nelly Díaz Sanguino renunció a su derecho a guardar silencio y expuso que tuvo una relación con el encartado desde el 2006; al año siguiente se fueron a vivir juntos, en un predio ubicado en la Calle 32 N° 26-70 del barrio Antonia Santos, sitio donde se presentaron las agresiones, maltratos, insultos, humillaciones y daños emocionales; dependía económicamente de Luis Alberto Herrera Osorio

---

<sup>8</sup> SP 1462 de mayo 4 de 2022, rad. 52099

porque no la dejaba trabajar; en el 2012 departían en las ferias de Bucaramanga y el encausado le propinó una patada en la espalda, incidente visto por Sandra Macías Sanguino – su prima –; en agosto de 2014 el procesado la golpeó, cogió un cuchillo caliente y se lo puso en los senos, mientras le decía que vestía como prostituta, lesiones que dieron lugar a dictaminarle una incapacidad médico legal de 12 días y secuelas por determinar; tenía una medida de protección a su favor y el encartado hacía caso omiso; cambiaba las cerraduras del apartamento para que ella no pudiera ingresar; un día su ex pareja arribó al apartamento con cuatro sujetos, la empujó al suelo, se llevó cosas del apartamento y le dañó ropa, reiterándole que tenía mentalidad de prostituta; acudió a un psicólogo y permaneció 20 días interna en el Hospital Psiquiátrico San Camilo, por depresión; Luis Alberto Herrera Osorio se alejaba del domicilio común cuando la golpeaba y duraba veinte días sin ir; la relación fue tormentosa.

3.4. Sandra Macías Sanguino manifestó que la víctima vivió con el encausado durante ocho años, en un apartamento ubicado en el barrio Antonia Santos; presencié las agresiones del procesado hacia Nelly Díaz; el 23 de septiembre de 2012 estaban en las ferias de Bucaramanga y el enjuiciado le dio una patada en la espalda a la víctima; ha escuchado agravios dirigidos hacia Nelly Díaz y palabras soeces como “gonorrea e hijueputa”; esas razones llevaron a la pareja a separarse por periodos, pero volvían, circunstancia que le producía depresión a la víctima.

3.5. Bleidy Yarith Oliveros Macías vivió con la ofendida y el agresor en el apartamento ubicado en el barrio Antonia Santos, durante 2014 y 2016; Luis Alberto Herrera Osorio tenía esposa, pero vivía con Nelly Díaz; a veces se separaban y luego volvían; el procesado peleaba con ella, la maltrataba, le decía “perra, malparida, lesbiana”, la afectada lloraba y se deprimía; en agosto de 2014 presencié una discusión en la cual el encausado ingresó al apartamento, se llevó el televisor, le tiró la ropa, la insultó y maltrató, dejándole morados en el cuerpo.

3.6. Albert Giovanni Zambrano Ruiz - investigador del CTI - indicó que en el informe ejecutivo de actos urgentes del 21 de junio de 2015 aludió a las actividades de verificación de arraigo, reseña y la denuncia de Nelly Díaz Sanguino; pudo verificar que Luis Alberto Herrera Osorio tenía una unión libre, su esposa era Lesly Marcela Herrera y Nelly Díaz Sanguino su compañera

permanente; el encartado vivía con su esposa e hijos.

3.7. María Margarita Gómez Cifuentes suscribió la impresión diagnóstica del 19 de agosto de 2014, mediante la cual recibió entrevista semi estructurada - con orientación cognitiva - a Nelly Díaz Sanguino; concluyó que sufría un daño emocional, producto de los maltratos ocasionados por Luis Alberto Herrera Osorio, quien la amenazaba con matarla si la veía con otra persona, la obligaba a tener relaciones sexuales, la maltrataba verbal y físicamente; expresaba llanto, rabia y resentimiento hacia el procesado.

4.- La defensa arrió el testimonio de Luis Alberto Herrera Osorio, quien renunció a su derecho de guardar silencio y admitió conocer a Nelly Díaz Sanguino hacía 22 años, por una amiga en común que tenían en el barrio; Nelly Díaz le pidió colocar el 50% del apartamento a nombre de ella, a fin de traer a su hijo de Panamá, por lo cual Lesly Marcela – su esposa – le vendió el 50% del apartamento; Nelly Díaz sabía que tenía dos hijos y vivía con su esposa; desde 9 años atrás sostenía relaciones sexuales con la denunciante y se veían de vez en cuando, ya que trabajaba fuera de la ciudad; se encontraban cuando venía y se quedaba en el apartamento de uno a tres días como máximo, salían de rumba, viajaban juntos, le regalaba ropa, dinero y zapatos; su relación era pasajera, no convivían juntos, ni tenía alguna responsabilidad con ella, pues cada uno estaba casado; Sandra Macías Sanguino era la mamá de la niña que estudiaba con la hija de él y conoció a Bleidy Yarith Oliveros Macías porque vivía en el apartamento con Nelly Díaz.

5.- Al estudiar en conjunto los medios de convicción recopilados, bajo la óptica de las reglas de la sana crítica, la Colegiatura concluye lo siguiente:

5.1. Entre Luis Alberto Herrera Osorio y Nelly Díaz Sanguino existió una unión marital de hecho desde el 2006 al 2015; convivieron un amplio lapso y fueron cortos los periodos en que se separaban, precisamente a raíz del maltrato físico y psicológico de que era objeto esta última; independientemente de que sostuviera una relación marital con su esposa, Luis Alberto Herrera Osorio simultáneamente cohabitaba con Nelly Díaz Sanguino, al punto de reconocer que desde 9 años

atrás sostenían relaciones sexuales y - aunque trabajaba fuera de la ciudad - se encontraban cuando venía y se quedaba en el apartamento de uno a tres días como máximo, salían de rumba, viajaban juntos, le regalaba dinero y distintas prendas, de tal modo que – así adujera que su relación fue pasajera - compartieron un proyecto común durante varios años – en lo cual coincidieron los restantes testigos de cargo -, solo que afectado por serias dificultades, debido a las periódicas agresiones de aquel, las que motivaban su desaparición y posterior nueva presencia – transcurridos varios días -, obrar persistente en el tiempo.

Lo anterior condujo a emitir una medida de protección en favor de la afectada, ya que en el oficio del 26 de diciembre de 2015 suscrito por el Comisario de Familia (E) Turno 2 de la ciudad – Jose William Torra García –, dirigido al Comandante del CAI Parque de los Niños, le solicitó colaboración para brindar amparo y apoyo policivo a Nelly Diaz Sanguino

“...quien es víctima de agresión por parte de Luis Alberto Herrera Osorio, quien le maltrata física, verbal y psicológicamente, según lo manifestado en la queja presentada ante esta Comisaría, mediante proceso de Violencia Intrafamiliar. Por lo anterior esta Comisaría de Familia ordenó como medida de protección provisional a favor de Nelly Díaz Sanguino, en contra del señor Luis Alberto Herrera Osorio, lo siguiente: “Abstenerse de proferir agresiones físicas, verbales y psicológicas a Nelly Díaz Sanguino; con fundamento en lo dispuesto en el numeral f) del artículo 5 de la Ley 1257 de 2008 se decreta como medida transitoria a favor de Nelly Díaz Sanguino y con el fin de proteger su integridad, se ordena al Comandante CAI del Parque de los Niños realizar el acompañamiento inmediato a Nelly Díaz Sanguino, para que puedan garantizar su seguridad y bienestar; así mismo, este Despacho le solicita que de manera inmediata ordene a Luis Alberto Herrera Osorio abstenerse de inferir cualquier clase de maltrato en contra de Nelly Díaz Sanguino; adicionalmente, ordena al agresor el desalojo de la casa de habitación que comparte con la víctima; ordenar al agresor abstenerse de penetrar en cualquier lugar donde se encuentre la víctima; adicionalmente, ordenar al agresor la devolución inmediata de los objetos de uso personal, documentos de identidad y cualquier otro documento u objeto de propiedad o custodia de la víctima...”<sup>9</sup>

5.2. La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia<sup>10</sup> ha discurrido

<sup>9</sup> F. 20 - Archivo “Luis Alberto Herrera Parte uno” - Incorporado por John Jairo Cordero Salcedo

<sup>10</sup> Sentencia 48047

que uno de los requisitos esenciales para establecer la tipicidad del delito de violencia intrafamiliar - respecto de las parejas sentimentales - corresponde a la convivencia que supone la existencia pacífica de un proyecto colectivo basado en el respeto y la autonomía ética de sus integrantes, de tal forma que “fáctica y normativamente, ese propósito concluye entre parejas separadas”, pero eso únicamente sucedió cuando los aquí involucrados optaron definitivamente por desligarse, por cesar la unión libre en el 2015.

Así las cosas, resulta claro que Luis Alberto Herrera Osorio atentó contra la integridad física y psicológica de Nelly Díaz Sanguino cuando aún compartían dicho designio común; es cierto, se repite, mantenía un vínculo marital con otra mujer y durante algunos periodos – posteriores a algunos actos de violencia – aquel se retiraba del domicilio por unos días, pero lo cierto es que también convivía con Nelly Díaz Sanguino, en un inmueble donde guardaba sus enseres personales y habitaba permanentemente, sin que pueda inferirse que se trataba de encuentros esporádicos entre aquellos; todo lo contrario, compartían techo, lecho y mesa, conforme lo aseveraron Sandra Macías Sanguino y Bleidy Yarith Oliveros Macías – a quienes reconoció el enjuiciado como amigas de su ex pareja y la última residió con ella -, pues afirmaron categóricamente que eran compañeros permanentes, hecho también corroborado por Albert Giovanni Zambrano Ruiz, dado que al verificar el arraigo del encausado concluyó que tenía dos relaciones y hogares simultáneos, una esposa y una unión de hecho.

No es cierto que fue un romance transitorio, ya que – independientemente de lo consignado en la medida de protección, documento que basta para comprobarlo - la cohabitación de hecho se prolongó varios años y se ejercieron acciones propias de la ayuda mutua que normalmente se prestan los compañeros permanentes, pues Luis Alberto Herrera Osorio se encargaba de obtener los ingresos dinerarios para cubrir los costos de la vida en pareja, mientras que Nelly Díaz Sanguino asumió las tareas del hogar y dependía económicamente del encartado, en virtud a que no la dejaba trabajar.

En consecuencia, la conducta desplegada por el procesado se enmarca dentro de la adecuación típica que realizó la agencia fiscal frente al punible de violencia intrafamiliar agravada, ya que se acreditó que Luis Alberto Herrera Osorio y Nelly

Díaz Sanguino convivieron en una misma unidad doméstica, a través de distintos actos – físicos y psicológicos - la ultrajó y provocó en ella una constante depresión que debía controlar médicamente; resulta indudable que la “convivencia” debe ser examinada según las particularidades relevantes de cada caso concreto y se puede predicar - incluso - en eventos en que los compañeros no puedan estar “siempre” juntos bajo el mismo techo físico, en razón de circunstancias especiales de salud, trabajo, fuerza mayor o similares, pues ello no conduce de modo inexorable a que desaparezca la comunidad de vida de la pareja, si claramente se mantienen vigentes los lazos afectivos, sentimentales, de apoyo y solidaridad o ayuda mutua.

5.3. La alta Corporación en el campo penal – al desatar la impugnación de una acción de tutela proferida por esta Sala Penal - precisó que

“...Los diversos tratados internacionales ratificados por Colombia, la legislación interna y la jurisprudencia, han adelantado enormes esfuerzos por erradicar toda forma de violencia y discriminación contra la mujer. Para garantizar su efectiva protección, el Estado ha implementado, entre otras medidas, la necesidad de actuar con debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar aquéllos actos que constituyen violencia contra la mujer, pues de lo contrario se estarían propiciando espacios de revictimización y negación de justicia. Sobre el particular la Declaración Universal de los Derechos Humanos -1948- consagra que «[t]oda persona tiene los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de [...] sexo» y que «[t]odos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación» Por su parte, en la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer –CEDAW- de 1979, se dispuso promover «una política encaminada a eliminar la discriminación contra la mujer» y, en ese marco, a «abstenerse de incurrir en todo acto o práctica de discriminación contra la mujer y velar por que las autoridades e instituciones públicas actúen de conformidad con esta obligación», así como «establecer la protección jurídica de los derechos de la mujer sobre una base de igualdad con los del hombre y garantizar, por conducto de los tribunales nacionales competentes y de otras instituciones públicas, la protección efectiva de la mujer contra todo acto de discriminación...”

Añadió que “...el Estado colombiano ratificó uno de los tratados más relevantes en materia de igualdad de género y la erradicación de la violencia contra la mujer

- Convención de Belem do Pará -, en el que se instituyó como obligación y garantía superior del Estado, el deber de «actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer», y «adoptar medidas jurídicas para conminar al agresor a abstenerse de hostigar, intimidar, amenazar, dañar o poner en peligro la vida de la mujer de cualquier forma que atente contra su integridad o perjudique su propiedad».

A la par que "...el Legislador expidió las Leyes 1257 de 2008, 1719 de 2014 y 1761 de 2016 con el objetivo de sensibilizar a toda la sociedad frente a lo que constituye violencia de género contra la mujer, establecer parámetros para el adelantamiento de las investigaciones cuando se trata de una afrente contra la libertad y el pudor sexual y, en general, repeler con mayor severidad todo tipo de violencia contra la mujer 25.6. Por su parte, la jurisprudencia de esta Corporación ha señalado de manera pacífica y reiterada que resulta imperativo a los funcionarios que conocen de procesos con estas características, tener de presente la calidad de garantes de la protección de los derechos fundamentales y el deber que les asiste de actuar de manera oportuna, exhaustiva e imparcial, evitando en todo caso la revictimización (CSJ SP1289-2021)..."

Y al citar a la Corte Constitucional<sup>11</sup> aludió que a la administración de justicia le asiste una serie de deberes frente a las mujeres víctimas de conductas con tales características que involucran actos discriminatorios, dado que

"...el enfoque de género permite evidenciar que en determinadas circunstancias las consecuencias jurídicas pueden ir en detrimento de los derechos de las mujeres: «De ahí que, entonces, se convierta en un "deber constitucional" no dejar sin contenido el artículo 13 Superior y, en consecuencia, interpretar los hechos, pruebas y normas jurídicas con base en enfoques diferenciales de género.»<sup>12</sup> En ese contexto, la Corte Constitucional ha identificado los siguientes deberes concretos de la administración de justicia: a) desplegar toda actividad investigativa en aras de garantizar los derechos en disputa y la dignidad de las mujeres; b) analizar los hechos, las pruebas y las normas con base en interpretaciones sistemáticas de la realidad, de manera que en ese ejercicio hermenéutico se reconozca que las mujeres han sido un grupo tradicionalmente discriminado y como

---

<sup>11</sup> T-012 de 2016

<sup>12</sup> Sentencia T-012 de 2016

tal, se justifica un trato diferencial; c) no tomar decisiones con base en estereotipos de género; d) evitar la re victimización de la mujer a la hora de cumplir con sus funciones; reconocer las diferencias entre hombres y mujeres; e) flexibilizar la carga probatoria en casos de violencia o discriminación, privilegiando los indicios sobre las pruebas directas, cuando estas últimas resulten insuficientes; f) considerar el rol transformador o perpetuador de las decisiones judiciales; g) efectuar un análisis rígido sobre las actuaciones de quien presuntamente comete la violencia; h) evaluar las posibilidades y recursos reales de acceso a trámites judiciales e i) analizar las relaciones de poder que afectan la dignidad y autonomía de las mujeres...”<sup>13</sup>

En el caso concreto la versión de la víctima no puede desecharse porque únicamente le asiste el ánimo que se haga justicia, pese al obvio temor por las represalias, lo cual se puede colegir de su relato, demostrativo del miedo reverencial que profesaba por su ex pareja y el yugo a que la tenía sometida, producto del periódico maltrato físico y psicológico a que la sometía; esa versión fue respaldada con lo declarado por Sandra Macías Sanguino y Bleidy Yarith Oliveros Macías, con tal contundencia - por parte de todas - que desvirtúan lo afirmado por el procesado, tornando inequívoca la conclusión de condenarlo por la comisión del reato reprochado.

6.- El máximo Tribunal en el campo penal ha reiterado su postura acerca que

“...en los casos en los cuales el agente maltrata física o psicológicamente a varios miembros de su núcleo familiar, la naturaleza del bien jurídico, su titularidad, así como la forma de realización del verbo rector y circunstancias impiden estructurar un concurso material de delitos de violencia intrafamiliar.....Desde el texto constitucional se ubica a la familia como el núcleo fundamental de la sociedad y al abogar por su protección el Código Penal la tuteló como bien jurídico a fin de preservar su armonía y unidad. Como el objeto de tutela penal es la relación armónica en esa comunidad de vida, no puede mirarse el comportamiento de manera individual, ni incide el resultado de por ejemplo las lesiones que se causen a uno u otro miembro del núcleo. La posibilidad de escindir naturalísticamente cada acción para adecuarla al tipo penal según cuantos miembros hayan resultado afectados se difumina ante el hecho evidente que la acción del sujeto agente está orientada a desestabilizar las relaciones de esa vida de relación.....Si bien, según el sujeto pasivo, los tipos penales pueden ser plurisubjetivos, en este caso no se

---

<sup>13</sup> Idem

trata de un derecho personalísimo, a manera de la vida, la libertad personal, libertad sexual, de ahí que a pesar de varias acciones de violencia física o moral contra más de un miembro del grupo familiar habrá unidad de acción delictiva, porque ese núcleo debe mirarse netamente desde la arista constitucional, como célula principal de la sociedad. Así el interés jurídico protegido va más allá de la integridad personal de los miembros que la integran, pues son valores superiores ínsitos a las relaciones armónicas del clan familiar.....La violencia sea física o psíquica a que se refiere el tipo penal no debe confundirse con las específicas agresiones a cada uno de los miembros del núcleo familiar, ni se pueden tomar de manera individual o aislada, por manera que si hay una o varias acciones que afectan la tranquilidad en la comunidad doméstica, habrá un solo delito, pues jurídicamente la acción no va en contra de las personas, sino en contra de la convivencia y tranquilidad familiar...”<sup>14</sup>

También afirmó que implicaría incurrir “...en un error conceptual en la tipificación de la conducta comoquiera que, según se desprende de los hechos debidamente probados, no se trata de alguno de los eventos de unidad y pluralidad de acciones típicas regulados en el artículo 31 del Código Penal, sino de un tipo penal que puede configurarse mediante un solo acto o una suma de varios actos (es decir, una conducta compleja), en el contexto del verbo rector «maltratar»<sup>15</sup>, por lo que el delito de violencia intrafamiliar agravado es uno solo sin importar cuantos miembros del núcleo familiar resulten afectados, ni el número de actos de maltrato ejecutados en el curso de la relación familiar, al ser acciones propias de una misma conducta, adelantada bajo el mismo desvalor de acción y de resultado y con el quebrantamiento de un único bien jurídico...”<sup>16</sup>; y al analizar el caso concreto precisó que “...se trató de la realización de un sistemático maltrato físico y psicológico que el acusado llevó a cabo a través de reiterados actos ejecutados en diversos eventos, los cuales perpetró sobre la mujer afectándose de manera cierta y efectiva el bien jurídico de la unidad y armonía familiar. Se realizó, por lo tanto, un único delito de Violencia intrafamiliar agravado...”<sup>17</sup>.

Ahora bien, al momento de dosificar la pena la a quo indicó que el delito de

---

<sup>14</sup> Rad. 51951

<sup>15</sup> Rad. 45647 y 46935

<sup>16</sup> Rad. 51951

<sup>17</sup> Rad. 50587

violencia intrafamiliar agravada reprochado por la afectación a Nelly Díaz Sanguino está consagrado en el artículo 229 inciso 2º de la Ley 599 de 2000 – modificado por la Ley 1142 de 2007 –; el ámbito de movilidad de la sanción base - 72 a 168 meses de prisión - lo dividió en un cuarto mínimo de 72 a 96 meses de prisión, el primer medio hasta 120 meses de prisión, el segundo medio hasta 144 meses de prisión y el máximo hasta 168 meses de prisión; al no reprocharse alguna circunstancia de mayor punibilidad prevista en el artículo 58 del estatuto punitivo, se ubicó en el primer cuarto y le impuso la mínima sanción, esto es, 72 meses de prisión, pero al cometerse el ilícito en concurso homogéneo – ya que se trató de cinco conductas -, aumentó la pena en 12 meses, lo cual arrojó el total de 84 meses de prisión; sin embargo, por lo atrás argumentado, al no configurarse el concurso de punibles, será descontado el incremento y la sanción definitiva a imponer será setenta y dos (72) meses de prisión, monto al cual se ajustará la accesoria de inhabilidad para ejercer derechos y funciones públicas, en lo que será modificado el fallo condenatorio impugnado.

Corolario de lo anterior, ante la acertada valoración probatoria efectuada por la a quo, no prosperará la censura y será ratificado el fallo impugnado, con la modificación preanotada.

Finalmente, se advierte que Nelly Díaz Sanguino señaló que “cuando él llegaba entraba por la ventana, forzaba las puertas, yo estaba dormida y él me caía ahí encima, y empezaba a golpearme, a violarme, a hacer todo tipo de violencia contra mí”<sup>18</sup>; de igual modo, María Margarita Gómez Cifuentes - psicóloga del CTI - manifestó que en su entrevista la víctima mencionó la violencia ejercida por Luis Alberto Herrera Osorio, pues ella cambiaba las guardas de la chapa y él también las cambiaba, tenía llaves y “cuando llegaba a la casa, entraba a la casa, se puede decir que la obligaba a tener relaciones sexuales en contra de su voluntad”<sup>19</sup>, por lo que se compulsarán copias con destino al Director Seccional de Fiscalías de Santander con sede en Bucaramanga, a fin que se investigue la presunta conducta punible de esa índole – atentatoria de la libertad e integridad sexual - en que supuestamente pudo incurrir.

---

<sup>18</sup> Audiencia de juicio oral - enero 30 de 2019 - Declaración de Nelly Díaz Sanguino – Min. 46:01

<sup>19</sup> Audiencia de juicio oral - junio 10 de 2019 - Declaración de María Gómez Cifuentes - Min. 7:03

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

## **R E S U E L V E**

**PRIMERO.- CONFIRMAR** el fallo de origen, fecha y naturaleza reseñados, mediante el cual se condenó a LUIS ALBERTO HERRERA OSORIO con la **MODIFICACIÓN** consistente en que obró como autor del delito de VIOLENCIA INTRAFAMILIAR AGRAVADA y se le impone la pena de setenta y dos (72) meses de prisión, monto al cual se ajusta la accesoria de inhabilidad para ejercer derechos y funciones públicas.

**SEGUNDO.- COMPULSAR** copias de todo lo actuado con destino al Director Seccional de Fiscalías de Santander con sede en Bucaramanga, a fin que investigue la presunta conducta punible de LUIS ALBERTO HERRERA OSORIO, con la que supuestamente pudo atentar contra la libertad e integridad sexual de la señora NELLY DIAZ SANGUINO, conforme a lo atrás reseñado.

Contra la presente determinación procede el recurso extraordinario de casación.

Esta decisión se notifica en estrados, personal o virtualmente, según el caso.

Una vez ejecutoriada, devuélvanse las diligencias a la oficina de origen.

**Aprobado en acta N° 815 DEL 22 DE AGOSTO DE 2023.**

**CÚMPLASE.-**

Los Magistrados,

  
**JUAN CARLOS DIETTES LUNA**  
 Rama Judicial  
Consejo Superior de la Judicatura  
República de Colombia

  
**HAROLD MANUEL GARZÓN PEÑA**

  
**SHIRLE EUGENIA MERCADO LORA**

**SANDRA JULLIETH CORTÉS SAMACÁ**  
Secretaria

**Confirma condena con modificación**

**A/ Luis Alberto Herrera Osorio**

**D/ Violencia intrafamiliar agravada**

**Juez 7º Penal Municipal de B/manga de conocimiento**

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

**RAMA JUDICIAL**

**TRIBUNAL SUPERIOR DE BUCARAMANGA**

**SALA DE DECISIÓN PENAL**

Magistrada Ponente: Shirle Eugenia Mercado Lora

|              |  |
|--------------|--|
| Radicación:  | 68001-6000-159-2020-06409 (21-723A)  |
| Procedencia: | Juzgado Primero Penal Municipal con funciones de conocimiento de Bucaramanga |
| Procesados:  | Brayan Stiven Acosta Pinzón y Ángel Belandria Mora                           |
| Delito:      | Hurto calificado y agravado  |
| Apelación:   | Sentencia condenatoria   |
| Decisión:    | Confirma   |
| Aprobado:    | Acta N° 763  |
| Fecha:       | 4 de agosto de 2023  |

**I. OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO**

La Sala resuelve el recurso de apelación interpuesto por el defensor contra la sentencia del 28 de septiembre de 2021 mediante la cual el Juzgado Primero Penal Municipal con funciones de conocimiento de Bucaramanga condenó a Brayan Esteven Acosta Pabón y Ángel Alexander Belandria Mora como coautores del delito de hurto calificado y agravado a la pena principal de nueve (9) meses de prisión y les negó los subrogados penales de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria.

**II. HECHOS JURÍDICAMENTE RELEVANTES**

En la sentencia de primera instancia<sup>1</sup> se registraron los siguientes hechos:

“(…) el 16 de diciembre de 2020 siendo aproximadamente las nueve de la noche, por inmediaciones de la Carrera 8 con Calle 103 del Barrio Porvenir de esta ciudad se encontraba Ronald Eduardo Carreño cuando de manera intempestiva es abordado por dos hombres que se desplazaban en una motocicleta siendo intimidado por uno de ellos prevalido de arma blanca, y lo despojaron de su teléfono celular marca One Fusion avaluado en la suma de setecientos cincuenta mil pesos (\$750.000) para luego darse a la huida, donde una vez el afectado dio cuenta de los hechos a la Policía Nacional con su efectiva intervención se logró la aprehensión de los sujetos, quienes obedecen a los nombre de BRAYAN ESTEVEN ACOSTA PABON Y ANGEL ALEXANDER BELANDRIA MORA. En igual sentido se incautó la motocicleta de placas MNW 66F.” (sic)

### **III. ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE**

3.1. El 16 de diciembre de 2020 ante el Juzgado Octavo Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Bucaramanga, una vez legalizada la captura, se procedió con la legalización de la incautación con fines de comiso de la motocicleta de placas MNW66F y se surtió el traslado del escrito de acusación, oportunidad en la que los procesados manifestaron su voluntad de aceptar cargos.

3.2. Seguidamente, ante el Juzgado Primero Penal Municipal con funciones de conocimiento de Bucaramanga la diligencia de verificación de allanamiento se llevó a cabo en sesiones del 25 de marzo de 2021 y 29 de junio de 2021, oportunidad en la que se surtió el traslado del artículo 447 del Código de Procedimiento Penal.

3.3. Finalmente, el 28 de septiembre de 2021 se surtió el traslado de la sentencia condenatoria, contra la cual, el defensor interpuso recurso de apelación.

---

<sup>1</sup> Folios No. 35 a 55

#### **IV. PROVIDENCIA IMPUGNADA**

El Juzgado Primero Penal Municipal con funciones de conocimiento de Bucaramanga, tras enunciar los elementos materiales probatorios con los que contaba el ente acusador, indicó que verificó que el allanamiento a cargos de los procesados fue una manifestación libre, consciente, voluntaria y debidamente informada, considerando que ello era suficiente para declarar la validez de dicho acto.

Acto seguido, procedió con la individualización de la pena y el análisis de los mecanismos sustitutivos de la pena, argumentado respecto del asunto del disenso, esto es, la negación del subrogado penal de la prisión domiciliaria a Ángel Alexander Belandria Mora con amparó en su condición de padre cabeza de familia, que no se cumplió con los derroteros previstos por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia y la Corte Condicional para tales fines.

Lo anterior, en el entendido que no se advierte un latente o eventual estado de abandono de la menor CA Belandria, puesto que la actual compañera permanente del procesado, en virtud del principio de solidaridad y de sus propios deberes para con sus menores hijos, podrá asumir su cuidado y propender por su bienestar, destacando que, incluso el Estado otorga algunas garantías y subsidios a las mujeres que ostenten la condición de cabeza de familia.

Además, refirió que la defensa no aportó soporte alguno que permita predicar la inexistencia de otros familiares que puedan socorrerlo en su cuidado mientras dura su privación de la libertad, y que las dolencias de su compañera permanente no evidencian una complicada situación en su estado de salud que le impida velar por la manutención y cuidado de su propia hija.

Finalmente, indicó que es necesaria la ejecución de la pena en forma intramural para salvaguardar los intereses del Estado, sin que se advierta que la menor quede desprotegida pues cuenta con su progenitora e inclusive ante una eventual ausencia de la misma, el propio estado a través del ICBF podrá entrar a

intervenir si se requiere en la salvaguarda y protección de la menor, negándole a Belandria Mora la concesión de subrogados penales.

## **V. DE LA IMPUGNACIÓN**

### **5.1. Defensor**

Inconforme con la decisión de primera instancia, el defensor interpuso recurso de apelación, solicitando que se revoque el numeral tercero de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia y, en su lugar, se le conceda a Ángel Alexander Belandria Mora el subrogado de la prisión domiciliaria en virtud de su condición de padre cabeza de familia.

En ese sentido, tras realizar una breve reseña de los presupuestos fácticos que rodearon la actuación y de las consideraciones expuestas en la decisión de primer grado, expuso que el A quo fundamentó la negativa del aludido subrogado en la existencia de la compañera permanente del procesado, incurriendo en un error al no valorar integralmente los medios cognoscitivos aportados.

Acto seguido, tras realizar una cita jurisprudencial respecto de la figura de padre cabeza de familia, señaló que en el caso concreto se obviaron aspectos esenciales en la valoración de los elementos aportados, como lo son, la condición médica de la madre y la condición de migrante del procesado, lo cual acrecienta el desamparo de su menor hija.

Además, resaltó que la entrada en vigor de la Ley 906 de 2004 no modificó lo previsto en el artículo 750 de 2002 que en su artículo 1 prevé los requisitos para el otorgamiento de la prisión domiciliaria con amparo en la figura de padre cabeza de familia.

En ese sentido, afirmó que dentro del curso de proceso penal se demostró que el procesado no representa un peligro para la comunidad, ya que carece de antecedentes penales y como lo manifestó su compañera permanente, él es quien

se hace cargo de ella y de su menor hija desde hace tiempo. En virtud de lo anterior, reseñó que de ello se colige que desde el aspecto laboral, familiar y social el procesado ha adoptado una postura de un padre y pareja responsable proporcionando desde su labor como zapatero, los medios necesarios para solventar las necesidades familiares.

En cuanto al segundo requisito que prevé la disposición normativa aludida, destacó que el procesado no se encuentra inmerso en ninguna de las situaciones descritas en este. Finalmente, afirmo que Belandria Mora se encuentra a disposición de garantizar mediante caución cada una de las obligaciones previstas por el legislador para tales fines.

Acto seguido, indicó que, acreditados así los requisitos objetivos para la concesión de esta especial modalidad de prisión domiciliaria, era necesario exponer las razones por las cuales la calidad de padre cabeza de familia radican exclusivamente en el procesado.

Con ocasión a lo anterior, informó que la familia del procesado está conformada por este, Shirley Mayorga Flórez y su hija CABL nacida el 27 de octubre de 2020, destacando de Belandria Mora no tiene ningún familiar en Colombia, pues emigró desde Venezuela y perdió casi la totalidad de contacto con ellos. Además, afirmó que Shirley Mayorga Flórez, tampoco tiene contacto alguno con sus familiares, debido a que sus vínculos familiares se fracturaron desde que inició su relación con el procesado, ya que sus familiares no estaban de acuerdo con la misma.

Así, en cuanto a Shirley Mayorga destacó que, pese a que no sufre de una enfermedad sumamente grave, desde hace casi un año sufre de múltiples cálculos biliares, como se acreditó con la historia clínica que se allegó, circunstancia que, aunada al lento sistema de salud, la obligó a dejar de trabajar, a tal punto que a la fecha sigue sin poder laborar normalmente, pues los dolores que la aquejan a diario le imposibilitan retomar cualquier actividad.

Luego, señaló que no pueden pasarse por alto los derechos fundamentales previsto en la Constitución Nacional que cobijan a los niños, niñas y adolescentes, máxime cuando la menor CABL es tan solo un bebe que se vería fuertemente afectada ante la reclusión de su padre en un centro carcelario, pues este es quien provee a la menor de alimento, vivienda salud y demás gastos necesarios, destacando una vez más, que Shirley Mayorga y la menor CABL dependen única y exclusivamente del procesado.

Por otra parte, hizo alusión a las sentencias del 13 de noviembre de 2020, radicado 53863 y del 10 de junio de 2020 de radicado 55614 de la Corte Suprema de Justicia conforme las cuales, es necesario analizar el otorgamiento de la prisión domiciliaria del padre cabeza de familia en función a los fines de la pena.

Acto seguido, indicó que debido a que el delito de hurto calificado se encuentra dentro de las exclusiones que prevé el artículo 68A, emerge necesario analizar la posibilidad de conceder la sustitución de la ejecución de la pena de conformidad con los artículos 314 y 461 del C.P.P. y de la sentencia SU-388 de 2005 de la Corte Constitucional.

Además, resaltó que no puede pasarse por alto que el artículo 461 avala la posibilidad de sustituir la ejecución de la pena en los mismos eventos que la sustitución de la detención preventiva.

Así las cosas, señaló que Ángel Alexander Belandria Mora ha cumplido la totalidad de los presupuestos establecidos para que le sea concedida la prisión domiciliaria y, en consecuencia, solicitó que se revoque el numeral tercero de la sentencia de primera instancia y, en su lugar, se le conceda a Ángel Alexander Belandria Mora la prisión domiciliaria dada su condición de padre cabeza de familia.

## **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 2004<sup>2</sup>, este Tribunal es competente para conocer el recurso de apelación interpuesto contra el fallo condenatorio proferido el 28 de septiembre del 2021 por el Juzgado Primero Penal Municipal con funciones de conocimiento de Bucaramanga; 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 el defensor corresponde a esta Sala de Decisión determinar si es procedente conceder el mecanismo sustitutivo de la prisión domiciliaria a Ángel Alexander Belandria Mora, por su especial situación de padre cabeza de hogar.

## **6.3. Del caso concreto**

De manera que, delimitadas así las aristas del disenso, resulta pertinente precisar el plexo normativo que regla tal modalidad autónoma y especial del sustituto de la prisión domiciliaria, fundada en la condición de padre cabeza de familia.

Al efecto, el artículo 1° de la Ley 750 de 2002 consagra:

“Artículo 1.º. La ejecución de la pena privativa de la libertad se cumplirá, cuando la infractora sea mujer cabeza de familia, en el lugar de su residencia o en su defecto en el lugar señalado por el juez en caso de que la víctima de la conducta punible resida en aquel lugar, siempre que se cumplan los siguientes requisitos:

---

<sup>2</sup>29 “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.”

Que el desempeño personal, laboral, familiar o social de la infractora permita a la autoridad judicial competente determinar que no colocará en peligro a la comunidad o a las personas a su cargo, hijos menores de edad o hijos con incapacidad mental permanente.

La presente ley no se aplicará a las autoras o partícipes de los delitos de genocidio, homicidio, delitos contra las cosas o personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario, extorsión, secuestro o desaparición forzada o quienes registren antecedentes penales, salvo por delitos culposos o delitos políticos. [...].”

A su vez, el artículo 461 de La Ley 906 de 2004<sup>10</sup> establece:

“Sustitución de la ejecución de la pena. El juez de ejecución de penas y medidas de seguridad podrá ordenar al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario la sustitución de la ejecución de la pena, previa caución, en los mismos casos de la sustitución de la detención preventiva.”

Y, a su turno, el art. 314 *ibidem*, preceptúa:

“Sustitución de la detención preventiva. La detención preventiva en establecimiento carcelario podrá sustituirse por la del lugar de la residencia en los siguientes eventos:

[...] 5. Cuando la imputada o acusada fuere madre cabeza de familia de hijo menor o que sufre incapacidad permanente, siempre y cuando haya estado bajo su cuidado. En ausencia de ella, el padre que haga sus veces tendrá el mismo beneficio [...].”

Por su parte, conforme al artículo 2.º, inciso 2.º, de la Ley 82 de 1993 modificado por el artículo 1º de la ley 1232 de 2008, se considera mujer u hombre cabeza de hogar, a aquella persona que

“... ejerce la jefatura [...] del hogar y tiene bajo su cargo, afectiva, económica o socialmente, en forma permanente, hijos menores propios u otras personas incapaces o incapacitadas para trabajar, ya sea por ausencia permanente o

incapacidad física, sensorial, síquica o moral del cónyuge o compañero permanente o deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros del núcleo familiar”.

Ahora, en punto del concepto de madre o padre<sup>3</sup> cabeza de familia, se ha señalado que, en principio, debe recurrirse a lo dispuesto en el artículo 2.º de la Ley 82 de 1993 modificado por el artículo 1º de la ley 1232 de 2008 y, con fundamento en ello, la Corte Constitucional<sup>4</sup> ha señalado que para pregonar la condición de madre o padre cabeza de hogar, no basta con que la madre o el padre provean los “*recursos económicos para asegurar unas condiciones mínimas de subsistencia de sus hijos*”, sino, además:

“Que sus hijos propios, menores o mayores discapacitados, estén a su cuidado, que vivan con él, dependan económicamente de él y que realmente sea una persona que les brinda el cuidado y el amor que los niños requieran para un adecuado desarrollo y crecimiento; que sus obligaciones de apoyo, cuidado y manutención sean efectivamente asumidas y cumplidas. (...)”

Que no tenga alternativa económica, es decir, que se trate de una persona que tiene el cuidado y la manutención exclusiva de los niños y que, en el evento de vivir con su esposa o compañera, ésta se encuentre incapacitada física, mentalmente o moralmente, sea de la tercera edad, o su presencia resulte totalmente indispensable en la atención de hijos menores enfermos, discapacitados o que médicamente requieran la presencia de la madre.”

Con fundamento en tal marco normativo y jurisprudencial, la Sala pasará a verificar si, en el presente caso, Ángel Alexander Belandria Mora cumple las condiciones para ser beneficiario de la prisión domiciliaria como padre cabeza de familia y, en ese cometido, debe precisarse que, a la luz de la ley, para acceder a tal sustituto deben concurrir en el procesado las siguientes condiciones: (i) que ostente la condición de padre o madre cabeza de hogar; (ii) que su desempeño

---

<sup>3</sup> En las Sentencias referidas, se precisó que, como sub-regla jurisprudencial, las disposiciones relativas a la madre cabeza de familia son aplicables analógicamente al padre “que se encuentre en similares circunstancias que la mujer”.

<sup>4</sup> T-925/2004 del 23 de septiembre de 2004, M. P. Álvaro Tafur Galvis. SU-389/2005 del 13 de abril de 2005, M. P. Jaime Araújo Rentería, Sala Plena y T-093/2009 del 17 de febrero de 2009, M. P. Mauricio González Cuervo.

personal, familiar, laboral y social, permita concluir, fundadamente, que no pondrá en peligro a la comunidad ni a las personas a su cargo; y, (iii) que no haya incurrido en alguno de los delitos previstos en el inciso 3° del artículo 1° de la Ley 750/2002, esto es, genocidio, homicidio, delitos contra las cosas o personas y bienes protegidos por el DIH, extorsión, secuestro o desaparición forzada o que no registre antecedentes, salvo por delitos culposos o políticos.

Al efecto, en el traslado del artículo 447 de la Ley 906 de 2004 el defensor aportó los siguientes elementos: (i) el registro civil de nacimiento de la menor CABL con indicativo serial No. 58465746, (ii) el resultado de ecografía abdominal superior del 12 de diciembre de 2020 y sus imágenes anexas de Shirley Mayorga Flórez, (iii) la declaración juramentada de Shirley Mayorga Flórez y, (iv) el recibo de luz del predio calle 58 # 14-89, piso 2 de la urbanización El Reposo.

En ese orden de ideas, en primer lugar, se tiene que el defensor efectivamente demostró la existencia del vínculo paterno-filial entre el acusado y la menor CABL, no obstante, ello no es suficiente para acreditar la condición de cabeza de hogar de su defendido, que al tenor de la Ley 82 de 1993, es aquella persona –hombre o mujer- que *“tiene bajo su cargo, afectiva, económica o socialmente, en forma permanente, (...) otras personas incapaces o incapacitadas para trabajar”*.

Ello en razón a que, una vez analizado el ejercicio de postulación cumplido por el censor durante el traslado del artículo 447 del Código de Procedimiento Penal, se colige que la menor CABL cuenta con su progenitora Shirley Mayorga Flórez quien por ministerio legal debe velar por su cuidado, sin que pueda eludir el cumplimiento de dicho mandato constitucional con la mera aseveración de que depende económicamente del procesado.

Ahora, no desconoce la Sala que el defensor allegó el resultado de una ecografía abdominal practicada a Mayorga Flórez en la que se advierte que “la vesícula biliar se muestra distendida, de pared normal, observándose múltiples cálculos en su interior que proyectan sombra acústica posterior” y se concluyó que

ésta padecía de coleditiasis, no obstante, ese elemento es insuficiente para acreditar una incapacidad física absoluta en la progenitora de la menor que le impida cumplir con dicho deber, pues no hace alusión a los síntomas que presenta y mucho menos a la agudez de los mismos.

Finalmente, si bien el defensor reseñó que los padres del procesado no residían en Colombia y a su vez, que el padre de Shirley Mayorga había fallecido y que de su progenitora no se conocía información alguna, estas aseveraciones además de no contar con soporte probatorio, no permiten establecer con certeza que además de estos sujetos, no existan otros miembros de su núcleo familiar llamados a brindar el amparo requerido por la menor CABL, que permita predicar una verdadera deficiencia sustancial de ayuda del grupo familiar para velar por su cuidado, que le otorgue la calidad de padre cabeza de familia al procesado.

Ahora bien, la Sala es consciente de que los derechos de los menores y de los adultos vulnerables –por enfermedad- tienen un carácter prevalente y que éstos pueden entrar en conflicto con otros intereses, entre ellos, el que tiene la administración de justicia en la ejecución de una sanción legalmente impuesta a un infractor de la ley penal; sin embargo, se considera, que en este caso en concreto, los derechos de la menor en situación de riesgo no se encuentran comprometidos, pues la privación de la libertad de Belandria Mora, no expone a este sujeto de especial protección a ninguna situación de riesgo o abandono; razón por la cual, la sentencia de primera instancia será confirmada en el tema aquí analizado.

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.** Confirmar la sentencia impugnada de fecha y procedencia antes precisadas.

**SEGUNDO.** 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**  
SALA PENAL  
Magistrado

  
**SUSANA QUIROZ HERNÁNDEZ**  
Magistrada

Proyecto registrado: 31 de julio de 2023