



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 WILLINTON CAÑIZARES SANTANDER** por el punible de **HURTO CALIFICADO**, se ha dictado sentencia de segunda instancia de fecha **7 DE FEBRERO DE 2023**.

Para notificar al procesado y 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 **26 DE ABRIL DE 2023**, siendo las 8:00 a.m.

Sandra Jullieth Cortés Samacá
Secretaria

RI 22-008A

LINK EDICTO PUBLICADO EN EL MICROSITIO DE LA RAMA EL 26 DE ABRIL 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 **MELQUICIDEC RESTREPO TARAZONA** por el punible de **VIOLENCIA INTRAFAMILIAR**, se ha dictado sentencia de segunda instancia de fecha **14 DE MARZO 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 **26 DE ABRIL DE 2023**, siendo las 8:00 a.m.

Sandra Jullieth Cortés Samacá
Secretaria

RI 22-756A

LINK EDICTO PUBLICADO EN EL MICROSITIO DE LA RAMA EL 26 DE ABRIL 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 DANIEL TORRES BELTRÁN Y RICARDO ANTONIO TRIGOS MÚNERA** por el punible de **HURTO CALIFICADO Y AGRAVADO**, se ha dictado sentencia de segunda instancia de fecha **14 DE MARZO DE 2023**.

Para notificar al procesado y 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 **26 DE ABRIL DE 2023**, siendo las 8:00 a.m.


Sandra Jullieth Cortés Samacá
Secretaria

RI 21-022A

LINK EDICTO PUBLICADO EN EL MICROSITIO DE LA RAMA EL 26 DE ABRIL 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 ANGEL DE JESÚS PIÑEREZ SUAREZ** por el punible de **TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES**, se ha dictado sentencia de segunda instancia de fecha **23 DE FEBRERO DE 2023**.

Para notificar al procesado y 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 **26 DE ABRIL DE 2023**, siendo las 8:00 a.m.

Sandra Jullieth Cortés Samacá
Secretaria

RI 22-469A

LINK EDICTO PUBLICADO EN EL MICROSITIO DE LA RAMA EL 26 DE ABRIL 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 CLARA ESTHER LIZCANO ALVAREZ** por el punible de **TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES**, se ha dictado sentencia de segunda instancia de fecha **23 DE MARZO DE 2023**.

Para notificar al procesado y 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 **26 DE ABRIL DE 2023**, siendo las 8:00 a.m.

Sandra Jullieth Cortés Samacá
Secretaria

RI 22-442A

LINK EDICTO PUBLICADO EN EL MICROSITIO DE LA RAMA EL 26 DE ABRIL 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 **OMAR ENRIQUE CASTRO CÁLIZ** por el punible de **ACTOS SEXUALES ABUSIVOS CON MENOR DE CATORCE AÑOS AGRAVADO EN CONCURSO HOMOGÉNEO Y SUCESIVO**, se ha dictado sentencia de segunda instancia de fecha **10 DE MARZO 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 **26 DE ABRIL DE 2023**, siendo las 8:00 a.m.

Sandra Jullieth Cortés Samacá
Secretaria

RI 20-023A

LINK EDICTO PUBLICADO EN EL MICROSITIO DE LA RAMA EL 26 DE ABRIL 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 ANDRÉS FABÍAN OLARTE CORNEJO Y GIOVANNY CASTILLO SOTO** por el punible de **HOMICIDIO AGRAVADO Y OTROS**, se ha dictado sentencia de segunda instancia de fecha **14 DE MARZO 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 **26 DE ABRIL DE 2023**, siendo las 8:00 a.m.

Sandra Jullieth Cortés Samacá
Secretaria

RI 20-508A

LINK EDICTO PUBLICADO EN EL MICROSITIO DE LA RAMA EL 26 DE ABRIL 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 Incidente de Reparación Integral adelantado en contra de **GERSON ORLANDO SOLANO BARRIOS** por el punible de **HOMICIDIO AGRAVADO EN GRADO DE TENTATIVA Y TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ARMAS DE FUEGO, ACCESORIOS, PARTES O MUNICIONES**, se ha dictado sentencia de segunda instancia de fecha **14 DE MARZO 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 **26 DE ABRIL DE 2023**, siendo las 8:00 a.m.

Sandra Jullieth Cortés Samacá
Secretaria

RI 21-527A

LINK EDICTO PUBLICADO EN EL MICROSITIO DE LA RAMA EL 26 DE ABRIL 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 Incidente de Reparación Integral adelantado en contra de **DARIO ARMANDO LIZCANO RUEDA** por el punible de **HOMICIDIO AGRAVADO**, se ha dictado sentencia de segunda instancia de fecha **29 DE MARZO 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 **26 DE ABRIL DE 2023**, siendo las 8:00 a.m.

Sandra Jullieth Cortés Samacá
Secretaria

RI 20-464A

LINK EDICTO PUBLICADO EN EL MICROSITIO DE LA RAMA EL 26 DE ABRIL 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 Incidente de Reparación Integral adelantado en contra de **JOSÉ WILSON CADAVID LONDOÑO** por el punible de **HURTO CALIFICADO**, se ha dictado sentencia de segunda instancia de fecha **11 DE ABRIL DE 2023**.

Para notificar al procesado e intervinientes que no pudieron serlo personalmente ni por correo electrónico, se fijó EDICTO a través del micrositio de la Secretaría de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bucaramanga en la página web de la Rama Judicial, por el término de tres días, hoy **26 DE ABRIL DE 2023**, siendo las 8:00 a.m.

Sandra Jullieth Cortés Samacá
Secretaria

RI 23-175A

LINK EDICTO PUBLICADO EN EL MICROSITIO DE LA RAMA EL 26 DE ABRIL 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 Incidente de Reparación Integral adelantado **en contra de JHON ALEXANDER CARO GONZÁLEZ** por el punible de **HOMICIDIO EN GRADO DE TENTATIVA Y OTRO**, se ha dictado sentencia de segunda instancia de fecha **22 DE MARZO 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 **26 DE ABRIL DE 2023**, siendo las 8:00 a.m.

Sandra Jullieth Cortés Samacá
Secretaria

RI 22-038A

LINK EDICTO PUBLICADO EN EL MICROSITIO DE LA RAMA EL 26 DE ABRIL DE 2023:
<https://www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-bucaramanga-sala-penal/149>

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

SALA PENAL

Magistrado Ponente: DR. JUAN CARLOS DIETTES LUNA

Radicación N° 68001-6000-159-2019-03002-01 / 163790 - 1772

Bucaramanga, febrero siete (7) de dos mil veintitrés (2023)

A S U N T O

Resolver el recurso de apelación interpuesto por la defensa de WILLINTON CAÑIZARES SANTANDER contra la sentencia proferida por el Juez Primero Penal Municipal de Bucaramanga con funciones de conocimiento, mediante la cual lo condenó como autor del delito de HURTO CALIFICADO.

A C O N T E C E R D E L I C T I V O

Aproximadamente a las 22:00 horas del 25 de abril de 2019, Gerardo Sandoval Alvarez se encontraba en el sector de la Calle de los Estudiantes del barrio Real de Minas de Bucaramanga y sorpresivamente lo abordó un sujeto que le “arrebato el teléfono celular¹”, le reclamó y éste “lo amenazo de muerte, diciéndole si se hacia matar por el teléfono, lo intimidó con un cuchillo y salió corriendo”; el afectado y otros ciudadanos lo persiguieron, agentes policiales que realizaban labores de patrullaje vieron lo sucedido

¹ Huawei Y9 color azul plateado, avaluado en \$800.000

y - tras el señalamiento - lo retuvieron e incautaron el cuchillo; el asaltante fue identificado como Willinton Cañizares Santander.

DE LA ACTUACIÓN PROCESAL

En audiencias preliminares celebradas el 26 de abril de 2019 se legalizó la captura en situación de flagrancia; la agencia fiscal corrió traslado del escrito de acusación como autor del delito hurto calificado – artículos 239 y 240 inciso 2° del Código Penal, modificado el primero por la Ley 890 de 2004 y el segundo por la Ley 1142 de 2007 -, cargos no aceptados por el encartado y se le impuso medida de aseguramiento de detención preventiva en su lugar de residencia.

Una vez radicado el respectivo escrito, el Juez Primero Penal Municipal de Bucaramanga con funciones de conocimiento avocó conocimiento y convocó la audiencia concentrada, al interior de la cual la agencia fiscal lo acusó por el mismo reato, aclaró que el teléfono hurtado no se recuperó y decretó las pruebas²; llevó a cabo el juicio oral en varias sesiones, al final anunció el sentido del fallo condenatorio y – tras materializar el traslado del artículo 447 del CPP – profirió la sentencia de rigor, notificada a los sujetos procesales, vía correo electrónico.

DEL FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Al considerar reunidas las exigencias consagradas en el artículo 381 de la Ley 906 de 2004, el 23 de noviembre de 2021 el a quo resolvió condenar a Wilinton Cañizares Santander a la pena de 48³ meses de prisión e inhabilidad para ejercer derechos y funciones públicas por igual lapso, como autor del delito de hurto calificado; le negó cualquier subrogado y dispuso su traslado inmediato al panóptico escogido por el

² Se estipuló su plena identidad y la carencia de antecedentes penales

³ Aplicó el artículo 268 del Código Penal porque el valor de lo hurtado no superó el monto de un salario mínimo legal mensual vigente y carece de antecedentes penales

INPEC; adujo que durante el juicio oral se recaudaron los medios probatorios necesarios para arribar al convencimiento más allá de toda duda razonable acerca de la materialidad de la ilicitud y la responsabilidad penal del encausado, ya que el directo perjudicado y los patrulleros de la Policía Nacional coincidieron respecto de las circunstancias que rodearon su captura y la real afectación al patrimonio económico del antedicho, sin que mediaran razones para restar credibilidad a sus dichos, ni pruebas de descargo que las refutaran.

DE LA IMPUGNACIÓN

Inconforme con la decisión, la defensa la apeló para lograr la absolución de Willinton Cañizares Santander, dado que el juez de primer grado erró al valorar el acervo probatorio acopiado, especialmente, Gerardo Sandoval Alvarez no demostró ser el propietario del celular, tampoco acreditó su valor – realmente ascendía a \$400.000, por ser de segunda mano -, ni que realmente se lo hubiesen hurtado porque nunca lo hallaron; además, la víctima se contradijo porque hablaron de un “cuchillo”, luego de una “navaja”, supuestamente la comunidad lo persiguió, pero los policiales no lo pusieron así de presente, o sea, se plantearon dos hipótesis de lo ocurrido, sin definir.

El a quo desconoció que Willinton Cañizares Santander estuvo “más de 7 meses” detenido por esta causa y otro tanto más por otras diligencias, donde lo absolvieron, términos que deben computarse para “disminuir” la pena y acceder a la prisión domiciliaria, por carecer de antecedentes penales.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

La censura demanda la absolución de Wilinton Cañizares Santander por la comisión del punible de hurto calificado, reducir la sanción porque estuvo privado de la libertad y concederle el sustituto domiciliario, aspectos sobre los cuales la Colegiatura estima lo siguiente:

1.- Según lo jurisprudencialmente decantado por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, el hurto se configura “...cuando el autor o partícipe logran sacar de la esfera de dominio de la víctima la cosa mueble ajena para incorporarla a la suya...⁴.”

2.- La agencia fiscal desplegó sus esfuerzos probatorios para demostrar que Willinton Cañizares Santander ilícitamente se apoderó – por medio de violencia física y psicológica – de un celular propiedad de Gerardo Sandoval Alvarez; en efecto:

2.1. Gerardo Sandoval Alvarez relató que en la noche del 25 de abril del 2019 “...Yo me encontraba al frente de la entrada de la Universidad de las Unidades Tecnológicas de Santander y estaba con mi teléfono...”, cuando un sujeto lo abordó y le arrebató el celular; rápidamente lo increpó, el asaltante esgrimió un cuchillo y lo amenazó de muerte; “yo estaba al frente de la entrada de la Universidad de las Unidades Tecnológicas de Santander, estaba con mi teléfono, se acerca el señor Willinton Cañizares con un cuchillo, me rapa el celular y él me dice que no me le rebote, si no me mata y que si me voy a hacer matar por un celular...”; emprendió la huida, junto a otras personas lo persiguieron, alcanzaron, golpearon y retuvieron hasta que llegaron unos policiales – pasados unos 5 minutos - y formalizaron la captura, a unas tres cuadras de la entrada de la universidad, luego de sindicarlo de ser el asaltante; le arrebató un “celular Huawei, estaba recién comprado, era como de uno o dos meses”, avaluado en “aproximadamente \$800.000”, no recuperado porque el encartado lo arrojó a unos arbustos y no lo hallaron, pese a buscarlo con su amigo Andrés y un policial.

En el contrainterrogatorio precisó que el enjuiciado iba solo, lo describió físicamente, lo vio una vez en una sesión de audiencia, lo amenazó con un cuchillo de unos 20 centímetros de largo, le hizo lances para lesionarlo y quitarle el celular.

2.2. El policial Anderson Camargo Rueda aceptó que participó en el procedimiento de captura de Willinton Cañizares Santander; el 25 de abril de 2019 estaban realizando patrullaje, les comentaron que un grupo de personas perseguía a un asaltante en la Calle de los Estudiantes, rápidamente llegaron allí, lo persiguieron, interceptaron y

⁴ Rad. 46782 del 2 de noviembre de 2016, reiterado en AP953 de 2020, rad. 57262

capturaron, hallando en su poder un cuchillo; al momento arribó quien dijo ser la víctima y lo señaló de ser el agresor; a pesar que lo registraron, no le hallaron más elementos, ya que cuando iba corriendo arrojó el celular a una zona boscosa y no lo buscaron por la premura de la situación, en virtud a que la comunidad lo agredió físicamente y debieron solicitar apoyo para trasladarlo.

En el contrainterrogatorio afirmó que desde el sitio donde fue capturado hasta la Calle de los Estudiantes habían más o menos cuatro cuadras y reiteró que no pudieron buscar el celular.

2.3. El policial Fabián Andrés Muñoz Barajas también participó en la captura de Willinton Cañizares Santander, a quien – junto a su compañero – vieron correr, abordaron y le hallaron un arma cortopunzante – cuchillo -; enseguida llegó la comunidad y empezó a agredirlo, acusándolo de hurtarle el celular a uno de ellos, así que – por el señalamiento - lo capturaron y trasladaron a un centro médico para que recibiera atención; no recuperaron el aparato móvil porque Willinton Cañizares Santander lo arrojó a una zona boscosa y aunque lo buscaron, solo lograron incautar un cuchillo.

En el contrainterrogatorio confirmó que lo capturaron porque la comunidad lo perseguía y una persona lo sindicó de ser el autor del hurto; desde el sitio de la captura hasta la Calle de los Estudiantes mediaban dos cuadras aproximadamente.

2.4. Jorge Eliécer Carvajal Galvis suscribió el informe ejecutivo de los actos urgentes practicados con ocasión de la captura de Willinton Cañizares Santander, donde relacionó fotográficamente el cuchillo que le incautaron los policiales que lo capturaron.

2.5. Andrés Felipe Ortiz dijo estudiar en las Unidades Tecnológicas de Santander; el 25 de abril de 2019 salieron de clases, su amigo Gerardo Sandoval Alvarez se sentó en el andén a escuchar música en el celular mientras él iba a comprar algo de comer, un sujeto pasó y – amenazándolo con un cuchillo - le pidió entregárselo, a lo cual aquel accedió; el asaltante empezó a correr, pero la comunidad estudiantil lo alcanzó y agredió físicamente; rápidamente llegaron unos policiales y lo capturaron; acompañó a su amigo a interponer la denuncia; no logró detallar cómo era el agresor, sí la escaramuza; el celular no lo recuperaron, aunque lo buscaron en una zona boscosa; al

capturado le incautaron un arma blanca; entre la puerta de la universidad y el sitio de la captura habían – más o menos – 90 metros.

En el contrainterrogatorio aseveró que alcanzó a ver cuando el agresor amenazó a su amigo para quitarle el celular, aclaró que la distancia era de 40 metros y Gerardo Sandoval Alvarez arribó al sitio cuando los gendarmes ya tenían capturado al sujeto.

3.- La defensa no practicó pruebas.

4.- Contrario a lo planteado por el recurrente, los testigos de cargo fueron contundentes respecto de la captura en situación de flagrancia de Willinton Cañizares Santander; el propio afectado y Andrés Felipe Ortiz confirmaron que – él y no alguien más – llegó hasta la puerta de las Unidades Tecnológicas de Santander, amedrantó con un cuchillo a Gerardo Sandoval Alvarez y le arrebató el celular que tenía en las manos, intentó huir, pero lo retuvieron y los policiales formalizaron su captura, tras la categórica sindicación de la víctima, quien en el juicio oral hizo referencia a las circunstancias esenciales en que se produjo el ilícito apoderamiento violento del aparato móvil de su propiedad, avaluado en \$800.000, sin que la defensa contravirtiera su dicho en esos aspectos, de tal forma que carece de asidero probatorio lo expresado por la censura acerca que el real valor era de \$400.000; recuérdese que no es exigible alguna tarifa legal para acreditar dicha propiedad, tampoco obran en las diligencias medios de convicción que demuestren que el teléfono era de otra persona; ni emerge válido el argumento acerca que el avalúo era ampliamente inferior, dado que no se acreditó su uso desde mucho tiempo atrás y, por el contrario, el afectado manifestó que era de reciente adquisición; además, esa discusión resulta irrelevante en este estadio procesal porque el valor del objeto hurtado no fue determinante para radicar la responsabilidad penal en cabeza de Willinton Cañizares Santander y el eventual incidente de reparación integral será el escenario propicio para precisar ese monto.

De otro lado, evidentemente dicho celular no fue recuperado, no porque no se hubiera arrebatado ilícitamente a su legítimo propietario, sino porque – como lo señalaron al unísono los testigos de cargo – el encartado lo arrojó a una zona boscosa, no se pudo encontrar y tampoco obra alguna prueba que permita arribar a una conclusión diferente.

Gerardo Sandoval Alvarez y Andrés Felipe Ortiz declararon que Willinton Cañizares Santander utilizó un “cuchillo” para amedrantar a la víctima y arrebatarle el celular, siendo indiscutible que los policiales hallaron en poder del procesado ese adminículo letal, o sea, todo conduce a que usó la violencia e intimidó al ofendido con amenazas de muerte para hurtar el aparato móvil, sin que se aprecien incongruencias en lo expuesto por los testigos presenciales y lo relatado en ese sentido por los gendarmes; si en gracia de discusión se concluyera que alguno de ellos se refirió a una “navaja” en lugar de un cuchillo, ello carecería de esencial trascendencia respecto de la materialidad de la ilícita conducta y la responsabilidad penal del encausado, precisamente porque en ocasiones la rápida ejecución del punible dificulta detallar si el arma blanca utilizada por el asaltante es un cuchillo o una navaja, al ser elementos similares, máxime si el mango – en ambos casos – generalmente queda cubierto por la mano de quien lo empuña, así que ese argumento tampoco emerge válido para restar credibilidad a la sólida incriminación.

Tampoco resulta válido concluir que la aparente incoherencia entre lo dicho por Gerardo Sandoval Alvarez y los policiales respecto de lo acontecido al momento de la captura permita absolver al procesado, en particular, porque el primero aludió que la comunidad retuvo y agredió al antisocial y luego lo capturaron los gendarmes, mientras que los policiales advirtieron que tras darle alcance y abordarlo llegó la comunidad a agredirlo; lo cierto es que Andrés Felipe Ortiz coincidió con los gendarmes acerca que su amigo Gerardo Sandoval Alvarez arribó al sitio cuando los policiales ya tenían capturado al sujeto y en últimas, ambas versiones son coherentes en cuanto a que - luego de hurtar el teléfono celular - Willinton Cañizares Santander emprendió la huida y fue rápidamente capturado, mediaron agresiones de la comunidad y los gendarmes debieron requerir refuerzos para salvaguardar su integridad física y trasladarlo a un centro médico; entonces, de cualquier modo se arriba a la conclusión de que realmente fue aprehendido en situación de flagrancia, problema jurídico resuelto desde el inicio de la actuación penal, sin que ahora sea dable revivir una discusión ya zanjada, puesto que un juez con funciones de control de garantías oportunamente legalizó la aprehensión en situación de flagrancia.

5.- La defensa confusamente pretende que se reduzca la pena impuesta o compute el tiempo en que Wilinton Cañizares Santander estuvo privado de la libertad; no obstante, lo primero resulta abiertamente improcedente porque no se ajusta a las taxativas

causales que permiten una rebaja punitiva – el allanamiento a cargos o un preacuerdo - y lo segundo – computar a la sanción a purgar la cantidad de siete (7) meses que supuestamente permaneció privado de la libertad en su residencia – tampoco procede porque – según obra en las diligencias – a las 6:11 pm del 28 de octubre de 2019 se practicó una visita de control por personal del INPEC al sitio de reclusión de Willinton Cañizares Santander y no estaba presente, ni se conocía de algún permiso para estar fuera de ese lugar, así que no se sabe con exactitud si efectivamente cumplió o no los parámetros de la detención preventiva domiciliaria o cuánto tiempo realmente estuvo allí, todo lo cual deberá analizar – si es del caso – el juez encargado de vigilar la sanción impuesta, claro está, de cobrar ejecutoria la condena.

Corolario de lo anterior, al no prosperar las pretensiones de la censura, será ratificado 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 y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

CONFIRMAR el fallo de origen, fecha y naturaleza reseñados, mediante el cual se condenó a WILINTON CAÑIZARES SANTANDER, como autor del delito de HURTO CALIFICADO.

Contra la presente determinación procede el recurso extraordinario de casación.

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

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

Aprobado en acta virtual N° 94 DE LA FECHA

CÚMPLASE.–

Los Magistrados,



JUAN CARLOS DIETTES LUNA



HAROLD MANUEL GARZÓN PEÑA



SHIRLE EUGENIA MERCADO LORA

JULY CAROLINA ZÁRATE GORDILLO

Secretaria

Confirma condena
Al Wilinton Cañizares Santander
D/ Hurto calificado
Juez 1° Penal Municipal de B/manga

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

SALA PENAL

Magistrado Ponente: DR. JUAN CARLOS DIETTES LUNA

Radicación N° 68001-6000-159-2019-02008-01 / 1894

Bucaramanga, marzo catorce (14) de dos mil veintitrés (2023)

ASUNTO

Resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada¹ de YULEIMA ANDREINA GRATEROL COLMENARES contra la sentencia proferida por la Juez Tercero Penal Municipal de Piedecuesta con funciones mixtas, mediante la cual absolvió a MELQUICIDEC RESTREPO TARAZONA del delito de VIOLENCIA INTRAFAMILIAR.

ACONTECER DELICTIVO

Según la imputación y acusación, aproximadamente a las 10:40 pm del 14 de marzo de 2019 agentes policiales capturaron a Melquicidéc Restrepo Tarazona, al interior de la residencia ubicada en la Calle 2 N° 0 W - 10 del barrio El Refugio de Piedecuesta, ya que Yuleima Andreina Graterol Colmenares lo señaló como su agresor, pues momentos antes arribó en estado embriaguez, discutieron “por motivo de un supuesto micrófono y la pérdida de unas llaves”, seguidamente le propinó “un cabezazo en la nariz” que le produjo sangrado inmediato, se dirigió a la cocina, “tomó el cuchillo y comenzó a amenazarla, al punto de hacerle varios lances, incluso, con este elemento le causó unos rasguños en su brazo izquierdo”; tenían una hija en común y convivían en la residencia, pero “la relación de pareja se encontraba deteriorada” y desde “septiembre dormían en habitación separada”, o sea, “hacían parte del mismo núcleo familiar o, en otras palabras, mantienen una unidad doméstica, por convivir bajo un mismo techo”.

¹ Como estudiante de Consultorio Jurídico

DE LA ACTUACIÓN PROCESAL

Una vez puesto a disposición de las autoridades competentes, el 15 de marzo de 2019 se legalizó la captura en situación de flagrancia de Melquicidec Restrepo Tarazona; la agencia fiscal le imputó la presunta comisión del delito de violencia intrafamiliar agravada – artículo 229 inciso 2° del Código Penal, modificado por la Ley 1850 de 2017 –, cargo no aceptado por el encartado; también se le impuso medida de aseguramiento de detención preventiva en su residencia, luego revocada por vencimiento del término legal para mantenerlo privado de la libertad.

Una vez presentado el respectivo escrito, la Juez Tercero Penal Municipal de Piedecuesta con funciones mixtas avocó conocimiento² y convocó la correspondiente audiencia, al interior de la cual se formuló acusación por el ilícito atrás reseñado - sin la causal de agravación -; celebró la audiencia preparatoria y el juicio oral en varias sesiones, al final anunció que el fallo sería absolutorio y lo leyó en sesión separada.

DE LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Al no estimar reunidas las exigencias contempladas en el artículo 381 de la Ley 906 de 2004, el 6 de septiembre de 2022 la a quo resolvió absolver a Melquicidec Restrepo Tarazona del delito de violencia intrafamiliar, ya que la agencia fiscal no logró acreditar su teoría, pues tan solo recaudó el testimonio del agente captor y la defensa contrarrestó esa postura con el dicho del procesado, quien aseguró que - para entonces - ya no eran pareja, debiendo favorecerlo las dudas generadas en torno a lo sucedido, más aún si la agencia fiscal pidió absolverlo.

DE LA IMPUGNACIÓN

Inconforme con el fallo, la apoderada de Yuleima Andreina Graterol Colmenares lo apeló con el objeto que sea revocado, dado que Melquicidec Restrepo Tarazona fue hallado por los policiales dentro de la residencia - con la camisa manchada de sangre - y lo capturaron ante el señalamiento de la víctima; el propio procesado aceptó que la noche del 14 de marzo de 2019 estaba embriagado, “actuó de

² El extinto Juzgado Segundo Penal Municipal le remitió las diligencias

manera violenta contra la víctima” y “forcejearon”; documentalmente se acreditó la lesión que sufrió la afectada en su rostro, también algunos moretones y rasguños³, evidenciándose la materialidad de la ilícita conducta y la responsabilidad penal.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

La censura demanda revocar el fallo absolutorio y, en su lugar, condenar a Melquicedec Restrepo Tarazona, por el delito de violencia intrafamiliar, aunque previamente la Colegiatura estima lo siguiente:

1.- Según el máximo Tribunal Constitucional, el derecho al debido proceso - artículo 29 de la Carta - implica reconocer “...el principio de legalidad como pilar fundamental en el ejercicio de las funciones por parte de las autoridades judiciales y administrativas, razón por la cual, están obligadas a respetar las formas propias de cada juicio...(…)...de manera previa limita los poderes del Estado y establece las garantías de protección a los derechos de los administrados...”; de ahí que está integrado por tres componentes, a saber, (i) juez natural, (ii) ley preexistente al acto que se imputa y (iii) estricto cumplimiento de los distintos actos procesales allí previstos, a fin de finiquitar la actuación penal a través de una sentencia; debe diferenciarse:

1.1. En materia sustantiva penal, el artículo 229 de la Ley 599 de 2000 – modificado por varias legislaciones, para el caso la Ley 1850 de 2017, vigente al momento de los hechos - 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; la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia otorgó un alcance específico a ese punible, al precisar 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...”⁴

³ Según “la valoración del médico”

⁴ Sentencia de junio 7 de 2017, rad. 48047

De igual forma, expuso 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...”⁵.

A su turno, el principio de favorabilidad constituye “...una excepción a la regla general según la cual las leyes rigen hacia el futuro, surge de la máxima “favoralia amplianda sunt, odiosa restringenda” (lo favorable debe ampliarse y lo odioso restringirse), y solamente tiene operancia cuando existe sucesión de leyes...”⁶; también se ha pregonado que

“...en el caso de sucesión de leyes en el tiempo, si la nueva ley es desfavorable en relación con la derogada, ésta será la que se siga aplicando a todos los hechos delictivos que se cometieron durante su vigencia, que es lo que la doctrina denomina ultraactividad de la ley...La retroactividad, por el contrario, significa que cuando la nueva ley contiene previsiones más favorables que las contempladas en la ley que deroga, la nueva ley se aplicará a los hechos delictivos ocurridos con anterioridad a su vigencia...Sobre este punto debe la Corte señalar que tratándose de la aplicación del principio de favorabilidad en materia penal, no cabe hacer distinción entre normas sustantivas y normas procesales, pues el texto constitucional no establece diferencia alguna que permita un trato diferente para las normas procesales...Al respecto cabe recordar que esta Corporación, en concordancia con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, en diferentes ocasiones⁷ en las que se ha referido a la concordancia del artículo 40 de la Ley 153 de 1887 - que prevé la regla general de aplicación inmediata de la ley procesal - con el artículo 29 constitucional, ha concluido que independientemente del efecto general inmediato de las normas procesales, el principio de favorabilidad debe operar para garantizar la aplicación de la norma más favorable, sin que en materia penal pueda hacerse distinción entre normas sustantivas y normas procesales que resulten más benéficas al procesado...”⁸

Entonces, aunque la Ley 1959 de 2019 modificó el artículo 229 de la Ley 599 de 2000 y dispuso que dicho reato se configura también – entre otros – frente a los cónyuges o compañeros permanentes, aunque se hubieran separado o divorciado o, contra el padre y la madre de familia, aun cuando no convivan en el mismo hogar, si el maltrato se dirige contra el otro progenitor, lo cierto es que dicho

⁵ Sentencia de junio 7 de 2017, rad. 48047

⁶ Sentencia C-581 de 2001

⁷ Sentencias C-252/2001, C-200/02, C-922/01 y T-272/05

⁸ Sentencias de la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia - Noviembre 27 de 1987 y febrero 11 de 1988

precepto no puede aplicarse desfavorablemente al procesado, ya que los hechos tuvieron lugar el 14 de marzo de 2019 y aquella solo empezó a regir el 20 de junio de 2019.

1.2. En materia procesal penal, con anterioridad el delito de violencia intrafamiliar era tramitado bajo la égida de la Ley 906 de 2004; luego se expidió la Ley 1826 de 2017, sobre la cual discurrió la alta Corporación en el campo penal que

“...El 6 de julio de 2017...(.)...entró en vigor la Ley 1826 de 2017... [en la que] fueron modificados varios artículos del Código de Procedimiento Penal y se le adicionó a éste el Libro VII, sobre “Procedimiento especial abreviado y acusación privada”, conformado por los artículos 534 a 564...El procedimiento especial abreviado en mención se aplica a las conductas punibles que requieren querella para el inicio de la acción penal y a los delitos que se enlistan en el numeral 2° del artículo 534 del C. de P. P.,...Tal es el origen constitucional de esta ley que va ilustrando la finalidad de la norma y, por tanto, los casos para los cuales se promulgan las modificaciones y adiciones a la Ley 906 de 2004, entre ellas, al artículo 74 de la Ley 906 de 2004, reformado por el artículo 108 de la Ley 1453 de 2011, en relación con las “conductas punibles que requieren querella”, para dar inicio a la acción penal. Sobre el procedimiento especial para la investigación y juzgamiento de las conductas punibles de que trata la misma ley, se adicionó por el artículo 8 el Libro VIII, Título I, del Procedimiento Especial Abreviado, que contiene los siguientes preceptos...(.)...Artículo 44. Vigencia y derogatoria. La presente ley entrará a regir seis (6) meses después de la fecha de su promulgación y se aplicará a los delitos cometidos con posterioridad a su entrada en vigencia...También se aplicará a los delitos cometidos con anterioridad a su entrada en vigencia respecto de los que no se haya realizado formulación de imputación en los términos de la Ley 906 de 2004...”⁹

Sin embargo, dentro del amplio listado inicialmente contemplado en el citado artículo 534 de la Ley 1826 de 2017 no se incluyó el delito de violencia intrafamiliar; solo a partir de la promulgación de la Ley 1959 de junio 20 de 2019 se consagró que el artículo 4° modificaba el artículo 534 de la Ley 906 de 2004 y, por ende, quedó así . en lo que interesa al caso concreto -: “...Ámbito de aplicación. El procedimiento especial abreviado de que trata el presente título se aplicará a las siguientes conductas punibles: 1. Las que requieren querella para el inicio de la acción penal...2. Lesiones personales a las que hacen referencia los artículos 111, 112, 113, 114, 115, 116, 118 y 120 del Código Penal; Actos de Discriminación (C.P. artículo 134A), Hostigamiento Agravado (C.P. artículo 134C), violencia intrafamiliar (C.P. artículo 229), inasistencia alimentaria (C.P. artículo 233)...”.

En ese orden de ideas, el procedimiento abreviado empezó a regir el 12 de julio de 2017, pero la presunta ilicitud ocurrió el 14 de marzo de 2019, cuando todavía no

estaba vigente la Ley 1959 de 2019 – junio 20 – y, por consiguiente, era aplicable el procedimiento ordinario – Ley 906 de 2004 -, no la Ley 1826 de 2017.

2.- Sobre el concreto disenso, el Tribunal considera lo siguiente:

2.1. En el marco de la legislación vigente la valoración de los medios de convicción recaudados y la demostración del punible se distinguen por la prevalencia del principio de libertad probatoria – en contraposición al extinto de tarifa legal –, por medio del cual se puede llegar a tener conocimiento del objeto central del proceso penal o sus aspectos accesorios trascendentes por cualquier vía probatoria legal.

La alta Corporación – al desatar una 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 aquellos 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»...”; también “...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 afrenta contra la libertad y el pudor sexual y, en general, repeler con mayor severidad todo tipo de violencia contra la mujer...”; aludió a que “...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)...”; al citar a la Corte Constitucional¹⁰ afirmó que es necesario que los jueces incorporen criterios de género en sus decisiones, así:

“...(i) desplegar toda actividad investigativa en aras de garantizar los derechos en disputa y la dignidad de las mujeres; (ii) 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 tal, se justifica un trato diferencial; (iii) no tomar decisiones con base en estereotipos de género; (iv) evitar la revictimización de la mujer a la hora de cumplir con sus funciones; reconocer las diferencias entre hombres y mujeres; (v) flexibilizar la carga probatoria en casos de violencia o discriminación, privilegiando los indicios sobre las pruebas directas, cuando estas últimas resulten insuficientes; (vi) considerar el rol transformador o perpetuador de las decisiones judiciales; (vii) efectuar un análisis rígido sobre las actuaciones de quien presuntamente comete la violencia; (viii) evaluar las posibilidades y recursos reales de acceso a trámites judiciales; (ix) analizar las relaciones de poder que afectan la dignidad y autonomía de las mujeres...”¹¹

2.2. Resulta imprescindible determinar si al ocurrir los hechos juzgados Melquicidec Restrepo Tarazona y Yuleima Andreina Graterol Colmenares convivían o no, a fin de determinar si la conducta reprochada al procesado se enmarca dentro de la adecuación típica que demarcó la agencia fiscal frente al punible de violencia intrafamiliar. Así:

2.2.1. Se estipuló probatoriamente la plena identidad de Melquicidec Restrepo Tarazona.

2.2.2. Yuleima Andreina Graterol Colmenares no compareció al juicio oral¹².

¹⁰ T-012 de 2016

¹¹ Radicación 124171 del 14 de junio de 2022

¹² Se informó que por ser ciudadana venezolana y no tener un lugar de residencia definido, resultó infructuosa su ubicación

2.2.3. La agencia fiscal arrió la declaración del policial Rubén Darío Arguello Bayona, quien evocó que el 14 de marzo de 2019 lo enviaron a atender un caso del barrio El Refugio de Piedecuesta, por una discusión de pareja; arribaron – junto a su compañero – por una calle peatonal y los abordó “una mujer joven acompañada de un menor de edad, manifestando que su pareja sentimental estaba en el interior de la vivienda, habían tenido una discusión, el cual la intimidó con arma cortopunzante; relata la mujer que fue golpeada en la nariz, el cual se puede observar el hematoma”; la afectada señaló directamente a su compañero sentimental - Melquidec Restrepo Tarazona – como el agresor, quien le propinó un “cabezazo en la nariz”, sujeto que “se encontraba dentro de la residencia, en el primer piso” y les confirmó que estaban discutiendo; como Yuleima Andreina Graterol Colmenares manifestó su interés de denunciar a su pareja – con quien residía “en el mismo domicilio” -, lo capturaron y la víctima fue trasladada a un centro médico; tras refrescar memoria, recordó que el lugar de los hechos fue la Calle 2 N° 0 W - 11 del barrio El Refugio de Piedecuesta.

En el contrainterrogatorio reiteró que Yuleima Andreina Graterol Colmenares le dijo que convivía con Melquidec Restrepo Tarazona, lo que éste le confirmó; no le vio alguna otra lesión, ni obtuvo datos de más personas porque no habían vecinos presentes; en el informe de captura plasmó que Yuleima Andreina Graterol Colmenares le quitó un cuchillo a Melquidec Restrepo Tarazona porque ella se lo dijo, pero no hallaron ese adminículo; la afectada era una mujer joven, de aproximadamente 1,50 cm de estatura; el capturado era “más robusto, bastante mayor para la femenina”; Melquidec Restrepo Tarazona no se opuso a la aprehensión y no tenía rastros de sangre; Yuleima Andreina Graterol Colmenares voluntariamente rindió una entrevista acerca de lo sucedido y solo conocieron que vivían juntos porque los directos involucrados así lo aceptaron.

2.2.4. A instancia de la defensa se recibió la declaración de Melquidec Restrepo Tarazona, quien – tras renunciar a su derecho de guardar silencio – dijo que conoció a Yuleima Andreina Graterol Colmenares en Venezuela, desde el 2017, permanecieron juntos uno o dos meses, no fue una relación formal, se separaron y poco tiempo después regresó a Colombia; a finales de 2018 la volvió a encontrar en un inmueble donde se hospedaba con una prima, pues iba de paso para Ecuador; aproximadamente en marzo de 2019 se reencontraron y le pidió guardar algunas maletas por alrededor de ocho días.

Aceptó que unos policías lo capturaron en el barrio El Refugio de Piedecuesta, concretamente en una casa que “había arrendado para vivir ahí”, a donde fue Yuleima Andreina Graterol Colmenares por sus maletas; el mismo día “que pensaba viajar, ella me solicitó un dinero, mismo dinero que yo no tenía; cuando llegó en horas de la noche, ella estaba en la puerta de afuera esperando para

sacar las maletas y noto la ausencia de alguna cosas”; le hace “el reclamo por la pérdida de algunas cosas y efectivamente encontré el dinero y un micrófono que se me había extraviado en ese momento”; Yuleima Andreina Graterol Colmenares vivía en una habitación con su prima y “yo solo guardaba sus maletas”; “cuando me entero de que ella tenía las pertenencias, le hago un reclamo, que me estaba era robando; ella se alteró y me pegó con un cable por la espalda”; él le pidió que se controlara, pero ella se fue a la cocina, tomó un cuchillo y le hizo un “lance” hacia el pecho; se defendió con su antebrazo, Yuleima Andreina Graterol Colmenares le hizo “dos lances más” y se vio obligado a encerrarse en la habitación; ella comenzó a golpear la puerta, a “insultarme y demás groserías como amenazas de muerte”; 40 minutos después llegaron los policiales, les abrió y “me capturan sin preguntarme nada; me llevan al hospital dos horas después y me devuelven a la estación y al siguiente día a Medicina Legal para rendir informe”; nunca estuvo casado con Yuleima Andreina Graterol Colmenares, tampoco convivieron.

En el contrainterrogatorio aseveró que Yuleima Andreina Graterol Colmenares arribó de Venezuela con un niño y él lo reconoció como suyo al llegar a Colombia porque ella “me informa que era mi hijo, por lo que reconoció el niño ante la notaría civil”; Yuleima Andreina Graterol Colmenares le pidió ayuda económica, “le informo que no tengo, después encontré mi dinero y un micrófono, a lo cual me estaba robando las pertenencias”.

2.3. Una vez analizado en su conjunto el acervo probatorio recaudado, bajo la óptica de las reglas de la sana critica, concluye la Colegiatura lo siguiente:

2.3.1. Evidentemente uno de los agentes captores - el policial Rubén Darío Arguello Bayona - estuvo presente en el lugar de los hechos objeto de juzgamiento porque – junto a un compañero – lo enviaron a atender un caso del barrio El Refugio de Piedecuesta, concretamente en la Calle 2 N° 0 W – 11, por una discusión de pareja; esa noche de marzo de 2019 los abordó Yuleima Andreina Graterol Colmenares - acompañada de un menor de edad – y les manifestó que su pareja sentimental - Melquidec Restrepo Tarazona - estaba adentro de la vivienda – en el primer piso -, discutieron, este último le propinó un “cabezazo en la nariz” - ciertamente observó el hematoma – y la intimidó con un arma cortopunzante, si bien no la hallaron, por lo que aceptó que plasmó ese hecho en el informe de captura porque Yuleima Andreina Graterol Colmenares se lo dijo; al anunciar la víctima su interés de denunciar a su pareja – con quien residía “en el mismo domicilio” -, lo capturaron y la víctima fue trasladada a un centro médico, a fin que atendieran sus lesiones.

Aseguró el gendarme que el propio encartado aceptó el hecho de la convivencia como verídico e, incluso, en el contrainterrogatorio reiteró que Yuleima Andreina Graterol Colmenares le dijo que convivía con Melquicid Restrepo Tarazona - lo que éste le confirmó -, aparte que al final insistió en que conocieron que vivían juntos porque los directos involucrados así lo expresaron.

2.3.2. El enjuiciado coincidió en gran parte de lo atrás reseñado porque admitió conocer a Yuleima Andreina Graterol Colmenares desde el 2017; también aceptó que la noche de los hechos juzgados discutió con aquella en una casa del barrio El Refugio de Piedecuesta y reconoció que se utilizó un cuchillo, con el cual se hicieron varios “lances”; sin embargo, adujo que él no lo usó, sino Yuleima Andreina Graterol Colmenares, dado que estaba alterada y descontrolada, pues le reclamó, al descubrir que le estaba robando un dinero y un micrófono; como igualmente le pegó con un cable por la espalda, se vio obligado a encerrarse en una habitación, ella comenzó a golpear la puerta, a insultarlo, decirle groserías y amenazarlo de muerte; 40 minutos después arribaron los estatales, les abrió y lo capturaron - sin preguntarle nada -, lo llevaron al hospital dos horas después, lo devolvieron a la estación de policía y al siguiente día a Medicina Legal.

También coincidió con el policial en su contrainterrogatorio, al indicar que Yuleima Andreina Graterol Colmenares arribó de Venezuela con un niño – el que la acompañaba esa noche, según lo comentado por el gendarme - y – además dijo el procesado - lo reconoció civilmente como suyo al llegar a Colombia, dado que ella le informó que era su hijo.

Lo que descartó tajantemente es que hubiera estado casado con Yuleima Andreina Graterol Colmenares, tampoco convivieron, en virtud a que en Venezuela permanecieron juntos – de modo informal - uno o dos meses, se separaron y poco tiempo después regresó a Colombia; a finales de 2018 la volvió a encontrar en un sitio donde se hospedaba con una prima, pues iba de paso para Ecuador; aproximadamente en marzo de 2019 se reencontraron y le pidió guardar algunas maletas por alrededor de ocho días en la casa que él “había arrendado para vivir”, en donde Yuleima Andreina Graterol Colmenares estuvo circunstancialmente la noche de los hechos juzgados, al ir a recoger sus maletas.

2.3.3. Aunque Yuleima Andreina Graterol Colmenares no compareció al juicio oral, carecen de lógica varias de las afirmaciones del procesado - en lo que no coincidió con la versión del policial -; en efecto:

2.3.3.1. De ser cierto que Yuleima Andreina Graterol Colmenares estuvo de paso rumbo a Ecuador a finales de 2018 y se reencontraron en marzo de 2019, aquella supuestamente tuvo en donde hospedarse, o sea, en un inmueble con una prima;

por lo tanto, no tiene sentido que la afectada le pidiera guardar las maletas por ocho días, si tenía donde dejarlas, precisamente en el lugar que habitaba con su prima.

2.3.3.2. El enjuiciado comentó que en horas de la noche arribó a la residencia que él tenía alquilada y Yuleima Andreina Graterol Colmenares “estaba en la puerta de afuera esperando para sacar las maletas y noto la ausencia de algunas cosas”; entonces, si la última estaba afuera de la casa del encartado porque no podía entrar ¿Cómo pudo ilícitamente apoderarse de algunas pertenencias del mismo?

2.3.3.3. El procesado aseveró que su relación con Yuleima Andreina Graterol Colmenares era netamente informal, ocasionalmente se encontraban y no convivían, pero optó por civilmente reconocer la paternidad de un hijo porque simplemente ella afirmó que era suyo, pese a las consecuencias legales que de ello se desprenden en el campo económico, de custodia y paternidad responsable, de una dimensión ampliamente superior a lo que aparentemente significaba el dinero y el micrófono del que dijo se había apoderado ilícitamente.

2.3.3.4. Del relato realizado por el encausado se deriva que fue víctima de la agresión física de Yuleima Andreina Graterol Colmenares; no obstante, el policial que atestiguó expresó que Melquicidec Restrepo Tarazona era más robusto que la joven – solo de aproximadamente 1,50 cm de estatura -, a más que el capturado no tenía rastros de sangre, de tal forma que difícilmente eso es cierto; de igual modo, resulta inexplicable que si eso fue lo que supuestamente aconteció y por ser Yuleima Andreina Graterol Colmenares la presunta agresora, sabía que sería la capturada, procediera a llamar a los gendarmes, en la medida que el agente Rubén Darío Arguello Bayona indicó que no obtuvo datos de más personas porque no habían vecinos presentes y el procesado no afirmó que los hubiera llamado telefónicamente; por el contrario, pasó algo diferente, pues aquella les contó que el enjuiciado la agredió y le propinó un “cabezazo en la nariz” – cuyo hematoma observó el policial -, lo cual motivó la denuncia penal que sirvió de sustento a las diligencias.

En consecuencia, la Sala observa que el encausado quiso aprovecharse de la deficiente labor investigativa de la agencia fiscal y rindió una versión de los hechos ajustada a su propio beneficio, aunque al contrastarla con la versión del agente captor, resulta frágil y constituye la denominada “falsa coartada” que se desvirtuó, al tener suficiente asidero probatorio el hecho que Yuleima Andreina Graterol Colmenares realmente convivía con Melquicidec Restrepo Tarazona en el citado inmueble del barrio El Refugio de Piedecuesta, careciendo la declaración del encartado de real poder suasorio, al concluirse que su narración merece limitada credibilidad y desde un principio la afectada lo sindicó por la comisión del punible

finalmente enrostrado.

Respecto de la apreciación de la prueba testimonial ha sostenido la alta Corte que “no se supedita a que las distintas declaraciones exhiban absoluta y total concordancia y uniformidad, sino a que posean consistencia en lo esencial del relato, de suerte que permitan forjar el conocimiento sobre el núcleo del mismo, con independencia de las variaciones que se adviertan respecto de particularidades tangenciales, que pueden modificarse por el paso del tiempo y otras circunstancias similares”; en el presente evento ni siquiera se vislumbra algún ánimo de retaliación por parte del policial que declaró en el juicio oral, por algún presunto conflicto previo con el encausado, sino que solo lo animó el interés de brindar un espontáneo y genuino relato de lo acaecido, sin que la defensa desvirtuara con contundencia la categórica y firme sindicación de que fue objeto su prohijado, de suficiente entidad para edificar – junto con lo corroborado por el enjuiciado - la materialidad de la ilícita conducta y su responsabilidad penal por la dolosa ejecución de un comportamiento, sin que obre alguna causal eximente que lo ampare.

Por consiguiente, al vulnerarse el bien jurídico de la unidad familiar y tener conciencia de la ilicitud, actuando como imputable, necesariamente debe revocarse el fallo de primer grado y en su lugar, emitir condena contra Melquicidec Restrepo Tarazona, máxime si no hacerlo podría propiciar “espacios de revictimización y negación de justicia”, de ahí que la apoderada de la afectada impugnó el fallo absolutorio y de no existir real interés en que se profiriera sentencia condenatoria porque nada sucedió como se denunció, hubiera bastado con no interponer el recurso de apelación, dado que la agencia fiscal – en representación del Estado – optó por no hacerlo.

3.- Al agotar el proceso de dosificación punitiva parte la Sala de la sanción contemplada en el artículo 229 de la Ley 599 de 2000 – modificado por la Ley 1850 de 2017 –, a saber, prisión de 48 a 96 meses de prisión y por lo tanto, acorde con lo previsto en el artículo 61 ibídem se procede a dividir el ámbito de movilidad en cuartos, a saber:

Sanción	1º Cuarto	2º Cuarto	3º Cuarto	4º Cuarto
Prisión	48 a 60 meses	60 meses 1 día a 72 meses	72 meses 1 día a 84 meses	84 meses 1 día a 96 meses

Luego de ubicarse en el cuarto mínimo porque no median circunstancias de mayor punibilidad y atendiendo los lineamientos consagrados en los incisos 3º y 4º del artículo 60 del Código Penal, la Colegiatura optará por imponer la sanción menor, a saber, cuarenta y ocho (48) meses de prisión y la accesoria de inhabilidad para

ejercer derechos y funciones públicas por igual lapso, montos proporcionales a la conducta ilícita reprochada.

4.- El artículo 63 de la Ley 599 de 2000 – modificado por el artículo 29 de la Ley 1709 de 2014, vigente al momento de comisión de los hechos - permite conceder la suspensión de la ejecución de la pena privativa de la libertad si (i) la sanción impuesta no excede de 4 años de prisión, (ii) la persona carece de antecedentes penales y (iii) no se trata de uno de los punibles contenidos en el inciso 2° del artículo 68A de la Ley 599 de 2000; sin embargo, si (iv) el condenado tiene antecedentes penales por delito doloso dentro de los cinco (5) años anteriores, se puede otorgar cuando los antecedentes personales, sociales y familiares del sentenciado sean indicativos de que no existe necesidad de ejecutar la pena, lo cual debe garantizarse mediante caución.

Pues bien, la pena impuesta a Melquidec Restrepo Tarazona es de 48 meses de prisión, es decir, igual al tope exigido por el legislador, pero en este caso la Ley 1709 de 2014 incluyó el inciso 2° del artículo 68A – vigente al momento de los hechos -, donde se prevé la imposibilidad de otorgar algún subrogado a quien resulte condenado por el punible de violencia intrafamiliar, así que para la Colegiatura está vedado reconocerle la suspensión de la ejecución de la pena privativa de la libertad, tampoco la prisión domiciliaria porque el artículo 38B ibidem también establece la prohibición de concederla por los delitos allí enlistados, por lo que una vez en firme la sentencia se ordenará que la aludida juez de conocimiento directamente libre la correspondiente orden de captura para el cumplimiento del fallo condenatorio o disponga que así lo haga la competente juez vigía, a fin que se ejecute al interior del panóptico que para tal efecto determine el INPEC.

Corolario de lo anterior, como el fallo de primer grado no se ajustó a la legalidad, será revocado y en su lugar, se condenará a Melquidec Restrepo Tarazona en las condiciones preanotadas, poniéndole de presente a la víctima el derecho que le asiste de eventualmente promover un incidente de reparación integral.

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 la sentencia proferida el 6 de septiembre de 2022 por la Juez Tercero Penal Municipal de Piedecuesta con funciones mixtas, en virtud de la cual absolvió a MELQUICIDEC RESTREPO TARAZONA del delito de VIOLENCIA INTRAFAMILIAR.

SEGUNDO.- CONDENAR a MELQUICIDEC RESTREPO TARAZONA a la pena de cuarenta y ocho (48) meses de prisión e inhabilidad para ejercer derechos y funciones públicas por igual lapso, como autor del delito de VIOLENCIA INTRAFAMILIAR.

TERCERO.- NEGAR a MELQUICIDEC RESTREPO TARAZONA la suspensión de la ejecución de la pena privativa de la libertad y la prisión domiciliaria, por lo que una vez en firme la sentencia se **ORDENA** que la aludida juez de conocimiento directamente libre la correspondiente orden de captura para el cumplimiento del fallo condenatorio o disponga que así lo haga la competente juez vigía, a fin que se ejecute al interior del panóptico que para tal efecto determine el INPEC.

CUARTO.- ADVERTIR a la víctima que - en firme el fallo - dentro de los treinta (30) días siguientes podrá promover el incidente de reparación integral ante el juez de primera instancia.

QUINTO.- COMUNICAR el fallo condenatorio según lo previsto en los artículos 166 y 462 de la Ley 906 de 2004 y **REMITIR** copia de la sentencia al competente juez de ejecución de penas, previa elaboración de la ficha técnica por el Juzgado Tercero Penal Municipal de Piedecuesta con funciones mixtas.

Contra la presente determinación procede la impugnación especial por el procesado y su defensor, al igual que el recurso extraordinario de casación por los demás sujetos procesales.

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

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

Aprobado en acta virtual N° 247 DE LA FECHA

CÚMPLASE.-

Los Magistrados,


JUAN CARLOS DIETTES LUNA

Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia


HAROLD MANUEL GARZÓN PEÑA


SHIRLE EUGENIA MERCADO LORA

SANDRA JULLIETH CORTÉS SAMACÁ
Secretaria

Revoca y condena

C/ Melquidec Restrepo Tarazona

D/ Juez 3° Penal Municipal de Piedecuesta Mixto



República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público

Distrito Judicial de Bucaramanga (Santander)
Tribunal Superior
Sala Penal

Magistrada ponente: Paola Raquel Álvarez Medina.

Radicado: 68081-6000-135-2020-00546-01 (21-022A).

Procesado: Daniel Torres Beltrán y Ricardo Antonio Trigos Múnera.

Delito: Hurto calificado y agravado.

Decisión: Modifica sentencia.

APROBADO ACTA No. 245

Bucaramanga, catorce (14) de marzo de dos mil veintitrés (2023)

ASUNTO

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la delegada de la Fiscalía General de la Nación, contra la sentencia del 19 de octubre de 2020, mediante la cual el Juzgado Cuarto Penal Municipal de Barrancabermeja en función de conocimiento, condenó a **Daniel Torres Beltrán** y **Ricardo Antonio Trigos Múnera**, a la pena de 12 y 24 meses de prisión, respectivamente, al hallarlos responsables penalmente del delito de hurto calificado y agravado.

HECHOS

Según el escrito de acusación, el 1º de junio de 2020, sobre las 06:30 p.m., en la transversal 43D N° 59-06 del barrio Versalles de Barrancabermeja, Daniel Torres Beltrán y Ricardo Antonio Trigos Múnera fueron capturados por agentes del orden, luego de que fueran sorprendidos a bordo de una motocicleta hurtando a la ciudadana Jenifer Paola Díaz, a quien amedrantaron con un arma blanca y despojaron de su teléfono celular marca Motorola, referencia Moto G, color vino tinto, avaluado en \$700.000 pesos. Torres Beltrán fue el encargado de conducir el velocípedo y Trigos Múnera el encargado de abordar de forma directa a la víctima.



*Apelación sentencia abreviada - Rad: 2020-00546-01 (21-022A).
Procesado: Daniel Torres Beltrán y Ricardo Antonio Trigos Múnera.
Decisión: Modifica sentencia del 19 de octubre de 2020.*

ACTUACIÓN PROCESAL

1. Entre el 2 y 3 de junio de 2020, ante el Juzgado Tercero Penal Municipal de Barrancabermeja, en función de control de garantías, se legalizó la captura de Daniel Torres Beltrán y Ricardo Antonio Trigos Múnera; asimismo, la agencia fiscal corrió traslado del escrito de acusación del procedimiento especial abreviado, acusándolos del delito de hurto calificado y agravado (arts. 239, 240 inc. 2º y 241 N° 10º del C.P.), donde manifestaron que aceptan los cargos; finalmente, a petición de la fiscalía, el despacho les impuso medida de aseguramiento consistente en detención preventiva en establecimiento carcelario.

2. El 9 de octubre de 2020, el Juzgado Cuarto Penal Municipal de Barrancabermeja en función de conocimiento, a quien correspondió por reparto la etapa de juzgamiento, luego de recibir el escrito de preacuerdo radicado por la agencia fiscal, en la que, a cambio de aceptar responsabilidad, degradaría la participación de autor a cómplices para efectos punitivos; en ese sentido, procedió a aprobar el mismo, atendiendo a que los acusados tuvieron conocimiento del mismo y aceptaron su responsabilidad por esa vía, de forma libre, consiente y voluntaria, debidamente asesorados por su defensor, conociendo las consecuencias del mismo; además, porque indemnizaron a la víctima, como se ve en el contrato de transacción; en ese sentido, dio paso al traslado del artículo 447 del C.P.P.

3. Mediante sentencia del 19 de octubre de 2020, el despacho cognoscente condenó a Daniel Torres Beltrán y Ricardo Antonio Trigos Múnera a la pena de 12 y 24 meses de prisión, respectivamente, 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, denegándoles el acceso a los subrogados penales, determinación contra la cual la agencia fiscal interpuso recurso de apelación, el cual sustentó dentro del término legal.



*Apelación sentencia abreviada - Rad: 2020-00546-01 (21-022A).
Procesado: Daniel Torres Beltrán y Ricardo Antonio Trigos
Múnera.
Decisión: Modifica sentencia del 19 de octubre de 2020.*

4. El 20 de enero de 2021 las diligencias ingresaron por reparto a esta magistratura, para lo de su cargo.

SENTENCIA IMPUGNADA

El juez de primera instancia estimó acreditada la ocurrencia del reato endilgado y la responsabilidad penal de Daniel Torres Beltrán y Ricardo Antonio Trigos Múnera con fundamento en la aceptación de cargos, por vía del preacuerdo, 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, el *a quo* los condenó a la pena de 12 y 24 meses de prisión, respectivamente, 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, así como la prisión domiciliaria transitoria de que trata el Decreto 546 de 2020.

En cuanto al proceso de tasación punitiva, el 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, quantum al que le descontó el 50% en virtud de lo reglado por el artículo 539 ibídem, por aceptación de cargos; asimismo, como el pacto consistió en degrada la participación de coautores a cómplices para efectos punitivos, otorgó otro descuento equivalente a la mitad de la pena a imponer; igualmente, se presenta el evento del artículo 268 del C.P., concediéndole una rebaja de 1/3 parte de la pena imponible y, finalmente, disminuyó la misma en la mitad, por virtud de la indemnización efectuada a la víctima (art. 269 ibídem).



*Apelación sentencia abreviada - Rad: 2020-00546-01 (21-022A).
Procesado: Daniel Torres Beltrán y Ricardo Antonio Trigos
Múnera.
Decisión: Modifica sentencia del 19 de octubre de 2020.*

Respecto de Ricardo Antonio Trigos Múnera se ubicó en el segundo cuarto de movilidad, cuya pena oscila de 192 a 240 meses de prisión, dado que cuenta con antecedente judicial por el delito de hurto calificado y agravado cuya sentencia data del 5 de septiembre de 2019, pero aplicó los descuentos punitivos antes referidos, a excepción de lo contemplado en el artículo 268 del C.P. por el referido antecedente.

RECURSO DE APELACIÓN

La delegada de la Fiscalía General de la Nación solicita que se revoque la sentencia de primera instancia, dado que el preacuerdo celebrado entre la fiscalía y los encartados consistió en que, a cambio de aceptar responsabilidad penal, se degrada su participación a cómplices, de acuerdo a lo previsto en el inciso 2° del artículo 30 del C.P., términos sobre los cuales fue aceptado por el juzgador, luego de lo cual, en el traslado del artículo 447 del C.P.P., puso de presente la existencia de antecedentes penales respecto de Ricardo Antonio.

En la sentencia condenatoria emitida el 19 de octubre de 2020, se inscribió en el acápite de punibilidad que, frente a Daniel Torres Beltrán, el juez de conocimiento partía del cuarto mínimo que va de 144 a 192 meses de prisión, por carecer de antecedentes, disminuyéndola a la mitad por aceptación de cargos, por el preacuerdo otro 50% de descuento de pena por la degradación de la participación a cómplice y, las disminuciones de los artículos 268 y 269 del C.P.; igualmente, lo mismo ocurrió respecto de Ricardo Antonio, pero no se le aplicó el descuento del artículo 268 ibídem.

Por lo anterior, considera que se otorgó a los condenados dos beneficios, rompiendo con el principio de legalidad, pues descontó pena por aceptación de cargos y por virtud del preacuerdo, interpretando equivocadamente los efectos generados con dicha negociación, pues el artículo 351 del C.P.P. es claro en establecer esa figura que al realizarse un cambio favorable en la



*Apelación sentencia abreviada - Rad: 2020-00546-01 (21-022A).
Procesado: Daniel Torres Beltrán y Ricardo Antonio Trigos
Múnera.
Decisión: Modifica sentencia del 19 de octubre de 2020.*

imputación respecto de la pena a imponer, constituirá la única rebaja compensatoria del mismo; en ese sentido, propone que se modifique la pena fijada y, en consecuencia, se imponga a Torres Beltrán una que oscile entre 24 y 53 meses y a Trigos Múnera una que oscile entre 32 a 66,66 meses de prisión.

NO RECURRENTES.

1. El Personero Municipal, como delegado del Ministerio Público, dijo que efectivamente el juez de primer grado confunde la aceptación de cargos y el preacuerdo, pudiendo en este último escenario un solo descuento, por lo que solicita que se revoque el fallo condenatorio para que se le imponga a los sentenciados la pena que corresponde.

2. El defensor de los procesados pide que se mantenga incólume la sentencia recurrida, pues la aceptación de cargos surgió del cuestionamiento realizado por el juez a sus prohijados, quienes de forma voluntaria se allanaron a los cargos, mientras que la rebaja consagrada con el preacuerdo fue por conducto de la degradación de la participación a cómplices, máxime que no se realizó la modificación de la calificación jurídica ni se eliminó el agravante.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. La delegada de la Fiscalía General de la Nación pretende que se modifique la pena impuesta a Daniel Torres Beltrán y Ricardo Antonio Trigos Múnera, pues vulnerando el principio de legalidad, el juez de primer grado otorgó dos descuentos punitivos, contraviniendo las disposiciones legales, dado que rebajó un 50% la pena por aceptación de cargos y, otro 50% por la degradación de la participación a cómplices, en virtud del preacuerdo, cuando ello se encuentra prohibido, como ha sido desarrollado jurisprudencialmente, debiendo otorgar solo el segundo, que fue objeto de negociación, mismo que se equipara a la aceptación de cargos por esa vía.



Apelación sentencia abreviada - Rad: 2020-00546-01 (21-022A).
Procesado: Daniel Torres Beltrán y Ricardo Antonio Trigos Múnera.
Decisión: Modifica sentencia del 19 de octubre de 2020.

2. En efecto, la Sala considera que le asiste razón a la opugnadora, pues el juzgador otorgó doble descuento punitivo a los encartados, sobrepasando los linderos legales, en virtud de la negociación celebrada, pues cierto es que el pacto en comento se cimento únicamente bajo la condición de que, Daniel Torres Beltrán y Ricardo Antonio Trigos Múnera aceptaban responsabilidad penal a cambio de que se degradara¹ su participación a cómplices, para efectos punitivos, como lo prevé el artículo 30 inciso 2° del Código Penal; en ese sentido, resulta improcedente que adicionalmente, desbordando el *a quo* su intervención en la misma, otorgue un descuento (50%) adicional en virtud del allanamiento a cargos, precisamente porque como contraprestación a tal renuncia, ya se concedió una única rebaja, como lo prevé el artículo 351 del C.P.P.

Sobre este tópico se expresó la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia:

“Y aunque es perfectamente posible acordar la degradación de la participación de determinadores a intervinientes, porque el artículo 350-2 de la Ley 906 de 2004 permite que se <<tipifique la conducta...de una forma específica con miras a disminuir la pena>>, en este evento no podía hacerse concurrir con la rebaja del 50 % de la pena, pues ello equivale a conceder doble beneficio, situación prohibida en el artículo 351 de esa normativa.”²

En ese sentido, en garantía del principio de legalidad de los delitos y las penas, corresponde a la Sala actuar como juez de instancia y ajustar el proceso de dosificación punitiva en ese sentido, máxime que la pena no fue fijada en dicha negociación:

“La accionante olvida que en ningún caso la Ley despoja al juez de la potestad de fijar e imponer la pena, no obstante que en el inciso final adicionado al artículo 61 del Código Penal por el artículo 3° de la Ley 890 de 2004, dispone que el sistema de cuartos en el proceso de individualización de la pena no se aplicará en los casos de preacuerdos, únicamente cuando en forma expresa se haya especificado la cantidad de pena convenida, respetando el principio de legalidad, como ha tenido la oportunidad de reiterarlo la Sala: (...)

¹ Pág. 153 del Expediente Electrónico. Escrito de preacuerdo.

² SP708 – 2020. Radicación # 48916 del 17 de junio de 2020.



Apelación sentencia abreviada - Rad: 2020-00546-01 (21-022A).
Procesado: Daniel Torres Beltrán y Ricardo Antonio Trigos
Múnera.
Decisión: Modifica sentencia del 19 de octubre de 2020.

Lo anterior para precisar que solo en los eventos en los cuales las partes hayan acordado la cantidad de pena, de ajustarse al principio de legalidad, esa convención es vinculante para el juez, quien no puede aplicar un monto superior. De lo contrario, el juez fallador -para individualizar la sanción- no le queda alternativa distinta que acudir al sistema de cuartos.

En el asunto bajo examen, de manera expresa se indicó por la Fiscalía, y así lo admitió el acusado, con la asesoría y aval de un defensor distinto de la ahora impugnante, que el único beneficio por la aceptación de culpabilidad era la modificación de la forma de participación en la realización de la conducta, degradada a la complicidad, a fin de que las penas se fijaran conforme a las previstas para esa modalidad, por consiguiente, no le quedaba de otra al fallador de aplicar el sistema de cuartos como base para la dosificación punitiva.

Por ende, no se podía pactar o negociar otro beneficio distinto a la modificación de la participación, pues de lo contrario hubiese contrariado lo dispuesto en la Ley a asignar la concesión de un beneficio adicional al pactado.” (Subrayado de la Sala).

3. Dosificación punitiva.

En ese sentido, el delito de hurto calificado y agravado (arts. 239, 240 inc. 2º y 241 N° 10 del C.P.) prevé una pena imponible que oscila de 144 a 336 meses de prisión. Entonces, en este punto deberá realizarse el ejercicio de dosificación punitiva de manera individual a cada encartado.

3.1. Respecto de **Daniel Torres Beltrán**, en virtud del preacuerdo celebrado con la fiscalía, al degradarse la participación a cómplice, para efectos punitivos, sin base fáctica, se otorgará una rebaja de la mitad a 1/6 parte de la pena, conforme al artículo 30 del C.P., quedando los extremos punitivos de 72 a 280 meses de prisión; ahora, se dará aplicación al contenido del artículo 268 del C.P., pues como lo indicó el juez de primer grado, el valor de lo hurtado no excede un (1) s.m.l.m. vigente para el año 2020 - \$877.802- ni cuenta con antecedentes penales, sin que se advierta que con la conducta desplegada hubiera causado un grave daño a la víctima, frente a su situación económica, máxime que la indemnizó; así las cosas, la pena imponible oscilará entre 36 meses y, 186 meses y 20 días de prisión, como resultado de disminuir de una tercera parte a la mitad los guarismos anteriores (72 a 280 meses de prisión).



*Apelación sentencia abreviada - Rad: 2020-00546-01 (21-022A).
Procesado: Daniel Torres Beltrán y Ricardo Antonio Trigos
Múnera.
Decisión: Modifica sentencia del 19 de octubre de 2020.*

Ahora, procedemos a determinar el sistema de cuartos, con un ámbito de movilidad de 37 meses y 20 días, así:

- Cuarto mínimo: de 36 meses a 73 meses y 20 días de prisión.
- Cuartos medios: de 73 meses y 21 días, a 149 meses de prisión.
- Cuarto máximo: 149 meses y 1 día, a 186 meses y 20 días de prisión.

Entonces, nos ubicamos en el cuarto mínimo - de 36 meses a 73 meses y 20 días de prisión-, dado que concurre una circunstancia de menor punibilidad, pues Torres Beltrán carece de antecedentes penales; así las cosas, tomamos la pena mínima equivalente a 36 meses de prisión, a la cual se aplicará la circunstancia pos delictual prevista en el artículo 269 ibídem, dado que los encartados indemnizaron a la víctima, como se desprende del contrato de transacción en el que constan que le entregaron la suma de \$ 400.000 pesos y se restituyó lo hurtado, otorgándole un descuento de la $\frac{1}{2}$ de la pena a imponer, por lo que la pena definitiva queda en 18 meses de prisión.

3.2. De otro lado, en cuanto a **Ricardo Antonio Trigos Múnera**, en virtud del preacuerdo celebrado con la fiscalía, al degradarse la participación a cómplice, para efectos punitivos, sin base fáctica, se otorgará una rebaja de la mitad a 1/6 parte de la pena, conforme al artículo 30 del C.P., quedando los extremos punitivos de 72 a 280 meses de prisión; empero, no se dará aplicación al contenido del artículo 268 del C.P., pues como lo indicó el juez de primer grado, el 5 de febrero de 2019 fue condenado por el Juzgado Tercero Penal Municipal de Barrancabermeja por el delito de hurto calificado y agravado, determinación que se encuentra en firme y constituye un antecedente judicial.

Ahora, procedemos a determinar el sistema de cuartos, con un ámbito de movilidad de 52 meses, así:

- Cuarto mínimo: de 72 meses a 124 meses de prisión.
- Cuartos medios: de 124 meses y 1 día, a 228 meses de prisión.



*Apelación sentencia abreviada - Rad: 2020-00546-01 (21-022A).
Procesado: Daniel Torres Beltrán y Ricardo Antonio Trigos
Múnera.
Decisión: Modifica sentencia del 19 de octubre de 2020.*

-Cuarto máximo: 228 meses y 1 día, a 280 meses de prisión.

Entonces, nos ubicamos en el cuarto mínimo - de 72 meses a 124 meses de prisión-, dado que no concurren circunstancias de mayor punibilidad, con base en lo reglado por el artículo 58 del Código Penal vigente para la época de los hechos -1º de junio de 2020; así las cosas, tomamos la pena mínima equivalente a 72 meses de prisión, a la cual se aplicará la circunstancia pos delictual prevista en el artículo 269 ibídem, dado que los encartados indemnizaron a la víctima, como se desprende del contrato de transacción en el que constan que le entregaron la suma de \$400.000 pesos y se restituyó lo hurtado, otorgándole un descuento de la $\frac{1}{2}$ de la pena a imponer, por lo que la pena definitiva queda en 36 meses de prisión.

4. En consecuencia, la Sala modificará la sentencia recurrida, en el sentido de fijar las penas impuestas a Daniel Torres Beltrán en 18 meses de prisión, y a Ricardo Antonio Trigos Múnera en 36 meses de prisión, como coautores responsables de la conducta punible de hurto calificado y agravado, prevista en los artículos 239, 240 inciso 2º y 241 numeral 10º de la Ley 599 de 2000, lo que se reflejará en la accesoria de inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas, por el mismo término de la pena principal, quedando incólume lo demás, sin que con ello se trasgreda el principio de la no reforma peyorativa pues la defensa ni los procesados son apelantes únicos.

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 la sentencia confutada en el sentido que la pena impuesta a Daniel Torres Beltrán es de 18 meses de prisión, y a Ricardo Antonio Trigos Múnera de 36 meses de prisión, como coautores responsables de la conducta punible de hurto calificado y agravado, prevista en los artículos 239, 240 inciso 2º y 241 numeral 10º de la Ley 599 de 2000,



Apelación sentencia abreviada - Rad: 2020-00546-01 (21-022A).
Procesado: Daniel Torres Beltrán y Ricardo Antonio Trigos
Múnera.
Decisión: Modifica sentencia del 19 de octubre de 2020.

así como la accesoria de inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas, por el mismo término de la pena principal.

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

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 **22 DE FEBRERO DE 2023.**

*El expediente obra en un cuaderno digital de
OneDrive*



Magistrado ponente	Harold Manuel Garzón Peña (Despacho 6)
Radicación	68001-60-00-159-2020-05237-01 (CI 895)
Asunto	Apelación sentencia preacuerdo - Ley 906 de 2004
Procedencia	Juzgado 9º Penal del Circuito de Bucaramanga
Procesado	Ángel de Jesús Piñérez Suárez
Delito	Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes
Decisión	Confirmar
Fecha de registro	20 de febrero de 2023
Fecha de aprobación	23 de febrero de 2023
Acta de aprobación No.	158

Bucaramanga (Santander), veintitrés (23) de febrero de dos mil veintitrés (2023)

MATERIA DE ESTUDIO

El recurso de apelación interpuesto y sustentado por el titular de la defensa técnica contra la sentencia proferida el 21 de junio de 2022, mediante la cual el Juez 9º Penal del Circuito de Bucaramanga condenó, en virtud de preacuerdo, a ÁNGEL DE JESÚS PIÑÉREZ SUÁREZ como autor del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes.

ANTECEDENTES

a) Hechos jurídicamente relevantes.

El 10 de octubre de 2020, siendo aproximadamente las 14:10 horas, miembros de la Policía Nacional interceptaron en la calle 22 con Bulevar Santander, frente a la nomenclatura 15-55 del barrio San Francisco, a ÁNGEL DE JESÚS PIÑÉREZ SUÁREZ cuando transportaba en un vehículo tipo furgón, color rojo de placas SMG-821, 540 paquetes que contenían 291.600 gramos de marihuana.

b) Actuación procesal.

El 11 de octubre de 2020, en audiencia preliminar celebrada ante el Juez 16 Penal Municipal de Bucaramanga con función de control de garantías, la fiscalía formuló imputación al señor PIÑÉREZ SUÁREZ, endilgándole el cargo de autor del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, verbo rector *transportar*, según lo



previsto en el inciso 1° del artículo 376 del Código Penal, cargo que no aceptó. En la misma fecha, se le impuso medida de aseguramiento privativa de la libertad en su domicilio.

Radicado el escrito de acusación, correspondió por reparto del 15 de diciembre de 2020 al Juzgado 9° Penal del Circuito de esta ciudad, despacho que adelantó la formulación oral respectiva el 10 de mayo de 2021.

El 1° de diciembre de 2021, cuando se llevaría a cabo la audiencia preparatoria, la fiscalía sustentó un preacuerdo celebrado entre las partes, en virtud del cual, el encartado acepta su responsabilidad en las conductas endilgadas a cambio de ser sancionado como un cómplice, acordándose las penas de 64 meses de prisión y 677 salarios mínimos legales mensuales vigentes de multa. Verificada la legalidad del convenio y habiendo constatado que la aceptación de cargos se realizó de forma libre, consciente y voluntaria, el juzgador aprobó el preacuerdo, anunció el sentido condenatorio del fallo e inició el traslado de que trata el artículo 447 del C. de P.P., el cual se concluyó el 7 de marzo de 2022.

De la respectiva sentencia se corrió traslado a las partes el 21 de junio siguiente. Contra esa decisión, la defensa interpuso el recurso que resuelve ahora la Sala.

c) Sentencia de primera instancia.

Como fundamento de la decisión condenatoria, el juez de primera instancia señaló:

El procesado aceptó su responsabilidad de forma libre, consciente, voluntaria e informada. Además, existen pruebas que respaldan mínimamente la acusación, como el informe de captura en flagrancia de fecha del 10 de octubre de 2020, el acta de incautación de elementos del 10 de octubre de 2020, el



informe ejecutivo del 11 de octubre de 2020, las declaraciones de los patrulleros CRISTIAN CAMILO RODRÍGUEZ y JORGE ELIECER CARVAJAL GALVIS, entre otras. Así mismo, los términos del preacuerdo respetan el principio de legalidad.

Dicho ello, impuso las penas pactadas entre las partes, es decir, las de 64 meses de prisión y 667 salarios mínimos legales mensuales vigentes de multa. Así mismo, le impuso la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por un término igual al de la pena privativa de la libertad, al tiempo que le negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria con sustento en la exclusión contemplada en el artículo 68A del C.P.

Por otro lado, denegó el segundo mecanismo sustitutivo en calidad de padre cabeza de familia, al considerar no probado que sus padres dependan de él en forma exclusiva por ausencia absoluta de otros familiares y que no estén en capacidad de velar por su propio bienestar.

d) Razones de la impugnación.

Inconforme con la decisión, el titular de la defensa técnica demandó su revocatoria parcial para que se conceda a su prohijado la prisión domiciliaria, para lo cual adujo que el juzgador no analizó todos los elementos aportados para acreditar tal condición y se limitó a realizar un análisis superficial del asunto, ignorando la calidad de desplazados de sus padres y el hacinamiento que aqueja a los centros carcelarios del país.

e) Intervención de los no recurrentes.

Guardaron silencio.



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 conocer del recurso de apelación interpuesto por la defensa contra la sentencia de primera instancia, por haber sido esta proferida por un juez penal del circuito perteneciente a este distrito judicial.

b) Problemas jurídicos a resolver.

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

¿Puede concederse el mecanismo sustitutivo de la prisión domiciliaria a ÁNGEL DE JESÚS PIÑÉREZ SUÁREZ en calidad de padre cabeza de familia?

c) Caso concreto.

De la prisión domiciliaria ante la calidad de padre cabeza de familia.

Es posible conceder la prisión domiciliaria a quien acredita su calidad de padre o madre cabeza de familia cuando se dan los presupuestos objetivos y subjetivos consagrados en el artículo 1º de la Ley 750 de 2002, como lo son:

“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.

Que se garantice mediante caución el cumplimiento de las siguientes obligaciones:

Cuando sea el caso, solicitar al funcionario judicial autorización para cambiar de residencia.

Observar buena conducta en general y en particular respecto de las personas a cargo.

Comparecer personalmente ante la autoridad judicial que vigile el cumplimiento de la pena cuando fuere requerida para ello.

Permitir la entrada a la residencia, a los servidores públicos encargados de realizar la vigilancia del cumplimiento de la reclusión y cumplir las demás condiciones de seguridad impuestas en la sentencia, por el funcionario judicial encargado de la vigilancia de la pena y cumplir la reglamentación del INPEC.”

Por lo que, como es apenas lógico, para obtener la concesión de la prisión domiciliaria por ser madre o padre cabeza de familia, debe acreditarse en primer lugar dicha calidad.

Sobre el asunto, impera precisar que, conforme lo señala el artículo 2º de la Ley 82 de 1993, modificado por el artículo 1º de la Ley 1232 de 2008, la condición de mujer cabeza de familia se predica de:

“quien, siendo soltera o casada, ejerce la jefatura femenina de 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.”



Por eso mismo, de conformidad con lo indicado por la Corte Constitucional mediante sentencia C-154 de 2007:

“En el evento en que el niño, niña o adolescente “esté al cuidado de otro familiar o que en virtud de sus condiciones particulares reciba el sustento de otra fuente o, incluso, habilitado por una edad propicia, se encuentre trabajando y provea lo necesario para su subsistencia, podrían considerarse como circunstancias exceptivas que darían lugar a impedir, según la valoración del juez, que se conceda el sustituto de la detención domiciliaria.”

Intelección que resulta aplicable a los casos en que la calidad de padre o madre cabeza de familia se alega con respecto a otras personas incapaces o incapacitadas para trabajar.

El caso bajo estudio.

Para acreditar la condición de padre cabeza de familia del procesado, la defensa aportó copia de tres certificados del Grupo Interno de Trabajo de Orientación Registro y Asignación de Casos de Víctimas en el Marco de Justicia Transicional, en los que se señala que el procesado y sus padres, el señor CLODOMIRO PIÑÉREZ GÓMEZ y la señora TERESA SUÁREZ DE PORRAS ostentan la calidad de víctimas del conflicto armado, comoquiera que la Fiscalía 20 Seccional de Aguachica adelantó investigación judicial por los delitos de desaparición forzada y homicidio de RAMIRO PIÑÉREZ SUÁREZ, hermano del acusado, cuyo registro de defunción con fecha del 26 de julio de 1995, también allegó la defensa.

Presentó la epicrisis del señor CLODOMIRO PIÑÉREZ, de 78 años, la cual confirma que tiene la enfermedad de “Chagas” que afecta el corazón, insuficiencia cardiaca congestiva, una enfermedad pulmonar obstructiva crónica, fibrilación y aleteo auricular e igualmente la historia clínica de la



señora TERESA SUÁREZ DE PORRAS, de 82 años, quien fue diagnosticada con hipoacusia, ambas historias clínicas expedidas por la Fundación Cardiovascular de Colombia.

Allegó constancia del registrador municipal del estado civil de San Martín (Cesar), donde se certificó que la cedula 77'130.771, expedida en esa misma localidad, correspondía al señor RAMIRO SUÁREZ PIÑÉREZ, nacido el 30 de junio de 1969.

Finalmente aportó dos declaraciones extraprocesales emitidas por la Notaria Única de San Alberto (Cesar), en las que los señores WILSON SUÁREZ SIERRA y ANDREA PAOLA LOZANO SUÁREZ declararon que conocen, desde hace 35 y 20 años al procesado respectivamente, que saben de la responsabilidad del señor PIÑÉREZ con sus padres, que comparten techo y que dependen económicamente de él, ya que aquellos no trabajaban.

En ese estado de cosas, para la Sala no se acreditó el cumplimiento de los requisitos necesarios para acceder a la prisión domiciliaria en calidad de padre cabeza de familia. Para empezar, el defensor no probó la relación de parentesco existente entre el procesado con el señor CLODOMIRO PIÑÉREZ GÓMEZ y la señora TERESA SUÁREZ DE PORRAS, para lo cual habría bastado con aportar el registro civil de nacimiento del encartado. En segundo lugar, aunque sí se alegó que ÁNGEL DE JESÚS es la única persona encargada del cuidado de los mencionados adultos mayores, ello no se acreditó en manera alguna y por el contrario, son varias las razones que llevan a la Sala a pensar que no es así.

Nótese que, según el defensor, los señores CLODOMIRO y TERESA residen en el municipio de San Martín (Cesar) y obsérvese, además, que el procesado fue



capturado en esta ciudad, en la fecha indicada. Con esa información, resulta razonable preguntarse, quién se encargaba entonces del cuidado de aquellos en ausencia de ÁNGEL DE JESÚS, pues si es cierto que esos adultos mayores no pueden valerse por sí mismos, mientras el encartado transportaba la conocida carga ilícita, alguien debía auxiliarlos y procurar su cuidado.

En línea con ello, llama la atención de la Sala el que WILSON SUÁREZ SIERRA y ANDREA PAOLA LOZANO SUÁREZ, quienes rindieron declaración extra procesal en el sentido ya indicado, compartan con ÁNGEL DE JESÚS su apellido, digan conocerlo desde hace 20 y 35 años y sean residentes precisamente del municipio de San Martín (Cesar). A ello súmese que, al momento de su captura, indicó que era su deseo que informara de su aprehensión a la señora MARTHA SUÁREZ, todo lo cual sugiere que los referidos sujetos pueden ser sus familiares y estar entonces llamados a solventar las necesidades de CLODOMIRO y TERESA, posibilidad que no puede descartarse con la poca o ninguna información aportada por la defensa sobre la ausencia absoluta de otros familiares que deban encargarse de dicha labor.

De hecho, en diligencia de verificación de arraigo adelantada el día de su captura informó ser padre de 4 hijos, hecho reiterado en audiencia de imposición de medida de aseguramiento¹, descendientes en los cuales podría recaer el deber de cuidar de sus abuelos, en caso de tener edad para hacerlo.

Por si ello fuera poco, aun de haberse probado suficientemente la ausencia absoluta de otros familiares, lo que, se reitera, no ocurrió, el comportamiento del procesado no permite concluir que no pondrá en peligro a la comunidad

¹ Récord 1:21:48



en caso de permitírsele purgar la pena en su lugar del domicilio. Es que el comportamiento delictivo por el cual se le procesa en esta causa resulta ser de suma gravedad, habida cuenta de que fue capturado transportando casi 300 kilos de sustancia estupefaciente, participando así de la cadena del narcotráfico, lo que sugiere para la Sala la necesidad de que curse su proceso de reinserción social en un centro penitenciario, alejado de toda posibilidad de continuar con una similar actividad delictiva.

Con ello, claro está, no se acude a criterios peligrosistas o al proscrito derecho penal de autor. Sucede más bien que la Ley 750 de 2002 obliga al juzgador a tener en cuenta el desempeño personal, laboral, familiar y social del infractor, dentro del cual se incluye, por supuesto, la comisión de la conducta punible que motivó la presente actuación, caracterizada por el enorme daño potencial que representó para la salud pública, dada la abultada cantidad de sustancia estupefaciente que el procesado transportaba por el territorio nacional. Así razonó la Corte Suprema de Justicia en el pasado al considerar que la gravedad de la conducta punible debe valorarse para determinar la viabilidad de conceder la prisión domiciliaria en calidad de padre o madre cabeza de familia².

Todo lo anterior, valga advertirlo, no constituye un desconocimiento del estado de cosas inconstitucional declarado frente a la deplorable situación de hacinamiento carcelario que afronta el país. Sin embargo, esa lamentable situación no habilita al juez a flanquear las talanqueras que el legislador fijó para garantizar que el instituto de la prisión domiciliaria para padre o madre cabeza de familia se conceda solo en aquellos casos en que pueda concluirse con el debido soporte probatorio que el procesado puede velar por el bienestar

² CSJ AP, 22 oct. 2014, rad. 40.789 y CSJ AP 15 sep. 2021, rad. 58.099.



República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público

Distrito Judicial de Bucaramanga (Santander)
Tribunal Superior
Sala Penal

de sus parientes que, sin contar con otros familiares, dependan de forma exclusiva de sus cuidados, sin poner en peligro a la comunidad.

Por consiguiente, al no encontrar razón en los reparos del opugnador, la Sala confirmará la providencia apelada en todo lo que fue objeto de concreta impugnación.

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

RESUELVE

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

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



República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público

Distrito Judicial de Bucaramanga (Santander)
Tribunal Superior
Sala Penal

A handwritten signature in blue ink, appearing to read 'Guillermo Ángel Ramírez Espinosa', written over a horizontal line.

GUILLERMO ÁNGEL RAMÍREZ ESPINOSA

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SALA DE DECISIÓN PENAL

MAGISTRADO PONENTE: GUILLERMO ÁNGEL RAMÍREZ ESPINOSA

Bucaramanga, veintitrés (23) de marzo dos mil veintitrés (2023)
Discutido y Aprobado virtualmente por Acta No. 281.

OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por la defensa contra la sentencia del 20 de agosto de 2020, proferida por el Juzgado Octavo Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Bucaramanga, mediante la cual declaró responsable a **Clara Esther Lizcano Álvarez** del delito de **tráfico, fabricación o porte de estupefacientes**; conforme lo descrito en el artículo 179 del Código de Procedimiento Penal.

HECHOS

Fueron narrados por la instancia de la siguiente manera¹: *«Tuvieron lugar el 21 de septiembre de 2019, a las 6 y 32 horas, en una diligencia de allanamiento y registro que tuvo lugar en la carrera 19 número 1B-32 del Barrio Transición de esta ciudad, lugar en el que Clara Esther Lizcano Álvarez fue sorprendida almacenando 112.8 gramos de cocaína y derivados, junto a una serie de bolsas plásticas y a 400 mil pesos en efectivo. Por estos hechos, esta ciudadana fue acusada por el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes previsto en el inciso tercero del artículo 376 del Código Penal.»*

¹ Archivo No. 4 expediente digitalizado.

ACTUACIÓN PROCESAL

En audiencia preliminar del 22 de septiembre de 2019², ante el Juzgado Veintiuno Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Bucaramanga, se legalizó diligencia de allanamiento y registro, la captura de **Clara Esther Lizcano Álvarez** y la incautación de dinero con fines de comiso, además de formularle imputación por el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes (art. 376 inciso 3 del CP), cargos que no fueron aceptado por la procesada. Finalmente se le impuso medida de aseguramiento de detención preventiva en su lugar de residencia.

Las diligencias fueron asignadas al Juzgado Octavo Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bucaramanga, quien celebró audiencia de verificación de preacuerdo el 15 de enero de 2020³, donde se le otorgó la calidad de cómplice, se pactó como pena la de 48 meses de prisión y multa de 62 SMLMV, verificados los requisitos se le impartió aprobación, sin que tal decisión fuera objeto de recurso alguno.

En la misma diligencia la fiscalía intervino conforme al artículo 447 del CPP, en tanto que la defensa pidió aplazamiento, verificándose lo propio en sesión del 20 de agosto de 2020⁴, fecha en la que se profirió el fallo condenatorio, que fue objeto de apelación por la defensa.

SENTENCIA RECURRIDA

Mediante providencia de 20 de agosto de 2020⁵, el Juzgado Octavo Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Bucaramanga declaró penalmente responsable a Clara Esther Lizcano Álvarez, como autora del

² Archivo No. 1 cuaderno digitalizado.

³ Archivo No. 3 cuaderno digitalizado.

⁴ Archivo No. 5 cuaderno digitalizado.

⁵ Archivo No. 4 cuaderno digitalizado.

delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, en virtud del preacuerdo le reconoció la rebaja correspondiente a la complicidad, en consecuencia, le impuso las penas 48 meses de prisión, multa de 62 smlmv e inhabilitación para el ejercicio de derecho y funciones públicas por el mismo término de la primera.

Como fundamento de su decisión, el juez de instancia adujo que existe un mínimo de prueba que permite dar respaldo a la aceptación de responsabilidad, anotando que obran como elementos materiales el informe del registro y allanamiento adelantado en la residencia de la acusada, donde se encontró una sustancia que sometida a la prueba de PIPH, arrojó resultados positivos para cocaína y sus derivados en un peso neto de 112,8 gramos.

Indicó que el acuerdo se aviene a las previsiones del artículo 351 del CPP, que permite al fiscal negociar los hechos imputados y sus consecuencias, para el caso un grado de participación más benigno como es el del cómplice, lo que se dejó claro es la única rebaja compensatoria por el acuerdo, advirtiendo que las partes fijaron las sanciones a imponer; así mismo dijo le condenará a la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por un término igual al de la pena de prisión, conforme con los artículos 51 y 52 del Código Penal.

Sobre los subrogados y sustitutos señaló que de acuerdo a la Ley 1709 de 2014, modificatoria de los artículos 63 y 38 del Código Penal, no proceden frente a delitos relacionados en el inciso segundo de artículo 68A ibídem, dentro de los que se encuentra el tráfico de estupefacientes.

En cuanto a la domiciliaria como cabeza de familia, sobre el argumento de la defensa que la procesada tiene a cargo a su progenitora de la tercera, indicó que el artículo 461 del CPP permite que la pena de prisión intramuros

se sustituya por la residencia en los mismos eventos previstos para la sustitución de la detención preventiva, consagrados en el artículo 314 ibidem, sin embargo, como se pretende con vocación de permanencia respecto de la pena fijada, la competencia es exclusiva de los jueces de ejecución de penas, como lo ha indicado la jurisprudencia, citando y transcribiendo la providencia SP024-2019 del 23 de enero de 2019, radicado 53602.

EL RECURSO

La defensa de la procesada apeló el fallo con el propósito específico que se le conceda la prisión domiciliaria por madre cabeza de hogar, argumentando que su prohijada está al frente del cuidado personal de su madre octogenaria María Teresa Álvarez de Lizcano, además de deprecar que se aplique la excepción de incondicionalidad del artículo 4 Superior, mientras desaparece el virus COVID-19.

Arguyó que el a-quo no accedió a aplazar la audiencia del artículo 447 del CPP, por lo que se llevó a cabo la diligencia con unos elementos materiales probatorios que le enviaron por el correo electrónico, anotando que la progenitora de la encartada requiere de su ayuda al haber sufrido un accidente en casa, que derivó en un estado de postración, siendo aquella la única ayuda que posee.

Censuró lo afirmado acerca de la posibilidad de solicitar lo propio ante los jueces de ejecución de penas, trámite que afirmó congestiona la Rama Judicial y retrasa la decisión por un año más, sin que nadie pueda velar por la atención de la adulta mayor, alegando también lo establecido por el Decreto 546 de 2020 para el otorgamiento de la prisión domiciliaria mientras se descubre y aplica la vacuna contra el COVID-19.

Anotó que su defendida jamás había infringido la ley y que es la única persona que cuidaba a su progenitora, además que se dé aplicación a la resolución 0120 de 2020 expedida por la OEA, que propende por el internamiento del penado en su lugar de residencia, adverbando que enviar a la sentenciada a la cárcel de mujeres es fomentar el hacinamiento carcelario, a más que la fiscalía no logró demostrar que la procesada estaba dedicada al tráfico de estupefacientes, puesto que si la droga fue encontrada en su vivienda, se trataba de una habitación que le arrendó a un menesteroso y posiblemente allí se distribuyó.

Agregó que si bien un nieto puede encargarse del cuidado de la abuelita, quién dijo que ellos vayan a ponerse al cuidado de aquellos; que el juez de garantías otorgó la sustitución por la condición especial de la encartada, quien no ha vuelto a cometer ningún delito y no representa peligro para la comunidad donde habita, reiterando la aplicación de la Ley 750 de 2002 y la jurisprudencia SP7752 de 2017, relativa a los requisitos para otorgar la sustitución.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia. - Conforme al numeral 1º del artículo 34 de la Ley 906 de 2004, esta Sala es competente para conocer el recurso de apelación invocado por la defensa contra la sentencia proferida el 20 de agosto de 2020, por el Juzgado Octavo Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Bucaramanga, que declaró penalmente responsable en virtud de preacuerdo a **Clara Esther Lizcano Álvarez** del delito de **tráfico, fabricación o porte de estupefacientes**.

Como se evidenció en el acápite precedente, el recurrente deprecia que se reconozca a favor de la encartada la calidad de madre cabeza de familia para se le otorgue la prisión domiciliaria.

2. Desarrollo de la decisión.

Los reparos del opugnante van dirigidos a cuestionar en primer lugar que el a quo no aplazó la diligencia del traslado del artículo 447 del CPP, lo cual dice no le permitió allegar otros documentos para acreditar sus alegaciones, sin embargo, como quedó evidenciado en el trámite procesal, el 15 de enero de 2020⁶ se corrió el referido traslado, en el que se pronunció únicamente la fiscalía, en tanto que la defensa pidió postergar su intervención a la siguiente audiencia, lo que fue aceptado por el juez.

Verificándose la continuación de dicha diligencia hasta el 20 de agosto de 2020, de tal manera que dispuso de tiempo considerable para obtener los elementos materiales probatorios que según él requería, para acreditar la condición de madre cabeza de familia de su prohiada, por tanto, lo alegado no puede ser considerado como justificación para no allegar lo que en su sentir era trascendente para su pretensión sustitutoria.

Lo propio ocurre con lo alegado acerca de la no demostración de los fines de tráfico al almacenar el estupefaciente incautado, manifestación que no resulta admisible teniendo en cuenta la aceptación de responsabilidad preacordada por parte de **Clara Esther Lizcano Álvarez**, en virtud de la cual renunció a la práctica probatoria, máxime cuando se adujo un mínimo de prueba que sumada a su manifestación de culpabilidad soportan la condena emitida contra la encartada.

De otro lado, no existe controversia, respecto al incumplimiento de los requisitos legales establecidos en los artículos 63 y 38 del CP, en concordancia con el artículo 68A de la misma disposición, que impide el reconocimiento a favor de Clara Esther Lizcano Álvarez de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria, no sólo por el factor objetivo

⁶ Archivo 03 expediente digital.

relativo a la pena impuesta, sino porque el delito de tráfico de estupefacientes se encuentra excluido de tales subrogados.

En ese orden de ideas, el único evento en el que sería posible otorgar la prisión domiciliaria es en virtud de la aplicación de la Ley 750 de 2002, que la reglamentó en favor de las madres y/o padres cabeza de hogar, ello para que quienes dependen de los procesados (personas con discapacidad o menores de edad), no sufran una afectación irrazonable en virtud de la privación de la libertad de su familiar.

En tales eventos su concesión se encuentra supeditada a la demostración de aquella calidad, la cual se describió en el artículo segundo de la Ley 82 de 1993, modificado por la Ley 1232 de 2008:

«(...) entiéndase por "Mujer Cabeza de Familia", quien siendo soltera o casada, ejerce la jefatura femenina de 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.»⁷

Sobre el particular, resaltó la Corte Constitucional⁸, que para tener la calidad de madre y/o padre cabeza de familia es necesario *«(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*

⁷ Ley 82 de 1993. Artículo 1.

⁸ Corte Constitucional. Sentencia T- 534 de 2017. M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

ayuda de los demás miembros de la familia, lo cual significa la responsabilidad solitaria de la madre para sostener el hogar».

En este sentido, no basta con la existencia de relación de consanguinidad sino que deberá acreditarse la necesidad de su presencia en el seno familiar no solo con fines económicos, sino en cuanto a salud y cuidado que requieren los menores para su bienestar, también tratándose de personas con alguna discapacidad o que requieran del cuidado y atención personal, más no como excusa para evadir el cumplimiento de la pena en las condiciones que ha considerado pertinentes la judicatura, toda vez que aun cuando dicha medida surge como una forma de apoyo a las madres cabeza de familia, su finalidad no es otra que la salvaguarda de los derechos de los niños, niñas y adolescentes o discapacitados, los cuales podrían verse afectados con la privación de la libertad del progenitor o encargado de su cuidado y atención personal.

Mediante la Ley 750 de 2002 se reglamentó el sustituto de la prisión domiciliaria cuando la condenada es madre y/o padre cabeza de familia, señalando para ello en el artículo 1º que la ejecución de la pena privativa de la libertad se cumpliría en el domicilio cuando *«i) su desempeño personal, laboral, familiar y social permita inferir que no pondrá en peligro a la comunidad o a las personas a su cargo; ii) la condena no haya sido proferida por alguno de los delitos allí referidos y; iii) que la persona no tenga antecedentes penales.»*⁹

A efectos de acreditar la condición de madre cabeza de familia, la defensa argumentó que Clara Esther Lizcano Álvarez se encarga del cuidado de su abuela octogenaria María Teresa Álvarez, quien dice presenta problemas de salud y por ello debe atender a su cuidado y atención personal, sin allegar elementos materiales probatorios que efectivamente demostraran esa circunstancia.

⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 1 de febrero de 2017. M.P. Luis Antonio Hernández Barbosa. Rad: 47377.

Además en sus alegatos de apelación hizo alusión a un nieto que se puede asumir su cuidado, lo cual evidencia que en realidad si existen otros miembros de su familia extensa que se pueden asumir la atención de las necesidades de aquella, sin que resulte absolutamente indispensable que la procesada deba hacerse cargo de ello, dado que en virtud del principio de solidaridad deben concurrir en procura de los requerimientos de su consanguínea, de manera que no obra ninguna evidencia que permita concluir fundadamente que no existe otra u otras personas que puedan velar por el bienestar de la señora Álvarez de Lizcano, por lo que no puede predicarse de la encartada la condición de madre cabeza de familia.

De ahí que la privación de la libertad de la acusada no traiga aparejada en estas condiciones una afectación desproporcionada, irrazonable o inconstitucional para María Teresa Álvarez, quien como se advierte cuentan con el apoyo de un nieto e inclusive puede recurrir a su familia extensa para recibir las atenciones y cuidado que requiera.

Como no se cumplen los presupuestos para considerar a **Clara Esther Lizcano Álvarez** como madre cabeza hogar, resulta inane estudiar otros aspectos como el hecho de que no haya cometido otros delitos o su comportamiento en la comunidad.

Referido al tema del hacinamiento carcelario y la pandemia COVID-19, la Sala debe indicar que lo primero es un tema estructural que inclusive ha sido declarado como un estado de cosas inconstitucional por la Corte de la especialidad, sin que por ello se justifique la sustitución de pena intramural por la domiciliaria, cuando no se cumplen los requisitos establecidos legalmente para ello, ni siquiera en virtud de la de carácter transitorio contemplada en el Decreto 546 de 2020, del que fueron excluidos los *delitos relacionados con el tráfico de estupefacientes*.

La expansión de la pandemia aludida no habilitaba automáticamente la concesión de la sustitución, dado que se establecieron prohibiciones con relación a diferentes conductas, dentro de las que se encuentra la cometida por la encartada, máxime cuando si bien la emergencia sanitaria estaba vigente para el momento en que se emitió la sentencia, que arribó de manera tardía a esta Colegiatura como se precisará más adelante, actualmente ya cesó y los centros carcelarios tienen establecidos los protocolos y cuidados necesarios para evitar su contagio, por ende, tampoco hay lugar a acceder positivamente a lo pretendido por la defensa,

Ahora, en relación a la imposibilidad que el juez de instancia se pronuncie sobre la sustitución de la prisión intramural por la domiciliaria, encontramos que en la sentencia SP914-2016, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia sostuvo:

«... de acuerdo con la jurisprudencia de la Sala, el mencionado precepto, aplicable por razón de lo dispuesto en el artículo 461 de la Ley 906 de 2004, como un mecanismo sustitutivo de la pena de prisión, solo puede ser reconocido, una vez ejecutoriada la respectiva sentencia, por el juez de ejecución de penas y medidas de seguridad, puesto que:

«... en el sistema de enjuiciamiento penal con tendencia acusatoria no cabe pronunciamiento alguno de los jueces de instancia sobre la sustitución de la prisión intramural por la domiciliaria por cuanto, a voces del artículo 461 de la Ley 906 de 2004, esta es una competencia reservada al juez de ejecución de penas y medidas de seguridad. Únicamente, en la hipótesis de encontrar satisfechos los presupuestos normativos que regulan el instituto de la detención domiciliaria, al momento de proferir sentencia, habría lugar a conceder la sustitución de la medida, no así, la prisión domiciliaria»»

En los anteriores términos, se tiene que la posición del a quo estaría en sintonía con la jurisprudencia en cita, donde contrario a lo sostenido por la defensa, se indicó expresamente que el juez de conocimiento no tiene competencia para estudiar la posibilidad de conceder la prisión domiciliaria a que alude el artículo 461 del estatuto penal adjetivo, porque se trataría de un asunto reservado al juez de ejecución de penas, cuya competencia se habilita una vez se ejecutorie la sentencia condenatoria.

Sin embargo, la misma Alta Corporación en providencia SP2356-2020 señaló: *«Ya la Sala se ha ocupado de la sustitución de la ejecución de la pena en los casos en los que la sentencia no ha cobrado ejecutoria, señalando que corresponde al juez de conocimiento examinar lo relacionado con la libertad del procesado a la luz de los subrogados penales, los fines de la pena y su forma de ejecución (CSJ SP4945-2019, 13 nov. Radicado 53863).»*

Además, en sentencia SP4088-2020 reiteró:

«Como se refirió en los antecedentes, la primera instancia le sustituyó al procesado la detención preventiva en establecimiento carcelario por la del lugar de residencia, conforme a lo dispuesto en el artículo 314-2 de la Ley 906 de 2004, porque aquél cuenta con más de 65 años de edad.

Si bien esta circunstancia está contemplada como causal que autoriza la sustitución de «la detención preventiva», también lo es que el artículo 461 ibídem remite a dicha norma para efectos de la sustitución de la ejecución de la pena. Y aunque para el momento en el que el Tribunal concedió el sustituto la sentencia no había cobrado ejecutoria, la Sala tiene decantado que una vez emitido el sentido del fallo, lo relacionado con la libertad del procesado debe mirarse a la luz de los subrogados penales, los fines de la pena y su forma de ejecución (CSJ SP, 13 nov. 2019, rad. 53863 y CSJ AP, 1º abr. 2020, rad. 51142).»

De tal manera que se avizora un cambio de posición, lo que justifica que la Sala hubiese estudiado si en el caso de la procesada Lizcano Álvarez resultaba o no viable conceder la sustitución pretendida, contrario a lo argumentado por la instancia, por ende, así se procedió.

Brevemente también indicamos que no hay lugar a considerar el estudio de la prisión domiciliaria del artículo 38G de la Ley 599 de 2000, toda vez que la sentencia fue emitida por el reato tipificado en el canon 376 inciso 3º ibídem, delito excluido del beneficio sustitutivo contemplado en la norma en cita, de allí que no haya lugar a efectuar ningún análisis al respecto.

Por último, la Sala debe hacer un llamado de atención al Juzgado Octavo Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bucaramanga, en virtud de la mora en que se incurrió en la remisión de las diligencias para surtir el recurso de apelación formulado por la defensa, porque si bien se concedió en auto del 4 de septiembre de 2020, únicamente se envió a la Secretaría de la Sala en razón a lo ordenado en auto del 17 de junio de 2022, lo que se materializó finalmente el 28 de junio del año anterior, proceder que atenta contra el principio de celeridad.

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. - Confirmar en lo que fue objeto de apelación, la sentencia proferida el 20 de agosto de 2020, por el Juzgado Octavo Penal del Circuito con funciones de conocimiento de Bucaramanga, que declaró penalmente responsable a **Clara Esther Lizcano Álvarez** del delito de tráfico, fabricación o

porte de estupefacientes, en virtud del preacuerdo se le reconoció la rebaja correspondiente a la complicidad.

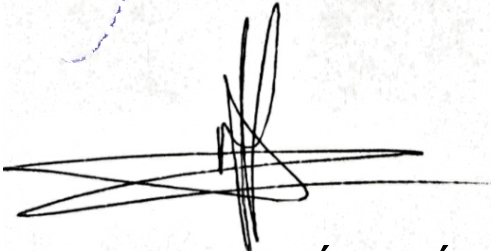
Segundo. - Contra la presente providencia procede el recurso extraordinario de Casación, que deberá interponerse y sustentarse en los términos de ley.

Tercero. - Esta decisión se notifica en estrados. Una vez ejecutoriada, devuélvanse las diligencias a la oficina de origen.

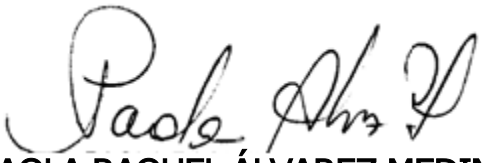
Los Magistrados,



GUILLERMO ÁNGEL RAMÍREZ ESPINOSA



RAFAEL ENRIQUE LÓPEZ GÉLIZ



PAOLA RAQUEL ÁLVAREZ MEDINA

Registro de proyecto el 21 de marzo de 2023.

182

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BUCARAMANGA
SALA PENAL**



**ACTA DE AUDIENCIA -VIRTUAL-
C.U.I. 68081-6000-136-2011-02687 (20-023A)**

Bucaramanga, 27 de Marzo de 2023

MAG. PONENTE	PAOLA RAQUEL ÁLVAREZ MEDINA
MAGISTRADO	JAIRO MAURICIO CARVAJAL BELTRAN
MAGISTRADO	JUAN CARLOS DIETTES LUNA
AUDIENCIA	LECTURA DE DECISIÓN DENTRO DEL TRÁMITE DEL RECURSO DE APELACIÓN CONTRA SENTENCIA
SALA	SALA VIRTUAL A TRAVÉS DEL SISTEMA LIFESIZE
LINK AUDIENCIA	https://manage.lifesize.com/singleRecording/1d22f4f4-203f-4faf-b78c-a924f2ef54ca?authToken=a98403f5-0fa2-498f-bfe2-4c9cac984818
HORA DE INICIO	09:00 A.M.
HORA FINAL	09:48 A.M.
PROCESADO	OMAR ENRIQUE CASTRO CÁLIZ
DELITO	ACTO SEXUAL ABUSIVO CON MENOR DE 14 AÑOS AGRAVADO EN CONCURSO HOMOGÉNEO Y SUCESIVO

INTERVINIENTES

FISCALÍA	ALIKI VILLARREAL MARTINEZ -NO ASISTE-
MINISTERIO PÚBLICO	JULIO CESAR DIAZ CASTILLO -ASISTE-
DEFENSA	SÓSIMO VIDES ANGARITA -NO ASISTE-
PROCESADO	OMAR ENRIQUE CASTRO CÁLIZ -NO ASISTE-
APOD. DE VÍCTIMA	LUIS HURTADO PEDRAZA -NO ASISTE-
VÍCTIMA	FREDY CARPIO ACERO -NO ASISTE-

OBSERVACIONES

EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BUCARAMANGA -SALA DE DECISIÓN PENAL, MEDIANTE ACTA N° 234 DEL 10 DE MARZO DE 2023, RESUELVE:

Primero. - Confirmar la sentencia de origen, fecha y procedencia anotados.

Segundo. - Contra la presente providencia procede el recurso extraordinario de casación.

Tercero. Esta decisión se notifica en estrados, sin perjuicio de la que debe intentarse de forma personal de conformidad con el artículo 169 de la Ley 906 de 2004. Una vez ejecutoriada, regresen las diligencias a la oficina de origen.

KAREN NATALIA JAIMES CACUA

AUXILIAR JUDICIAL AD HONOREM DEL DESPACHO 01 DE LA SALA PENAL



República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público

Distrito Judicial de Bucaramanga (Santander)
Tribunal Superior
Sala Penal

Magistrada ponente: Paola Raquel Álvarez Medina.

Referencia: 68081-6000-136-2011-02687 (20-023A)

Procesado: Omar Enrique Castro Cáliz

Delito: Acto sexual abusivo con menor de 14 años agravado en concurso homogéneo y sucesivo

Decisión: Confirma

APROBADO ACTA No. 234

Bucaramanga, diez (10) de marzo dos mil veintitrés (2023)

ASUNTO

La Sala resuelve el recurso de apelación interpuesto por la defensa contra la sentencia del 26 de noviembre de 2019, proferida en virtud del preacuerdo, por cuyo medio el Juzgado Tercero Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Barrancabermeja condenó a OMAR ENRIQUE CASTRO CÁLIZ por el punible de actos sexuales abusivos con menor de 14 años agravado en concurso homogéneo y sucesivo, a una pena de 12 años y 2 meses de prisión.

HECHOS

En el escrito de acusación se sintetizaron así:

“Acorde a los elementos materiales probatorios evidencia física, e información legalmente obtenida que milita en la carpeta del caso, se tiene que el día 18 de agosto de 2011 se presenta ante el despacho de la Fiscalía del municipio de Barrancabermeja el señor Fredy Carpio Acero quien interpone denuncia en contra del señor OMAR ENRIQUE CASTRO por el presunto delito de acto sexual abusivo de 14 años, siendo víctima su menor hija D.C.C.N, el progenitor de la menor manifiesta:

“Mi hija me contó ayer, delante de la Dra. Claudia que es la que maneja el Bienestar Familiar que el padrastro le bajó los calzones y le había tocado la parte vaginal y la parte de los senitos y yo le pregunté qué cuántas veces y ella me dijo que fueron dos



veces, es que la mamá está trabajando de celadora y en ese tiempo ella se queda en la casa, lo que contó mi hija fue el viernes en el colegio, no se a quien le contó, es que llamaron a la mamá al colegio y como ella dice que no hay pruebas verdaderas dijo no colocaba denuncia, yo hablé con mi hija y con la doctora y mi hija dijo que su le había bajado los calzones y le había tocado las partes íntimas”

En entrevista realizada por el galeno de Medicina Legal para valoración sexológica fechada el (19) de agosto de 2011 realizado por parte del Dr. Oscar Alberto González Pedraza a la menor víctima esta refiere:

“Mi mamá se fue a trabajar y me dejó con mi padrastro Omar y con mi hermano. Yo estaba durmiendo y él se subió a mi cama y me estaba tocando los senos y la vagina, él lo hizo por encima de la ropa, yo le conté a mis amigas Mayerli Tatiana y a Valeri y ellas me convencieron para contarle a la profesora Olga Ríos Mejía y yo le conté, estábamos celebrando el día del buen trato, el viernes le conté a mi mamá, pero ella no me creyó” (sic) (f. 15 del expediente físico)

ACTUACIÓN PROCESAL

1. En audiencia preliminar adelantada el 11 de marzo de 2013 (f. 4 del expediente físico), el Juzgado Primero Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Barrancabermeja legalizó la captura de OMAR ENRIQUE CASTRO CÁLIZ, a quien la Fiscalía para el caso concreto le imputó cargos por el delito de actos sexuales con menor de 14 años agravado, de acuerdo a lo establecido en los artículos 209 y 211, numeral 2° del Código Penal, el cual no aceptó.

El titular de la acción penal solicitó la imposición de medida de aseguramiento privativa de la libertad intramural al imputado, accediéndose a su petición al reunirse los elementos establecidos en la ley para ello.

2. El conocimiento de la causa fue asignado al Juzgado Tercero Penal del Circuito de Barrancabermeja (f. 18 del expediente físico), por lo que la audiencia de formulación de acusación se celebró el 29 de julio de 2013 (fs. 51 a 52 del expediente físico).

3. La audiencia preparatoria se efectuó en las sesiones del 18 de noviembre (fs. 79 a 83 del expediente físico) y el 12 de diciembre de 2013 (fs. 99 a 105 del expediente físico).

4. El juicio oral se inició el 15 de agosto de 2014¹ (f. 181 del expediente físico), continuó en las sesiones del 4 de marzo de 2015 (f. 203 del expediente físico), 14 de marzo de 2016 (f. 246 del expediente físico), 8 de mayo de 2017 (fs. 264 del expediente físico) fechas en las que se efectuó la práctica probatoria a cargo de la fiscalía.

¹ Se estableció como hecho cierto y probado: 1) la plena identidad del procesado.



Ahora, el 30 de mayo de 2019 (fs. 99, carpeta No 2) se presentó preacuerdo por parte de la fiscalía, defensa y procesado, el cual, la juzgadora procedió a conferir su aprobación, para posteriormente correr traslado del artículo 447 del Código de Procedimiento Penal.

5. El 26 de noviembre de 2019 (fs. 157 a 162, carpeta No 2), se realizó la lectura de la sentencia condenatoria, decisión por la que la defensa interpuso el recurso de alzada que concita la atención de la Sala.

DECISIÓN IMPUGNADA

Tras realizar un recuento de la actuación procesal, la juzgadora de primera instancia resaltó que a pesar que el preacuerdo celebrado entre los sujetos procesales se presentó extemporáneamente al momento establecido por la ley para la realización de este tipo de convenios, se permitió su presentación en atención al tiempo transcurrido desde que se dio inicio al juicio oral, así como, el interés del resarcimiento del daño causado con la comisión de la conducta punible y disminuir el desgaste de la administración de justicia, sin evidenciar que con dicho pacto se hubiera reconocido algún beneficio de acuerdo a lo establecido en la Ley 1098 de 2006, al haberse impuesto la pena mínima establecida para el delito de acto sexual con menor de 14 años en concurso homogéneo y sucesivo.

De esta manera, al realizar algunas referencias a los elementos materiales probatorios con los que contaba la fiscalía para sustentar la acusación, coligió no haber quedado dubitación alguna respecto de la materialidad de la infracción penal imputada a *OMAR ENRIQUE CASTRO CÁLIZ*, quien al poseer autoridad sobre la víctima por ser su padrastro efectuó, algunos tocamientos sexuales y en diversas oportunidades, existiendo además un señalamiento directo de la menor como el responsable de los mismos.

En la dosificación de la pena, atendiendo el preacuerdo², impuso una pena de 12 años y 2 meses de prisión, así como el mismo lapso señalado para la pena principal respecto de la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, sin el reconocimiento de algún tipo de beneficio o rebaja, atendiendo a los postulados establecidos en la Ley 1098 de 2006.

² En contraprestación a la aceptación de los cargos, la fiscalía partiría del mínimo de la pena establecida para el delito de acto sexual con menor de 14 años agravado, esto es, 12 años de prisión para posteriormente aumentar dos meses por el concurso de conductas punibles.



Luego analizó la posibilidad de conceder los mecanismos sustitutivos de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria, para concluir que ello no es factible, al no cumplirse con los requisitos objetivos y subjetivos para su concesión, así como, la gravedad de la conducta que contempla el artículo 199 de la Ley 1098 de 2006 y ser necesaria que la condena se cumpla en establecimiento.

En cuanto a la posibilidad de reconocerse la condición de padre cabeza de familia por parte de *OMAR ENRIQUE CASTRO CÁLIZ*, coligió que no fue demostrada tal calidad, toda vez que sus descendientes cuentan con ayuda de un familiar para su cuidado, protección y manutención; de ahí que, si bien es cierto el procesado se encuentra en detención domiciliaria y bajo autorización de ejercer un trabajo, debe efectuarse su traslado desde el lugar de su residencia hasta el establecimiento carcelario que se disponga para el cumplimiento de la pena impuesta.

FUNDAMENTOS DE LA APELACIÓN

La defensa argumentó que se aparta de la sentencia de primera instancia, respecto de la negativa en la concesión de prisión domiciliaria, a pesar de que *CASTRO CÁLIZ* carece de antecedentes penales, cuenta con un arraigo social y familiar, así como, ha presentado un excelente comportamiento con la administración de justicia al acudir a cada una de las citaciones dentro del proceso penal que se adelantó en su contra.

De este modo, resaltó que, si bien es cierto, la Ley 1098 de 2006 limita la concesión de cualquier sustituto penal, no debe desecharse de plano un análisis del factor subjetivo para determinar que el procesado cuenta con un arraigo social y familiar, quien no pondrá peligro a la comunidad o a la víctima, así como, ha cumplido a cabalidad las condiciones para la detención domiciliaria que se le ha concedido.

NO RECURRENTES

El representante del ente acusador y el apoderado de víctimas de manera congruente, solicitan se confirme el fallo de primer grado, en atención a que no se cumple con los requisitos objetivos establecidos en los artículos 63 y 68A, para la concesión de cualquier mecanismo sustitutivo de la prisión,



como, lo determinado en la Ley 1098 de 2006 para este tipo de conductas punibles que atentan contra la integridad y formación sexual de los menores de edad.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

1. De conformidad con el artículo 34, numeral 1o, de la Ley 906 de 2004, el Tribunal tiene competencia para resolver la apelación interpuesta en este asunto, porque la sentencia objeto de la alzada fue proferida por un juzgado penal del circuito de conocimiento de este distrito judicial.

Este ámbito funcional está restringido a la revisión del fallo en los reparos formulados por la defensa, siempre que revistan interés jurídico y sin que resulte posible agravar la situación jurídica del acusado, como lo disponen los artículos 31 de la Carta Política y 20 del estatuto procesal penal, pues aquél tiene la condición de apelante único.

En consecuencia, con lo anterior, la definición de la alzada quedará restringida a la inconformidad de la defensa en razón del análisis plasmado para negar la prisión domiciliaria, pues antes bien, *OMAR ENRIQUE CASTRO CÁLIZ*, cuenta con un arraigo social y familiar, así como, un buen comportamiento en el cumplimiento de la detención en el lugar de su residencia concedida en el curso de la presentes diligencias; de ahí que, no pueda entenderse que sea un riesgo para la comunidad o para la víctima la concesión de este beneficio, debiéndose dar prevalencia al aspecto subjetivo que exige la norma para este tipo de mecanismos.

No sobra advertir que, la Sala encuentra que el presente recurso trata sobre un fallo proferido en aplicación de los mecanismos de terminación anticipada contemplados en la Ley 906 de 2004, y por ello la inconformidad del representante judicial de los procesados no puede comprender las imputaciones fáctica y jurídica admitidas de manera incondicional para viabilizar la aplicación de dichos institutos, obviamente, siempre que hubiesen sido respetadas las garantías procesales y constitucionales.

Ello, por cuanto adentrarse en controversias de tal naturaleza, implicaría pasar por alto las condiciones de aceptación libre y voluntaria sobre la responsabilidad, aspecto incompatible con el principio de lealtad procesal en el evento de ser discutido por las partes. Y, en fin, resulta inapropiado discutir



estos aspectos en sede de segunda instancia, más aún cuando no se avizora afectación de derechos fundamentales, tal como al respecto lo ha precisado la Corte Suprema de Justicia³.

En este punto, conviene resaltar que tal y como lo sostuvo la juzgadora de primera instancia, el convenio presentado por la fiscalía, el procesado y su defensor, se efectuó de manera extemporánea a las oportunidades establecidas para la celebración de los preacuerdos, de acuerdo a lo establecido en el artículo 352 del Código de Procedimiento Penal, pues para el presente caso se presentó y aprobó dicho pacto una vez culminada la etapa probatoria de la fiscalía; no obstante lo anterior, esta situación no es fundamento para realizar algún tipo de invalidación al mismo, como quiera que el procesado es el recurrente único; de ahí que, opera la prohibición de reforma peyorativa, sin que aún por vía de nulidad pueda improbarse los preacuerdos toda vez que terminaría agravándose la situación de quien fue impugnante único.

Aunado a lo anterior, se evidencia que el único aspecto punitivo que sustentó el acuerdo realizado por el ente acusador y el procesado, fue partir por el mínimo de la pena establecida para el delito de acto sexual abusivo con menor de 14 años agravado para aumentar dos meses por el concurso homogéneo y sucesivo, e imponer, una pena de definitiva de 12 años y 2 meses de prisión, acuerdo que de manera alguna sobrepasa los límites establecidos para las negociaciones, por lo que en este aspecto no concita ningún reparo, más aún que no fue tema del disenso propuesto por el opugnador.

2. De la prisión domiciliaria:

Los artículos 28 de la Constitución Política y 2° del Código de Procedimiento Penal contemplan el derecho fundamental de la libertad individual como una de las prerrogativas de mayor trascendencia en la vida del ser humano, por consiguiente, prevén la posibilidad excepcional de restringirlo en precisos y determinados eventos, desde luego, con estricto apego a los requisitos normativos que legitiman su privación, y que advertido sea, obedecen a finalidades y exigencias que varían según el estadio o fase procesal de que se trate, con especial norte en la relevancia de las conductas y las funciones de la pena cuando esa invasión se produce en los fallos conclusivos de las instancias.

³ Sala de Casación Penal, sentencia de octubre 20 de 2005, radicado No. 24026.



Ahora bien, en esta comprensión conviene recordar que desvirtuada la presunción de inocencia consagrada en principio a favor del procesado con ocasión del anuncio del sentido condenatorio del fallo, esto es, declarada la responsabilidad y proferida la decisión de esa naturaleza y alcance, en ella el funcionario de conocimiento debe imponer al autor o partícipe de la conducta punible objeto del juzgamiento la consecuencia jurídica de impelida determinación con apego al principio de legalidad, esto es, la sanción penal, que al tenor del artículo 4° de la ley 599 de 2000 está llamada a cumplir las funciones de prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado.

Por otra parte, la individualización de la pena está orientada por los postulados de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad surgidos sin remisión a dudas de los parámetros consagrados en el canon 61 *ejusdem*, de conformidad con el cual son valorados en concreto sin desconocer como derrotero el carácter excepcional de la restricción del derecho a la libertad y, de igual modo, que la permanencia en un establecimiento de reclusión constituye un escenario probable, que no indefectible ni definitivo o inmutable, en el período de cumplimiento de la pena impuesta.

Lo anterior guarda orientación en virtud del principio de la dignidad humana fundante del Estado Social de derecho, cuya existencia se legitima y justifica en cuanto propenda por su preservación y del cual deriva además la resocialización como uno de los fines de la pena. Y en tal sentido, el legislador con el propósito de su desarrollo ha implementado mecanismos para el cumplimiento de la sanción, modificando por ejemplo el lugar previsto para su descuento, situación última que implica una menor restricción de los derechos válida y temporalmente limitados en la sentencia condenatoria.

No obstante, el otorgamiento de tales beneficios está estrictamente supeditado a la satisfacción de requisitos de orden objetivo vinculados al monto de la pena prevista para la conducta punible en las disposiciones infringidas o a la finalmente impuesta, según el instituto de que se trate; es decir, que al sentenciador le compete en tales eventos determinar, en primer lugar, los supuestos normativos previstos en la ley para la concesión del respectivo mecanismo y si el condenado no los cumple, por mandato legal le corresponde negar la concesión de los subrogados penales deprecados.



La prisión domiciliaria prevista en el artículo 38 del Código Penal, ha sido objeto de varias modificaciones a través de las Leyes 1142 de 2007, 1453 de 2011 y la Ley 1709 de 2014. Así, que como en el presente caso el acontecer fáctico es anterior a la vigencia del último cuerpo normativo en cita, en la Ley 1153 de 2011, se estableció que:

“La ejecución de la pena privativa de la libertad se cumplirá en el lugar de residencia o morada del sentenciado, o en su defecto en el que el Juez determine, excepto en los casos en que el sentenciado pertenezca al grupo familiar de la víctima, siempre que concurren los siguientes presupuestos:

1. Que la sentencia se imponga por conducta punible cuya pena mínima prevista en la ley sea de cinco (5) años de prisión o menos.

2. Que el desempeño personal, laboral, familiar o social del sentenciado permita al Juez deducir seria, fundada y motivadamente que no colocará en peligro a la comunidad y que no evadirá el cumplimiento de la pena.

3. Que se garantice mediante caución el cumplimiento de las siguientes obligaciones:

1) Cuando sea del caso, solicitar al funcionario judicial autorización para cambiar de residencia.

2) Observar buena conducta.

3) Reparar los daños ocasionados con el delito, salvo cuando se demuestre que está en incapacidad material de hacerlo.

4) Comparecer personalmente ante la autoridad judicial que vigile el cumplimiento de la pena cuando fuere requerido para ello.

5) Permitir la entrada a la residencia a los servidores públicos encargados de realizar la vigilancia del cumplimiento de la reclusión y cumplir las demás condiciones de seguridad impuestas en la sentencia, por el funcionario judicial encargado de la vigilancia de la pena y la reglamentación del INPEC.

El control sobre esta medida sustitutiva será ejercido por el Juez o Tribunal que conozca del asunto o vigile la ejecución de la sentencia, con apoyo en el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, organismo que adoptará, entre otros, un sistema de visitas periódicas a la residencia del penado para verificar el cumplimiento de la pena, de lo cual informará al despacho judicial respectivo.

Cuando se incumplan las obligaciones contraídas, se evada o incumpla la reclusión, o fundadamente aparezca que continúa desarrollando actividades delictivas, se hará efectiva la pena de prisión.

Transcurrido el termino privativo de la libertad contemplado en la sentencia, se declarará extinguida la sanción”.

Conforme lo anterior, se tiene que, de acuerdo al anterior marco normativo, tal y como, lo reseñó la juzgadora de primera instancia, no se cumple con el requisito objetivo, al haberse impuesto en la sentencia una pena superior a los 5 años de prisión, empero, se desconoce también por el censor el



imperativo previsto en el artículo 199 de la Ley 1098 de 2006, en el que se dispone:

“Beneficios y mecanismos sustitutivos. Cuando se trate de los delitos de homicidio o lesiones personales bajo modalidad dolosa, delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, o secuestro, cometidos contra niños, niñas y adolescentes, se aplicarán las siguientes reglas:

(...)

4. No procederá el subrogado penal de Suspensión Condicional de la Ejecución de la Pena, contemplado en el artículo 63 del Código Penal.

(...)

7. No procederán las rebajas de pena con base en los "preacuerdos y negociaciones entre la fiscalía y el imputado o acusado", previstos en los artículos 348 a 351 de la Ley 906 de 2004.

8. Tampoco procederá ningún otro beneficio o subrogado judicial o administrativo, salvo los beneficios por colaboración consagrados en el Código de Procedimiento Penal, siempre que esta sea efectiva.” (Negrillas y subrayas fuera de texto)

Y es que, si bien es cierto, dentro del expediente se constató que OMAR ENRIQUE CASTRO CÁLIZ, posee un arraigo familiar y social, así como, cuenta con autorización para trabajar, y viene dando cumplimiento a las condiciones establecidas para haber sido acreedor de la detención domiciliaria, no puede obviarse la gravedad de la conducta ejecutada por aquel, aspecto que debe tenerse en cuenta para analizar el elemento subjetivo que exige el censor en su impugnación.

De manera que, siendo la valoración de la conducta punible un elemento dentro de un conjunto de circunstancias que habrá de tener el juzgador que decida sobre la concesión de la prisión domiciliaria, no hay lugar a dejarla de lado, como lo asume el recurrente, para dar paso a situaciones ajenas a los requisitos fijados por el legislador, pues no se debe desconocer lo establecido por el Alto Tribunal en lo Penal sobre este tópico al referirse que:

“Sobre esta evaluación que corresponde al Juez que vigila la ejecución de la sentencia, encuentra la Corte que en el presente caso el diagnóstico es de necesidad de cumplimiento de la pena por parte del condenado. Si se le concediera la libertad, serían negativos los efectos del mensaje que recibiría la comunidad pues entendería que si personas socialmente calificadas delinquen y en la práctica no se materializa



la sanción que les corresponde, también ellos podrían vulnerar la ley penal con la esperanza de que la represión será insignificante"⁴. (Subrayas de las Sala)

Conforme lo anterior, la Sala confirmará la providencia recurrida, en virtud de que, de manera expresa el artículo 199, numeral 8°, del Código de Infancia y Adolescencia, Ley 1098 de 2006, prohíbe conceder otro beneficio o subrogado judicial o administrativo, como el que se peticiona por el censor, cuando se trata de delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales cometidos contra niños, niñas y adolescentes, situación que para el presente caso se configura, pues, OMAR ENRIQUE CASTRO CÁLIZ fue condenado por el punible de acto sexual abusivo con menor de 14 años agravado en concurso homogéneo y sucesivo.

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

RESUELVE:

Primero. – Confirmar la sentencia de origen, fecha y procedencia anotados.

Segundo.- Contra la presente providencia procede el recurso extraordinario de casación.

Tercero- Esta decisión se notifica en estrados, sin perjuicio de la que debe intentarse de forma personal de conformidad con el artículo 169 de la Ley 906 de 2004. Una vez ejecutoriada, regresen las diligencias a la oficina de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Los Magistrados,

⁴ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Auto AP5227-2014 del 3 de septiembre de 2014.



Paola Álvarez Medina

PAOLA RAQUEL ÁLVAREZ MEDINA

Jairo Mauricio Carvajal Beltrán

JAIRO MAURICIO CARVAJAL BELTRÁN

Juan Carlos Diettes Luna

JUAN CARLOS DIETTES LUNA



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

Registro de proyecto:
9/03/2023

TRIBUNAL BUCSP2023



República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público

Distrito Judicial de Bucaramanga (Santander)
Tribunal Superior
Sala Penal

Magistrada ponente: Paola Raquel Álvarez Medina.
Referencia: 68001-6000-159-2012-03202 (20-508A)
Procesado: Andrés Fabián Olarte Cornejo y Giovanny Castillo Soto
Delito: Homicidio agravado y otros
Decisión: Confirma

APROBADO ACTA No. 245

Bucaramanga, catorce (14) de marzo dos mil veintitrés (2023)

ASUNTO

El Tribunal decide el recurso de apelación interpuesto por la defensa contra la sentencia del 7 de marzo de 2020, mediante la cual el Juzgado Cuarto Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bucaramanga condenó a *ANDRÉS FABIAN OLARTE CORNEJO* y a *GIOVANNY CASTILLO SOTO* a la pena principal de cuatrocientos dieciocho (418) meses de prisión como coautores responsables de los delitos de homicidio agravado a en concurso con hurto calificado y agravado y tráfico, fabricación, porte o tenencia de armas de fuego, partes, accesorios o municiones agravado.

HECHOS

Fueron consignados en el fallo de primera instancia de la siguiente manera:

“Tuvieron ocurrencia alrededor de las 8:15 p.m. del 2 de junio de 2012, en momentos en que dos sujetos, portando armas de fuego, ingresaron al casino Gran Póker, ubicado en el parque de Las Palomas, kra. 26 No 18-43 del Barrio Santa Cruz de Girón y, en tanto que uno de ellos encañonaba a los clientes, otro hizo lo propio respecto de LUIS GREGORIO GRANADOS GÓMEZ, administrador, desplazándose hasta las cajas registradoras en donde éste tenía la suma de dinero recabada hasta el momento, logrando apoderarse de \$2.000.0000,00 aproximadamente, y, como quiera que HENRY DUQUE GARNICA, uno de los clientes, forcejeó con el otro asaltante, para evitar el



atraco, éste accionó, en varias oportunidades, el arma de fuego que llevaba, ocasionándole el deceso en forma instantánea, luego de lo cual se dieron a la huida a bordo de dos motocicletas” (sic) (f. 18 del expediente digital, carpeta 1).

ACTUACIÓN PROCESAL

1. El día 14 de marzo de 2013 (f. 144 del expediente digital, carpeta 3), ante el Juzgado Trece Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Bucaramanga (S) se formuló imputación a *ANDRÉS FABIÁN OLARTE CORNEJO* y *GIOVANNY CASTILLO SOTO* por los delitos de homicidio agravado en concurso con hurto calificado y agravado y fabricación, tráfico o porte de armas de fuego agravado, en calidad de coautores y a título de dolo, contenidos en los artículos 103, 104, numerales 2 y 7, 239, 240 inicio 2º y 241 numerales 10 y 11, 365, numerales 1 y 5, de la Ley 599 de 2000.

Los indiciados no aceptaron los cargos y se les impuso la medida de aseguramiento privativa de la libertad en establecimiento de reclusión.

2. El conocimiento de la causa correspondió al Juzgado Cuarto Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Bucaramanga (f. 127 del expediente digital, carpeta 3); de ahí que la audiencia de formulación de acusación se realizó el 26 de septiembre de 2014 (fs. 115 a 116 del expediente digital, carpeta 3).

3. La audiencia preparatoria se desarrolló en las sesiones del 10 de julio (fs. 58 a 59 del expediente digital, carpeta 3) y 9 de diciembre de 2015 (fs. 20 a 21 del expediente digital, carpeta 3).

4. Posteriormente, el juicio oral se instaló formalmente el 13 de mayo de 2016 (f. 10 del expediente digital, carpeta 3), continuándose en las sesiones del 19 de julio¹ (fs. 62 a 63 del expediente digital, carpeta 2), 10 de octubre (fs. 1 a 2 del expediente digital, carpeta 2) y 5 de diciembre de 2017 (fs. 92 a 93 del expediente digital, carpeta 1), así como, el 31 de octubre de 2018 (f. 76 del expediente digital, carpeta 1) y el 4 de junio de 2019 (fs. 62 s 63 del expediente digital, carpeta 1) fechas en las que se presentó la teoría del caso por parte de la Fiscalía, se realizó la práctica probatoria, se expusieron los alegatos de conclusión por los sujetos procesales, así como, se emitió sentido de fallo de carácter condenatorio, por lo que se corrió traslado del artículo 447 del Código de Procedimiento Penal.

¹ En esta diligencia se estipularon como hechos ciertos y probados por la Fiscalía y la defensa: i) fijación fotográfica del lugar de los hechos y ii) que la causa de la muerte de la víctima fue violenta.



5. El 7 de marzo de 2020 (fs. 38 a 40 del expediente digital, carpeta 1) se realizó la lectura de la sentencia; de ahí que el defensor interpusiera el recurso de apelación que concita la atención de la Sala.

SENTENCIA IMPUGNADA

El *a quo* describió el aspecto fáctico de la causa, individualizó a los procesados, sintetizó el discurrir procesal, así como relacionó los elementos de prueba debatidos en el juicio oral para posteriormente plasmar sus consideraciones al respecto.

En este sentido, coligió que, a través de los medios probatorios la Fiscalía logró demostrar la ocurrencia del ilícito que conllevó a la muerte de Henry Duque Garnica mediante heridas ocasionadas con arma de fuego, lo que no deja duda de la comisión del delito de homicidio agravado, por cuanto se evidenció la finalidad de facilitar la ejecución de otro comportamiento punible, esto es, el hurto de una suma de dinero, perpetrándose a su vez el fallecimiento en estado de indefensión del ofendido.

Aunado a lo anterior, coligió el atentado contra la seguridad pública, pues a pesar de no haberse incautado en su momento artefacto bélico alguno, pudo quedar plenamente establecido que fueron utilizadas al menos dos armas con las que se perpetró el hurto en el Casino Gran Póker la noche del fallecimiento de Henry Duque y que al menos una de ellas era apta para disparar, dadas las consecuencias nefastas para la víctima, así como, que ninguno de los procesados tenía permiso para la posesión de armas de fuego, quienes a su vez utilizaron medios motorizados para huir del lugar de los hechos, obrando así, en coparticipación.

Respecto de la realización del delito de hurto calificado y agravado, consideró que, este se configuró por dos personas en un establecimiento abierto al público, tal y como lo relató el administrador del Casino Gran Póker, al reseñar del apoderamiento de los dineros producidos de los servicios prestados a los clientes, en una suma aproximada de \$2.000.000.

Ahora bien, no le otorgó crédito a las indicaciones de los testigos de descargo respecto del lugar de residencia de *ANDRÉS FABIÁN OLARTE CORNEJO* en Venezuela, pues si bien, se presentó una declaración autenticada por las



autoridades respectivas a efectos de certificar la labor que éste desempeñaba como ayudante de horno entre el 25 de marzo hasta el 10 de julio de 2012, dicho documento no tuvo la fuerza probatoria suficiente, al constituir una declaración anterior que no pudo ser objeto de adecuada controversia, así como, lo referente a los diversos registros de las comunicaciones telefónicas que no determinaron la procedencia de las llamadas entrantes, y por el contrario, referenciarse por Luis Gregorio Granados Gómez y Luis Alberto Garnica, haber ubicado a este procesado en el municipio de Girón (S) al momento de la ocurrencia del ilícito.

Similarmente, resaltó que a pesar de que la defensa trató de desvirtuar la vinculación de *CASTILLO SOTO* en el ilícito a través de las atestaciones de María Inocencia Oliveros y Daniel Gutiérrez, sus asertos en nada desdibujaron los señalamientos que existen en su contra, de ahí que, los elementos de juicio referenciados le permitieron tener convencimiento, más allá de toda duda sobre la participación y vinculación de los acusados en los hechos que se les atribuyen, estando acreditadas las exigencias previstas por el artículo 381 del Código de Procedimiento Penal para proferir fallo de condena.

Ahora bien, en el ámbito de la dosimetría punitiva consideró que, de acuerdo a los parámetros punitivos para el delito de homicidio agravado, debía aplicarse el cuarto mínimo ante la ausencia de circunstancias de mayor punibilidad, teniendo en cuenta además la intensidad del dolo con la que se ejecutó el plan criminal de atentar contra la vida de la víctima y el daño real que se causó, se determinó proporcional imponer una pena de 400 meses de prisión, para acto seguido realizar la dosificación punitiva para los demás reatos enrostrados a los acusados, aumentándose hasta en otro tanto por el punible de porte de armas y el hurto calificado y agravado, quedando una pena definitiva y global de 418 meses de prisión, imponiéndose la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por un periodo de 20 años y la privación del derecho a la tenencia y porte de armas de fuego por el lapso de un (1) año, tal y como lo establecen los artículos 51 y 53 del Código Penal.

Por otra parte, en atención al contenido de los artículos 38B y 63 de la Ley 599 de 2000, determinó la improcedencia de la concesión de los mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad, al no cumplirse los requisitos objetivos contemplados en dichas disposiciones.



Finalmente, se dispuso que en firme la sentencia y al estar los procesados privados de la libertad por otro proceso, y una vez, recobren su libertad sean dejados a disposición de las presentes diligencias para que cumplan con la sanción impuesta.

RECURSO DE APELACIÓN

El defensor, inconforme con la decisión de primera instancia, resaltó que el testimonio de Luis Gregorio Granados Gómez, carece de credibilidad por sus múltiples contradicciones en lo manifestado sobre lo sucedido el día de los hechos y lo depuesto en el interrogatorio, al aducir la dificultad en reconocer a los asaltantes, empero, realizar un reconocimiento fotográfico con el que identificó a los procesados.

Por otra parte, respecto de las atestaciones entregadas por Luis Alberto Garnica, adujo, no ser relevantes por cuanto no fue testigo presencial de lo sucedido, por lo que, sus afirmaciones son contradictorias en cuanto a la presunta invitación que *ANDRÉS FABIÁN OLARTE CORNEJO*, le realizó para la comisión de un hurto en un casino del Parque Las Palomas, situación que se contradice con las afirmaciones realizadas por los testigos de cargo, quienes ubicaron a los procesados en Venezuela y trabajando en una obra de construcción en la data de los hechos; de ahí que las referencias realizadas por este testigo poseen un ánimo oculto para perjudicar a sus prohijados.

Ahora, por el contrario, los testigos de cargo demostraron fehacientemente que *ANDRÉS FABIÁN OLARTE CORNEJO* se encontraba radicado en Venezuela en la data en que ocurrieron los punibles, así como, que *GIOVANNY CASTILLO SOTO* estaba con Daniel Gutiérrez terminando una obra de construcción que se necesitaba entregar con urgencia, por lo que la sentencia de primera instancia incurrió en graves desatinos en la ponderación de las pruebas, pues de las mismas no se extraen con certeza y más allá de toda duda razonable la responsabilidad penal de los encausados dentro de la presente investigación.

Conforme lo anterior, al no haberse concretado el estándar exigido para emitir una sentencia condenatoria de acuerdo a lo establecido en el artículo 7° y 381 del Código de Procedimiento Penal, al haberse mantenido la presunción de inocencia intacta, solicitó se revoque la sentencia de primer



grado y en su lugar, se absuelva a sus prohijados.

Igualmente, indicó el recurrente que el juez que decidió condenar, no fue quien conoció del caso desde el primer momento, llegando al conocimiento cuando ya el juicio estaba adelantado, por lo que para tomar la decisión escuchó audios, pero no tuvo la oportunidad de valorar los comportamientos que se presentaban en varias audiencias, para inferir si efectivamente cada uno de los testimonios ostenta certeza o duda.

CONSIDERACIONES

1. Al tenor del artículo 34, numeral 1°, de la Ley 906 de 2004, el Tribunal tiene competencia para resolver la apelación allegada porque la sentencia objeto del recurso fue proferida por un juzgado penal del circuito de este distrito judicial.

El ámbito funcional en cuanto al objeto del recurso invocado y según el principio de limitación, está restringido a los aspectos objeto de disenso y a los que le estén inescindiblemente vinculados. Esto último, sin perjuicio de la atribución que encuentra fundamento en el artículo 10 *ibídem*, en armonía con el artículo 457, para verificar la legalidad del fallo y de la actuación que le brinda soporte, en específico, la preservación de las garantías fundamentales.

2. El legislador, en aras de salvaguardar el principio constitucional de la presunción de inocencia de nítido desarrollo en los artículos 7° y 381 del estatuto adjetivo, vincula el fallo de carácter condenatorio a la práctica e introducción en el juicio oral y público de los distintos medios de prueba con observancia de los principios de inmediación y contradicción, que conduzcan al conocimiento, más allá de toda duda razonable, sobre la materialidad del delito imputado y la responsabilidad penal del acusado.

En virtud de tales regulaciones, conviene enfatizar, en el evento de echarse de menos esos requisitos, que el pronunciamiento conclusivo de las instancias no puede ser diverso a la absolución. Ello, desde luego, sin que pueda soslayarse también que la providencia de ese mismo contenido y alcance se impone de igual modo, al tenor de las disposiciones citadas, cuando persisten dudas en torno a alguno de esos hitos, de impelida definición a favor del procesado en aplicación del postulado *in dubio pro reo* recogido en la primera de las normas relacionadas en precedencia.



Una vez hecha la anterior precisión, la controversia planteada por el defensor de *ANDRÉS FABIÁN OLARTE CORNEJO* y *GIOVANNY CASTILLO SOTO* se funda, en lo que, a su consideración, es un yerro valorativo por parte del juez de primera instancia al haber descartado el contenido de las pruebas de descargo y entregar plena validez suasoria a las atestaciones vertidas por el testigo presencial de los hechos, así como, lo indicado por Luis Alberto Garnica quien no presenció lo sucedido; de ahí que, no puede dar certeza de la presencia y responsabilidad penal de los procesados por los cargos imputados.

De tal manera, esta Sala realizará el análisis de los elementos de prueba controvertidos en el juicio oral, para con ello determinar si le asiste razón al opugnador o si, por el contrario, debe darse confirmación a la sentencia de primera instancia respecto de *ANDRÉS FABIÁN OLARTE CORNEJO* y *GIOVANNY CASTILLO SOTO*.

No obstante lo anterior, antes de iniciar con el correspondiente estudio, esta Sala quiere aclarar que contrario a lo mencionado por el censor, al aducir que la juez que emitió la sentencia no presenció de manera directa el debate probatorio, sino por el contrario, *“para tomar la decisión, escuchó audios”* (sic) jurisprudencialmente se ha precisado que los principios de inmediación y concentración se preservan en la medida que se cumplan a cabalidad las garantías de contradicción y confrontación probatoria para las partes e intervinientes, a través del empleo de los medios tecnológicos que permitan la fiel reproducción de las pruebas que se hayan practicado en el juicio oral.

Asimismo, de manera puntual, se ha determinado que *“el cambio de juez de conocimiento, en desarrollo del juicio oral, únicamente puede acarrear la nulidad de la actuación en casos excepcionales, en los que se identifica la afectación real de los derechos y garantías procesales de las partes e intervinientes, o la distorsión de las bases fundamentales del procedimiento, generados por graves deficiencias en los registros de la actuación”*².

Así las cosas, si bien es cierto, el funcionario judicial que presenció el debate probatorio, fue diverso a la juzgadora que presidió las audiencias en las que se presentaron los alegatos de conclusión, el proferimiento del sentido fallo y el traslado del artículo 447 del Código de Procedimiento Penal, no observa esta

² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Rad. AP4179-2021.



Sala que para el *sub examine* dicha circunstancia haya vulnerado alguna garantía fundamental o en su defecto, haya contravenido los principios de inmediación y concentración que inspiran el sistema penal acusatorio y adversarial.

Aunado a lo anterior, se itera, los principios de inmediación y concentración de las pruebas al no haberse presidido el debate probatorio por el fallador que emitió el sentido de fallo condenatorio, pierde sustento jurídico en atención a que tal y como se relacionó en líneas precedentes, estos axiomas no resultan conculcados cuando quien emite la sentencia no ha dirigido el juicio oral en su totalidad, situación que de manera automática no conllevaría a la nulidad de la actuación, pues debe tenerse en cuenta otros principios que podrían tener mayor relevancia en el caso en concreto, como el de *“acceso a la justicia en su componente de celeridad, junto con los derechos de los menores, las víctimas y testigos, por lo que en tales eventos puede resultar justificada y tolerada constitucionalmente la limitación al principio de inmediación, siendo innecesario propender por el remedio extremo de la nulidad”*³.

De esta manera, en las presentes diligencias se aseguraron las garantías de contradicción y confrontación probatoria, tal y como se pudo comprobar a través de los registros de los audios que permitieron la reproducción de las pruebas practicadas en el debate público, sin que para el presente caso se haya evidenciado un daño o el perjuicio efectivo causado por la variación de la persona de juez o los derechos fundamentales de los acusados.

En suma, lo cierto es que el juicio fue documentado en su totalidad en registros de audio y video y que el *a quo* no solo hizo un recuento de lo aducido por los testigos, sino que realizó un análisis integral de la totalidad de las probanzas, además de no haberse evidenciado el carácter trascendental de algún presunto yerro que pueda evidenciarse para su procedencia y que conlleve a retrotraer las presentes diligencias; de ahí que se procederá a realizar el correspondiente análisis probatorio, al ser el fundamento principal de la alzada propuesta por el censor.

2.2. Así pues, realizada la anterior aclaración se desatará la temática propuesta, esto es, determinar si el *a quo* valoró de manera indebida los elementos de prueba legalmente debatidos e incorporados en el juicio oral para

³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, radicación SP1852-2018 (43257)



con ello, haber colegido la responsabilidad penal de *ANDRÉS FABIÁN OLARTE CORNEJO* y *GIOVANNY CASTILLO SOTO* como coautores de las conductas punibles que les fueron endilgadas.

Atendiendo que ninguna discusión existe sobre la materialidad de los hechos, pues ningún aspecto se rebate sobre ello, circunstancias que fueron sujetas a las estipulaciones probatorias establecidas por los sujetos procesales, claro es entonces que el debate se centra sobre la participación y responsabilidad de los aquí acusados en los mismos.

Por ello, en atención a las censuras del defensor, la decisión en esta instancia dependerá de la apreciación conjunta de las atestaciones rendidas por los deponentes de cargo y de descargo, tal y como se sugiere en el disenso bajo estudio.

En tal labor, sea lo primero indicar que, según lo establece el artículo 404 de la Ley 906 de 2004, en la apreciación del testimonio se debe tener en cuenta *“los principios técnico científicos sobre la percepción y la memoria y, especialmente, lo relativo a la naturaleza del objeto percibido, al estado de sanidad del sentido o sentidos por los cuales se tuvo la percepción, las circunstancias de lugar, tiempo y modo en que se percibió, los procesos de rememoración, el comportamiento del testigo durante el interrogatorio y el contrainterrogatorio, la forma de sus respuestas y su personalidad”*.

Los anteriores postulados, como lo aprecia la Corporación, encuentran arraigo en el principio de libertad probatoria del artículo 373 *ejusdem*, en observancia del cual es posible al juzgador analizar el testimonio, tal como lo tiene instituido la Corte Suprema de Justicia, desde muchas variables, y en concreto, *“dentro un proceso apreciativo que se hace al tamiz de los postulados lógicos, científicos, de la experiencia y el sentido común”*⁴.

Dicho aspecto engrana con la obligación a cargo de toda persona de rendir testimonio, según lo preceptuado en el canon 383, salvo las excepciones constitucionales y legales; además, en lo que respecta a las obligaciones del testigo, según el artículo 402 del estatuto procesal penal, éste sólo puede declarar sobre los *“aspectos que en forma directa y personal hubiese tenido la ocasión de observar o percibir”*.

⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, radicación n°. 16967 de mayo 16 de 2007.



Así pues, vale la pena indicar que para que dichos elementos puedan ser considerados, deben “i) *practicarse en el juicio oral y público ante el juez de conocimiento*, ii) *garantizarse el derecho a la confrontación*, y iii) **el testigo debe referir aspectos que haya observado o percibido en forma directa**”⁵. (Negrillas fuera de texto).

Conforme lo anterior, en virtud a la sustentación del disenso del censor, la Corporación procederá a escrutar el contenido de las atestaciones de cada uno de los testigos arrimados al juicio y así determinará si las conclusiones a las que arribó el *a quo* se mantienen incólumes o, por el contrario, precisan de la intervención del Tribunal en el sentido apuntado por la defensa técnica de los sentenciados.

2.3 En ese orden, se apertura el debate probatorio con el testimonio de Luis Gregorio Granados Gómez, quien informó que, para el 2 de junio de 2012, era el administrador del casino Gran Póker, ubicado en la carrera 26 No 18-43 del barrio Santa Cruz en Girón, data en la que dos sujetos, ingresaron al establecimiento de comercio con armas de fuego, aduciendo que: “*el bajito me encañonó a mí, el bajito me encañonó a mí y el otro encañonó a los clientes que se encontraban en ese lugar... el bajito cuando me encañonó a mí, me dice entre que esto es un atraco, cuidado no se vaya a hacer matar...el hombre entra y se dirige a las cajas dónde yo tengo el dinero, coloca un revólver en la silla que yo me siento, saca, procede a sacar el dinero y sale, mientras que el señor entra a sacar la plata de las cajas, el otro encañona a las personas dentro del lugar, esto, el señor Henry, encañonan (inaudible) y el hombre del afán, del susto no sé qué sería, lleva las manos hacia atrás, a sacar la billetera, no sé si tenía un arma para defenderse o algo, entonces el hombre le pateo los testículos, cae el hombre, le dispara*” (Audiencia de juicio oral, 19 de julio de 2017, récord: 5:10 a 5:43)

Así pues, refirió que dichos sucesos ocurrieron sobre las 8:15 p.m. para también asegurar que los hombres armados, después de haber hurtado aproximadamente \$2.000.000 de la caja registradora y disparar contra la humanidad de Henry Duque Garnica, salieron del casino y huyeron en una motocicleta, así como, que promedia en cada uno de ellos una edad aproximada de entre 25 a 30 años, a quienes “*por ahí casualmente los veía por la calle, pero así que tuviera un tipo de contacto con ellos no*” (Audiencia de juicio oral, 19 de julio de 2017, récord: 11:08).

⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, radicación n°. 36518 de octubre 9 de 2013.



Por otra parte, mencionó que meses anteriores a la ocurrencia de los hechos ocurridos el 2 de junio de 2012, había sido víctima de otro hurto en el establecimiento de comercio, diligencias que fueron archivadas como quiera que no pudieron establecer los responsables de los mismos, indicando además que, dentro del presente proceso realizó un reconocimiento fotográfico, para identificar a *ANDRÉS FABIÁN OLARTE CORNEJO* y *GIOVANNY CASTILLO SOTO* como los asaltantes de su negocio y los agresores contra la vida de Henry Duque Garnica.

De esta manera, clarificó como características de los dos procesados que: *“uno bajito, tenía algo de bigote, llevaba un casco sin visera, esto destapado (...) eh, sin visera y en el momento que me dijo esto es un atraco obvio que yo accedo (...) El segundo es un poco más alto, un poco más acuerpado, se dirige hacia los clientes, cuando se dirige hacia los clientes, el señor Henry pone resistencia”* (Audiencia de juicio oral, 19 de julio de 2017, récord: 8:12 a 8:38, segunda grabación).

Seguidamente, Luis Alberto Garnica, relató ser el hermano del occiso Henry Duque Garnica, quien residía en el barrio Nuevo Girón y se dedicaba a la construcción, para también referir que del fallecimiento de su consanguíneo fue enterado al día siguiente de los hechos, asegurando a su vez que, a *GIOVANNY CASTILLO SOTO* lo conoce porque era vecino suyo, pues éste también se dedicaba a la misma labor del arreglo de casas, informando respecto de *ÁNDRES FABIÁN OLARTE CORNEJO*, que a éste lo conocía porque vivía en Villas de San Juan, por lo que lo distinguió *“ahí andando en la calle”* (Audiencia de juicio oral, 19 de julio de 2017, récord: 31:23, segunda grabación) con quien sostenían conversaciones a través de la red social de Facebook.

Ahora bien, informó que una semana atrás a la ocurrencia del hurto y el fallecimiento de su hermano en el Gran Póker, *ANDRÉS FABIÁN OLARTE CORNEJO* le propuso *“que fuera hacer un hurto con él”* (Audiencia de juicio oral, 19 de julio de 2017, récord: 33:30, segunda grabación), en un casino, *“él me dijo que era ahí en las Palomas, en el parque Las Palomas”* (Audiencia de juicio oral, 19 de julio de 2017, récord: 35:00, segunda grabación), resaltando que, a pesar de la negativa de su respuesta, normalmente veía tanto a *OLARTE CORNEJO* como a *CASTILLO SOTO* que transitaban por el sector en una motocicleta.

En este mismo sentido, indicó que, con posterioridad a los hechos, en el barrio Nuevo Girón, se rumoró que *ANDRÉS FABIÁN OLARTE CORNEJO* y *GIOVANNY*



CASTILLO SOTO, “le habían disparado a alguien... en un negocio” (Audiencia de juicio oral, 19 de julio de 2017, récord: 39:35, segunda grabación), manifestaciones que se realizaron por los mismos procesados, por lo que dicha información se extendió por toda la localidad.

Carlos Julio Piedrahita Benavides, adujo pertenecer a la Policía Nacional en la Seccional Criminal de la Metropolitana de Bucaramanga, por lo que, para el caso en concreto, el 2 de junio de 2012, realizó la inspección técnica a cadáver en el casino Gran Póker y las diligencias de criminalística de campo en la escena del delito, describiendo el lugar como, *“un sector comercial, comercial y residencial... toda vez que ahí concluye el denominado parque de Las Palomas como ya lo mencioné, y alrededor de ese parque hay varios establecimientos abiertos al público y así al costado donde está la caseta hay una calle donde conduce a uno de los barrios del municipio de Girón”* (Audiencia de juicio oral, 10 de octubre de 2017, récord: 10:41), señalando a su vez, que dentro del establecimiento de comercio evidenció buena iluminación con luz artificial, por lo que, *“se podía reconocer personas”* (Audiencia de juicio oral, 10 de octubre de 2017, récord: 10:03).

Respecto de los testigos de descargos, María Inocencia Oliveros Romero, resaltó conocer a *GIOVANNY CASTILLO SOTO*, pues es la encargada de cuidar a sus cuatro hijos y de venderle la alimentación junto el cuidado de ropa, por cuya labor le cancelaba semanalmente la suma de \$150.000; de ahí que, mencionó que el 2 de junio de 2012, aquel arribó a su casa sobre las 7:30 p.m., para posteriormente retirarse junto a sus descendientes, pues desarrollaba su labor en la construcción.

En este mismo sentido, Daniel Gutiérrez afirmó conocer a *GIOVANNY CASTILLO SOTO* pues laboró en el sector de la construcción para el año 2012, fecha en la que se encontraban remodelando la clínica Unesac, para lo cual, laboraban normalmente desde las siete de la mañana hasta las seis de la tarde, y en ocasiones en horario extendido junto los fines de semana, indicando que, para el sábado 2 de junio de 2012, salió de trabajar con el procesado aproximadamente a las 6:30 p.m., con quien laboró hasta el mes de agosto de dicha anualidad, en virtud a su captura por otras diligencias diversas a las presentes y que dieron cuenta a su compromiso penal por un presunto hurto.

Aunado a lo anterior, Yesica Sánchez Reyes, mencionó haber sostenido una relación de noviazgo con *ANDRÉS FABIÁN OLARTE CORNEJO*, por lo que, para



el mes de junio de 2012, se encontraban residiendo en Venezuela, donde éste desarrollaba la labor de ayudante de panadería en San Cristóbal, lugar donde ingresaron de manera ilegal, regresando al país en el mes de julio de dicha anualidad, sin especificar el nombre del establecimiento dónde éste ejerció su labor como auxiliar de horno, acotando que mientras residieron en el vecino país, pernoctaron por un momento con su madrastra, así como, en un hotel, tiempo en el cual, se comunicaban frecuentemente con sus familiares a través de cabinas o celulares.

Similarmente, Diana Lizeth Bautista Cornejo, hermana de *ANDRÉS FABIÁN OLARTE*, adujo que su consanguíneo para el mes de junio de 2012 había emigrado hacia Venezuela para mejorar su calidad de vida, donde permaneció por un lapso aproximado de seis meses, tiempo en el cual, éste realizaba constantes llamadas telefónicas de diferentes números a su abonado 6597387, adscrito a la empresa Telebucaramanga, reseñando a su vez, que en el tiempo que su familiar permaneció en dicho país pernoctó en la casa de su jefe.

Finalmente, Juan Felipe Reyes Martínez, en su calidad de Secretario General y Sector Jurídico de la Empresa de Telecomunicaciones Bucaramanga, indicó haber atendido el requerimiento de un juez de control de garantías para certificar las llamadas que habían ingresado a unos abonados telefónicos, a saber, las líneas 6597387 y 6599595, durante los meses de abril a agosto de 2012; sin embargo, con dicha certificación *“no puedo precisar si esa llamada fue realizada desde el exterior, incluso eh, según la información que recaude con uno de los técnicos con ocasión de, de esta diligencia tendría que verificarse con el operador internacional a quien es asignado ese código numérico, y en todo caso herramientas tecnológicas hoy permiten que una llamada sea retransferida desde un número no obstante originalmente no haya salido de este número”* (Audiencia de juicio oral, 5 de diciembre de 2019, récord: 37:10).

En este punto es importante resaltar por esta Sala que de las diferentes manifestaciones realizadas por los testigos de cargo y de descargo puede colegirse que:

- i) Henry Duque Garnica falleció por un politraumatismo con proyectil de arma de fuego en región torácica y compromiso visceral torácico, con un



mecanismo de muerte por un shock hipovolémico agudo severo, con un fallecimiento violento de tipo homicidio (fs. 83 a 88 del expediente digital, carpeta No 2).

ii) Que el 2 de junio de 2012, dos hombres con armas de fuego ingresaron al casino el Gran Póker a efectos de hurtar el producido de las máquinas registradoras que se encontraban bajo la administración de Luis Gregorio Granados Gómez por un valor aproximado de \$2.000.000, así como, que mientras Henry Duque Garnica puso resistencia a uno de los asaltantes, éste lo golpea en sus testículos para a su vez dispararle por tres ocasiones, lo que efectivamente provocó su muerte.

iii) Una vez los asaltantes toman la suma de dinero de la máquina registradora del Gran Póker y disparan por tres oportunidades contra la humanidad de Henry Duque Garnica, huyen del lugar de los hechos en una motocicleta, procediéndolos a identificar, Luis Gregorio Granados Gómez, posteriormente, pues, los había observado como habitantes del sector, realizando reconocimiento fotográfico, mediante el cual se determinó que se trataba de *ANDRÉS FABIÁN OLARTE CORNEJO* y *GIOVANNY CASTILLO SOTO*.

iv) Asimismo, se relacionó que una semana atrás a la ocurrencia de los hechos *ANDRÉS FABIÁN OLARTE CORNEJO* propuso a Luis Alberto Garnica, hermano del occiso, participar en un hurto en un casino ubicado en el Parque Las Palomas de Girón, lugar donde el 2 de junio de 2012, perdió la vida Henry Duque Garnica y se hurtó la suma de \$2.000.000 de las cajas registradoras del establecimiento comercio, por parte de los aquí procesados.

v) Que *GIOVANNY CASTILLO SOTO* se dedicaba a la labor de la construcción con Daniel Gutiérrez, la cual, para el momento de los hechos efectuaba en el municipio de Girón y que para el 2 de junio de 2012 culminó sobre las seis de la tarde, para posteriormente recoger a sus hijos en casa de María Inocencia Oliveros Romero.

vi) Que *ANDRÉS FABIÁN OLARTE CORNEJO* se encontraba en el municipio de Girón, pues a pesar de que Yesika Sánchez Reyes y Diana Lizeth Bautista Cornejo afirmaron que había viajado desde el mes de marzo de 2012 a Venezuela desde donde realizaba algunas llamadas a sus abonados telefónicos y registrados con las líneas 6597387 y 6599595, no se pudo establecer por Telebucaramanga que algunas de las comunicaciones entrantes a dichos registros fueran internacionales y más exactamente originadas desde el vecino país.



En este punto, tal y como se reconoce por el censor, Luis Gregorio Granados Gómez, administrador del Gran Póker, es el único testigo directo de lo sucedido el 2 de junio de 2012, y quien pudo identificar a *ANDRÉS FABIÁN OLARTE CORNEJO* y a *GIOVANNY CASTILLO SOTO* como los responsables del hurto de \$2.000.000 del producido del establecimiento de comercio y del ataque contra la vida de Henry Duque Garnica en el curso del asalto del lugar, pues a pesar de que el abogado sostiene que este testigo resultó contradictorio en sus manifestaciones, no puede desconocerse que éste aseguró haber visto a los procesados en oportunidades anteriores por el sector al ser residentes del municipio de Girón, así como, pudo describir a quien lo “encañonó” (sic) como un hombre “*bajito, moreno, con medio bigotico*” (Audiencia de juicio oral, 19 de julio de 2017, récord: 12:52) pues mencionó haberlo visto directamente, para también asegurar que, el sujeto que amenazó a los clientes “*es un poco más alto, un poco más acuerpado*” (Audiencia de juicio oral, 19 de julio de 2017, récord: 8:38, segunda grabación).

Ahora bien, a pesar de que Granados Gómez, indicó que este segundo sujeto que ingresa al establecimiento de comercio con un arma de fuego amenazando a sus los clientes llevaba puesto un casco con visera transparente, pudo observar su rostro (Audiencia de juicio oral, 19 de julio de 2017, récord: 11:44 a 12:34, segunda grabación), de ahí que, en la diligencia de reconocimiento fotográfico que realizó reconoció a los dos asaltantes que hurtaron de su negocio la suma de \$2.000.000 y asesinaron a Henry Duque Garnica tras propinarle tres disparos, dejándose constancia en la correspondiente acta que aceptó haber suscrito e incluso dio lectura a la misma en el juicio oral, indicando que:

“*yo reconozco la fotografía número seis, él fue quien le disparó al señor que se murió ese día en el negocio casino El Gran Póker en Girón. Se verifica en el oficio de entrega de este álbum observando que la fotografía número seis corresponde al señor OLARTE CORNEJO ANDRÉS FABIÁN*” (Audiencia de juicio oral, 19 de julio de 2017, récord: 17:54) (...) “*este fue el que me encañonó, estaba con el que le disparó al señor que murió en el casino Gran Póker en Girón, cuando me robaron estaban los dos, y son los mismos que me atracaron la otra vez, esos tipos dos veces me robaron una vez anterior y cuando mataron al señor, yo los he visto en dos oportunidades. Se verifica en el oficio de entrega de este álbum observando que la fotografía número seis corresponde al señor SOTO CASTILLO GIOVANNY*” (Audiencia de juicio oral, 19 de julio de 2017, récord: 25:57)



De este modo, nótese que a pesar que Luis Gregorio Granados Gómez indicó que uno de los asaltantes tenía el casco puesto, también refirió que su visera era transparente y que por lo tanto pudo percibir algunas de sus características físicas, tanto así que, en algunas oportunidades había percibido su presencia en el sector, para también, identificarlos a través del reconocimiento fotográfico que realizó, documento que fue introducido al plenario para la correspondiente valoración suasoria a efectos de sustentar la responsabilidad penal de los encausados.

Así pues, con dicho reconocimiento fotográfico, Luis Gregorio Granados Gómez dio cuenta de la ocurrencia de un señalamiento directo contra los procesados, documento que al ser introducido mediante su testimonio forma parte integral del mismo, por lo que, *“Resulta igualmente de interés precisar que como los métodos de identificación son herramientas a las que debe acudir la Fiscalía en las situaciones referidas (falta de conocimiento o duda acerca de la persona indiciada o imputada), **por sí solos no constituyen prueba** en tanto que en el proceso penal acusatorio el principio de inmediación impone que “En el juicio únicamente se estimará como prueba la que haya sido producida o incorporada en forma pública, oral, concentrada, y sujeta a confrontación y contradicción ante el juez de conocimiento”,⁶ condiciones que no se cumplen en el trámite de identificación. **Lo anterior no obsta para que el fiscal cuando lo considere conveniente, en orden a solventar la credibilidad del testigo y de acreditar las proposiciones fácticas de su teoría del caso (...) en aspectos como la intervención del acusado en el punible que se le imputa, traiga a juicio los documentos elaborados durante el reconocimiento, para que puedan ser autenticados y acreditados por la persona que los ha elaborado, manuscrito, mecanografiado, impreso, firmado o producido”**⁷ (Énfasis de la Sala).*

De esta forma, para el presente caso, el reconocimiento fotográfico realizado por Luis Gregorio Granados Gómez, testigo presencial de los hechos, se incorporó a través de su testimonio, pudiendo ser contrainterrogado por parte del defensor de las circunstancias en que conoció e identificó a los encausados como responsables del ilícito, siendo por tanto, una prueba directa que entrega poder suasorio de las indicaciones que se ofrecieron y que en conjunto puedan dar la certeza de que *ANDRÉS FABIÁN OLARTE CORNEJO* y

⁶ Art 16 C.P.P.

⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado 28935 del 1º de julio de 2009.



GIOVANNY CASTILLO SOTO fueron los responsables del hurto y el homicidio que se cometieron el 2 de junio de 2012, en el casino el Gran Póker de Girón.

Aunado a lo anterior, confrontado el testimonio de Luis Gregorio Granados Gómez, se percibe que el reconocimiento realizado por aquel en la correspondiente diligencia el 30 de noviembre de 2012, no fue producto de algún tipo de sugestión de los investigadores hacia los sujetos reconocidos o de una deficiente percepción del testigo.

En suma, las condiciones en las que Luis Gregorio Granados Gómez realizó el reconocimiento permiten derivar que tal señalamiento resulta confiable, ya que para el momento de los hechos pudo observar directamente a los agresores cuando abordaron el establecimiento de comercio el Gran Póker, lugar que incluso, de acuerdo a lo indicado por el funcionario de la Policía Nacional que realizó el registro del lugar de los hechos, poseía buena iluminación permitiendo la identificación de cualquier persona, aún cuando uno de los asaltantes poseía una visera transparente, denotándose a su vez, que no pudo olvidar las características físicas de quien lo encañona, situaciones que lo facultan para fijar en su memoria la cara de aquellos sujetos, por lo que estuvo en capacidad de reconocerlos con posterioridad, aún pasando cinco meses de ocurrido el suceso del que fue víctima, y luego, en juicio transcurridos cinco años, sin que hubieran variado las circunstancias que desde los albores de la investigación se narraron por aquel.

Análogamente, la prueba controvertida en juicio, da cuenta de la presencia de *ANDRÉS FABIÁN OLARTE CORNEJO* y *GIOVANNY CASTILLO SOTO*, en el municipio de Girón, el día de los hechos, pues nótese que además de lo reseñado por Luis Gregorio Granados Gómez, al identificarlos como los responsables del asalto y el homicidio en el establecimiento de comercio Gran Póker, Luis Alberto Garnica, también los ubicó por lo menos ocho días antes de la comisión del ilícito, al mencionar que además de observarlos juntos transportándose en algunas motocicletas, *OLARTE CORNEJO* lo invitó para hacer parte de la comisión de un hurto en un casino en el parque de Las Palomas, lugar donde ocho días después de su convite, falleció su hermano Henry Duque Garnica, producto de los tres disparos que se propinaron contra su humanidad y con ocasión al asalto realizado por los encausados al casino referenciado.



Así pues, de dichos testimonios pueden a su vez, extraerse que los procesados no eran ajenos a la comunidad del sector de Girón, municipio donde se ubica el Gran Póker, sin que las coartadas presentadas por el estrado defensivo al tratar de ubicar a *ANDRÉS FABIÁN OLARTE CORNEJO* y a *GIOVANNY CASTILLO SOTO*, en Venezuela, al primero de ellos y en casa de María Inocencia Piedrahita Benavides, al segundo de los nombrados, hayan tenido una verdadera corroboración con otros elementos de prueba debatidos en el juicio.

Lo anterior, como quiera que, a pesar de que Yesika Sánchez Reyes afirmó haber residido desde el mes de marzo de 2012 hasta julio de la mentada anualidad en Venezuela junto a *ANDRÉS FABIÁN OLARTE CORNEJO* quien era su pareja sentimental para dicho momento, no otorgó información concreta del lugar donde realmente pernoctaron, así como, en el establecimiento de comercio donde el encausado presuntamente ejerció labores como auxiliar de panadería, labor que la misma Diana Lizeth Bautista Cornejo, descartó que este era conocedor sino a través de algunas indicaciones que otro de sus hermanos entregaba al procesado.

Asimismo, además de la juiciosa labor defensiva para solicitar a Telebucaramanga, los registros de las llamadas telefónicas que se recibieron en los abonados 6597387 y 6599595 pertenecientes a los lugares donde vivían los familiares de *OLARTE CORNEJO*, nótese que tal y como lo aclaró el mismo representante de la referida empresa Juan Felipe Reyes Martínez, no se pudo establecer el origen de dichas comunicaciones y si éstas provenían de Venezuela, menos aún, concluir con certeza que las mismas fueron realizadas por el procesado a sus familiares.

Por otra parte, tampoco se desconoce que *GIOVANNY CASTILLO SOTO* para el año 2012, se dedicaba a la labor de la construcción tal y como lo aseguró Daniel Gutiérrez, e incluso, el mismo Luis Alberto Garnica, al referir que distinguía al procesado al compartir su labor de albañil, empero, no resultó evidente que al momento de la ocurrencia de los hechos éste realmente se encontrara en el domicilio de María Inocencia Oliveros Romero, pues por el contrario, los interregnos de tiempo aducidos por los testigos de descargo, no mostraron coincidencia, pues antes bien, el jefe del encausado indicó haber terminado sus labores aproximadamente a las seis de la tarde y dejarlo en su casa sobre las 6:30 p.m., para posteriormente escucharse por Oliveros Romero



aducir que éste llegó por sus hijos sobre las 7:30 p.m. y abandonar nuevamente dicho lugar sobre las ocho de la noche.

Corolario a lo anterior, resulta sensato pensar que las indicaciones realizadas por los familiares y amigos de los procesados en las presentes diligencias no poseen otra finalidad que la de tratar de ubicar a *ANDRÉS FABIÁN OLARTE CORNEJO* y a *GIOVANNY CASTILLO SOTO* en lugares diversos a el Gran Póker para ese 2 de junio de 2012; sin embargo, la identificación y el señalamiento que de ellos realiza Luis Gregorio Granados Gómez como el único testigo directo de los sucesos, permitieron fundar la sentencia de condena que se profirió en su contra por parte del Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Bucaramanga, la cual, para esta Sala no concita algún manto de duda que deba ser justificada para realizar alguna modificación de la misma.

De este modo, los anteriores fundamentos que integran unidad jurídica con el análisis consignado en el fallo de primera instancia le permiten a la Corporación reiterar que se encuentran satisfechos los requisitos señalados en los artículos 7° inciso 4° y artículo 381 de la ley 906 de 2004, esto es, el conocimiento concurrente más allá de toda duda sobre la existencia de la conducta punible imputada y la responsabilidad penal predicable de los acusados en su realización, por lo que se le impartirá confirmación en esta instancia.

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

RESUELVE:

Primero. - CONFIRMAR la sentencia de fecha, naturaleza y origen antes indicados.

Segundo. - Contra la presente providencia procede el recurso extraordinario de casación.

Tercero. - Esta decisión se notifica en estrados, sin perjuicio de la que debe intentarse de forma personal de conformidad con el artículo 169 de la Ley 906 de 2004. Una vez ejecutoriada, regresen las diligencias a la oficina de origen



NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Los Magistrados,

PAOLA RAQUEL ÁLVAREZ MEDINA

JAIRO MAURICIO CARVAJAL BELTRÁN

JUAN CARLOS DIETTES LUNA

Registro de proyecto:
14/03/2023

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SALA DE DECISIÓN PENAL

MAGISTRADO PONENTE: GUILLERMO ÁNGEL RAMÍREZ ESPINOSA

Bucaramanga, catorce (14) de marzo de dos mil veintitrés (2023)
Discutido y Aprobado virtualmente por Acta No. 242.

OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por la defensa contra la providencia del 21 de julio de 2021, por medio de la cual el Juzgado Primero Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bucaramanga, declaró civilmente responsable a **Gerson Orlando Solano Barrios** y lo condenó a pagar los perjuicios ocasionados con las conductas punibles de homicidio agravado en grado de tentativa y tráfico, fabricación o porte de armas de fuego, accesorios, partes o municiones, a lo cual se procede conforme a lo descrito en el artículo 179 del C. de P.P.

HECHOS Y ACTUACION PROCESAL

Se extrae de las diligencias que, el 23 de noviembre de 2012 en horas de la madrugada, en el barrio Campo Hermoso sobre la calle 45 de esta ciudad, Ingrid Katherine Rondón Fuentes fue víctima de tres disparos con arma de fuego en su humanidad, por parte de Anderson Jesús Velasco Calderón alias "Nano", quien se movilizaba en una motocicleta maniobrada por **Gerson Orlando Solano Barrios**, en virtud de lo cual se le dictaminó una incapacidad médico legal de 50 días y perturbación funcional del órgano de la audición de carácter permanente.

Por las conductas punibles en cuestión, fue condenado **Solano Barrios** a la pena de 20 años de prisión por el Juzgado Primero Penal del Circuito con

Función de Conocimiento de Bucaramanga, en sentencia proferida el 27 de julio 2017¹, fallo confirmado en segunda instancia mediante providencia del 28 de noviembre de 2017².

A petición de la apoderada de víctimas se aperturó el incidente de reparación integral (arts. 102 y ss. del CP, modificado por la Ley 1395 de 2010). El 24 de mayo de realizó la audiencia inicial³ donde se presentaron las pretensiones, i) perjuicios materiales en cuantía \$595.729 como daño emergente y, ii) daños morales por \$53.595.153, solicitando la práctica de pruebas. No hubo conciliación.

La segunda audiencia se llevó a cabo el 28 de agosto de 2019⁴, corriéndole traslado a la defensa para que solicitara sus pruebas, la tercera audiencia se desarrolló en sesiones del 22 de noviembre siguiente⁵ y el 4 de marzo de 2020⁶, donde se decretaron las pruebas pedidas por la víctima y se negaron las deprecadas en favor del incidentado por impertinentes, procediéndose a su respectiva práctica. El 21 de julio de 2021 se emitió la condena por responsabilidad civil, decisión que fue apelada por la defensa.

DECISIÓN RECURRIDA

En providencia del 21 de julio de 2021⁷, el Juzgado Primero Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bucaramanga, declaró civilmente responsable a **Gerson Orlando Solano Barrios** del daño ocasionado a Ingrid Katherine Rondón Fuentes, en consecuencia lo condenó a pagar los perjuicios que discriminó de la siguiente manera: i) por daños materiales en la

¹ Folios 105 y 106 cuaderno digitalizado.

² Folios 91 a 103 cuaderno digitalizado.

³ Folio 69 cuaderno digitalizado.

⁴ Folio 65 cuaderno digitalizado.

⁵ Folio 58 cuaderno digitalizado.

⁶ Folio 35 cuaderno digitalizado.

⁷ Folios 17 a 24 cuaderno digitalizado.

modalidad de emergente la suma de \$167.200, y ii) por perjuicio moral el equivalente a 25 smlmv.

Como fundamento de su decisión, la juez de instancia aclaró la naturaleza del incidente de reparación, los alcances del mismo y la fundamentación legal para su reconocimiento; sobre los documentos aportados advirtió que si bien el defensor indicó que no representaban plena prueba de los gastos médicos por obrar en fotocopia, sin allegar factura que relacione los pagos efectuados por la víctima, conforme a los artículos 244 y 246 del Código General del Proceso, las copias mientras no sean tachadas de falsas por la contraparte, si cuentan con valor probatorio.

Sobre las pruebas incorporadas, señaló que si bien se relacionó un pagaré por valor de \$462.200, se dejó constancia de abono por parte de la víctima con recibos de caja de \$100.000 y \$67.200., advirtiendo que se allegó factura del Hospital Universitario de Santander de atención a la afectada por \$6.298.097, sin acreditar que ella haya sufragado total o parcialmente aquel monto, puesto que la misma fue expedida a cargo de la Secretaría de Salud de Santander.

Sobre los perjuicios morales, precisó que la jurisprudencia de la CSJ distingue entre moral subjetivado y objetivado, siendo el primero el que no trasciende la órbita de la intimidad de la persona y, el segundo el que la desborda para producir efectos y consecuencias externamente, afectando la capacidad productiva o laboral de la persona.

Concretamente en el caso de estudio, adujo que la incidentante no especificó de qué clase se trata (moral subjetivado y objetivado), que de la exposición se colige que es sobre los subjetivados al referirse a la afectación interna, con ocasión de la perturbación permanente del órgano de la audición y la cicatriz de la mano derecha, que afectaron a la víctima estética y emocionalmente.

Expuso que, conforme a jurisprudencia de este Tribunal, el daño moral subjetivado no exige para su reconocimiento un dictamen pericial o valoración psicológica, debiéndose valorar por el juez las pruebas que indiquen la magnitud del perjuicio sufrido para lograr su compensación. Sobre la secuela física en la mano derecha indicó que no se aportó prueba alguna de su existencia, tan solo orden médica de terapia, y que la ofendida en su declaración no la mencionó, como tampoco la afectación que le ocasionó.

De la pérdida de audición del oído derecho, dio cuenta del examen de audiometría sin establecer un diagnóstico, sin embargo, relacionó la afectación sufrida, sin que se aportara dictamen pericial de perturbación funcional del órgano de la audición de carácter permanente, empero, el daño moral consiste en los sentimientos de dolor, angustia y zozobra padecidos por la víctima a raíz del atentado contra su vida, quien en su testimonio mencionó que se afectó su área emocional, en especial las sensaciones de miedo y preocupación que persisten, por ello es procedente reconocer el perjuicio.

Arguyó que si bien el incidentante solicitó la suma de \$53.595.153 por daño moral, el artículo 97 del CP para la tasación de perjuicios prevé el rubro en salarios mínimos mensuales vigentes, cuya cuantificación dice está sujeta a la discrecionalidad racional del juzgador, de acuerdo a la magnitud del daño y la naturaleza de la conducta ejecutada, considerando para el efecto el delito de homicidio agravado tentado. En consecuencia, reconoció en favor de la ofendida el equivalente a 25 SMLMV, los que anotó deben cancelarse dentro de los 4 meses contados a partir de la firmeza del fallo.

EL RECURSO

La defensora del incidentado **Gerson Orlando Solano Barrios**⁸ solicitó revocar la decisión de instancia de condena en perjuicios y exonerarlo de los

⁸ Folios 12 a 14 cuaderno digitalizado.

misimos, iniciando con la relación de los hechos de la condena, para continuar con la reclamación de perjuicios efectuada por el apoderado de la víctima, detallando los valores de las pretensiones, además de referir que hubo coautoría en el delito, pero como su defendido no aceptó cargos como lo hizo el otro implicado, él es quien afronta el incidente de reparación integral individualmente, por cuanto al otro no se le abrió dicho trámite por la víctima.

Arguyó que los perjuicios morales sufridos no fueron demostrados en el debate probatorio, que no se aportó prueba alguna que acreditara que por la ocurrencia del hecho se afectó la salud, que fuera tanto el sufrimiento o acongoje que tuvo, que se le anuló de cualquier esfera social impactándola hasta menoscabar su esfera emocional o su sensibilidad espiritual, acotando que ya después de 9 años no ha demostrado tal daño, que no se probó la intensidad del perjuicio ocasionado; que la ofendida acudió a todas las audiencias, sin mostrarse en ningún momento afectada en su esfera interna o emocional o en tal suplicio o dolor por ese hecho.

Indicó que existen otras formas de reparación integral como mecanismo de justicia restaurativa, tales como pedir disculpas públicas, manifestaciones de arrepentimiento, solicitudes de perdón o presentación de excusas, que el juez puede ordenar como medio de reparación.

LA RÉPLICA

El apoderado de víctimas⁹ alegó que el recurso de apelación carece de sustento jurídico y de motivación, que no ataca un yerro específico del fallo, por tanto, solicitó que se confirme la decisión de la a-quo.

Empezó refiriéndose al incidente de reparación integral, la condena proferida a Solano Barrios como fuente de la indemnización y el derecho de

⁹ Folios 3 a 7 cuaderno digitalizado.

la víctima a la reparación integral. Seguidamente advirtió que no es eximente de responsabilidad que el sentenciado no cuente con bienes inscritos en la Oficina de Registro, que la obligación se deriva de la comisión de un delito, que si bien existen diferentes formas de reparación, la ofendida la postuló de manera pecuniaria, porque las consecuencias del delito le ha acarreado gastos y afectación moral grave que no se logra reparar con una disculpa.

Continuó refiriendo el principio de libertad probatoria para reseñar que la declaración de parte es un medio de prueba en sí mismo, pues la víctima conoce claramente el dolor y sufrimiento que padeció, que por no presentarse a las audiencias exteriorizando sus sentimientos, no significa que el actuar del procesado no le haya ocasionado un conjunto de daños que no estaba obligada a soportar, que además exigir que la ofendida muestre debilidad o imposibilidad de asistir a las audiencias, no es una forma de defensa o contradicción, sino una revictimización.

Precisó que como lo ha expuesto la CSJ, el daño moral incide en el ámbito particular de la personalidad humana tocando sentimientos de pesadumbre, aflicción, soledad, sensación de abandono e impotencia, que si bien se dificulta su determinación, ello no implica que no deban ser tasados y reconocidos, debiendo ser regulados por el juez, de quien dijo concedió el monto de los perjuicios morales conforme a las pruebas practicadas, esto es la declaración de parte y los documentos allegados al proceso, insistiendo en el principio de libertad probatoria.

Indicó que la defensa se limita a realizar un examen valorativo de los medios de prueba, sin anexar fundamento jurídico a sus argumentos ni atacar algún yerro al fallo que afecte el debido proceso, derecho de defensa o afectación a un derecho fundamental, correspondiendo su alegato a una apreciación personal frente a los valores solicitados por la víctima, sin sustentar sus planteamientos en medios de prueba pertinentes, conducentes e idóneos, por lo que se debe declarar improcedente la alzada.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia.- Conforme al numeral primero 1º del artículo 34 de la Ley 906 de 2004, esta Sala es competente para conocer el recurso de apelación interpuesto por el apoderado del incidentado, contra la providencia proferida por el Juzgado Primero Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bucaramanga el 21 de julio de 2021, mediante la que declaró civilmente responsable a **Gerson Orlando Solano Barrios** de los perjuicios causados por el delito de homicidio tentado cometido en perjuicio de Ingrid Katherine Rondón Fuentes.

2. Naturaleza jurídica del incidente de reparación integral.

En relación con la naturaleza del incidente de reparación y la responsabilidad civil derivada del delito, se tiene establecido de manera reiterada, que es de carácter netamente resarcitoria, por lo tanto, la forma de practicar pruebas, reconocer pretensiones y hacer las correspondientes reclamaciones, abandonan el ámbito del derecho penal y se rigen por el derecho privado, precisamente porque lo que se busca no es revivir temas como la materialidad de la conducta, el comportamiento del procesado y la posibilidad de atribuirle el mismo y sancionarlo con pena.

Así, el procedimiento incidental previsto en los artículos 102 y siguientes del C.P.P., tiene dos propósitos claros a saber, definir *la ocurrencia del daño y su estimación pecuniaria* (CSJ SP6029-2017, Radicado 36784), en esta medida, quien tiene la carga de la prueba es el que acude a reclamar los perjuicios de los cuales se dice víctima, independientemente de la naturaleza de aquellos.

Así mismo, la responsabilidad civil derivada del delito, no está sujeta a la capacidad económica del encartado, o la intención que éste tenga de resarcir las consecuencias de sus actos, pues una vez, establecido el hecho,

lo cual, tiene ocurrencia en el proceso penal, lo que debe acreditar el demandante es el daño y su cuantía, cuando se trata de perjuicios materiales o morales objetivados y la existencia del perjuicio moral subjetivado, en tanto éste es imposible de cuantificar, para que de ello se imponga por parte del juez la condena correspondiente, la cual se puede honrar con los bienes presentes o futuros.

3. Caso concreto. -

El recurso formulado por el apoderado de **Gerson Orlando Solano Barrios** pretende que se revoque la sentencia impugnada y se lo exonere de los perjuicios allí determinados, argumentado que los daños morales no fueron demostrados en el debate probatorio, que no se aportó prueba alguna que acreditara que por la ocurrencia del hecho se afectó la salud de Rondón Fuentes, y que ello afectara su desarrollo social al punto de menoscabar su esfera emocional o su sensibilidad espiritual, además de aludir tangencialmente a la naturaleza de otras reparaciones y a la coautoría en la ejecución de los delitos que motivaron la condena.

Conforme lo expuesto en precedencia, el perjuicio moral comporta el menoscabo a la dimensión afectiva, los sentimientos, el amor en la familia, la parte social, los atentados contra el honor, la reputación, las consideraciones sociales, de ahí que no puedan determinarse por fórmulas matemáticas como acontece con los perjuicios materiales. Sobre el tema la jurisprudencia ha indicado:

«Dada la inasible naturaleza del daño no patrimonial, debe buscarse, "con ayuda del buen sentido (...) y con apoyo en hechos probados que den cuenta de las circunstancias personales de los damnificados reclamantes, una relativa satisfacción para estos últimos proporcionándoles de ordinario una suma de dinero que no deje incólume la agresión, pero que tampoco represente un lucro injustificado que acabe por desvirtuar la función institucional que

prestaciones de ese linaje están llamadas a cumplir” (sentencia de 25 de noviembre de 1992. Exp. 3382); consideraciones éstas que aun cuando se expresaron con relación al daño moral, resultan perfectamente aplicables a toda clase de perjuicio extra-patrimonial, incluido el daño a la vida de relación.

A diferencia de la estimación de los perjuicios patrimoniales, para los que existen en la mayoría de las ocasiones datos objetivos que sirven de apoyo para su cuantificación, el perjuicio extrapatrimonial ha estado y seguirá estando confiado al discreto arbitrio de los funcionarios judiciales, lo que no “equivale a abrirle paso a antojadizas intuiciones pergeñadas a la carrera para sustentar condenas excesivas, sino que a dichos funcionarios les impone el deber de actuar con prudencia, evitando en primer lugar servirse de pautas apriorísticas...”

No pueden, por tanto, fijarse o establecerse parámetros generales que en forma mecánica se apliquen a la valoración de tal clase de perjuicio, pues cada caso concreto ofrece particularidades que deberán ser apreciadas por el juez al momento de hacer la correspondiente tasación¹⁰»

Igualmente, se ha diferenciado entre el daño moral subjetivo y el objetivado:

«Hay en torno al daño moral dos géneros de perjuicios: los que emanan de él en forma concreta, determinada y determinable, que pudieran llamarse perjuicios morales objetivados; y otros que son indeterminados e indeterminables, inasibles y abstractos, perjuicios morales no susceptibles de objetivación. (...)

La injuria al sentimiento del amor filial o al del honor puede ocasionar perjuicios morales inestimables por su naturaleza, y perjuicios morales objetivados. El hijo de un hombre que muere en un accidente experimenta el dolor o la pena natural a la privación del afecto de su progenitor, pena subjetiva, síquica, no objetivable; pero además puede sufrir, como consecuencia de su estado afflictivo o depresivo, una merma o disminución en

¹⁰ CSJ SC, 12 Sep. 2016, rad. 4792. Sentencia N. 064.

sus facultades o aptitudes para el trabajo que reduzcan su esfuerzo y afecten consecuentemente su patrimonio material. El comerciante que pierde su reputación sufre una pena síquica por la misma causa, daño inestimable pecuniariamente, y puede también recibir un daño moral que se manifiesta objetivamente en los menores rendimientos de su negocio, debidos a su inhibición para el trabajo, que lo hace menos productivo, y en la baja de sus entradas, porque la pérdida del crédito le trastorna el negocio.

(...) El daño moral objetivado puede fácilmente repararse. Tal cosa ocurre con el perjuicio inferido a una persona en su patrimonio, por la pérdida de su crédito, causada por la difamación; dicho daño es tangible, estimable con relativa facilidad, concretable en cifras numéricas. Pero no puede decir lo propio del daño moral no objetivado'. (G.J. LVI, 672; LXXX, 657; CLII1, 142, entre otras)¹¹»

Sobre el cálculo de los perjuicios de esta naturaleza opera el principio de arbitrio judicium, donde el juez puede tasarlos teniendo en cuenta criterios como la experiencia, la calidad del reclamante y en general las particularidades de cada caso, con la claridad de que tales criterios aplican únicamente en tratándose del daño moral subjetivo. Ello lo ha precisado la Sala de Casación Civil en el pronunciamiento citado:

«Con mayor precisión y distinguiendo los perjuicios morales de los materiales, la jurisprudencia ha dicho que si bien el fallador puede, para determinar la condena por perjuicios morales subjetivados, acudir al arbitrio judicium, tal criterio no puede extenderse y aplicarse a los perjuicios materiales y morales objetivados.

Precisamente, la Corte en sentencia de 5 de marzo de 1993, sobre el punto que se viene analizando, afirmó lo siguiente: "Ahora bien, el arbitrio judicium que ha desarrollado la jurisprudencia de esta Corporación, si bien se ha fundado en la potestad del Juzgador para decidir en equidad la condena por

¹¹ Ibidem.

perjuicios morales, de un lado, no lo ha hecho por fuera de las normas positivas sino con fundamento en ellas (art. 2341 del C.C. y 8o Ley 153 de 1887), y, de otro, sólo se ha aplicado a falta de norma legal expresa que precise la fijación cuantitativa. Es decir, se trata de una potestad especial que supone, de una parte, la prueba del daño moral, que, cuando proviene del daño material a la corporeidad humana, va ínsito en este último, y, de otra, la aplicación supletoria de las reglas directas de la equidad con fundamento en las características propias del daño, repercusiones intrínsecas, probabilidad de satisfacciones indirectas, etc. Pero ello no ocurre con el daño material, ni con el daño moral objetivado, que, precisamente por su exteriorización en la vida individual y social, no solamente es posible de apreciarse y establecerse por los medios legales, sino que también puede cuantificarse conforme con las reglas ordinarias. Luego, se repite, es absolutamente improcedente el arbitrio judicial para la determinación libre o limitada del resarcimiento del daño material y el daño moral objetivado. Porque se trata de un asunto que física y jurídicamente necesita de prueba y cuya carga corresponde al actor, sin que pueda el Juzgador sustraerse a ella, ni dejarla de aplicar».

De otro lado, se destaca también pronunciamiento de la Sala de Casación Civil de la H. Corte Suprema de Justicia, fallo del 16 de noviembre de 1999, Rad. 5223, donde expresó:

«La apreciación razonada de la prueba, o, lo que es lo mismo, la sana crítica de esta, presupone que el fallador, teniendo por derrotero únicamente las reglas de la lógica, de la ciencia y de la experiencia que, según su entender, sean aplicables a un determinado caso, goza de libertad para valorarla, cuidándose, claro está, de exponer razonadamente el mérito que le asigne a cada prueba (...).

Dado que el juez no siempre logra recaudar la prueba categórica de los supuestos fácticos debatidos en el proceso que le permitan predicar con certeza el hallazgo de la verdad para el pronunciamiento de su decisión, sino que con frecuencia debe acudir a hipótesis, en tal laborío ha de apoyarse en las señaladas pautas o «máximas nacidas de la observación de la realidad que atañen al ser humano y que sirven de herramienta para valorar el material

probatorio de todo juicio». Esa ponderación le permitirá otorgarle o no eficacia a un determinado elemento de juicio y obtener conclusiones adecuadas sobre lo sucedido.»

Consignado lo anterior, la Sala anota que, el monto de la indemnización por daño moral, correspondiente a la afectación del fuero interno concretado en la aflicción, la angustia y el sufrimiento, depende de la acreditación de la intensidad del perjuicio y la naturaleza de la conducta, como lo ha puesto de presente en múltiples pronunciamientos la Sala de Casación Civil.

Sin que se encuentre acreditada la existencia de los reparos propuestos por la defensa, yerros en los que presuntamente incurrió la a-quo en la sentencia confutada. En efecto, su argumentación, se itera, va dirigida a cuestionar que no se aportó prueba que se haya afectado la salud de la víctima por el hecho del delito contra la vida en su modalidad tentada, que no se estableció la intensidad del perjuicio y que, en su asistencia a las audiencias, la ofendida no mostró afectación interna o emocional.

Precisamos que las decisiones judiciales se deben fundar en las pruebas legalmente practicadas en el proceso, de igual manera que el artículo 373 del CPP, establece que los *hechos y circunstancias de interés para la solución correcta del caso, se podrán probar por cualquiera de los medios establecidos en este código o por cualquier otro medio técnico o científico, que no viole los derechos humanos*, por ende, es claro que no existe tarifa probatoria para demostrar determinado hecho concreto; para el caso que nos ocupa lo relativo a los *perjuicios morales subjetivados*, se pudo acudir al *arbitrio judicium*, eso sí con algún fundamento admisible.

Obsérvese que se recibió la declaración de la víctima Ingrid Katherine Rondón Fuentes¹², dando cuenta que por el atentado contra su vida estuvo hospitalizada durante 14 días, en el periodo comprendido entre el 23 de

¹² Audiencia de marzo 4/2020, récord 5:55 a 10:32.

diciembre de 2012 y el 6 de enero de 2013, que a raíz de la afectación física perdió la audición de su oído derecho y presenta problemas en la mandíbula.

Sobre el tema de la audición se incorporó examen de audiometría¹³, donde se indica IDX: *Sensibilidad auditiva periférica comprometida sensorial de grado moderadamente severo en oído derecho con descenso en frecuencias agudas de grado severo sin respuesta en 8000 Hz; por otro lado, sensibilidad auditiva periférica comprometida sensorial de grado leve el oído izquierdo con descenso en frecuencias agudas de grado moderado respectivamente.*

Denotando con ello, que en realidad sí se presentó afectación en su sentido de la audición, con las connotaciones reseñadas en el examen referido, además de lo expuesto en su declaración como cuando dice que emocionalmente se siente *intimidada, nerviosa*, que se presenta también afectación familiar y hasta problemas para comer, así como la dificultad de conseguir trabajo por la discapacidad registrada, debiéndose ocupar únicamente del cuidado de niños, además de tener restricciones para salir a la calle, consecuencias directas e inmediatas del atentado que sufrió y, que guardan relación causal con el mismo y las secuelas que de él se derivaron para su humanidad¹⁴.

Que la víctima no exteriorizara a través de su comportamiento las afectaciones que describió, lo que en criterio de la censora desdibuja su existencia para el reconocimiento pecuniario, no es de recibo para esta Colegiatura porque ello hace parte del fuero interno de la persona, a lo cual se aúna que su expresión sería en escenarios puntuales a saber, las salidas a la calle y los ámbitos laboral y familiar, conforme lo describió con claridad en su declaración, sin que pueda desatenderse su relato como lo pretende la opugnadora.

¹³ Folio 60 cuaderno digitalizado

¹⁴ CSJ SCP, SP12833-2017, RAD. 43034.

De esta manera, en realidad es claro que el atentado contra su vida le ha traído múltiples inconvenientes sobre todo emocionales, que han afectado su convivencia en sociedad, inclusive, problemas para conseguir un empleo que le posibilite interrelacionarse con otras personas, de allí que sea justificada la tasación de perjuicios morales subjetivos en la proporción que lo realizó la juez unipersonal, puesto que obran los argumentos necesarios para reconocerlos, que devienen de la afectación a su salud en razón del atentado contra su vida (naturaleza de la conducta), cuya responsabilidad recayó en el incidentado **Solano Barrios**, y la magnitud del daño causado que fue descrito por la ofendida.

Máxime cuando la tasación se efectuó conforme la postura jurisprudencial vigente, es decir, dentro de los rangos que han sido decantados entre otras, en la providencia SP13920-2017, radicado 39931, puesto que se fijaron en 25 smlmv, una cuantía que resultó inferior a la pretendida por la víctima, la que no resulta desproporcionada de cara a la entidad del daño sufrido por Rondón Fuentes.

Ahora, que se cuestione que solo se haya iniciado el incidente contra su defendido tratándose de coautoría por la presencia de otro implicado, debemos anotar que dentro del presente trámite se está definiendo la responsabilidad en la indemnización de **Solano Barrios**, desconociendo de otros trámites que se hayan iniciado en procesos diferentes, en todo caso en estos eventos la responsabilidad es solidaria, tal como lo prevé el artículo 96 del Código Penal y el 2341 del Código Civil.

Por ende, perfectamente, se puede adelantar el presente incidente tal como se ha efectuado, pues el pago de los perjuicios ocasionados es un imperativo legal, y opera respecto de cada uno de los partícipes en el hecho punible de manera solidaria¹⁵, tipo de responsabilidad en el que existe la

¹⁵ CSJ SCP, SP 27 de enero de 2013, Rad. 39311.

posibilidad que un acreedor frente a una pluralidad de deudores, haga cumplir toda su deuda con uno solo de aquellos, eventualidad que favorece a todos los involucrados como lo precisó el órgano de cierre de la justicia penal en sentencia del 27 de septiembre de 2012, radicado 37235.

Respecto de la existencia de formas de reparación integral diversas a la pecuniaria, advertimos que ello se propuso en la conciliación, pero no fue acogido por la víctima, quien en todo caso está en el derecho de exigir la indemnización que considera debe proporcionársele, por su afectación tanto física como emocional, justificándose por lo tanto la tasación que realizó la instancia, la cual se considera acorde con los perjuicios sufridos con la conducta punible de la que fue objeto por parte de Solano Barrios.

Especialmente, al considerar que tal pretensión parte de la supuesta incapacidad económica del incidentado, entendimiento que desconoce que ello no excluye la responsabilidad civil derivada del delito, pues los únicos eventos que operan con dicho propósito son la fuerza mayor, el caso fortuito o la culpa exclusiva de la víctima, no así la capacidad del demandado para cumplir la obligación impuesta, pues la prenda de los acreedores no sólo está por los bienes presentes sino los futuros.

En consecuencia, la Sala confirmará la providencia del 21 de julio de 2021, proferida por el Juzgado Primero Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bucaramanga, mediante la cual se declaró civilmente responsable a **Gerson Orlando Solano Barrios**.

Sin necesidad de más consideraciones, 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,

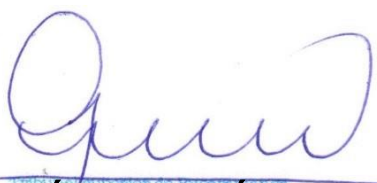
RESUELVE

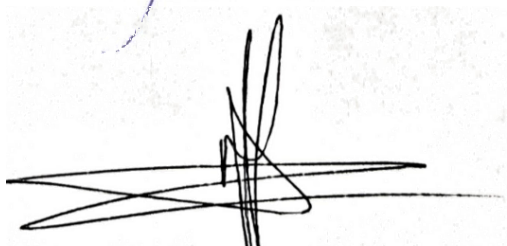
Primero. - Confirmar la sentencia del 21 de julio de 2021, emitida por el Juzgado Primero Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bucaramanga, en lo que fue objeto de impugnación.

Segundo. - Esta decisión se notifica en estrados y contra la misma no procede el recurso extraordinario de Casación, a voces del artículo 338 de la Ley 1564 de 2012, por la cuantía de las pretensiones.

Tercero. - Una vez ejecutoriada, devuélvase la diligencia a la oficina de origen.

Los Magistrados,


GUILLERMO ÁNGEL RAMÍREZ ESPINOSA


RAFAEL ENRIQUE LÓPEZ GÉLIZ


PAOLA RAQUEL ÁLVAREZ MEDINA

Registro de proyecto el 8 de marzo de 2023.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SALA PENAL

Magistrado Ponente: Dr. JUAN CARLOS DIETTES LUNA

Bucaramanga, marzo veintinueve (29) de dos mil veintitrés (2023)

Radicación N° 68001-6000-159-2018-02469-01 / 1584

A S U N T O

Resolver el recurso de apelación interpuesto por la defensa de DARÍO ARMANDO LIZCANO RUEDA contra la sentencia proferida por el Juez Once Penal del Circuito de Bucaramanga, mediante la cual lo condenó como autor del delito de HOMICIDIO AGRAVADO.

A C O N T E C E R D E L I C T I V O

Aproximadamente a las 23:10 horas del 18 de marzo de 2018 – tras una alerta – una patrulla de la Policía Nacional interceptó una camioneta blanca – sin más datos - frente al bloque 14-4 del barrio Bucarica de Floridablanca, cuyos tripulantes – al parecer - estaban involucrados en una riña; sus ocupantes descendieron, pero fueron sorprendidos y atacados por una turba de personas que portaban piedras, cuchillos y palos; los policiales pidieron apoyo de otras patrullas, al arribar los agresores huyeron y los afectados señalaron que uno “de sus amigos había sido apuñalado por un sujeto” después identificado como Darío Armando Lizcano Rueda, inmediatamente capturado por los gendarmes; el lesionado se identificó como Yani Alonso Cárdenas Villarreal, quien falleció en el Hospital de Floridablanca a causa de las heridas.

A C T U A C I Ó N P R O C E S A L

El 19 de marzo de 2018 se legalizó la captura en situación de flagrancia de Darío Armando Lizcano Rueda; la agencia fiscal le formuló imputación como autor del delito de homicidio agravado – artículos 103 y 104 numeral 7° del Código Penal, modificado el primero por la Ley 890 de 2004 y el segundo por la Ley 1761 de 2015 -, cargos no aceptados por el encartado; también se le impuso medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento de reclusión¹.

Una vez presentado el respectivo escrito, el Juez Once Penal del Circuito de Bucaramanga convocó la respectiva audiencia, en desarrollo de la cual la agencia fiscal formuló acusación por el ilícito atrás reseñado; adelantó la audiencia preparatoria – donde decretó el acervo probatorio y se pactaron algunas estipulaciones -, realizó el juicio oral en varias sesiones y al final anunció que el fallo sería de carácter condenatorio, siendo leído después de celebrar la audiencia prevista en el artículo 447 del Código Penal.

DEL FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Al estimar reunidas las exigencias del artículo 381 de la Ley 906 de 2004, el 29 de julio de 2020 el a quo condenó a Darío Armando Lizcano Rueda a la pena de 400 meses de prisión e inhabilidad para ejercer derechos y funciones públicas por 20 años, como autor - a título de dolo - del delito de homicidio agravado, a la par que le negó cualquier subrogado, por lo cual dispuso que permaneciera privado de la libertad en el panóptico que determinara el INPEC.

Adujo que la materialidad de la ilícita conducta desplegada por el encartado se acreditó por medio de pruebas testimoniales, el protocolo de necropsia y las lesiones en el cuerpo del occiso; también la responsabilidad penal porque los testigos presenciales coincidieron en señalar la clara participación de aquel en la ejecución del punible, pues M.S. Bueno Santos vio que le “le propinó dos puñaladas”; Lizeth Paola Villamizar Calderón lo observó pasar a tres metros de su lado y agredir a la víctima cuando “él sale de ahí y es cuando le mete la puñalada...le pega las puñaladas por la espalda, la reacción de Yani fue correr,

¹ Decisión confirmada por el Juzgado Décimo Penal del Circuito de la ciudad

pero se cae y se muere”; Marcela Santos Gómez reconoció al agresor porque momentos antes la agredió verbalmente en el parqueadero, tras la gresca “llegó el señor Armando y le colocó las dos puñaladas por la espalda y luego salió a correr”; Mayra Alejandra Florián Aldana lo identificó en la audiencia como el agresor de Yani Alonso Cárdenas Villarreal, mientras que las versiones de los testigos de descargo resultaron poco creíbles porque no vieron de cerca lo sucedido y la defensa pretendió crear un manto de duda, sin soporte probatorio.

DE LA IMPUGNACIÓN

Inconforme con el fallo, la defensa lo apeló para lograr su revocatoria, dado que las circunstancias fácticas en que ocurrió la muerte violenta de Yani Alonso Cárdenas Villarreal no ameritan discusión, pero no se demostró la responsabilidad penal de su prohijado en ese episodio delictivo; se presentaron dos hipótesis acerca de lo acaecido; los gendarmes no hicieron “nada para capturar al agresor” y sí a su representado, sin “explicar con certeza cómo se llevó a cabo la misma”; tampoco vieron el momento de la agresión y “pasado ya un tiempo les fue mostrada la foto de Darío Armando Lizcano a los testigos de cargo, con el fin de corroborar si era el mismo al que ellos señalaban”, resultando extraño que no hallaran en su poder “el arma causante del homicidio”; por ende, carece de “certeza la versión policial”, máxime si Orlando Carlier comentó que el procesado estaba retenido con él, instantes previos a que sucediera la agresión.

Surgió la hipótesis acerca que Jaime Niño fue el real agresor y así lo confirmaron – bajo juramento – los testigos de descargo, así que pese a existir “unidad de criterio” respecto de la sindicación del enjuiciado, bien podría resultar “equivocado” porque Darío Armando Lizcano Rueda fue quien “dio inicio a la confrontación” y sus consecuencias, así que “era la persona más propicia a señalar y de la cual exigir justicia” y “todos los testigos de cargo fueron sus contendientes”, los que buscaban “justicia, resentimiento y venganza” por lo acontecido.

Los testigos de cargo relataron lo vivido de manera “congruente, ordenado y claro” y los testigos de la defensa “solo pudieron narrar lo observado al final”, pero eso no basta para descartar las versiones de estos últimos, más aún si aquellos

incurrieron en “inconsistencias importantes” respecto de lo “que percibieron sus sentidos”, ya que podrían estar ebrios por celebrar todo el día, de ahí que la agencia fiscal debió impugnarles credibilidad varias veces; entonces, lo dicho por los testigos de descargo es creíble, no fueron tan “ordenados”, pero narraron lo que cada uno observó.

Si la lesión – según lo dicho por el perito forense – fue de “izquierda a derecha”, “el ingreso del arma fue con una orientación de izquierda a derecha, es decir, el agresor por sentido común debe ser alguien zurdo, siendo lo contrario a la lateralidad de mi defendido y aquí condenado, quien es derecho”, todo lo cual apunta a que fue otra persona la que ultimó a Yani Alonso Cárdenas Villarreal.

De arribarse a esa conclusión, pidió descartar la causal de agravación porque “la fiscalía no llevó a cabo ese despliegue procesal para determinar cuál circunstancia fáctica comportó la agravante”, o sea, no se “acoge a ninguna hipótesis en particular” de las cuatro referidas en ese precepto y – en todo caso - “estamos frente a un hecho propio de una contienda o agresión mutua” o – como se señaló por los testigos – una “batalla campal” por el “enfrentamiento entre dos bandos”; si la agresión final ocurrió en presencia de los policiales, no puede aducirse que la víctima estaba indefensa, menos aún si no estaba en “requisa o limitada en sus movimientos”, sino - por el contrario - “en permanente actividad (peleando, corriendo)” e, incluso, el encausado también resultó lesionado; además, el hecho de estar ebrio – per sé – no lo colocó en estado de inferioridad porque – reiteró – no se acreditó que estuviera “limitado, disminuido o menguado”, pues arribó al sitio conduciendo una motocicleta, fue el primero en trabar la riña, participó activamente en la pelea, lo vieron correr e hizo parte de la final confrontación, descartándose que no pudiera “valerse por sí mismo”.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

La defensa pretende la absolución de Darío Armando Lizcano Rueda por el delito de homicidio agravado, puesto que no se probó la responsabilidad penal más allá de “duda razonable”; subsidiariamente demandó descartar la causal de agravación reprochada, aspectos sobre los cuales la Colegiatura estima lo siguiente:

1.- El artículo 372 de la Ley 906 de 2004 estatuye que las pruebas tienen por fin llevar al conocimiento del juez, más allá de toda duda razonable, los hechos y circunstancias materia del juicio y la responsabilidad penal del acusado como autor o partícipe; así mismo, el artículo 373 ibidem dispone que los hechos y circunstancias de interés para la solución correcta del caso se podrán probar por cualquiera de los medios establecidos para tal efecto o por cualquier otro medio técnico o científico que no viole los derechos humanos, debiéndose practicar por regla general al interior de la audiencia de juicio oral, al punto que el artículo 16 ejusdem contempla que únicamente se valorará como prueba la que haya sido producida o incorporada en forma pública, oral, concentrada y sujeta a confrontación y contradicción ante el juez de conocimiento.

2.- Las estipulaciones probatorias versaron sobre (i) la plena identidad de Darío Armando Lizcano Rueda, (ii) la plena identidad de Yani Alonso Cárdenas Villarreal, quien arribó sin signos vitales al Hospital de Floridablanca, a las 12:02 horas del 19 de marzo de 2018, presentaba un mordisco en el hombro izquierdo y dos puñaladas a nivel del noveno espacio intercostal paravertebral izquierdo; se determinó como hora de la muerte las 23:30 horas del 18 de marzo de 2018; al día siguiente se le practicó inspección técnica al cadáver y el examen de sangre mostró que tenía un grado de embriaguez alcohólica positiva grado 3²; (iii) en la ropa que usaba Darío Armando Lizcano Rueda el 18 de marzo de 2018 se hallaron fluidos sanguíneos propios, no de otras personas.

3.- La agencia fiscal pretendió demostrar que – tras una riña inicial - Darío Armando Lizcano Rueda asesinó a Yani Alonso Cárdenas Villarreal, al propinarle dos puñaladas por la espalda, a pesar de encontrarse indefenso. Así:

3.1. M.S. Bueno Santos – de 17 años para la fecha de la declaración - aseguró que inicialmente “...Llegamos a Bucarica a buscar cerveza en una tienda y yo me encontraba parado al lado de una moto y en eso pasó él – Darío Armando Lizcano Rueda - acompañado de alguien más y se quedó mirándome; en eso él subió a la esquina y volteó como a salir del Conjunto y me dijo palabras fuertes; entonces, yo

² F.250 a 279 Expediente Digital

me quedé mirándolo y le dije qué era lo que me decía y se devolvió y se paró enfrente mío y me volvió a decir lo mismo – insultos -; el que iba detrás de él intentó sacar como un arma y mi mamá al ver eso se acercó y me dijo qué era lo que pasaba ahí, empezaron a insultarla y ahí se metió un muchacho; al meterse él se agarraron a pelear y yo también participé en la pelea; de un momento a otro aparecieron muchas personas con piedras, palos y cuchillos; en ese momento yo me subí a la camioneta y mi mamá se quedó ahí...”.

Más adelante narró que “aparecieron dos policías que nos encañonaron y nos hicieron bajar de la camioneta y nos requisaron; ahí llegó de nuevo el montón de gente que venían con palos, piedras y cuchillos...Yani al ver a mi mamá que estaba sangrando porque le habían pegado un botellazo en la cara, se lanzó a correr hacia los manes; yo me subí a la camioneta y luego me bajé y salí corriendo a la pata de Yani; cuando llego, el mismo man con el que yo estaba peleando le tiró una patada a Yani y lo tumbó...en eso apareció Darío por un callejón - tenía una camisa blanca - y le dio dos puñaladas, que yo las vi...Yani se paró a perseguirlo, pero como a una distancia de diez metros, cayó...”.

3.2. Marcela Santos Gómez expuso que “estábamos en la zona refrescante de Cañaveral y de ahí salimos para Bucarica porque otra gente que estaba con ellos nos dijo que fuéramos que a buscar cerveza...salimos para allá en la camioneta, Yani iba en la moto; cuando llegamos al parqueadero de Bucarica se bajaron los que iban conmigo en la camioneta a preguntar por cerveza...”, estaban hablando para “ver a dónde íbamos, cuando aparecieron dos tipos en una moto y luego se fueron, luego volvieron y se lanzaron hacia mi hijo y empezaron a decirle groserías...”; Darío Armando Lizcano Rueda “aquí presente, me insultó bien feo...pasados unos minutos aparecieron unos tipos - como treinta o cuarenta - con palos, piedras y cuchillos...”, corrieron “por un callejón hasta la principal y la camioneta iba delante de nosotros...”; alguien la golpeó, pero “seguí corriendo y cuando llegué a la camioneta unos policías los estaban encañonando y los bajaron de la camioneta...”; Yani Alonso Cárdenas Villarreal corrió hacia donde estaban “los tipos bajando...los tipos lo agarraron a pata y a puño; entonces, yo fui a ayudarlo, cuando se estaba levantando apareció el señor Armando - Darío Armando Lizcano Rueda - y le colocó las dos puñaladas en la espalda y cuando

eso pasó, él salió a correr y Yani también salió a correr detrás de él, pero se cayó y ahí no supe más”.

Identificó a Darío Armando Lizcano Rueda como el responsable de la muerte de Yani Alonso Cárdenas Villarreal, pues vio el momento en que le propinó las puñaladas y fue la misma persona que la insultó antes, en el parqueadero.

3.3. Lizeth Paola Villamizar Calderón dijo ser amiga de Yani Alonso Cárdenas Villarreal; estuvo presente durante la riña inicial en la parte alta del barrio Bucarica; luego hubo un segundo enfrentamiento con un grupo de personas, “él – Yani Alonso Cárdenas Villarreal - se baja de la camioneta y sale con Marcela y es ahí cuando le mete la puñalada, él – Darío Armando Lizcano Rueda - pasa por delante de los policías porque eran tres policías los que estaban ahí enfrente de nosotros...entonces le mete la puñalada a Yani en la espalda y la reacción de Yani fue correr, pero ahí él se cae y se muere y ya...era él, llevaba una camiseta blanca esa noche”; señaló en la audiencia a Darío Armando Lizcano Rueda como la persona que causó la muerte de Yani Alonso Cárdenas Villarreal.

3.4. Brenda Yiseth Eugenio Cárdenas estuvo presente durante la riña inicial; tras disiparse la gresca se fueron del lugar hacia la parte baja de Bucarica; allí se formó una nueva pelea, donde vio salir de un callejón a “...un sujeto de camisa blanca, llegó por detrás y le ocasionó – a Yani Alonso Cárdenas Villarreal - en varias oportunidades unas puñaladas...de un momento a otro aparece un tipo, el mismo que empezó la riña, apareció con un puñal y le propinó, yo vi dos oportunidades, o sea, lo que alcancé a ver fueron dos oportunidades que este sujeto le propinó dos puñaladas por la espalda...él venía por un callejón...él iba con una camisa blanca, un jean, era flaquito, un poquito narizón, de ojos oscuros, tez más o menos trigueña”; al indagarle sobre el agresor, sindicó a Darío Armando Lizcano Rueda e insistió en que fue el mismo sujeto que inició la riña.

3.5. Jhon Fredy Flórez Serrano participó de la riña y aseguró que “...ese día llegamos con unos amigos a Bucarica porque veníamos de un partido de futbol, estábamos en un parqueadero y pasó el señor – Darío Armando Lizcano Rueda - con otro señor en una moto y le dijeron algo a la esposa de Yani y ahí empezó el

problema, se insultaron y empezó a salir más gente de todos lados y se armó un problema, puños, palos, piedras, cuchillos, se veían por todos lados...”; lograron salir de allí, unos a pie, otros en una camioneta; “Yani también se baja de la camioneta...yo iba corriendo con un casco en la mano y en ese momento yo me di cuenta que Yani estaba ahí conmigo e íbamos ahí corriendo porque venía mucha gente y en eso llegó la policía...”, momento en que “apareció el joven – Darío Armando Lizcano Rueda - y le pega la puñalada a Yani en la espalda, yo estaba al lado de ellos”; tras ponerle de presente la declaración que rindió ante la Fiscalía el día de los hechos, leyó que “estaba a una distancia de Yani de dos metros, en ese momento aparece el muchacho, es el que iba manejando la moto, el mismo que piropeó a la novia de Yani, Yani intentó salir corriendo, es en ese momento cuando ese muchacho lo apuñala dos veces...yo vi al muchacho que tenía en ese momento una camiseta blanca y pasó por detrás de él y le propinó la puñalada, una o dos, no sé, yo vi que hizo como dos veces así y yo lo que hice fue correrme para atrás y tiré el casco y empecé a correr hacia abajo”, precisando que eso fue lo que sucedió; también identificó a Darío Armando Lizcano Rueda como el agresor de Yani Alonso Cárdenas Villarreal.

3.6. Mayra Alejandra Florián Aldana manifestó que “...Nosotros salimos del parqueadero y nos fuimos y más abajito en un parqueadero nos para la Policía, nosotros nos bajamos de la camioneta y entre esas personas que estaban en la camioneta estaba el muchacho que murió, yo y otras personas...al muchacho que se murió le pegaron una puñalada por la espalda y nosotros nos volvimos a subir a la camioneta...cuando pasó el incidente llegó un muchacho con un cuchillo, se lo clavó en la espalda a Yani y el muchacho se desplomó...”; ella estaba “a un metro de Yani cuando lo atacaron”, así que pudo identificar con claridad al agresor, señalando a Darío Armando Lizcano Rueda, presente en la sala de audiencias.

3.7. Andrés Avelino Lozano Castro – miembro activo de la Policía Nacional - estuvo presente en el lugar de los hechos, no vio el momento exacto en que resultó lesionado Yani Alonso Cárdenas Villarreal, pero capturó a Darío Armando Lizcano Rueda porque participó en el enfrentamiento que se generó luego de interceptar la camioneta blanca y los testigos presenciales lo señalaron de apuñalar al hoy occiso.

3.8. Oscar Mauricio Torra Sierra – servidor de la Policía Nacional – refrescó memoria con el informe de policía en situación de flagrancia y aludió que

“...yo me encontraba con mi compañero de patrulla en el sector de Bellavista; mis compañeros aledaños al cuadrante – patrulla Bucarica 8 - atienden un caso de riña, donde manifiestan que unos sujetos de una camioneta color blanca habían sido partícipes de una riña e iban bajando por la vía hacia el CAI Bucarica; procedemos con mi compañero y al llegar interceptamos la camioneta y descienden los ocupantes de la misma; en ese momento llega un grupo de personas con palos, piedras, donde se desató una riña múltiple frente al bloque 14-4 de Bucarica; cuando procedo a pedir apoyo a las demás unidades que se encontraban cerca al lugar de los hechos, las personas que se encontraban siendo partícipes de la riña se empezaron a dispersar, los ocupantes de la camioneta manifiestan que uno de sus amigos se encuentra mal herido y nos señalan a una persona de camisa blanca, la cual dicen ellos que fue el que agredió al amigo de ellos; procedo a coger al señor, lo subo a un vehículo policial...llegamos a la estación de policía de La Cumbre a realizar el procedimiento de captura, ya que era el señalado por estas personas como el agresor del herido...al señor capturado se le identificó como Diego Armando Lizcano...minutos después nos informan del hospital que la persona que habían trasladado herida había fallecido...”

El grupo de personas que llegó al lugar cuando estaban practicando la requisa estaba conformado por alrededor de 15 personas armadas con palos, piedras y hasta cuchillos; a los ocupantes de la camioneta no les halló armas; antes que lo hirieran de muerte, Yani Alonso Cárdenas Villarreal presentaba golpes en la cara por la riña en la que presuntamente participó; su estado anímico era normal, no estaba alterado; estaba a unos 5 metros del procesado antes de capturarlo, pero no vio el momento exacto en que le habría propinado las puñaladas al afectado; lo capturó porque los demás presentes lo señalaron como el agresor.

3.9. Efraín Eugenio García Sánchez – médico adscrito al Instituto Nacional de Medicina Legal – suscribió el informe pericial de necropsia del 19 de marzo de 2018³, donde concluyó que Yani Alonso Cárdenas Villarreal presentó trauma penetrante en tórax posterior con heridas transfixiantes en aorta torácica y en

³ F. 297 a 302

pulmón izquierdo, con laceración de músculos y hemotórax izquierdo de 2100 centímetros cúbicos; también múltiples abrasiones en la piel y traumas en tejidos blandos; la muerte sucedió por “herida penetrante en tórax posterior por arma cortopunzante que ocasiona shock hemorrágico”.

4.- La defensa practicó las siguientes pruebas:

4.1. Diego Martin Duarte Niño dijo ser habitante del sector donde ocurrieron los hechos y amigo del procesado; contó que ese día estaba en la sala de su casa, en el quinto piso y “...escuchamos una algarabía en la calle, mi esposa salió porque ella estaba extendiendo ropa en el mirador...en ese momento yo salí a mirar y lo que yo vi fue que venía un grupo de muchachos detrás de otro que es del occiso, entonces el muchacho bajó corriendo ahí y cuando yo alcancé a ver, él ya venía tal vez un poco cortado y cuando él siguió corriendo ahí más abajo, yo vi cuando el muchacho Jaime Niño, él venía con el cuchillo en la mano y le pegó la otra puñalada, a lo que él cayó ahí en el piso...el muchacho venía con un pantalón, ya venía sin camisa y con el cuchillo en la mano...”; lo describió como de “1.70 de altura, 1.75, un poquito gordito, no mucho, peluqueado un poco bajito... venía con una camisa en una mano y en la otra el cuchillo...”.

4.2. Leidy Katherine Rugeles González – también residente del sector y amiga de Darío Armando Lizcano Rueda - señaló que “...eran como las 11:00, 11:30 de la noche, yo estaba extendiendo ropa, sacando la ropa de la lavadora, cuando escuché ruido, gritos, entonces yo me asomé al balcón...vi muchísimos muchachos que iban corriendo sin camisa, adelante iba un muchacho, ellos pasaron por ahí y yo le dije a mi esposo que había un problema, nos asomamos al balcón, miramos y cuando me di cuenta que venían todos corriendo y había un muchacho que es conocido en el barrio por ser ñero y se llama Jaime Niño, él venía corriendo sin camisa y adelante también venía un muchacho sin camisa y él le dio una puñalada cuando el muchacho ya había caído porque un muchacho se cayó, el que se murió, creo, él se cayó, entonces le dieron una puñalada...él era muy popular en Bucarica por sus fechorías y a él lo evidenció en el momento de la riña...en ese momento él estaba como gordito...él no es tan alto...más bajito y

gordito, pues no puedo decirle más porque yo así, conocerlo como que no...él venía sin camisa, llevaba un cuchillo en la mano...”.

4.3. Marlon David Niño Hincapié dijo residir en el barrio Bucarica y puso de presente que el 18 de marzo de 2018

“yo me encontraba alrededor de las 10:30 de la noche sacando la basura, ahí en toda la esquina del sector 7 y observé que el joven Darío, Darío no, el muchacho Jaime, se dirigía detrás de un muchacho, sin camisa, con un cuchillo en la mano, él me pasó por el lado, escuché unos gritos y vi que el joven Jaime bajó sin camisa y apuñaló al muchacho...prácticamente el muchacho me pasó por el lado, yo lo observé, yo lo conozco, yo sé quién es, yo he convivido con el muchacho Jaime y puedo dar fiel testimonio de que fue el muchacho Jaime quien le dio las dos puñaladas al muchacho... yo lo vi, yo lo conozco, él y yo hemos dialogado, hemos tenido tratos cercanos e, incluso, sé dónde vive el muchacho y todo, entonces, yo como cuatro veces crucé palabras con el muchacho; de todas maneras, después del incidente un día yo iba pasando y el muchacho estaba en el sector 9, al lado del gimnasio, hablando del mismo hecho...Jaime es un poquitico más alto que yo, él es alto, cachetoncito, él tiene la nariz un poco respingada y el color del cabello es negro, corto, es blanco, generalmente él viste con bermudas y así...él estaba en bermuda con una camisa blanca enrollada en la mano derecha y la puñalada se la dio con la mano izquierda...recuerdo que estaba sin camisa...”; luego “él - Yani Alonso Cárdenas Villarreal - se cae y Jaime se le acerca, es por eso que la policía alcanza a rodearlo porque él lo persiguió hasta el momento en que cayó y yo vi que ahí él le hizo como un lance y él se devolvió”

4.4. Maribel Santamaría Granados mencionó que esa noche – la del 18 de marzo de 2018 - “...yo escuché muchos gritos y a una muchacha que gritó y eso me llamó la atención, me asomé por la ventana de mi habitación y en ese momento vi que venían varios muchachos corriendo, venía un muchacho sin camisa y el otro también atrás, el muchacho que venía corriendo adelante tropezó y cayó y el otro que venía atrás le pegó una puñalada...cuando me asomé al mirador vi que el muchacho volvió y cayó y el otro muchacho volvió y lo apuñaló, el muchacho que lo apuñaló tenía una camisa blanca amarrada a la mano derecha...cuando la policía llegó, el muchacho que lo apuñaló salió corriendo hacia el frente...” y describió al agresor como “trigueñito, cabello oscuro, más o menos cortico y en ese tiempo estaba delgado”.

La agresión ocurrió frente a su apartamento, aproximadamente a 15 metros; sabía que el causante del homicidio fue Jaime Niño, a quien conocía por residir en el barrio y lo veía a diario; la segunda agresión ocurrió metros adelante del lugar donde él mismo le propinó la primer puñalada, la que tuvo lugar cuando la víctima salió corriendo y se cayó, lo que aprovechó Jaime Niño para apuñalarlo por primera vez; reiteró que la segunda ocurrió cuando el afectado se levantó y salió corriendo, al caer metros más adelante, Jaime Niño aprovechó para propinarle una segunda puñalada.

4.5. Alvaro Augusto Aguas Rueda narró que “...Ese día yo salí a dar una vuelta ...en ese momento vi a mi amigo Elkin Darío que sale del parqueadero, lo saludo y va hacia el parqueadero donde yo resido; no pasan más de 4 o 5 minutos, cuando escucho unos gritos, salgo corriendo y observo a los muchachos que habían bajado de la moto y el carro golpeando a Darío, cuando de repente salen otras personas a auxiliarlo, yo me hago en otro sector ahí del pleito y no para la pelea, salen corriendo, prenden la camioneta y hay gritos y peleas de un lado para otro, yo sigo viendo es a Darío sangrando y corriendo por el sector donde unas cuerdas más abajo es interceptado por la Policía y es detenido...es capturado por dos agentes de la Policía...cuando salgo al otro día, me dan la noticia de que Darío fue detenido por el hecho de haber cometido un homicidio...”; vio cuando los gendarmes arrestaron al procesado antes que ocurriera el homicidio, así que no pudo cometerlo; entre 6 y 10 personas lo agredieron y no vio cuando sucedió el homicidio, solo escuchó después.

Tras ponerle de presente una declaración previa, leyó que estaba presente en el lugar de los hechos, vio que unas personas se bajaron de la camioneta, agredieron a Darío Armando Lizcano Rueda “con pata y puños”, luego los ocupantes del rodante salieron corriendo y aquel los persiguió porque estaba en una motocicleta, junto a Jaime Niño.

4.6. Orlando Ramírez Carlier contó que durante la gresca “...Darío y Jorge (sobrino de Orlando) se van en la moto a comprar unas papas, cuando llega un muchacho ahí y nos dice que se armó un problema, entonces yo me paro y miro hacia el parqueadero, pero cuando miro ya no hay nada...bajé hacia la avenida a

ver qué era lo que había pasado y ahí fue cuando yo llegué al sector 7, donde había la trifulca; entonces, yo me paré en ese momento y volteé a mirar a ver si lo veía a él porque yo estaba desubicado; como le digo, yo no sabía qué había pasado porque no tuve conocimiento de lo que había pasado, solo vi que llegó un muchacho a decir que habían apuñalado a Darío...”; no estuvo presente cuando ocurrieron los hechos y solo supo de lo acaecido porque se lo contaron.

4.7. Nidia Johana Bohórquez Arias – agente de la Policía Nacional - narró que participó en un caso de riña alertado por la ciudadanía; ocurrió “...en un establecimiento que queda entre los bloques, ahí al llegar al lugar, nos encontramos una camioneta saliendo de entre los bloques con cantidad de gente...”; otros compañeros la retuvieron, pero “...al parar el vehículo, se fomenta nuevamente la riña, así que llegamos al lugar a apoyar...cuando llegué lo que vi fue una Duster saliendo del lugar, ya había más unidades ahí apoyando y estaban los integrantes del vehículo...”; explicó que en la camioneta estaban evacuando a un herido y al presunto agresor ya lo tenían retenido; no tuvo nada que ver con el procedimiento de captura, pues no estuvo presente en el momento de la agresión.

4.8. Cristian Triana Ramírez - técnico en investigación criminal y judicial – participó como investigador de la defensa y su labor consistió en ubicar testigos de los hechos, realizar solicitudes a entidades públicas o privadas, ubicar cámaras de seguridad, tomar fotografías, suscribir informes y demás; elaboró un álbum fotográfico el 15 de enero de 2019⁴, correspondiente a la avenida Bucarica, desde el bloque 20 al bloque 14; explicó que

“...la fotografía número 1 se tomó en el parqueadero del edificio entre los bloques 20-2 y 20-04, en el lugar donde se indicaba que se inició la riña; la fotografía número 2 se hacen dos puntos en donde se encuentran cámaras fotográficas del gimnasio... la siguiente fotografía es una del plano completo donde se evidencia la numeración de los bloques y las rutas de acceso al parqueadero donde inició el conflicto y ruta donde se dirige la camioneta....Imagen 3, esta es donde se desarrollan los hechos objeto de investigación, los actos causantes de la riña, acceso al parqueadero, ruta tomada por la camioneta blanca y su persecución de partícipes en el conflicto hacia la avenida Bucarica; por último, está la fotografía 4, es una imagen panorámica y significa el punto en donde la Policía

⁴ F.352 a 354 Expediente Digital

Nacional actúa con sus unidades y detienen la camioneta blanca...Como conclusión del informe es que el lugar donde inician los hechos fue parqueadero del bloque 20-2 y 20-4 y sitio de captura en el bloque 13-13...”

Recopiló el formato de seguimiento de llamadas del centro automático de despacho de la Policía Metropolitana de Bucaramanga correspondiente al 18 de marzo de 2018, a las 23:57:50, número de llamada 5745852; leyó su contenido indicando que se presentó un homicidio en La Cumbre con arma blanca a las 23:55 horas; ingresa al hospital de Floridablanca Yani Alonso Cárdenas Villarreal de 22 años de edad, con dos heridas con arma cortopunzante a la altura del tórax posterior izquierdo y fallece, debido a la gravedad de las lesiones; hechos ocurridos a las 23:40 horas en el bloque 20-4, por una riña múltiple en Bucarica, lo que se informa al Jefe de turno, operador Comando y operador SIJIN; también allegó el “formato de información y recolección de imágenes públicas de la red social Facebook” de las fotografías del perfil de “Jaime Niño”, con tres imágenes⁵.

5.- Un análisis pausado y en conjunto de los medios persuasivos recaudados - bajo la óptica de las reglas de la sana crítica -, permite concluir lo siguiente:

5.1. No amerita discusión que Yani Alonso Cárdenas Villarreal falleció por trauma penetrante en tórax posterior, heridas transfixiantes en aorta torácica y en pulmón izquierdo, causadas por arma cortopunzante que ocasionó shock hemorrágico.

5.2. Los testigos presenciales relataron con vehemencia la forma en que cada uno percibió – desde su órbita personal – lo sucedido, evidenciándose que Darío Armando Lizcano Rueda es responsable penalmente por los hechos materia de juzgamiento, pues los testigos de cargo relataron – al unísono, de forma categórica y coincidente - que agredió con arma blanca a Yani Alonso Cárdenas Villarreal, provocándole heridas que causaron su muerte instantes después.

La práctica probatoria reveló que estos últimos testigos presenciaron a escasos metros lo ocurrido e identificaron al atacante como Darío Armando Lizcano Rueda, a quien algunos de ellos conocían desde antes, por residir en el barrio y porque

⁵ F.357

momentos previos sucedió una gresca que él mismo propició al insultar al menor M.S. Bueno Santos y a Marcela Santos Gómez, así que cuando fue herido Yani Alonso Cárdenas Villarreal, dicho adolescente, Marcela Santos Gómez, Lizeth Paola Villamizar Calderón y Jhon Fredy Flórez estaban a unos cuantos metros de la víctima y lograron percatarse del momento exacto en que el procesado apareció por un callejón – con la camisa blanca envuelta en la mano –y lo apuñaló en dos ocasiones, aprovechando el desorden generado por la revuelta, sin que – tal como lo aseguró el recurrente - los gendarmes pudieran observar puntualmente lo ocurrido, ni intervenir adecuadamente, ya que eran superados en número, estaban pidiendo refuerzos y no se fijaron en lo que hizo cada uno de los involucrados, a más que Darío Armando Lizcano Rueda actuó rápidamente, hecho que no impidió su inmediata captura, pues los presentes lo señalaron como el verdadero agresor y así también lo declararon los gendarmes; entonces, que los policiales no se percataran del instante exacto en que se asestaron ambas puñaladas, no resta credibilidad a sus dichos frente a las circunstancias que rodearon la captura en situación de flagrancia. Así:

5.2.1. M.S. Bueno Santos y Marcela Santos Gómez reconocieron claramente al agresor porque momentos antes hubo una pelea, tanto así que el primero expresó que “cuando estaban golpeando a Yani y él estaba en el suelo, yo fui a ayudarlo y yo lo vi, fue una distancia como de 1 o 2 metros, fue muy cerca y a mí la cara no se me olvida porque fue el mismo que me insultó en el parqueadero”, o sea, la misma persona que minutos previos los agredió verbalmente, fue quien causó las heridas mortales a Yani Alonso Cárdenas Villarreal, logrando individualizarlo e identificarlo, para luego señalar en la sala de audiencias a quien se identificó como Darío Armando Lizcano Rueda, lo cual replicó Lizeth Paola Villamizar Calderón al rendir su versión en el juicio oral, donde sindicó al procesado de ser el responsable de la muerte de Yani Alonso Cárdenas Villarreal, pues pasó a tres metros de su lado empuñando el cuchillo con el que lesionó al hoy occiso, quien no demoró en caer al suelo.

5.2.2. El relato de los antedichos fue corroborado por Mayra Alejandra Florián Aldana, dado que observó con claridad los hechos y pudo identificar a su responsable; afirmó que “cuando pasó el incidente, llegó un muchacho con un

cuchillo, se lo clavó en la espalda a Yani y el muchacho se desplomó....me encontraba a un metro de Yani cuando lo atacaron”, lo cual le permitió identificar con claridad al penalmente responsable, no otro distinto a Darío Armando Lizcano Rueda, al que señaló en la trascendental vista oral.

5.2.3. Brenda Yiseth Eugenio Cárdenas precisó que la persona que atacó a Yani Alonso Cárdenas Villarreal fue la misma que inició la riña e iba manejando una motocicleta; su dicho coincide con la versión de M.S. Bueno Santos y aporta mayor credibilidad a la directa incriminación, también efectuada por Jhon Fredy Flórez Serrano, quien se encontraba en la escena del crimen, al lado de Yani Alonso Cárdenas Villarreal y por lo tanto, percibió con claridad lo ocurrido.

En consecuencia, contrario a lo alegado por el recurrente, no se evidencia alguna malsana intención de los testigos de cargo en querer perjudicar al procesado, pues tan solo revelaron su interés porque se haga justicia por la muerte de su allegado; sentimientos de venganza no pueden predicarse de una situación aleatoria, derivada de la falta de tolerancia, sin un contexto de rencillas previas o problemas entre los contendientes, quienes únicamente se trabaron en lid por los insultos que hasta ese día sucedieron, no antes, de tal modo que ese argumento deviene meramente especulativo y no existe razón alguna para menguar credibilidad a los testigos de cargo.

5.3. La defensa pretendió desvirtuar la contundencia de las pruebas practicadas a instancia de la agencia fiscal, para lo cual incluyó declaraciones de varios testigos que aseguraron que el realmente responsable de lo ocurrido fue Jaime Niño, conocido en el barrio por su peligrosidad; incluso, uno de los declarantes aseguró que pudo verlo e identificarlo con claridad momentos antes del fatal suceso, al pasar por su lado empuñando un cuchillo; no obstante, distintas contradicciones evidencian el afán de encubrir al procesado. En efecto:

5.3.1. Alvaro Augusto Aguas Ruedas aseveró que vio a un grupo de personas agredir con palos a Darío Armando Lizcano Rueda, luego dijo que con puños y patadas; éste último logró escapar y los ocupantes de la camioneta comenzaron a perseguirlo, pero también expuso lo contrario, o sea, fue éste quien los siguió

luego que salieran corriendo, revelándose inconsistencias en su relato durante la vista pública y lo antes manifestado, sin que explicara las razones por las que varió su versión, contradictoria en aspectos básicos que le restan credibilidad.

De otro lado, aseveró que vio al procesado sangrando, corriendo por el sector, unas cuadras más abajo es interceptado por la Policía y capturado por dos agentes “antes que ocurriera el homicidio”, por lo cual no pudo cometerlo, aseveración alejada de la realidad porque él mismo reconoció que no vio cuando sucedió el homicidio y solo escuchó después, aparte que se opone a lo expresado por todos los testigos de cargo que sindicaron directa y categóricamente a Darío Armando Lizcano Rueda como causante de la muerte juzgada, cuyo obrar ocurrió antes de su aprehensión, al punto que los agentes captores - Andrés Avelino Lozano Castro y Oscar Mauricio Torra Sierra - corroboraron que la captura fue producto del señalamiento de los presenciales de cargo, con posterioridad a propinarle ambas puñaladas al hoy occiso.

5.3.2. Maribel Santamaria Granados declaró en el juicio oral que observó cuando le propinaron la primera puñalada a Yani Alonso Cárdenas Villarreal, éste salió corriendo, metros después cayó al suelo y le propinaron otra puñalada; no obstante, al analizar lo revelado por Marlon David Niño Hincapié – también testigo de descargo – en el sentido que a Yani Alonso Cárdenas Villarreal solo le propinaron una puñalada cuando salió corriendo y cayó, refule evidente el antagonismo porque – pese a encontrarse supuestamente en el momento y lugar exacto del hecho – no coinciden en aspectos tan relevantes como el número de puñaladas y los instantes en que sucedieron.

Además, si realmente los ataques ocurrieron en dos momentos separados – tal como lo señaló la primera -, muy seguramente los policiales habrían podido identificar con claridad al agresor porque - al ver el primer ataque - su atención se habría centrado allí y no - como aconteció – en la revuelta, donde realmente acaecieron las agresiones, no en situaciones separadas - como quiso hacerlo ver la defensa - para centrar la responsabilidad penal en otra persona; de igual modo, lo declarado en ese sentido – dos puñaladas en distintos instantes – se opone a lo

referenciado por los presenciales de cargo, quienes contundentemente relataron que se asestaron una tras otra.

5.3.3. Orlando Ramírez Carlier no estuvo presente al momento de los hechos y conoció lo sucedido de oídas, así que su relato no tiene mayor trascendencia; el argumento de la defensa acerca que permaneció retenido con Darío Armando Lizcano Rueda carece de asidero probatorio, similar a lo declarado por la policial Nidia Johana Bohórquez Arias, al arribar al sitio a brindar apoyo, cuando ya la gresca se había disuelto, de tal forma que no supo qué pasó con exactitud.

5.3.4. Leidy Katherine Rugeles González aseguró que al agresor “lo evidenció en el momento de la riña: gordito, no es tan alto...es más o menos como de su estatura – se refirió al defensor -, más bajito y gordito, no puedo decirle más porque yo así de conocerlo, así como que...no”; incluso, al compararlo con Darío Armando Lizcano Rueda dijo que medía aproximadamente 150 centímetros y Jaime Niño era “un poquito más alto”; a su turno, Diego Martín Duarte Niño señaló que el agresor medía “más o menos 1.70 de altura, un poquito gordito, no mucho...peluqueado bajito, no tengo muchas más características así diferentes que le pueda dar” y al preguntarle si le vio la cara a Jaime Niño, respondió “plena la cara de pronto no, pero sí lo alcanza a ver, el perfil, lo conoce uno, lo saca uno, lo distingue uno”; Marlon David Niño Hincapié lo describió como “una persona acuerpadita, más que yo, blanco, pelo negro, cachetoncito, tiene como esto largo, carilargo, no voy a decir que alto, es un poquito más alto que yo, yo mido 1.70, por ahí mide 1.75” y Maribel Santamaría Granados especificó que es “trigueño, cabello oscuro, más o menos alto, en ese tiempo estaba delgado”.

Frente a sus prendas de vestir Leidy Katherine Rugeles González manifestó que “él iba sin camisa, la bermuda y los tenis...él llevaba un cuchillo en la mano”, sin recordar si llevaba o no una camiseta en la mano, tampoco cuál era el color de la bermuda, mientras que Diego Martín Duarte Niño afirmó que “Jaime venía con un pantalón sin camisa...llevaba un blue jean con una camisa oscura amarrada en la mano” y Marlon David Niño Hincapié expresó que “él estaba en bermuda, con una camisa blanca enrollada en la mano derecha”.

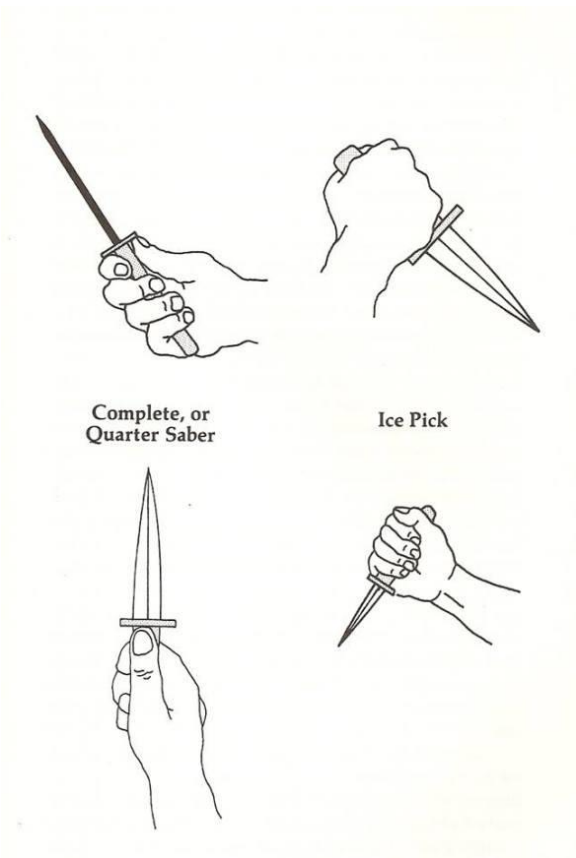
Lo anterior permite concluir que los testigos de descargo tampoco fueron precisos en describir al supuesto tercero que se vio involucrado en la mortal agresión, pues – a pesar de conocerlo o haberlo visto con anterioridad en el barrio – no coincidieron en aspectos básicos de su físico, pues unos indicaron que medía aproximadamente 150 centímetros y otros que alrededor de 170, también que era más o menos “gordito” y otros que era “delgado”, lo cual redundaba aun más en la falta de coherencia de sus relatos; adicionalmente, emerge diáfana la dificultad que algunos de ellos tuvieron para realmente reconocer al agresor, ya que vieron lo sucedido desde los balcones o las ventanas de sus apartamentos – unos desde un quinto piso -, o sea, a una distancia considerable, en la noche y sin datos puntuales acerca de la calidad de la luminosidad en el área, de tal modo que – por la distancia y la oscuridad nocturna – era difícil que personas ajenas a la escena criminal logaran individualizar a uno de sus actores, lo cual resta aún más credibilidad a sus narraciones.

De igual forma, el pluricitado Jaime Niño no tendría razones para actuar de esa manera, puesto que no estuvo involucrado en la inicial gresca, ni se conoce de motivo alguno que lo animara a obrar delictivamente, distinto a Darío Armando Lizcano Rueda, quien propició la inicial discusión, lo golpearon y quiso desquitarse de las agresiones, debiendo ahora responder penalmente por su vengativo proceder.

5.3.5. Los testimonios de Diego Martín Duarte Niño, Leidy Katherine Rugeles González y Maribel Santamaría Granados difieren de lo dicho por Marlon David Niño Hincapié respecto de la presencia o no de un grupo de personas corriendo detrás de Yani Alonso Cárdenas Villarreal; los tres primeros afirmaron que el hoy occiso corría adelante y lo seguía Jaime Niño, acompañado de varias personas, pero Marlon David Niño Hincapié sostuvo que *“detrás de ellos no iba nadie”* y, además, dijo que - luego de agredir a la víctima – el tercero involucrado se devolvió, mientras que los restantes declarantes sostuvieron que siguió corriendo hacia abajo, hacia adelante; incluso, quizá en su afán por encubrirlo, Marlon David Niño Hincapié confundió los nombres de Darío Armando Lizcano Rueda y Jaime Niño, al relatar que estaba “sacando la basura ahí en toda la esquina del sector 7 y observe que el joven Darío, Darío no, el muchacho Jaime, se dirigía detrás de un

muchacho sin camisa, con un cuchillo en la mano”, lo cual – se reitera – denota la falta de veracidad en esos relatos.

5.4. El hecho indiscutible – según el informe de necropsia - de que la lesión causante de la muerte sucedió de “izquierda a derecha” - per sé - no descarta la responsabilidad penal de Darío Armando Lizcano Rueda, pues - en gracia de discusión – si se aceptara que es diestro, ello en nada incide en que no pudiera utilizar su mano izquierda para propinar las puñaladas; con cualquiera de las dos manos habría podido realizar el movimiento con esa orientación – de izquierda a derecha –, dado que para maniobrar con la mano derecha basta con tomar la base del mango del cuchillo con la parte interna de la mano – junto al dedo pulgar e índice -, a fin que el filo sobresalga por la parte externa – junto al dedo meñique – y sea viable ejecutar el movimiento cuestionado, mientras que si el mismo proceder se ejecuta con la mano izquierda, debe tomarse la base del mango con la parte externa de la mano, de tal suerte que el filo esté contiguo a la parte interna, tal como se muestra en la imagen ilustrativa⁶, para un mejor entender.



⁶ Tomada de internet

El alto Tribunal en el campo penal también ha explicado que en casos como los

“...de una reyerta...ocurrida en circunstancias tumultuosas y caóticas, a decir de los testigos, lo verdaderamente trascendente para la apreciación del relato del testigo ofrecido como observador privilegiado de los acontecimientos es su categórica afirmación de haber visto que el acusado asestó la cuchillada a su oponente, sin que la estimación de su testimonio se vea afectada por la descripción al detalle que hizo sobre el recorrido del lance ejecutado por el agresor. Se significa, entonces, que de existir algún error de apreciación y rememoración por parte del testigo en relación con aspectos puntuales, como lo es la forma en que se empuñaba el puñal y la trayectoria en la ejecución de la maniobra de apuñalamiento llevada a cabo por el victimario, lo que resultaría apenas comprensible en razón de esas apremiantes condiciones en que se sucedieron los hechos, no tendría la trascendencia para descalificar su testimonio, a menos que del contexto de los acontecimientos pudieran surgir elementos que desvirtúen de manera esencial su versión de lo sucedido”⁷.

6.- La defensa pidió desechar la causal de agravación porque la agencia fiscal no hizo el despliegue procesal necesario para determinar cuál circunstancia fáctica la estructuró, es decir, no aludió concretamente a alguna hipótesis de las cuatro reseñadas en el numeral 7° del artículo 104 de la Ley 599 de 2000, aparte que la lesión se produjo en un contexto de contienda o agresión mutua, al punto que el afectado nunca estuvo “limitado, disminuido o menguado”, pues arribó al sitio conduciendo una motocicleta, fue el primero en trabar la riña, participó activamente en la pelea, lo vieron correr e hizo parte de la final confrontación, descartándose que no pudiera “valerse por sí mismo”.

Pues bien, dicha agravante punitiva del homicidio produce un mayor disvalor en la conducta realizada, por el hecho de colocar a la víctima “en situación de indefensión o inferioridad o aprovechándose de esa situación”, es decir, conforme a lo precisado por la alta Corte en el campo penal, este precepto “se refiere a dos categorías diferentes - indefensión e inferioridad -, sobre las cuales se reconocen cuatro distintas variantes de posible realización”, a saber, (i) la indefensión ocasionada por el agresor; (ii) la inferioridad producida por el atacante; (iii) la

⁷ SP 1476 de 2020, rad. 52072

indefensión preexistente, de la cual se aprovecha el victimario y (iv) la inferioridad preexistente, aprovechada por el ofensor; al respecto ha decantado que

“...indefensión e inferioridad aún cuando para los efectos previstos en la norma son sinónimos, involucran supuestos fácticos diferentes, dado que por situación de **indefensión** se entiende a la persona que al momento de la agresión carece de cualquier medio de defensa, en tanto que la **inferioridad** implica una relación de superioridad del sujeto activo que realiza el ataque respecto del agredido, la cual le permite la fácil concreción del resultado perseguido. En relación con la causal de agravación citada ha dicho esta Corporación: “(...) la norma hace referencia a cuatro situaciones que surgen diferentes: (I) se puso a la víctima en situación de indefensión, (II) se la puso en situación de inferioridad, (III) la víctima se encontraba en situación de indefensión, la cual fue aprovechada por el agente activo, o (IV) el procesado se aprovechó de la situación de inferioridad en que se encontraba la víctima. “Se dice que los cuatro supuestos son disímiles por cuanto la **indefensión** comporta falta de defensa (acción y efecto de defenderse, esto es, de ampararse, protegerse, librarse), y una cosa es que el agresor haya puesto a la víctima (colocarla, disponerla en un lugar o grado) en esas condiciones, y otra diferente a que la víctima por sus propias acciones se hubiese puesto en esa situación, de la cual el agente activo se aprovecha (le saca provecho, utiliza en su beneficio esa circunstancia). “Por su parte, la **inferioridad** es una cualidad de inferior, esto es, que una persona está debajo de otra o más bajo que ella, que es menos que otra en calidad o cantidad, que está sujeta o subordinada a otra, y, por lo ya dicho, no equivale a lo mismo que una persona haya sido puesta en condiciones de inferioridad por el agresor, o que, estándolo por sus propios medios, el agente hubiese sacado provecho de tal circunstancia. (CSJ SP16207-2014 26 nov. 2014, Rad. 44817)...”⁸

Sobre la observancia del principio de congruencia ha discurrido que

“...Igualmente, la Sala ha sido insistente en la necesaria explicitud en que la Fiscalía debe llevar a cabo la imputación tratándose de la referida circunstancia de agravación punitiva, debiendo determinar con claridad si se trata de indefensión o inferioridad, estableciendo sobre cuál de sus variantes recae el reproche penal: “Pero, además, debe tomarse en consideración que indefensión e inferioridad son categorías diferentes, de lo cual se sigue que, necesariamente, cuando se relaciona la agravante corre del resorte de la fiscalía no solo especificar a cuál de las varias opciones consignadas en el ordinal 7°, se refiere, sino demostrarla a cabalidad.....Incluso, para mayor precisión en torno de la responsabilidad

⁸ SP 3994 de 2022, Rad. 52548

predicable del autor, en estos casos no basta con determinar que la víctima efectivamente se encontraba en una condición de indefensión o inferioridad, sino que se obliga demostrar que ello no solo fue conocido por el acusado, sino que quiso aprovecharse de la ventaja inserta en dicha condición”.....En ese sentido, se ha enfatizado igualmente que no es suficiente con que el acusador precise la modalidad y la variante, entre las posibles, dentro de la circunstancia de agravación punitiva del numeral 7 del artículo 104 del Código Penal, sino que es necesario, además, que en los hechos jurídicamente relevantes se incluyan con claridad los aspectos circunstanciales que encajan dentro de los elementos estructurales de la agravante: En todo caso, no basta con que en la acusación y en la sentencia se indique con precisión el fundamento normativo de la circunstancia de agravación (una de las cuatro modalidades atrás descritas). Es imperioso que en la hipótesis de hechos jurídicamente relevantes de la acusación, y en los hechos declarados en la sentencia, se incluyan los aspectos que encajan en cada uno de los elementos estructurales de la causal elegida.....Lo anterior es imperativo en la acusación, entre otras cosas porque: (i) el procesado tiene derecho a conocer los hechos por los que es llamado a responder penalmente, para la adecuada preparación de su defensa; (ii) los hechos jurídicamente relevantes incluidos en la acusación determinan muchas de las decisiones que deben tomarse a lo largo del proceso, entre ellas, las atinentes a la pertinencia de las pruebas solicitadas por las partes; y (iii) los hechos de la acusación delimitan el marco decisional del juez, en virtud del principio de congruencia...”⁹

En el presente evento no amerita discusión alguna que se generó un escenario de riña, o sea, un tumultuoso combate entre dos bandos, cuyas agresiones surgieron de lado y lado, de tal modo que los contendientes no estaban en alguna situación de indefensión o inferioridad mientras permanecieron involucrados en la lid, dado que el enfrentamiento – voluntariamente aceptado – descarta esa posibilidad, puesto que quienes se enfrentan admiten su participación y las nocivas consecuencias que pueda aparejar.

Ciertamente M.S. Bueno Santos narró que “él - Yani Alonso Cárdenas Villarreal - estaba en el piso, pero se fue a levantar cuando llegó él - Darío Armando Lizcano Rueda - por la espalda y le pegó dos puñaladas” y Marcela Santos Gómez igualmente relató que “Ya cuando estaba intentando levantarse, él alcanzo a levantarse, no estaba bien recto, llegó el señor Armando y le colocó las dos

⁹ SP4037 de septiembre 8 de 2021, rad. 52285

puñaladas por la espalda y luego salió a correr, Yani salió a correr detrás de él, pero se cayó”; sin embargo, lo antedicho debe entenderse dentro del contexto de la gresca, pues también se puso de presente lo siguiente:

6.1. M.S. Bueno Santos expresó que – previamente - “aparecieron dos policías que nos encañonaron y nos hicieron bajar de la camioneta y nos requisaron; ahí llegó de nuevo el montón de gente que venían con palos, piedras y cuchillos...Yani al ver a mi mamá que estaba sangrando porque le habían pegado un botellazo en la cara, se lanzó a correr hacia los manes; yo me subí a la camioneta y luego me bajé y salí corriendo a la pata de Yani; cuando llego, el mismo man con el que yo estaba peleando le tiró una patada a Yani y lo tumbó...en eso apareció Darío por un callejón...(....)y le dio dos puñaladas, que yo las vi...Yani se paró a perseguirlo, pero como a una distancia de diez metros, cayó...” – Subrayas fuera de texto.

6.2. Marcela Santos Gómez narró que “cuando llegué a la camioneta unos policías los estaban encañonando y los bajaron de la camioneta...”; Yani Alonso Cárdenas Villarreal corrió hacia donde estaban “los tipos bajando...los tipos lo agarraron a pata y a puño; entonces, yo fui a ayudarlo, cuando se estaba levantando apareció el señor Armando - Darío Armando Lizcano Rueda - y le colocó las dos puñaladas en la espalda y cuando eso pasó, él salió a correr y Yani también salió a correr detrás de él, pero se cayó y ahí no supe más” – Subrayas fuera de texto.

En consecuencia, de lo anterior se deduce con claridad que ambas testigos presenciales de cargo reconocen que Yani Alonso Cárdenas Villarreal se involucró en la segunda confrontación – que según el policial Oscar Mauricio Torra Sierra se presentó porque después de interceptar la camioneta y descender los ocupantes, arribó “un grupo de personas con palos, piedras, donde se desató una riña múltiple frente al bloque 14-4 de Bucarica; cuando procedo a pedir apoyo a las demás unidades que se encontraban cerca al lugar de los hechos, las personas que se encontraban siendo partícipes de la riña se empezaron a dispersar, los ocupantes de la camioneta manifiestan que uno de sus amigos se encuentra mal herido” -, de tal forma que estando el hoy occiso inmiscuido en ella fue que le propinaron las puñaladas e, incluso, intentó infructuosamente perseguir a su

agresor, pero cayó al suelo herido de muerte; por lo tanto, las pruebas practicadas no mostraron que Yani Alonso Cárdenas Villarreal estuviera huyendo de la escena o corriendo para salvaguardarse de la batalla campal – lo cual fácilmente pudo hacer si se mantenía con los agentes policiales –, sino que voluntariamente participó de la misma y dentro de ese panorama caótico – que descarta la legítima defensa - fue lesionado mortalmente por Darío Armando Lizcano Rueda; frente a las heridas causadas en un escenario de riña recíproca, en sentencia de febrero 21 de 2018 – radicado 48609 - la alta Corporación en el campo penal evocó lo precisado al respecto en la sentencia de junio 26 de 2002 - rad. 11679 –, al señalar que

“...el fenómeno de la riña implica la existencia de un combate en el cual los contendientes, situados al margen de la ley, buscan causarse daño a través de mutuas agresiones físicas. (Sent. Cas. dic. 16/99. Rad. 11.099).....Esto no significa, desde luego, afirmar que en la comisión de los delitos de homicidio y lesiones personales no haya agresión, pues de otra manera no podría entenderse la forma en que se produce la afectación al bien jurídico de la vida o la integridad personal. Lo que en realidad diferencia la riña de la legítima defensa, no es la existencia de actividad agresiva recíproca, ya que, es de obviedad entender, ésta se da en ambas situaciones, sino además la subjetividad con que actúan los intervinientes en el hecho, que en un caso, el de la riña, corresponde a la mutua voluntariedad de los contendientes de causarse daño, y en el otro, el de la legítima defensa, obedece a la necesidad individual de defenderse de una agresión ajena, injusta, actual o inminente, es decir, no propiciada voluntariamente.....De ahí que la Corte de antiguo tenga establecida dicha diferenciación precisamente en el pronunciamiento que la delegada evoca en su concepto, la cual se conserva vigente a pesar de la realidad jurídica actual: “...es obvio que una cosa es aceptar una pelea o buscar la ocasión de que se desarrolle y otra muy distinta estar apercebido para el caso en que la agresión se presente. Con lo primero pierde la defensa una característica esencial para su legitimidad, como es la inminencia o lo inevitable del ataque; pero ningún precepto de moral o de derecho prohíbe estar listo para la propia tutela, es más, elemental prudencia aconseja a quien teme peligros, precaverse a tiempo y eficazmente contra ellos.....“...La riña es un combate entre dos personas, un cambio recíproco de golpes efectuado con el propósito de causarse daño.....“En cambio, la legítima defensa, aunque implica también pelea, combate, uno de los contrincantes lucha por su derecho únicamente...” (Sentencia de casación de junio 11 de 1946)...”

A lo anterior se suma que la agencia fiscal en el escrito de acusación se limitó a indicar en el acápite de “Actuación Procesal” que “se formula acusación contra Darío Armando Lizcano Rueda como autor a título de dolo de la conducta punible de Homicidio Agravado prevista en el Código Penal, artículo 103, 104 N° 7, que sanciona a su infractor con pena de prisión de cuatrocientos (400) meses como mínimo a seiscientos (600) meses como máxima”, lo cual ratificó en la diligencia de formulación de acusación, sin adicionar nada al respecto, de tal manera que no hizo concreta alusión a cuál de todas las modalidades del numeral 7° del artículo 104 de la Ley 599 de 2000 – modificado por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004 – era reprochada al procesado, afectando así su derecho de defensa, al ir en contravía del principio de congruencia, así que la Colegiatura descartará la causal de agravación reprochada.

Producto de lo anterior, deviene imperativo confirmar la condena de Darío Armando Lizcano Rueda, solo por el delito de homicidio simple previsto en el artículo 103 de la Ley 599 de 2000 – modificado por la Ley 890 de 2004 -, tornándose necesario ajustar la sanción impuesta; entonces, si los lindes punitivos oscilan entre 208 y 450 meses de prisión, la Colegiatura acogerá los mismos criterios del cognoscente e impondrá la pena inferior del cuarto mínimo, o sea, doscientos ocho (208) meses de prisión, lapso al que también se ajustará la inhabilidad para ejercer derechos y funciones públicas, sin que resulte indispensable emitir algún pronunciamiento frente a los subrogados, pues los requisitos objetivos no varían.

Corolario de lo anterior, al demostrarse más allá de toda duda razonable que Darío Armando Lizcano Rueda es autor del punible de homicidio simple perpetrado contra Yani Alonso Cárdenas Villarreal, se ratificará el fallo condenatorio impugnado, con las modificaciones preanotadas.

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

CONFIRMAR el fallo de origen, fecha y naturaleza reseñados, con la **MODIFICACIÓN** consistente en que DARÍO ARMANDO LIZCANO RUEDA es autor del delito de HOMICIDIO SIMPLE y la sanción asciende a doscientos ocho (208) meses de prisión e inhabilidad para ejercer derechos y funciones públicas por igual lapso.

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 virtual N° 300 DE LA FECHA

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

C/ Darío Armando Lizcano Rueda

D/ Homicidio simple

Juez 11° Penal del Circuito de B/manga

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SALA DE DECISIÓN PENAL

MAGISTRADO PONENTE: GUILLERMO ÁNGEL RAMÍREZ ESPINOSA

Bucaramanga, once (11) de abril de dos mil veintitrés (2023)
Discutido y aprobado virtualmente por Acta No. 324.

OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

Resuelve la Sala los recursos de apelación interpuestos por la fiscalía y el apoderado de la víctima, contra el fallo absolutorio proferido el 28 de febrero de 2023 por el Juzgado Primero Penal Municipal con Funciones Mixtas de Floridablanca, mediante el cual absolvió a **José Wilson Cadavid Londoño** del delito de **hurto calificado**; a lo que se procede de conformidad con el artículo 179 del Código de Procedimiento Penal.

HECHOS

La primera instancia describió los hechos en los siguientes términos en la sentencia¹:

«De acuerdo como fueron plasmados en el escrito de acusación, se tiene que:

***JOSE WILSON CADAVID LONDOÑO** fue privado de su libertad El 20 de abril del año 2.016, siendo aproximadamente las 2:30 p.m. en el asentamiento asomiflor -sic- ubicado en el municipio de Floridablanca por parte de agentes de la policía nacional, luego que fueran informados por parte de la señora JANIS PATRICIA GIL ARIAS, que cuando ella había llegado a su vivienda ubicada en el mismo sitio,*

¹ Archivo No. 30 expediente digitalizado.

identificada con el No. 17, encontró dentro de la misma sin su autorización a su vecino a quien conoce como El paísa, y luego de revisar se percató que le había hurtado dos palas, una pica, una barra, un palustre, tres (3) baldes, seis (6) canastas de cerveza llenas, un DVD, elementos que valoró en la suma de \$800.000,00. La ofendida fue informada por parte de sus vecinos que el desconocido se encontraba desde hacia rato en su vivienda y ellos creían que estaba realizando alguna obra dentro de la misma. Añade que las paredes de su casa son de lona.»

ACTUACIÓN PROCESAL

El 21 de abril de 2016², ante el Juzgado Primero Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bucaramanga, se legalizó la captura y se formuló imputación a **José Wilson Cadavid Londoño** por el delito de hurto calificado (arts. 239 y 240 núm. 3 CP), cargos que no aceptó. Se dispuso su libertad inmediata.

La fiscalía presentó el escrito de acusación³ que correspondió por reparto al Juzgado Primero Penal Municipal con Funciones Mixtas de Floridablanca, el cual realizó la audiencia respectiva el 9 de febrero de 2018⁴.

La preparatoria se llevó a cabo el 18 de junio de 2018⁵, mientras el juicio oral se adelantó en sesiones del 12 de marzo de 2019⁶, 9 de marzo de 2020⁷, 23 de abril⁸ y 12 de julio de 2021⁹, audiencia en la que se anunció el sentido del fallo, la lectura de la sentencia se realizó el 28 de febrero de

² Archivo 01 expediente digital.

³ Archivo 03 expediente digital.

⁴ Archivo 6, pág. 7 expediente digital.

⁵ Archivo 6, pág. 9 expediente digital.

⁶ Archivo 6, pág. 13 expediente digital.

⁷ Archivo 6, pág. 21 expediente digital.

⁸ Archivo 18 expediente digital.

⁹ Archivo 24 expediente digital.

2023¹⁰, contra la cual formularon recurso de apelación la fiscalía y el representante de la víctima.

SENTENCIA RECURRIDA

Mediante providencia del 28 de febrero de 2023, el Juzgado Primero Penal Municipal con Funciones Mixtas de Floridablanca absolvió a **José Wilson Cadavid Londoño** del delito de hurto calificado, ordenando cesar la persecución penal y levantar las medidas cautelares impuestas.

Indicó la instancia que la presunción de inocencia y el in dubio pro reo son principios rectores y garantías procesales, a los que se aúna la exigencia de conocimiento más allá de toda duda sobre el delito y la responsabilidad del acusado para emitir condena, anotando que la carga de la prueba recae en el órgano de persecución y, que en caso de duda debe resolverse en favor del procesado.

Realizó un recuento de los medios de conocimiento acopiados en el juicio oral, en virtud de las cuales concluyó que no concurrían los supuestos para proferir un fallo condenatorio, dado que los deponentes no observaron al acusado apoderándose de los elementos de la víctima, por lo que la única posibilidad para imponer el reproche penal sería a partir de prueba indiciaria, con relación a la cual citó la providencia SP1465-2016, radicado 37175.

Refirió que si bien existen varios hechos indicadores que pueden incriminar al procesado, i) la oportunidad al haber sido observado por dos testigos en inmediaciones del establecimiento de comercio ubicado en el lote No. 17 del asentamiento humano Asomiflor, Floridablanca, uno de los cuales evidenció que llevaba dentro de los elementos un palustre; ii) haber sido avizorado transportando dos canastas de cerveza con destino a su residencia,

¹⁰ Archivo 31 expediente digital.

bienes que se encuentran dentro de aquellos que la afectada refirió le fueron hurtados; iii) el presunto apoderamiento previo de otros bienes de la denunciante; y iv) la aceptación de responsabilidad al verse sorprendido, con la promesa de devolución de lo hurtado; no son fehacientes para cumplir el estándar de conocimiento que exige la condena, debiendo atender al concepto de hipótesis factuales alternativas y verdaderamente plausibles.

Ello, porque el sitio donde hizo presencia el encartado no se encontraba cerrado en su totalidad, no fue avistado por los testigos dentro de la habitación donde se encontraban las cajas despojadas a la víctima, sin que pueda afirmarse que las cervezas que transportaba son las mismas de las que fue desposeída la denunciante, ni que fue él quien las sustrajo del espacio donde estaban almacenadas, por lo que hipotéticamente se trataría de una receptación de no fue atribuida, lo propio ocurre con la observancia de un palustre entre los objetos que llevaba consigo, lo que tendría explicación en su desempeño como maestro de construcción.

Tampoco resulta admisible la referencia a un hurto anterior porque no obra prueba de aquel, máxime cuando el derecho penal es de acto y no de autor, así como la confesión y el compromiso de devolver los elementos sustraídos por parte del encartado, afirmaciones de la afectada que no fueron corroboradas por el agente captor, atestación que no podría valorarse so pena de desconocer los derechos a guardar silencio y a no auto incriminarse.

Sostuvo que si bien no se descarta la ocurrencia del delito enrostrado, de hecho razonablemente puede inferirse que el acusado fue su autor, frente a tal hipótesis coexisten otras que por su plausibilidad, tienen entidad suficiente para generar duda razonable, dado que cualquier otra persona pudo haberse apoderado de los bienes de la víctima, por lo que al no obrar prueba de la que se desprenda con certeza la responsabilidad del enjuiciado,

resulta procedente dar aplicación al artículo 7 del CPP, que contempla el principio de in dubio pro reo.

LOS RECURSOS

La fiscalía formuló la alzada¹¹ con el objeto que se revoque la absolución del acusado por el delito de hurto calificado, anotando que no comparte lo concluido por la instancia acerca de la imposibilidad de endilgar la autoría a partir de los indicios demostrados, precisamente a través de los testimonios se extrae que el procesado cometió el reato atribuido.

Para ello trajo a colación el contenido de las declaraciones recibidas en el juicio oral, según las cuales el encartado fue observado saliendo del establecimiento comercial de la víctima, sitio en el que se alojaban los elementos materia de apoderamiento, los que se encontraban resguardados en un espacio asegurado con un candado, el cual se halló forzado mediante el levantamiento de las bisagras de la puerta, bienes que eran transportados por el acusado a la vista de los deponentes, de ahí que no se suscite la duda que se predica en la sentencia recurrida.

Testimonios que constituyen señalamientos precisos contra el enjuiciado, máxime cuando el imputado no gozaba de buena reputación en el sector, sin que se cierna duda alguna sobre la propiedad de las herramientas que transportaba, dado que el presunto desempeño en la construcción no fue demostrado por el extremo pasivo, por el contrario, se acreditó que tales bienes pertenecían al esposo de la ofendida, a lo cual se aúna su tenencia a la salida o cerca al inmueble de la víctima.

¹¹ Audiencia del 28 de febrero de 2023, minuto 30:15 a

El apoderado de la víctima apeló¹² la sentencia absolutoria con el propósito que se emita una de carácter condenatorio, dado que la proferida no se ajusta a los presupuestos legales ni a las pruebas debatidas en juicio, según las cuales el procesado ingresó al establecimiento comercial y mediante el uso de la fuerza sustrajo los bienes muebles, actuando de manera encaminada a evitar su detección, adecuándose su conducta al reato endilgado.

Respecto de los medios de conocimiento realizó las precisiones a saber: i) la denunciante acreditó la preexistencia de los bienes y el hurto del que fue objeto el 20 de abril de 2016; ii) Pedro Antonio Cleves Rubio observó al acusado con unas cajas de cerveza, que corresponden precisamente a los elementos de los que fue desapoderada la víctima, lo que permite advenir que fue aquel quien irrumpió en la vivienda mientras se encontraba sola; y iii) Yuriria Melo Melo vio al encartado salir de la casa de la afectada, con un balde que contenía tubos y un palustre; elementos a partir de los cuales se demostró la materialidad de la conducta punible y la responsabilidad del enjuiciado.

Anotó que la decisión adoptada ocasiona grave perjuicio a la denunciante, pues no se acogen medidas para la reparación de los daños causados, por lo que solicitó imponer al encartado una pena acorde a la legislación penal.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia. - Conforme al numeral 1º del artículo 34 de la Ley 906 de 2004, esta Sala es competente para conocer los recursos de apelación formulados por la fiscalía y el representante de la víctima, contra la sentencia absolutoria del 28 de febrero de 2023, proferida por el Juzgado Primero Penal

¹² Archivo No. 35 cuaderno digitalizado

Municipal con Funciones Mixtas de Floridablanca, dentro del proceso que se sigue a **José Wilson Cadavid Londoño** por el delito de **hurto calificado**.

2. Desarrollo de la providencia.

En el presente asunto los recurrentes criticaron lo ultimado frente a la autoría del delito enrostrado al encartado, así como la duda erigida para justificar la imposibilidad de emitir fallo condenatorio, anotando que la valoración conjunta de las pruebas incorporadas evidencia la materialidad del delito y la responsabilidad de **Cadavid Londoño**, motivo por el cual solicitan la imposición del reproche penal en protección de los derechos que asisten a la víctima en materia de reparación.

De cara a lo señalado en precedencia, conforme los reparos formulados por los opugnadores, se procederá al análisis de las pruebas que legal y válidamente se practicaron en curso del juicio oral, en procura de establecer si hay lugar a emitir la condena pretendida.

Así, primeramente, se advierte que los sujetos procesales aceptaron como hecho probado¹³ la plena identidad de **José Wilson Cadavid Londoño**, identificado con cédula de ciudadanía No. 10.091.519 de Pereira, Risaralda.

En audiencia celebrada el 12 de marzo de 2019¹⁴, Yuridia Melo Melo declaró que residía en la vivienda aledaña al establecimiento comercial de propiedad de la víctima, que una mañana cuando se dirigía a su casa observó al procesado dentro del citado local con un balde en el hombro, en el que se alcanzaban a avizorar restos de tubo y un palustre, por lo que se comunicó con su vecina y la alertó para que se acercara al lugar.

¹³ Audiencia de juicio oral del 12 de marzo de 2019, Audio 1, minuto 5:32 a 6:58.

¹⁴ Récord: 8:54 a 24:39.

Indicó que el encartado mostró sorpresa ante su presencia, acotando que el negocio era abierto en el espacio destinado al consumo de bebidas embriagantes, únicamente se encontraba cerrado el cuarto donde se almacenaba la música y la cerveza, acto seguido dijo que el acusado se encaminó hacia el inmueble que ocupaba en el mismo barrio Asomiflor, en cercanías al salón comunal.

Después por comentarios de la comunidad se enteró de la aprehensión del enjuiciado, a quien reconoce como alias «El Paisa», anotando que presumía que los bienes pertenecían a la denunciante y que el procesado no desempeñaba actividad económica alguna.

En el contrainterrogatorio explicó el espacio abierto integraba el inmueble en cuestión, dado que solamente se instaló un techo y permanecía expuesto para el ingreso de personas, sin embargo, anotó que para extraer los elementos hurtados se debía superar la seguridad del cuarto donde se alojaban los mismos (la puerta), en tanto que en efecto existía un encerramiento, afuera del cual se encontraba **Cadavid Londoño**.

Jani Patricia Gil Arias¹⁵ comentó que conocía al procesado como residente del asentamiento humano Asomiflor, que su vivienda se encontraba ubicada aproximadamente a cinco cuadras, que previamente ya había afectado su patrimonio económico y, que según los rumores se desempeñaba como albañil, empero normalmente se encontraba solamente en la calle sin trabajar.

Puntualizó que los hechos ocurrieron el 20 de abril de 2016, fecha en la que fue informada por la anterior deponente sobre la presencia del acusado en uno de sus locales, dedicados al comercio de bebidas embriagantes (casa 17 numeración interna), en una actitud sospechosa y nervioso, por lo que

¹⁵ Audiencia de juicio oral del 12 de marzo de 2019, minuto 26:00 a 50:40.

acudió prontamente al sitio, allí encontró al inculcado cuando salía del establecimiento y respondió negativamente a su reclamo por el hurto.

Afirmó que al encaminarse al cuarto donde almacenaba los productos y la planta de sonido, encontró la puerta zafada en virtud del levantamiento de las bisagras, sin previamente quitar el candado que la aseguraba, evidenciando que se hallaba desordenado aquel espacio donde almacenaba las sillas, la planta de sonido, un computador, un DVD, herramientas y surtido de productos (mecato, gaseosas, cerveza), los cuales se encontraban incompletos según el inventario realizado.

Indicó que le hacían falta entre 6 a 7 canastas de cerveza, la planta de sonido con el DVD (todo lo de la música) y la herramienta que utilizaban para la construcción de un muro de contención (palustres, palas, baldes, barras, pica), anotando que avalúa lo hurtado aproximadamente entre \$800.000 a \$1.000.000., que el encartado reconoció la acción delictiva en presencia de los agentes del orden y que se comprometió a su devolución, sin que ésta se materializara, entre tanto fue traslado a la Estación de Policía de La Cumbre.

A instancias de la defensa refirió que recibió la llamada en cuestión, que los hechos ocurrieron entre las 11 y 12 horas de la fecha anotada, que su alusión a encontrarse dormida correspondía a otros hurtos de los que había sido objeto. El despacho le indagó sobre la movilización del balde que mencionó la anterior deponente, informando que el procesado lo tenía a su lado cuando ella arribó, dejándolo en el sitio.

Pedro Antonio Cleves Rubio¹⁶ sostuvo que reside en el barrio Asomiflor, que funge como representante legal de la comunidad, que la víctima se dedicaba al expendio de licor y otros productos (cantinas y tiendas), que el 20 de abril de 2016 observó al procesado cuando transportaba dos cajas de

¹⁶ Audiencia de juicio oral del 9 de marzo de 2020, minuto 3:20 a 16:30.

cerveza por el camino a su residencia (descendía por el salón comunal), desconociendo el destino final de tales bebidas.

Refirió que si bien no encontró sospechosa la acción del encartado, la víctima fue alertada sobre la extracción de un balde de su establecimiento de comercio, momento en el que solicitó su acompañamiento por lo que acudieron al sitio, allí se evidenció que faltaban varias cajas de cerveza y herramientas que pertenecían al esposo de la denunciante, elementos almacenados en una pieza, por lo que acompañó a la afectada a formular la denuncia, sin que el acusado cumpliera con la promesa de devolver los bienes.

Comentó que previamente había ingresado al local donde había una planta de sonido, cajas con diferentes bebidas (gaseosas y cerveza), un computador que se utilizaba para reproducir la música, elementos personales y los bienes del negocio, los cuales se guardaban en un encerramiento en lona material utilizado por la comunidad, dado que el restante espacio se encontraba abierto al público con ubicación de mesas y sillas, anotando que el ingreso al sitio se facilitó por la ausencia de personas, además de referir que el encartado todavía reside en el asentamiento donde es conocido como alias «El Paisa».

El despacho le indagó sobre el conocimiento que poseía sobre la propiedad de las cajas de cerveza, anotando que en virtud de lo reportado a la víctima se revisó el local comercial, el cual se encontró saqueado por lo que se deduce su procedencia, refiriendo el inculpado que devolvería los elementos ante la amenaza de denunciarlo, sin embargo, no procedió de conformidad.

Finalmente, Ramiro Castillo¹⁷ informó que en desarrollo de labores de patrullaje fue abordado por una ciudadana en la entrada del asentamiento humano Asomiflor, quien informó haber observado a un sujeto saliendo de su vivienda con un costal que contenía algunos elementos, al revisar sus pertenencias evidenció que le faltaban bienes, describiendo las características de su vestimenta.

Con fundamento en ello se inició la búsqueda del individuo que fue hallado sin elementos en su poder, sin embargo, la víctima lo identificó como la persona que estaba al interior de su inmueble, anunciando su intención de formular la denuncia, por lo que se procedió a la aprehensión del sujeto que respondía al nombre de **José Wilson Cadavid Londoño**, según el acta de derechos del capturado y la constancia de buen trato, sin que hiciera manifestación alguna en torno a aquel señalamiento.

Conforme al anterior recuento probatorio, refulge para la Sala que no se cierne la duda que fundamentó el fallo absolutorio, toda vez que de los testimonios debatidos sí se desprendería la materialidad del hurto y la responsabilidad del encartado, sin embargo, concurre una situación relacionada con la circunstancia de calificación enrostrada, la cual afecta la pretensión punitiva formulada por los opugnadores.

Así, se acreditó que el encartado hizo presencia el 20 de abril de 2016, en la casa identificada como número 17 del asentamiento humano Asomiflor, Floridablanca, sitio del que salía cuando fue observado por Yuridia Melo Melo, quien lo vio llevar consigo un balde que contenía fragmentos de tubo y un palustre, motivo por el cual se comunicó con Jani Patricia Gil Arias, propietaria del establecimiento que allí funcionaba.

¹⁷ Audiencia de juicio oral del 23 de abril de 2021, minuto 12:30 a 37:50.

Persona que arribó al sitio cuando todavía se encontraba a sus afueras el enjuiciado, quien tenía a su lado los citados elementos que decidió abandonar allí, verificando que en el local faltaban diferentes bienes, específicamente 6 o 7 canastas de cerveza, la planta de sonido con el DVD (todo lo de la música) y la herramienta que utilizaban para la construcción de un muro de contención (palustres, palas, baldes, barras, pica), pérdida que avaluó entre \$ 800.000 a \$ 1.000.000.

Revisión que la víctima no realizó sola porque ante la alerta de su vecina convocó a Pedro Antonio Cleves Rubio, quien dirigía la junta de acción comunal del asentamiento humano, dando cuenta del saqueo que sufrió el establecimiento de comercio, además de comentar que previo a tal aviso observó al procesado llevando consigo dos cajas de cerveza, que correspondía precisamente a lo hurtado según la denunciante.

Así, la materialidad del hurto se acreditó a través de la declaración de Jani Patricia Gil Arias, quien relacionó la afectación que sufrió su patrimonio en virtud del comportamiento ilícito del procesado, además de indicar que el lugar donde ocurrió el reato funcionaba como una cantina, que estaba diseñada como un espacio abierto al público, por lo que únicamente se techó y se construyó un pequeño cuarto donde guardaba los productos que expendía, el equipo para la reproducción de la música y, temporalmente, las herramientas utilizadas para la construcción de un muro de contención.

Encerramiento que fue violentado mediante el levantamiento de las bisagras de sostenían la puerta, la cual se encontraba asegurada con un candado, instrumento que no fue forzado.

Coincidiendo en tal descripción con lo narrado por Yuridia Melo Melo y Pedro Antonio Cleves Rubio, quienes indicaron que allí funcionaba un local dedicado al esparcimiento de la comunidad, específicamente un expendio de

bebidas embriagantes, ambientado musicalmente con equipos de propiedad de la denunciante, elementos que se almacenaban junto a los productos en un espacio encerrado con lona y asegurado con un candado, sin que la víctima residiera en aquel sitio, ni fuera aledaño a su vivienda.

En ese orden, refulge para la Sala que no se trataba del lugar de habitación de la víctima ni de sus dependencias inmediatas, el cual se encontraba en otro sector del mismo asentamiento humano, sino de un espacio destinado netamente al comercio de bebidas embriagantes y otros productos que acompañaban tal ingesta, de ahí que no hubiere sido encerrado completamente, sino que se dejara abierto al público excepto el cuarto donde se almacenaban los insumos para la venta, los elementos destinados al funcionamiento de la cantina (mesas, sillas y equipo de sonido), y temporalmente unas herramientas.

Lugar que no corresponden a aquellos respecto de los cuales se estableció mayor punibilidad, de conformidad con lo establecido en el artículo 240, numeral 3º del Código Penal, que acorde con lo decantado por el órgano de cierre de la justicia penal solo comprende los sitios destinados a la residencia o vivienda, en los que se da una penetración o permanencia arbitraria, engañosa o clandestina¹⁸.

Al respecto, la providencia en cita menciona:

«Y no puede ser de otra manera, pues el precepto no sólo utiliza la expresión "lugar habitado", sino que al señalar que la causal de mayor punibilidad también comprende las dependencias inmediatas del lugar habitado, trae a colación el término "moradores" para indicar que en ese evento la calificante se presenta, así no se encuentren éstos, vocablo este último, sin lugar a dudas, significativo de habitantes o residentes, como lo

¹⁸ CSJ SCP, SP 7 de noviembre de 2012.

indican las dos aceptaciones que sobre morada ofrece el diccionario de la lengua española, a saber, (i) "estancia de asiento o residencia algo continuada en un lugar" y (ii) "lugar donde se habita".

Por lo anterior, la propuesta interpretativa del representante de las víctimas, en el sentido de que la expresión "lugar habitado" comprende tanto la habitación como el sitio de trabajo, no puede ser de recibo. Se trata, en realidad, de una distinción sofística, pues si el legislador, conforme lo pone de presente el Fiscal Delegado, hubiese querido incluir esos dos conceptos, lo habría hecho de manera expresa, señalando entonces que la calificante procede tanto cuando la penetración o permanencia ocurre en lugar habitado como en sitio de trabajo.

Esa distinción la hizo el legislador cuando tipificó por separado, en los artículos 189 y 191 del Código Penal de 2000, los delitos de violación de habitación ajena y violación en lugar de trabajo. Es más, aun cuando dichos punibles protegen el bien jurídico de la autonomía personal, la ley sanciona el primero de manera más severa¹⁹, en la medida en que con su realización, adicionalmente, se afecta el derecho a la intimidad personal y familiar.

Ese mismo criterio lo siguió cuando decidió contemplar como causal de calificación del hurto la violación de habitación ajena. Es decir, por estimar que la conducta de violación en lugar de trabajo es digna de una menor protección penal, optó por conservar su punición como delito autónomo, asignándole sanción de multa, sin erigirlo en circunstancia de mayor punibilidad respecto del atentado contra el patrimonio económico en mención.

¹⁹ Mientras la violación de habitación ajena se sanciona con multa, si se incurre en violación en lugar de trabajo la pena se disminuye hasta en la mitad.

Ni las razones de carácter victimológico ni el criterio de equidad aludidos por la representación de las víctimas resultan de recibo, pues fue el propio legislador, como se dijo, el que no consideró necesario agravar el hurto cuando se comete en sitio de trabajo, oficina o empresa. Juzgó suficiente con sancionar ese comportamiento por separado en caso de que, como lo señala la Procuradora Delegada, al momento de la ejecución del latrocinio concurren los presupuestos típicos del punible de violación en lugar de trabajo.»

En vista de lo anterior, el sitio donde ocurrió el hurto que se le atribuyó a **José Wilson Cadavid Londoño** no coincide con el descrito en el artículo 240, numeral 3º del Código Penal, dado que si bien los hechos jurídicamente relevantes contemplaron que la casa No. 17 del asentamiento humano Asomiflor correspondía a la vivienda de Jani Patricia Gil Arias, lo demostrado en juicio fue que la misma estaba destinada únicamente al funcionamiento de un establecimiento de comercio dedicado al expendio de bebidas embriagantes (cantina), motivo por el cual debe marginarse esta circunstancia de calificación.

Nótese que la fiscalía erró al adecuar típicamente el comportamiento denunciando por la víctima, aspecto que no resulta insignificante si se tiene en cuenta que es el pilar no sólo del debido proceso sino de la eventual decisión que se adopte, dado que conforme al artículo 448 del CPP, *el acusado no podrá ser declarado culpable por hechos que no consten en la acusación, ni por delitos por los cuales no se haya declarado culpable.*

El principio de congruencia tiene su justificación en los límites que se le deben imponer al Estado y a quien lo representa al interior del proceso penal –juez o fiscal–, de actuar con arbitrariedad; así, al juez le está vedado desnaturalizar la imputación fáctica para imponer condena por aspectos respecto de los cuales no fue acusado el ciudadano y como consecuencia, no pudo ejercer su derecho de defensa.

Lo anterior, desde una interpretación sistemática del ordenamiento jurídico, los artículos 8º de la Convención Americana de Derechos Humanos y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que establecen el derecho *de toda persona inculpada de un delito que se le comuniquen de manera detallada la acusación*. En armonía con tales disposiciones internacionales, en los artículos 29 y 250 de la Constitución se establecen dichas garantías, así como en los artículos 337 y 448 del C.P.P.

Así, para la Fiscalía surge la obligación de precisar las premisas fáctica y jurídica en la que se fundamenta su pretensión punitiva y a la par, nace para el juez la prohibición de proferir sentencia por hechos no incluidos en la acusación y por las conductas típicas, antijurídicas y culpables por los cuales no se haya solicitado condena -artículo 448 del C.P.P.-.

En conclusión, no se puede tener en cuenta la calificación en los términos endilgados por la fiscalía, dado que lo demostrado no se adecúa en manera alguna a la disposición del artículo 240, numeral 3º del CP, sin que pueda atenderse a otras circunstancias que se demostraron, como la violencia sobre las cosas en virtud del daño en las bisagras (numeral 1º), ni a las causales de agravación enlistadas en el canon 241 ibídem, so pena de desconocer el principio de congruencia.

Ahora, la supresión del calificante enrostrado trae aparejado que la acción penal se encuentre prescrita, lo que hace inane el estudio que reclaman los recurrentes acerca de la responsabilidad que le asiste a **José Wilson Cadavid Londoño**, en los hechos ocurridos el 20 de abril de 2016.

Siendo del caso precisar en todo caso que no se ciernen dudas que fundamentó el fallo de instancia, en tanto se acreditó la presencia del procesado en el sitio donde se materializó el hurto, fue sorprendido con algunos elementos que extraía de allí, además fue visto cargando canastas

de cerveza que corresponden precisamente al faltante del establecimiento de comercio, sin que pueda presumirse que eran de propiedad de otras personas diferentes a la víctima, o al menos inferirse motivadamente que no se tiene seguridad sobre su origen, como lo adujo la instancia.

Por el contrario, la secuencia de los desplazamientos que efectuó el procesado y las acciones que desplegó el 20 de abril de 2016, según lo narrado por los deponentes de cargo, específicamente Yuridia Melo Melo, Pedro Antonio Cleves Rubio y Jani Patricia Gil Arias, comprueban que fue el autor del hurto del que fue víctima esta última, pues si bien no fue observado cuando sacó del sitio las herramientas, el líquido que se expedía o el equipo de reproducción de la música, sino únicamente llevando algunos elementos que abandonó allí, concurren los indicios de presencia y oportunidad que aunados a su observancia con los elementos hurtados, evidencian más allá de toda duda razonable la responsabilidad de **Cadavid Londoño**.

Sin embargo, como se dijo anteriormente, la supresión del calificante conduce a la prescripción, lo que obstruye la imposición del reproche penal que reclaman los recurrentes, conclusión que se deriva del avalúo efectuado por la víctima sobre los bienes hurtados, el cual ubicó en un margen de \$800.000 a \$1.000.000., lo que significa en que en la modalidad prevista en el artículo 239 del CP, la pena sería de prisión de 16 a 36 meses por no exceder la cuantía de 10 smImv, supuesto bajo el cual la extinción de la acción penal se materializó el 20 de abril de 2019, época para la cual se encontraba en curso el juicio oral.

Fenómeno que también ocurrió en el evento de atender al inciso 1º del artículo 239 del estatuto sustantivo, que prevé una pena de 32 a 108 meses de prisión, extremo último que fijaba la prescripción para el 20 de octubre de 2020, oportunidad para la cual continuaba en fase de juzgamiento.

Se aclara que tal fenómeno extintivo deriva del yerro sustancial atribuible a la fiscalía, puesto que no se le dio el trámite adecuado y tampoco hubo una comunicación asertiva de hechos jurídicamente relevantes, lo que condujo a declarar no probado el calificante previsto en el numeral 3° del artículo 240 CP, y la consecuente prescripción de la acción penal, no así que esta Sala haya omitido pronunciarse dentro del término legal, obsérvese que el proceso solo fue asignado el 16 de marzo de 2023.

En vista de lo anterior, la Sala revocará la decisión proferida el 28 de febrero de 2023, y en su lugar dispondrá suprimir el calificante del hurto endilgado a **José Wilson Cadavid Londoño**, en consecuencia, declarará la extinción de la acción penal y precluirá la actuación a favor del procesado.

1.1. Cuestión adicional.

La Sala debe hacer un llamado de atención al Juzgado Primero Penal Municipal con Funciones Mixtas de Floridablanca, en virtud de la dilación con la que se tramitó el presente asunto, al punto que arribó a esta Corporación próximo a operar el fenómeno extintivo de la acción penal, de acuerdo a la atribución jurídica efectuada en sede de acusación, dado que no se ejerció debidamente la potestad de dirección del proceso que le corresponde a los titulares del despacho.

Nótese que entre la imputación y acusación transcurrieron aproximadamente 21 meses (abril 21 de 2016 – febrero 9 de 2018), después la audiencia preparatoria se evacuó el 18 de junio de 2018, mientras que durante el juicio oral se adelantó una audiencia por año (marzo 12 de 2019, marzo 9 de 2020, abril 23 y julio 12 de 2021), última sesión que se limitó al proferimiento de sentido del fallo, sin que se evidencien actuaciones posteriores que demandaran la demora en la emisión del fallo, lo que únicamente ocurrió el 28 de febrero de 2023, cuando habían transcurrido 17

meses de inactividad, lo cual refleja el desconocimiento de los principios de celeridad y concentración que rigen el procesamiento penal.

Así, las diligencias arribaron a esta instancia aproximadamente a un mes de operar el fenómeno extintivo de la acción penal, que no se materializó por la prelación con la cual se evacuó la apelación.

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

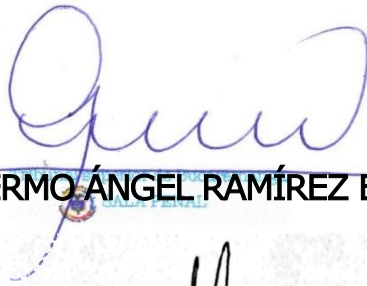
Primero. - Revocar la sentencia del 28 de febrero de 2023, proferida por el Juzgado Primero Penal Municipal con Funciones Mixtas de Floridablanca, mediante la cual se absolvió a **José Wilson Cadavid Londoño** del delito de **hurto calificado**.

Segundo. - Suprimir el calificante del hurto endilgado a **José Wilson Cadavid Londoño**, en consecuencia, **decretar** la preclusión por prescripción de la acción penal en las diligencias adelantadas en su contra, conforme se expuso en precedencia.

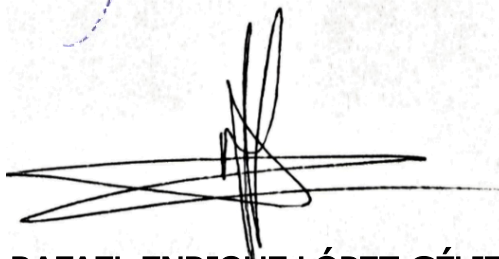
Tercero. - Contra la presente providencia procede el recurso de reposición.

Cuarto. - Esta decisión se notifica en estrados. Una vez ejecutoriada, devuélvanse las diligencias a la oficina de origen.

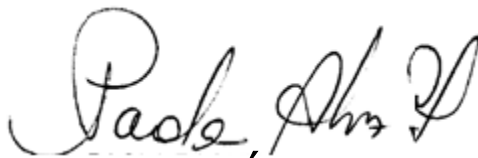
Los Magistrados,



GUILLERMO ÁNGEL RAMÍREZ ESPINOSA



RAFAEL ENRIQUE LÓPEZ GÉLIZ



PAOLA RAQUEL ÁLVAREZ MEDINA

Registro de proyecto el 10 de abril de 2023.



Magistrado ponente	Harold Manuel Garzón Peña (Despacho 6)
Radicación	68081-60-00-135-2020-01299-03 (CI 814)
Asunto	Apelación auto interlocutorio – Ley 906 de 2004
Procedencia	Juzgado 2º Penal del Circuito de Barrancabermeja
Procesado	Jhon Alexander Caro González
Delito s	Homicidio en grado de tentativa y otro
Decisión	Decretar nulidad y ordenar que el trámite prosiga
Fecha de registro	15 de marzo de 2023
Fecha de aprobación	22 de marzo de 2023
Acta de aprobación No.	274

Bucaramanga (Santander), veintidós (22) de marzo de dos mil veintitrés (2023)

MATERIA DE ESTUDIO

El recurso de apelación interpuesto por la fiscalía contra el auto del 4 de marzo de 2021, proferido por el Juzgado 2º Penal del Circuito de Barrancabermeja en desarrollo de la audiencia de acusación, mediante el cual varió la calificación jurídica de la conducta punible y ordenó el envío parcial de la actuación a los juzgados penales municipales de esa ciudad por competencia.

ANTECEDENTES

a) Hechos jurídicamente relevantes.

En lo que interesa a este pronunciamiento, de acuerdo con la acusación, el 26 de diciembre de 2020 se presentó una riña entre los señores JHON ALEXANDER CARO GONZÁLEZ y CRISTIAN ADRIÁN CONTRERAS DURÁN, en medio de la cual el primero lesionó de gravedad al segundo, ocasionándole una herida en el tórax con arma cortopunzante, la cual *comprometió tejidos y órganos importantes que pusieron en alto riesgo su vida*. Una vez es capturado en flagrancia el procesado, se le encontró un *arma cortopunzante de empuñadura plástica negra marca amazonas y se le hallan siete (07) bolsas con sello hermético transparente con un peso aproximado de 10 gramos y en su interior una sustancia pulverulenta (clorhidrato de cocaína) con un peso neto de 4.7 gramos, resultando positivo para cocaína y sus derivados*.



b) Actuación procesal.

El 27 de diciembre de 2020, ante el Juzgado 4° Penal Municipal de Barrancabermeja con funciones de control de garantías, se llevaron a cabo las audiencias preliminares, declarándose ajustado al ordenamiento jurídico la captura en flagrancia de JHON ALEXANDER CARO GONZÁLEZ e imputándole los delitos de homicidio en grado de tentativa y tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, según lo establecido en los artículos 27, 103 y 376 del Código Penal, cargos que no fueron aceptados. Tras ello, le fue impuesta medida privativa de la libertad consistente en detención preventiva intramural.

El 7 de febrero de 2021, la fiscalía presentó escrito de acusación, documento que correspondió por reparto el 11 de marzo siguiente al Juzgado 2° Penal del Circuito de Barrancabermeja, despacho judicial que adelantó la respectiva audiencia el día 24 posterior.

En el marco de esa diligencia, el juzgado verificó el traslado del escrito de acusación y ante la manifestación de las partes e intervinientes de no proponer nulidades, causales de incompetencia, impedimentos o recusaciones, la fiscalía prosiguió, formulando acusación respecto del indiciado como autor de los delitos de homicidio en grado de tentativa y tráfico, fabricación o porte de estupefacientes.

Acto seguido, según lo previsto en el artículo 344 del Código de Procedimiento Penal, el representante de la fiscalía dio lectura al anexo del escrito acusatorio con fines de descubrimiento. Por su parte, la defensa solicitó degradar una de las conductas punibles de que tratan los hechos jurídicamente relevantes.



En ese sentido, mediante auto interlocutorio, la titular del juzgado varió la calificación jurídica del delito de homicidio tentado por el de lesiones personales dolosas y como consecuencia de ello ordenó la ruptura de la unidad procesal para que este último punible fuera investigado por un juzgado penal municipal con funciones de conocimiento.

Inconforme, la fiscalía interpuso recurso de apelación, el cual pasa a resolver la Sala.

c) Auto de primera instancia.

El juzgado de primer grado indicó que, para que se configure el delito de tentativa de homicidio, se requiere de información inequívoca sobre los hechos de agresión, a partir de la cual se pueda inferir la intención de acabar con la vida del antagonista.

Sin embargo, teniendo en cuenta que la agencia fiscal no hizo precisión sobre los órganos vitales o tejidos comprometidos a raíz de las heridas provocadas a la víctima, consideró que el juzgado no puede comprobar la verdadera intención del acusado, máxime si en cuenta se tiene que las agresiones se produjeron en medio de una riña, la cual involucró a ambas partes.

Por lo anterior, se abstuvo de “*formalizar*” la acusación en esos términos y a partir de sus consideraciones, declaró la incompetencia para continuar la dirección del proceso penal, remitiendo lo concerniente al delito contra la vida y la integridad personal a los juzgados penales municipales de esa ciudad para que el trámite siga por la presunta comisión del delito de lesiones personales dolosas, una vez se consolide la ruptura de la unidad procesal.



d) Razones de la impugnación.

Inconforme con la decisión, la representante de la fiscalía solicitó al tribunal su revocatoria, argumentando que sí puede predicar la configuración del delito de tentativa de homicidio. En concreto, indicó que, a partir de la historia clínica, se puede observar que las heridas múltiples causadas en la humanidad del señor CRISTIAN ADRIÁN CONTRERAS DURAN comprometieron varios tejidos blandos adyacentes al tórax, al punto que fue intervenido quirúrgicamente de urgencia para lograr estabilizarlo y salvar su vida.

En ese sentido, consideró que las premisas fácticas y los elementos de prueba relacionados en el escrito de acusación permiten establecer que en el caso en particular se reúnen los elementos normativos del tipo para que se configure ese reato.

Finalmente, resaltó el lugar al que se orientaron los ataques para concluir que, a pesar de que la herida no comprometió el órgano del corazón, aplicando las reglas de la lógica y la sana crítica, por tratarse de una región que concentra tejidos vitales, el procesado sí tenía la intención de acabar con la vida del señor CRISTIAN ADRIÁN.

f) Intervención de los no recurrentes.

La defensa solicitó mantener incólume la decisión adoptada por el juzgado de conocimiento, puesto que la fiscalía no evidenció que los hechos jurídicamente relevantes se enmarquen dentro del delito de homicidio en grado de tentativa, destacando el hecho que, con base en el material aportado, no puede establecerse por lo menos si las heridas causadas tendrán secuelas.

Por consiguiente, a su manera de ver, no se pueden hacer interpretaciones a partir de la riña, tal como lo es deducir la intencionalidad del señor JHON



ALEXANDER, sin que el ente acusador hubiese solicitado aclaración sobre la materia en el momento procesal oportuno.

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 por la representante de la fiscalía contra el auto de primer grado, dado que fue proferido por un juez penal del circuito perteneciente a este distrito judicial.

b) Problema jurídico a resolver.

Revisada la actuación, corresponde a la Sala resolver el siguiente problema jurídico:

¿Se produjo una irregularidad sustancial que amerite decretar la invalidación de lo actuado al haberse variado la calificación jurídica por la cual se acusó al señor JHON ALEXANDER CARO GONZÁLEZ?

c) Caso concreto.

La nulidad y el derecho a un proceso debido.

Para resolver aquel interrogante, lo primero es recordar que, según el artículo 457 de la Ley 906 de 2004, es causal de nulidad la violación del derecho de defensa o del debido proceso.



Sobre el derecho a un proceso debido, impera indicar que el artículo 29 de la Constitución Política condensa los principios básicos que en materia penal lo conforman, como lo son el de legalidad de los delitos y de las penas, el del juez natural, el de legalidad de la actuación, el de favorabilidad, el de presunción de inocencia, el de *non bis in idem*, así como los derechos a la defensa, a un proceso público sin dilaciones injustificadas, a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en contra y a impugnar la sentencia condenatoria.

Con respecto a tal derecho fundamental, ha señalado la Corte Suprema de Justicia que:

“Comprende aquél conjunto de garantías sustanciales a través de las cuales se procura la protección de quien se ve incurso en una actuación judicial o administrativa con miras a que le sean respetados sus derechos, la autoridad respectiva está compelida a observar en su desarrollo el procedimiento previamente indicado en la ley en salvaguarda de la legalidad como límite al ejercicio del poder público que en el campo penal constituye una cortapisa al propio *ius puniendi*, debiendo por ende adelantarse con sujeción y apego a las formas propias de cada juicio”.¹

Entonces, como el debido proceso en materia penal tiene una insoslayable relación con las normas preexistentes que regulan la forma en que debe ser investigado y juzgado un asunto, para que se le pueda considerar vulnerado el funcionario judicial debe haber desconocido, por medio de sus actuaciones u omisiones, las reglas, procedimientos, principios o prerrogativas fijadas por el legislador.

Precisado lo anterior, es claro que, cuando se presenta una vulneración del proceso debido de naturaleza sustancial o relevante, se abre paso la nulidad como herramienta para corregir tales irregularidades y reconducir la actuación por las vías de la estricta legalidad, garantizando la validez del procedimiento. Sin embargo, para recurrir a tal remedio es necesario que se cumpla con

¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 14 de marzo de 2018 (SP747-2018). Rad. 44.995. MP Dr. Luis Guillermo Salazar Otero



determinados presupuestos o principios, pues, se trata de una medida extrema a la cual solo debe acudir como última opción.

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

De la comunicación de cargos en las audiencias de imputación y acusación con la posibilidad excepcionalísima de ejercer un control material.

Por otro lado, tratándose de la formulación de imputación, el artículo 286 de la Ley 906 de 2004 establece que es el acto mediante el cual la Fiscalía General de la Nación comunica a una persona su calidad de imputado en audiencia que se lleva a cabo ante el juez de control de garantías.

A su vez, el artículo 287 del mismo cuerpo normativo dispone que el fiscal hará la imputación fáctica cuando de los elementos materiales probatorios, evidencia física o de la información legalmente obtenida, se pueda inferir razonablemente que el imputado es autor o partícipe del delito que se investiga, en lo que ha optado la jurisprudencia por denominar “*juicio de imputación*”.



En tal ejercicio epistemológico, naturalmente, se incluye el examen de adecuación del comportamiento a un determinado tipo penal, o *juicio de tipicidad*, que implica la comparación del actuar desplegado por el agente con lo descrito en un específico tipo penal para establecer si existe o no correspondencia entre uno y otro.

Ahora, frente a tal acto de parte, como expresión de la titularidad de la acción penal, la Corte Suprema de Justicia consideró en un primer momento que el juez estaba facultado para ejercer un control formal, pero no material, pues le estaba vedado inmiscuirse en el ámbito funcional del acusador, ya fuera examinando los fundamentos probatorios que sustentan la acusación (juicio de imputación) o la corrección sustancial de la adecuación típica (juicio de tipicidad), lo que implicaría un flagrante desconocimiento del principio de imparcialidad².

En ese sentido, en providencia del 5 de junio de 2019, dictada dentro de la actuación con radicado No. 51.007 cuya ponente fue la doctora Patricia Salazar Cuellar, la referida corporación indicó lo siguiente:

“Está suficientemente decantado que el análisis sobre la procedencia de la imputación - *“juicio de imputación”* - le fue asignado al fiscal, lo que se extrae sin mayor esfuerzo del artículo 250 de la Constitución Política y, más puntualmente, de lo previsto en los artículos 287 y siguientes de la Ley 906 de 2004, que regulan la procedencia y el contenido de este acto comunicacional.

Al respecto, esta Corporación ha dejado sentado que esa actuación de la Fiscalía **no está sometida a control material por parte de los jueces**, sin perjuicio de que estos, como directores del proceso, deban velar porque la imputación reúna los requisitos formales previstos en la ley (CSJSP, 7 nov. 2018, Rad. 52507; CSJSP, 11 dic. 2018, Rad. 52311; CSJSP, 27 feb. 2019, Rad. 51596; entre otras).

De otro lado, en la sentencia C-425 de 2008 la Corte Constitucional dejó sentado que la formulación de imputación tiene características propias, así, en ocasiones, se realice a la par de la legalización de captura y la solicitud de medida de aseguramiento, entre otras cosas porque no está sometida a los estrictos términos de la primera, ni corresponde a una solicitud que deban resolver los jueces, como la segunda.

² Sentencia del 16 de julio de 2014 (SP9853-2014). Rad. 40.871. MP Dr. José Leonidas Bustos Martínez.



En armonía con lo anterior, en la sentencia C-127 de 2011 se reiteró la autonomía con la que actúan los fiscales al realizar el juicio de imputación, en esencia en dos aspectos: (i) por la importancia y complejidad de dicha decisión, tienen como único límite temporal la prescripción del respectivo delito; y (ii) el investigado no está facultado para solicitar la formulación de imputación. En ese mismo sentido, en la sentencia C-303 de 2013 se aclaró que el “juicio de imputación” no puede ser rebatido por la defensa, **como tampoco puede ser controlado materialmente por los jueces, como lo ha reiterado esta Sala.**” (Negrillas de la Sala).

Luego, en providencia del 14 de octubre de 2020, proferida dentro de la actuación con radicado No. 56.505, con ponencia también de la doctora Salazar Cuellar, la colegiatura señaló que, en su génesis, el actual sistema de enjuiciamiento criminal contemplaba la posibilidad que los jueces estuvieran facultados para realizar un control material del respaldo probatorio de la imputación, o lo que es lo mismo, del mérito para imputar, pretensión que fue posteriormente abandonada por ser una indebida intromisión de las autoridades judiciales en las labores de investigación de la fiscalía.

En consecuencia, el alto Tribunal sostuvo que en la Ley 906 de 2004 no se consagró un momento procesal para realizar un control material de la acusación y no se reguló su trámite o se atribuyó tal competencia a un determinado juez. Anotó también que *“ese tipo de controles no puede ser realizado por el juez de conocimiento, porque implican un pronunciamiento de fondo sobre la pretensión punitiva, que podría comprometer su imparcialidad para dirigir el juicio oral y emitir la respectiva sentencia”*. Eso explica que en otros países se haya encomendado tal labor a un juez de *“etapa intermedia”* o un jurado distinto del que decidirá finalmente sobre la responsabilidad penal.

Es más, en la citada providencia recalcó esa alta colegiatura que la jurisprudencia ha avalado la posibilidad de un control material a la acusación, *“en el ámbito de la calificación jurídica”*, es decir, en lo relacionado con el juicio de tipicidad en sentido estricto, limitado a aquellos casos en que *“se trasgrede flagrantemente la legalidad”*, pero no sobre el soporte probatorio de la hipótesis delictual o juicio de imputación.



Ello, por la elemental razón que *“los errores manifiestos en la calificación jurídica pueden ser fácilmente detectados por el juzgador con solo escuchar la formulación de cargos, bien porque la premisa fáctica claramente no corresponda a las normas elegidas (lo que debe ser ostensible, para que proceda la excepcional intervención judicial), porque las normas invocadas no estén vigentes, etcétera”*. En cambio, el juez de conocimiento no sabe ni debe saber cuál es el contenido de los elementos probatorios que dieron sustento a la formulación de imputación o el llamamiento a juicio, por lo que en ese momento procesal nada podría decir al respecto.

Siguiendo la misma línea, en sentencia del 14 de abril de 2021, proferida con el número de radicado 54.691 y con ponencia del doctor Eugenio Fernández Carlier, el máximo órgano de la jurisdicción ordinaria señaló que, en desarrollo del control material de la acusación *“se debe velar porque los hechos revelados por las evidencias o los elementos de pruebas allegados, se asuman como la verdad demostrada y no sean alterados sustancialmente en detrimento de los derechos de las víctimas, tampoco para sacrificar las consecuencias jurídicas y sancionatorias que corresponden a la responsabilidad penal por el delito cometido, más aún tampoco para validar beneficios que de manera aberrante desprestigian la administración de justicia dadas las circunstancias el caso”*.

Así, continuó *“[e]se principio-deber, se edifica como un control a los actos arbitrarios, caprichosos, de mera liberalidad o discrecionalidad del titular de la acción penal, cuando en la acusación no se rige por criterios de objetividad, razonabilidad, verdad y justicia o se aparta de la información que revelan los elementos de prueba recaudados, proceder con claras implicaciones en los derechos y garantías fundamentales de las partes e intervinientes”*.

Agregó además que *“aun cuando a la Fiscalía se le asignó la obligación de acusar «ello no implica que deba hacerlo a toda costa o que pueda pasar por alto circunstancias*



objetivas en punto de los hechos y la forma de responsabilidad que cabe endilgar a los acusados», pues como servidores públicos, sus delegados deben actuar en un marco de objetividad, legalidad, estricta tipicidad, debido proceso, lealtad procesal y buena fe (artículo 12 C.P.P.), así como con adecuadas prácticas del derecho, criterios de necesidad, ponderación y corrección en el comportamiento, todo ello «para evitar excesos contrarios a la función pública, especialmente a la justicia».

Advirtiéndolo, en todo caso, que una intromisión tal “debe ser objetiva, manifiesta, patente, evidente, y no responder a una postura subjetiva, ni a una valoración distinta del caso, ni a una opinión contraria a la de la fiscalía, ni a la aplicación de un criterio dogmático diferente”.

De esta manera, la intelección del papel del juez frente a los actos de imputar y acusar ha sufrido diversas modificaciones tendientes a incorporar paulatinamente al sistema la posibilidad de que el juzgador pueda controlar materialmente aquellos actos, bajo la premisa que *“la justicia no puede administrarse de cualquier manera”*³.

Siendo así las cosas, a manera de resumen, puede decirse que, actualmente, durante el llamamiento a juicio el juzgador puede realizar un control material de la acusación exclusivamente en lo atinente a la calificación jurídica de la conducta (juicio de tipicidad) y, una vez se disponga a proferir el respectivo fallo, puede ejercer también un control material sobre el fundamento probatorio de la acusación (juicios de imputación y acusación), pues para ese momento ya tiene conocimiento del contenido de las pruebas. Por supuesto, valga advertirlo, tales controles deben limitarse a aquellos eventos en que es evidente, patente o manifiesto un actuar arbitrario, caprichoso o de mera liberalidad del ente acusador, ajeno a los principios de objetividad, legalidad, estricta tipicidad, debido proceso, lealtad procesal y buena fe.

³ Sentencia del 14 de abril de 2021 (SP1289-2021). Rad. 54.691. MP Dr. Eugenio Fernández Carlier.



La situación concreta del procesado.

Bajo este panorama legal y jurisprudencial, se advierte que en el caso de la especie la delegada de la fiscalía no incurrió en expresiones vagas, omisiones o imprecisiones al momento de relatar la situación fáctica objeto de imputación, a partir de las cuales la titular del juzgado de conocimiento pudiese inferir que los delitos relacionados en la formulación de acusación no se enmarcan dentro de la tentativa del delito de homicidio, sino que debía variar la calificación jurídica al de lesiones personales dolosas.

Al respecto, se sabe que en la formulación de imputación se atribuyeron al encartado los siguientes hechos:

“Según informe de policía de casos de captura en flagrancia que tuvieron ocurrencia en Barrancabermeja (Santander), exactamente en el barrio el recreo, refiere que el día 26 de diciembre del año 2020, siendo aproximadamente las 7:50 horas, el señor patrullero PUERTA VEGA ORLANDO ENRIQUE y el patrullero TRIANA ALVAREZ JULIO CESAR... manifiestan que por información de la ciudadanía en la dirección antes en mención se encuentra un ciudadano, el cual fue atacado con arma cortopunzante, de inmediato se realiza el desplazamiento al lugar antes indicado, donde se observa un ciudadano tirado en el suelo el cual se ve ensangrentado en la parte posterior del cuerpo, el cual fue identificado como CRISTIAN ADRIÁN CONTRERAS DURAN... el cual señala que fue atacado por el ciudadano que se encuentra al costado de la vía, e inmediatamente se procede a realizarle un registro al ciudadano señalado de realizar las respectivas lesiones, el cual es identificado como ALEXANDER CARO GONZÁLEZ... el cual se le halla en su poder en la pretina del pantalón ajustado a su correa un arma cortopunzante ensangrentada... (Sigue relatando lo pertinente al tráfico, fabricación o porte de estupefacientes)

Lo que corresponde a la epicrisis de la víctima, correspondiente al señor CRISTIAN ADRIÁN CONTRERAS DURAN, quien inicialmente fue atendido en la Clínica San José y debido a la gravedad de sus lesiones fue remitido al Hospital Regional del Magdalena Medio, el cual se le ha realizado una cirugía, y la misma historia clínica refiere, pues, que la persona posee un hemoneumotórax izquierdo, trauma penetrante a tórax, lo que refiere pues una lesión o una penetración en su pulmón izquierdo.

De igual manera también se tiene lo que corresponde a la noticia criminal creada de oficio por la Policía Nacional, debido que la persona víctima no es posible en estos momentos que interponga la noticia criminal debido a la gravedad de sus lesiones...”



Ahora, en el marco de la audiencia de formulación de acusación, la representante del órgano de persecución penal refirió que el 26 de diciembre de 2020 se presentó una riña, en la cual el procesado le ocasionó heridas de gravedad en el tórax al señor CRISTIAN ADRIAN, utilizando para tal efecto un arma cortopunzante, *la cual según historia clínica y valoración médica realizada a la víctima comprometieron tejidos y órganos importantes que pusieron en alto riesgo su vida.* Más adelante, puntualizó que las áreas comprometidas son *el tórax y tejidos blandos*, subrayando lo relacionado en la historia clínica, en la cual se consignó que el paciente ingresó *“con herida en tórax posterior con arma blanca desencadenado por riña, con posterior sangrado, ingresa inestable hemodinámicamente. Se tiene que hacer hipoventilación en hemitórax izquierdo y sangrado por heridas, por lo que se hace necesario urgentemente trasladarlo al quirófano.* De tal forma, concluyó que la víctima tuvo *herida en el tórax y heridas múltiples en el tórax, en el neumotórax izquierdo con shock hipovolémico, a partir de las cuales se le hizo una toracostomía cerrada izquierda.*

En ese sentido, la Sala encuentra que los delitos relacionados al momento de formular acusación respecto del señor JHON ALEXANDER no son producto de una interpretación arbitraria ni subjetiva por parte de la fiscalía en cuanto a los hechos jurídicamente relevantes e imposible resulta sostener que carezcan de material probatorio de soporte, ya que esto sólo lo podrá constatar la jueza de primera instancia en la audiencia de juicio oral, si se avanza hasta esa instancia.

A partir de lo anterior, no cabe duda de que la instructora del presente caso formuló acusación al imputado con base en los hechos objeto de imputación, los cuales, a su vez, pretende probar a través de los medios probatorios que ha relacionado y descubierto. En ese estado de cosas, si tales fueron los hechos que llegaron a oídos de la fiscalía por cuenta de los patrulleros que encontraron *tirado en el suelo* al señor CRISTIAN ADRIÁN CONTRERAS DURÁN y en ese sentido, en la comunicación de cargos la delegada se limitó a cotejar lo anterior



con lo relacionado en la epicrisis, la Sala no encuentra que la tipificación de la conducta como tentativa de homicidio haya sido arbitraria o manifiestamente ilegal.

En este punto, resulta oportuno mencionar que, a pesar de que le asiste razón a la titular de la defensa en el sentido que, para la fecha en que se formuló acusación no se había establecido la incapacidad médico legal que pudiese generarse por cuenta de las heridas provocadas en el cuerpo del señor CRISTIAN ADRIÁN, lo cierto es que en el descubrimiento de elementos con fines probatorios se relacionó el concepto médico legista que eventualmente se incorpore, esto luego de materializarse la orden a policía judicial impartida en ese sentido, lo cual equivale al descubrimiento de una prueba pericial, caso en el cual, la respectiva base de opinión puede ser puesta en conocimiento de las demás partes e intervinientes *“al menos con cinco (5) días de anticipación”* a la celebración del juicio oral, según lo establece el artículo 415 del estatuto penal adjetivo.

Bajo esa perspectiva, a juicio de la Sala, se ofrece desacertado que la jueza *a quo* hubiera realizado un control material de los términos de la acusación en cuanto al juicio de tipicidad, máxime cuando en el caso de la especie no se ha surtido el debate probatorio, llegando a disponer incluso una ruptura de la unidad procesal que no se adecúa a ninguna de las causales taxativas de que trata el artículo 53 adjetivo penal.

Recuérdese que, como arriba se precisó, para que sea procedente un control material de la imputación por parte del juez se requiere que la calificación jurídica de la conducta refulja caprichosa, inexplicada o irrazonable. Es que, huelga advertirlo, la facultad de controlar materialmente los actos de imputación y acusación no debe tomarse a la ligera. Su ejercicio se adelanta en la delgada línea que divide la necesaria garantía de los derechos de las víctimas y la pérdida de la imparcialidad, motivo por el cual, debe estar forzosamente



restringida a aquellos casos de manifiesta ilegalidad de la calificación jurídica, eventos en los cuales el acusador, de manera injustificada o meramente discrecional, ignora los elementos de prueba recabados, alterando sustancialmente la verdad en detrimento de los derechos de los agraviados.

Ello descarta de tajo que el control pueda practicarse cuando se presentan errores comprensibles en la no siempre fácil labor de evaluar la adecuación de una conducta a un determinado tipo penal, partiendo de un estatuto criminal en constante expansión como el nacional, rebotante en descripciones típicas pluriofensivas compuestas además de un elevado número de verbos rectores. En esa tarea, jueces y fiscales suelen enfrentar casos de difícil solución, como lo son, *verbi gratia*, los concursos aparentes de conductas punibles.

Así lo ha reconocido la Corte Suprema de Justicia al indicar que:

“No siempre el proceso de adecuación típica resulta tan sencillo como para establecer que una conducta humana jurídicamente desaprobada encaja de manera directa o indirecta – valga decir, atendiendo los dispositivos amplificadores del tipo- en una conducta delictiva específica, esto es, en un solo delito.

En verdad, muchas veces, son múltiples los actos –acciones y omisiones- y distintos los resultados que tornan difícil la caracterización normativa y punitiva para el fiscal o juez cognoscente.”⁴

A esa complejidad intrínseca del juicio de tipicidad, súmese que, como es bien sabido, el proceso penal está marcado **por la progresividad**, aspecto que se representa en sus inicios un estándar de conocimiento de apenas una inferencia razonable, lo cual encuentra explicación en que la actividad investigativa es precisamente progresiva y conlleva a la depuración y reevaluación de hipótesis delictivas. Esto, de suyo, implica que la tipificación puede variar a lo largo de la actuación y de allí que sea viable complementar la imputación, aclarar, adicionar o corregir la acusación o, en su defecto, condenar por un delito

⁴ Sentencia del 1º de julio de 2020 (SP2339-2020). Rad. 51.444. MP Dr. Eyder Patiño Cabrera.



distinto a aquel que fue objeto de acusación, siempre que se respeten las conocidas limitaciones que impone el principio de congruencia.

Tales vicisitudes, por supuesto, suponen la posibilidad que el juicio de tipicidad resulte equivocado. Pero claro, ante esa realidad, al juez no le corresponde asegurarse de que el ente acusador realice a la perfección la adecuación típica y garantizar con ello el éxito de la persecución penal, bajo el pretexto de velar por los derechos de las víctimas, como si fuera inconcebible el fracaso de la pretensión punitiva, abandonando de paso la imparcialidad que se exige de quien ejerce la función juzgadora y abrogándose las funciones propias del titular de la acción penal.

De hecho, nótese que en el precedente citado líneas atrás (SP1289-2021), al igual que en la providencia dictada el 16 de junio de 2021 bajo el radicado No. 53.183, con ponencia de la doctora Salazar Cuellar, la Corte implementó el control material de la acusación al amparo de la perspectiva de género y en casos en que evidenció un ejercicio arbitrario e irrazonable de la acción penal, con flagrante desconocimiento de las normas vigentes y los elementos recabados en etapa de indagación.

En contraste, en el caso de la especie, la jueza de primer grado no refirió situaciones concretas que, siendo de conocimiento de la fiscalía para el momento en que resolvió formular imputación en contra de la encartada, condujeran a la necesaria conclusión que la conducta desplegada por el señor JHON ALEXANDER encajaba indefectiblemente en la conducta de lesiones personales dolosas y de ninguna manera en la tentativa de homicidio, lo que se podrá definir perfectamente al momento de proferir sentencia.

Destáquese en este punto que el control material del soporte probatorio de la imputación o acusación se hace principalmente viable luego de culminado el debate probatorio, pues solo a partir de ese momento el juez conoce el



contenido de los medios de conocimiento, examen que debe realizarse desde una perspectiva *ex ante*, esto es, considerando los elementos de prueba con los que el fiscal contaba para el momento en que adelantó los juicios de imputación y acusación.

En síntesis, dada la imperiosa necesidad de preservar los ámbitos funcionales que por ley se han fijado, de un lado para el juez como exclusivo titular de la función juzgadora y del otro para el ente persecutor como único titular de la acción penal (artículo 24 del C. de P.P.), garantizando con ello la vigencia del principio rector de la imparcialidad (artículo 5 *ídem*), toda vez que la imputación y la acusación no fueron abierta o manifiestamente ilegales, arbitrarias o injustificadas, se concluye que no era posible que la funcionaria de primer grado implementara el excepcionalísimo control material del juicio de tipicidad formulado en el marco de la audiencia de acusación y de inmediato se declarara incompetente para continuar con la actuación frente al delito por el cual varió la calificación jurídica, esto es, el de lesiones personales dolosas.

Por consiguiente, la Sala anulará la providencia apelada para que el juzgado de conocimiento prosiga con la dirección del referido proceso penal, tanto por el delito de tentativa de homicidio como por el de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, en los términos que fueron comunicados al procesado tanto en la imputación como en la acusación, citando a audiencia preparatoria y adelantando el respectivo debate oral en caso que el procesado no acepte cargos o desee llegar a un acuerdo en los momentos procesales habilitados para tal fin. En ese mismo orden de ideas, queda sin efectos cualquier decisión que haya sido emitida como consecuencia de esa variación de la calificación jurídica, es decir, la declaratoria de incompetencia, la ruptura de la unidad procesal y la creación de un código de investigación diferente al matriz.



República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público

Distrito Judicial de Bucaramanga (Santander)
Tribunal Superior
Sala Penal

A partir de lo anterior, deberá proferir una decisión absolutoria o una condenatoria en el marco permitido por el principio de congruencia, considerando para ello todas las conductas a las que pueda adecuarse el comportamiento del acusado.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Bucaramanga,

RESUELVE:

DECRETAR LA NULIDAD del auto apelado y en su lugar, **DISPONER** que el JUZGADO 2º PENAL DEL CIRCUITO DE BARRANCABERMEJA prosiga la actuación, según lo explicado en líneas precedentes, quedando sin efectos cualquier decisión que haya sido emitida como consecuencia de la errada variación de la calificación jurídica.

Contra esta providencia no procede recurso alguno, ya que el estudio abordado guarda estrecha relación con los motivos de disenso.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Los magistrados,

HAROLD MANUEL GARZÓN PEÑA

SHIRLE EUGENIA MERCADO LORA

GUILLERMO ÁNGEL RAMÍREZ ESPINOSA