



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 JOSE VICENTES SANTOS** por el punible de **HOMICIDIO AGRAVADO EN CONCURSO HOMOGÉNEO Y SUCESIVO Y TENTATIVA DE HOMICIDIO AGRAVADO EN CONCURSO HOMOGÉNEO Y SUCESIVO**, se ha dictado sentencia de segunda instancia de fecha **5 DE JUNIO 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 **28 DE JUNIO DE 2023**, siendo las 8:00 a.m.

Sandra Jullieth Cortés Samacá
Secretaria

RI 20-149A

LINK EDICTO PUBLICADO EN EL MICROSITIO DE LA RAMA EL 28 DE JUNIO DE 2023:
<https://www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-bucaramanga-sala-penal/149>

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



República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público

Distrito Judicial de Bucaramanga (Santander)
Tribunal Superior
Sala Penal

EDICTO

La secretaria de la **Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga** hace saber que, dentro del proceso penal adelantado en contra de **NINSON ALEXIS JEREZ ARIZA Y OTROS** por el punible de **CONCIERTO PARA DELINQUIR Y OTROS**, se ha dictado sentencia de segunda instancia de fecha **8 DE MAYO 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 **28 DE JUNIO DE 2023**, siendo las 8:00 a.m.

Sandra Jullieth Cortés Samacá
Secretaria

RI 23-162A

LINK EDICTO PUBLICADO EN EL MICROSITIO DE LA RAMA EL 28 DE JUNIO 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 JUAN FRANCISCO GAITÁN CARDONA** por el punible de **TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES**, se ha dictado sentencia de segunda instancia de fecha **9 DE MAYO 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 **28 DE JUNIO DE 2023**, siendo las 8:00 a.m.

Sandra Jullieth Cortés Samacá
Secretaria

RI 23-088A

LINK EDICTO PUBLICADO EN EL MICROSITIO DE LA RAMA EL 28 DE JUNIO 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 ELKIN FABIAN JAIMES PARRA Y EDINSON SILVA JAIMES** por el punible de **HOMICIDIO AGRAVADO EN CONCURSO HETEROGÉNEO CON FABRICACIÓN, TRÁFICO, PORTE O TENENCIA DE ARMAS DE FUEGO, PARTES O MUNICIONES**, se ha dictado sentencia de segunda instancia de fecha **16 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 **28 DE JUNIO DE 2023**, siendo las 8:00 a.m.

Sandra Jullieth Cortés Samacá
Secretaria

RI 22-935A

LINK EDICTO PUBLICADO EN EL MICROSITIO DE LA RAMA EL 28 DE JUNIO DE 2023:
<https://www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-bucaramanga-sala-penal/149>

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



República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público

Distrito Judicial de Bucaramanga (Santander)
Tribunal Superior
Sala Penal

EDICTO

La secretaria de la **Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga** hace saber que, dentro del proceso penal adelantado **en contra de JAMES LEONARDO TÉLLEZ TORRES Y OTROS** por el punible de **CONCIERTO PARA DELINQUIR AGRAVADO Y OTROS**, se ha dictado sentencia de segunda instancia de fecha **19 DE ABRIL DE 2023**.

Para notificar a los procesados que no pudieron serlo personalmente ni por correo electrónico, se fijó EDICTO a través del microsítio de la Secretaría de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bucaramanga en la página web de la Rama Judicial, por el término de tres días, hoy **28 DE JUNIO DE 2023**, siendo las 8:00 a.m.



Sandra Jullieth Cortés Samacá
Secretaria

RI 22-461A

LINK EDICTO PUBLICADO EN EL MICROSITIO DE LA RAMA EL 28 DE JUNIO DE 2023:
<https://www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-bucaramanga-sala-penal/149>

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



República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público

Distrito Judicial de Bucaramanga (Santander)
Tribunal Superior
Sala Penal

EDICTO

La secretaria de la **Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga** hace saber que, dentro del proceso penal adelantado **en contra de IVÁN DÍAZ FLÓREZ** por el punible de **CONCIERTO PARA DELINQUIR AGRAVADO Y OTROS**, se ha dictado sentencia de segunda instancia de fecha **25 DE MAYO DE 2023**.

Para notificar a los procesados que no pudieron serlo personalmente ni por correo electrónico, se fijó EDICTO a través del micrositio de la Secretaría de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bucaramanga en la página web de la Rama Judicial, por el término de tres días, hoy **28 DE JUNIO DE 2023**, siendo las 8:00 a.m.


Sandra Jullieth Cortés Samacá
Secretaria

RI 22-694A

LINK EDICTO PUBLICADO EN EL MICROSITIO DE LA RAMA EL 28 DE JUNIO DE 2023:
<https://www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-bucaramanga-sala-penal/149>

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



República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público

Distrito Judicial de Bucaramanga (Santander)
Tribunal Superior
Sala Penal

EDICTO

La secretaria de la **Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga** hace saber que, dentro del proceso penal adelantado **en contra de ANDERSON IVAN URBINA LIZARAZO** por el punible de **ACCESO CARNAL ABUSIVO CON INCAPAZ DE RESISTIR**, se ha dictado sentencia de segunda instancia de fecha **15 DE MAYO DE 2023**.

Para notificar a los procesados 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 **28 DE JUNIO DE 2023**, siendo las 8:00 a.m.

Sandra Jullieth Cortés Samacá
Secretaria

RI 17-191A

LINK EDICTO PUBLICADO EN EL MICROSITIO DE LA RAMA EL 28 DE JUNIO 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 RICARDO FRANKLIN MILLÁN** por el punible de **ACTOS SEXUALES CON MENOR DE CATORCE AÑOS**, se ha dictado sentencia de segunda instancia de fecha **12 DE MAYO DE 2023**.

Para notificar a los procesados e intervinientes que no pudieron serlo personalmente ni por correo electrónico, se fijó EDICTO a través del microsítio de la Secretaría de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bucaramanga en la página web de la Rama Judicial, por el término de tres días, hoy **28 DE JUNIO DE 2023**, siendo las 8:00 a.m.

Sandra Jullieth Cortés Samacá
Secretaria

RI 22-184A

LINK EDICTO PUBLICADO EN EL MICROSITIO DE LA RAMA EL 28 DE JUNIO 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 CARLOS ALBERTO Y ANDRES FELIPE RODRÍGUEZ QUINTERO** por el punible de **HOMICIDIO AGRAVADO Y OTRO**, se ha dictado sentencia de segunda instancia de fecha **16 DE MAYO DE 2023**.

Para notificar a los procesados e intervinientes que no pudieron serlo personalmente ni por correo electrónico, se fijó EDICTO a través del microsítio de la Secretaría de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bucaramanga en la página web de la Rama Judicial, por el término de tres días, hoy **28 DE JUNIO DE 2023**, siendo las 8:00 a.m.

Sandra Jullieth Cortés Samacá
Secretaria

RI 21-495A

LINK EDICTO PUBLICADO EN EL MICROSITIO DE LA RAMA EL 28 DE JUNIO 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 LEIDY PATRICIA PACHECO BUSTOS** por el punible de **HOMICIDIO CULPOSO**, se ha dictado sentencia de segunda instancia de fecha **17 DE MAYO 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 **28 DE JUNIO DE 2023**, siendo las 8:00 a.m.

Sandra Jullieth Cortés Samacá
Secretaria

RI 23-185A

LINK EDICTO PUBLICADO EN EL MICROSITIO DE LA RAMA EL 28 DE JUNIO 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 PEDRO JESÚS VILLAMIZAR** por el punible de **TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES EN CONCURSO HETEROGÉNEO CON CONCIERTO PARA DELINQUIR AGRAVADO**, se ha dictado sentencia de segunda instancia de fecha **1 DE JUNIO 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 **28 DE JUNIO DE 2023**, siendo las 8:00 a.m.

Sandra Jullieth Cortés Samacá
Secretaria

RI 23-353A

LINK EDICTO PUBLICADO EN EL MICROSITIO DE LA RAMA EL 28 DE JUNIO DE 2023:
<https://www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-bucaramanga-sala-penal/149>

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



República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público

Distrito Judicial de Bucaramanga (Santander)
Tribunal Superior
Sala Penal

EDICTO

La secretaria de la **Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga** hace saber que, dentro del proceso penal adelantado **en contra de NÉSTOR PASCUAL DELGADO** por el punible de **ACTOS SEXUALES CON MENOR DE CATORCCE AÑOS AGRAVADO EN CONCURSO DE TENTATIVA**, se ha dictado sentencia de segunda instancia de fecha **31 DE MAYO 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 **28 DE JUNIO DE 2023**, siendo las 8:00 a.m.

Sandra Jullieth Cortés Samacá
Secretaria

RI 21-785A

LINK EDICTO PUBLICADO EN EL MICROSITIO DE LA RAMA EL 28 DE JUNIO 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 JOSE VICENTE SANTOS** por el punible de **HOMICIDIO AGRAVADO EN CONCURSO HOMOGÉNEO Y SUCESIVO Y TENTATIVA DE HOMICIDIO AGRAVADO EN CONCURSO HOMOGÉNEO Y SUCESIVO**, se ha dictado sentencia de segunda instancia de fecha **5 DE JUNIO 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 **28 DE JUNIO DE 2023**, siendo las 8:00 a.m.

Sandra Jullieth Cortés Samacá
Secretaria

RI 20-149A

LINK EDICTO PUBLICADO EN EL MICROSITIO DE LA RAMA EL 28 DE JUNIO 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 DIDIER SAMUEL REYES VALENCIA** por el punible de **HOMICIDIO AGRAVADO Y FABRICACIÓN, TRÁFICO, PORTE O TENENCIA DE ARMAS DE FUEGO AGRAVADO**, se ha dictado sentencia de segunda instancia de fecha **7 DE JUNIO DE 2023**.

Para notificar al procesado que no pudo serlo personalmente ni por correo electrónico, se fijó EDICTO a través del microsítio de la Secretaría de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bucaramanga en la página web de la Rama Judicial, por el término de tres días, hoy **28 DE JUNIO DE 2023**, siendo las 8:00 a.m.

Sandra Jullieth Cortés Samacá
Secretaria

RI 20-260A

LINK EDICTO PUBLICADO EN EL MICROSITIO DE LA RAMA EL 28 DE JUNIO DE 2023:
<https://www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-bucaramanga-sala-penal/149>

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



República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público

Distrito Judicial de Bucaramanga (Santander)
Tribunal Superior
Sala Penal

EDICTO

La secretaria de la **Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga** hace saber que, dentro del proceso penal adelantado **en contra de KATERON JOHANA SANABRIA HIGUERA Y OTROS** por el punible de **CONCIERTO PARA DELINQUIR Y OTROS**, se ha dictado sentencia de segunda instancia de fecha **12 DE JUNIO DE 2023** y sentencia complementaria el 5 de junio de 2023.

Para notificar a los procesado e intervinientes que no pudieron serlo personalmente ni por correo electrónico, se fijó EDICTO a través del microsítio de la Secretaría de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bucaramanga en la página web de la Rama Judicial, por el término de tres días, hoy **28 DE JUNIO DE 2023**, siendo las 8:00 a.m.


Sandra Jullieth Cortés Samacá
Secretaria

RI 23-170A

LINK EDICTO PUBLICADO EN EL MICROSITIO DE LA RAMA EL 28 DE JUNIO 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° 68001-60-00-000-2013-00138-01 / 60069 - 1537

Bucaramanga, junio cinco (5) de dos mil veintitrés (2023)

ASUNTO

Se adopta la decisión legal pertinente respecto del proceso penal promovido contra JOSE VICENTE SANTOS, por la comisión de los delitos de HOMICIDIO AGRAVADO EN CONCURSO HOMOGÉNEO Y SUCESIVO y TENTATIVA DE HOMICIDIO AGRAVADO EN CONCURSO HOMOGÉNEO Y SUCESIVO.

ANTECEDENTES Y CONSIDERACIONES

1.- El 18 de diciembre de 2019 la Juez Cuarto Penal del Circuito de Bucaramanga condenó a Jose Vicente Santos a la pena de 450 meses de prisión e inhabilidad para ejercer derechos y funciones públicas por 20 años, como autor de los punibles de homicidio agravado en concurso homogéneo y sucesivo – dos sucesos - y tentativa de homicidio agravado en concurso homogéneo y sucesivo – tres hechos -, a la par que le negó la suspensión de la ejecución de la pena privativa de la libertad y la prisión domiciliaria, por lo cual dispuso que permaneciera privado de la libertad en un centro penitenciario; también decretó la preclusión del juzgamiento por el delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones, al operar la prescripción de la acción penal.

2.- El pasado 29 de mayo esta Sala confirmó dicho fallo y en el trámite de notificación una servidora del EPAMS de Girón – lugar donde estaba recluido el procesado – informó que estaba en estado de “baja” por muerte ocurrida el 21 de enero de 2021; por consiguiente, el día siguiente se requirió al área jurídica de ese panóptico, a las Notarías de la ciudad y a las Registradurías Nacional y Delegada en Santander del Estado Civil, a fin que remitieran el respectivo registro civil de defunción.

3.- El 31 de mayo la Notaría Séptima de Bucaramanga allegó el registro civil de defunción con indicativo serial N° 09811190, lo cual corrobora que Jose Vicente Santos falleció el 15 de enero de 2021 y se inscribió el fallecimiento el siguiente 20 de enero.

4.- Sería del caso continuar el trámite legal del eventual recurso de casación por interponer, si no fuera porque debe precluirse la actuación y declararse la extinción de la acción penal por muerte, acorde con lo previsto en los artículos 82 de la Ley 599 de 2000 y 332 numeral 1° de la Ley 906 de 2004; en consecuencia, por la secretaría de la Sala Penal del Tribunal se devolverán las diligencias al juzgado de origen.

Por lo brevemente expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, Sala de Decisión Penal, **RESUELVE** Decretar la preclusión de la actuación y extinguir la acción penal por la muerte de JOSE VICENTE SANTOS, quien fue condenado por la presunta comisión de los delitos de HOMICIDIO AGRAVADO EN CONCURSO HOMOGÉNEO Y SUCESIVO y TENTATIVA DE HOMICIDIO AGRAVADO EN CONCURSO HOMOGÉNEO Y SUCESIVO, a la par que se precluyó el juzgamiento por el punible de FABRICACIÓN, TRÁFICO, PORTE O TENENCIA DE ARMAS DE FUEGO, ACCESORIOS, PARTES O MUNICIONES.

Contra esta determinación procede el recurso de reposición.

La secretaría de la Sala Penal del Tribunal debe devolver las diligencias al despacho judicial de origen.

Aprobado en acta virtual N° 540

NOTIFÍQUESE VIRTUALMENTE Y CÚMPLASE.-

Los Magistrados,


 **JUAN CARLOS DIETTES LUNA**
Rama Judicial
Poder Judicial de la Nación
República de Colombia


HAROLD MANUEL GARZÓN PEÑA

PERMISO
SHIRLE EUGENIA MERCADO LORA

SANDRA JULLIETH CORTÉS SAMACÁ
Secretaria

Preclusión por muerte
A/ Jose Vicente Santos
C/ Juzgado Cuarto Penal del Circuito de B/manga



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE
BUCARAMANGA

SALA DE DECISIÓN PENAL

Magistrada ponente: SUSANA QUIROZ HERNÁNDEZ

Radicado	683076000142-2021 00095 00 23-162A (79.23)
Procedencia	Juzgado Noveno Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Bucaramanga – Santander
Acusado	Ninson Alexis Jerez Ariza y otros
Delitos	Concierto para delinquir y otros
Asunto	nulidad
Decisión	Confirma
Aprobado	Acta No. 437
Fecha	08 de mayo de 2023
Lectura	18 de mayo de 2023

I. ASUNTO POR DECIDIR

Procede el Despacho a resolver el recurso de apelación interpuesto por el Dr. Mauricio Díaz Araque, quien representa los intereses de JUAN JOSÉ GONZÁLEZ UMAÑA, contra la decisión calendada el 3 de marzo de 2023, proferida por el Juzgado Noveno Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Bucaramanga - Santander, mediante la cual negó la declaratoria de nulidad de la actuación a partir de la formulación de imputación.

1

II. SUPUESTO FÁCTICO

A efectos de esta decisión, es preciso citar el supuesto fáctico señalado en el escrito de acusación:

Se constituyó una sociedad de hecho con el fin de adquirir lotes de terreno, para desarrollar, promover y vender proyectos de construcción, sus socios los señores JUAN CARLOS RAMIREZ JAIMES, MARCELA VIVIANA QUINTERO, JHON FREDY RAMIREZ JAIMES Y NINSON ALEXIS JEREZ ARIZA, perfeccionaban su actuar criminal con la sociedad J&J CONSULTORES EN URBANISMO representada legalmente por JAIME ZAMBRANO TORRES Y JORGE RICARDO CALLE VANEGAS, en compañía de los señores JUAN JOSE GONZALEZ UMAÑA, FRANCISCO DE JESUS ESCALANTE Y OSCAR MANUEL PADILLA GARCIA, quienes de manera libre y voluntaria, con una debida distribución de roles y actividades, desde el

año 2016 al 2019, desarrollaron, promovieron y vendieron los proyectos urbanísticos EDIFICIO MULTIFAMILIAR JEREZ, MARIANA I Y VILLA MARIANA PH en el sector puerto madero del Municipio de Girón, sin para ello disponer de las respectivas licencias establecidas para tales propósitos.

Para llevar a cabo su cometido estas personas inicialmente adquirirían los lotes de terreno, seguido edificaban, para finalmente hacer la legalización de las mismas, haciéndolas figurar como una construcción de más de 5 años de antigüedad, plan que se perfeccionaba con la participación de los profesionales de la arquitectura e ingeniería quienes se encargaban de registrar falsedades en los diseños arquitectónicos y estudios estructurales, con la intención que cumplieran con la norma urbanística vigente, aunado a que se consignó por medio de declaraciones extra proceso información que no corresponde a la verdad, todo este andamiaje, con la única finalidad de que se expidiera por parte del curador una licencia de reconocimiento y así poder obtener un provecho ilícito.

Igualmente, se tiene que los señores JUAN CARLOS RAMIREZ JAIMES, MARCELA VIVIANA QUINTERO, JHON FREDY RAMIREZ JAIMES Y NINSON ALEXIS JEREZ ARIZA, JAIME ZAMBRANO TORRES Y JORGE RICARDO CALLE VANEGAS, JUAN JOSE GONZALEZ UMA[^] FRANCISCO DE JESUS ESCALANTE Y OSCAR MANUEL PADILLA GARCIA, al momento de ejecutar las anteriores conductas actuaron con dolo directo de primer grado pues conocían con certeza o al menos probabilidad lo siguiente:

- Que las áreas de los lotes de terreno no cumplían con las establecidas en el POT del municipio de girón, y por ello esas edificaciones no podían ser construidas en la manera como las hicieron, es decir, el POT del municipio de girón establece que para la construcción de una edificación multifamiliar, es decir, más de dos pisos, el área del lote debe ser mínimo de 120 metros cuadrados y en estos casos dichas áreas no lo cumplían, razón por la cual nunca les concederían una licencia de construcción obra nueva por parte de las curadurías razón por la cual acuden a construir y posterior tramitar licencias de reconocimiento haciendo pasar las edificaciones con una antigüedad superior a 5 años.
- Que no contaban con licencia de urbanismo y construcción, con registro de enajenador y no cumplieron con lo consagrado en el art. 71 de la Ley 962 de 2005, reglamentado por el decreto nacional 2180 de 2006, y modificado por el art. 185 del decreto nacional 019 de 2012, y art. 2.2.5.3.1 del decreto 1077 de 2015, para la enajenación de inmuebles destinados a vivienda.
- Que para poder tramitar ante el curador urbano una resolución de reconocimiento necesariamente debían introducir falsedades para buscar inducir en error y engaño al curador y obtener dicho reconocimiento, esas falsedades consistieron en declaraciones juramentadas ante notario, declaraciones juramentadas a título personal, consignación de información errónea y falsa en diseños arquitectónicos y estudios estructurales configurándose con ello falsos testimonios y falsedades en documentos.

(...)JUAN CARLOS RAMIREZ JAIMES, MARCELA VIVIANA QUINTERO, JHON FREDY RAMIREZ JAIMES Y NILSON ALEXIS JEREZ ARIZA, quienes constituyeron una sociedad de hecho cuyo fin es la compra de lotes de terreno, el desarrollo, la promoción y venta de proyectos urbanísticos, quienes perfeccionaban su actuar criminal con la sociedad J&J CONSULTORES EN URBANISMO representada legalmente por JAIME ZAMBRANO TORRES Y JORGE RICARDO CALLE VANEGAS, en compañía de los señores JUAN JOSE GONZALEZ UMAÑA, FRANCISCO DE JESUS

ESCALANTE Y OSCAR MANUEL PADILLA GARCIA, quienes libremente se asociaron, cumpliendo un rol específico dentro de las actividades desplegadas en el logro del fin, falseando información con el fin de inducir en error y engaño al curador así como a los compradores, para lograr su propósito, la legalización de los proyectos de construcción, poder venderlos y obtener utilidad: con vocación de permanencia y durabilidad en el tiempo (2016-2019), organización dedicada a la comisión de los delitos de falsedad en documento privado, falso testimonio, obtención de documento público falso, fraude procesal y urbanización ilegal.

Empresa criminal conformada así:

En primera línea de mando tenemos a:

NILSON ALEXIS JEREZ ARIZA, encargado de desarrollar, promover y vender los proyectos constructivos, así mismo fue el encargado de realizar la declaración extra proceso en donde bajo la gravedad de juramento asegura que el predio ubicado en la calle 13 No. 14 D-09 tiene una antigüedad de más de 5 años, con esta declaración obtuvo resolución de reconocimiento No. 0021-20022017 del 20/02/2017.

JHON FREDY RAMIREZ JAIMES, era el ingeniero civil, encargado de la legalización y construcción, de desarrollar, promover y vender los proyectos constructivos, así mismo fue el encargado de realizar la declaración extra proceso en donde bajo la gravedad de juramento asegura que el predio ubicado en la calle 13 A peatonal No. 13-03 lote 15 mz. 3 tiene una antigüedad de más de 5 años, con esta declaración obtuvo resolución de reconocimiento No. 0049/11052017 del 11/05/2017.

MARCELA VIVIANA QUINTERO QUIJANO, encargada de los aspectos administrativos de la construcción, encargada, de desarrollar, promover y vender los proyectos cognoscitivos, así mismo fue el encargado de realizar la declaración extra proceso en donde bajo la gravedad de juramento asegura ser poseedora y dueña del predio ubicado en la calle 13 A peatonal No. 13- 03 lote 15 mz. 3 tiene una antigüedad de más de 5 años, con esta declaración obtuvo resolución de reconocimiento No. 006/10012019 del 11/09/2018.

JUAN CARLOS RAMIREZ JAIMES, encargado de desarrollar, promover y vender los proyectos constructivos.

JORGE RICAUTE CALLE VANEGA5, realiza el trámite de las licencias de reconocimiento, elaborando los diseños arquitectónicos, los peritajes estructurales documentos espurios y el diligenciamiento del formulario único para la solicitud de licenciamiento.

JAIME ZAMBRANO TORRES, representante legal de la sociedad J&J CONSULTORES EN URBANISMO, realiza el trámite de las licencias de reconocimiento, elaborando los diseños arquitectónicos, los peritajes estructurales documentos espurios y el diligenciamiento del formulario único para la solicitud de licenciamiento.

JUAN JOSE GONZALEZ UMAÑA, arquitecto calculista y proyectista, como resultado se obtuvo la resolución 0021/20022017 del 20/02/2017, 0049/11052017 del 11/05/2017.

FRANCISCO DE JESUS ESCALANTE ACOSTA, arquitecto calculista y proyectista, como resultado se obtuvo la resolución 0049/11052017 del 11/05/2017.

OSCAR MANUEL PADILLA GARCIA, urbanizador o constructor e ingeniero civil diseñador estructural, como resultado se obtuvo resolución 006/10012019.

(...) los señores NILSON ALEXIS JEREZ ARIZA, JHON FREDY RAMIREZ JAIMES Y MARCELA VIVIANA QUINTERO QUIJANO, en actuación administrativa, bajo la gravedad de juramento ante las respectivas notarías, faltaron a la verdad, es decir, en el trámite de las licencias de reconocimiento de construcción ante la Curaduría urbana No 2 de Girón, bajo la gravedad del juramento, fueron presentadas declaraciones extra proceso en donde declaran que los predios tenían una construcción con una antigüedad de aproximadamente cinco (5) años.

Para la obtención de la licencia de reconocimiento del predio ubicado en la calle 13 No 14 D - 09 del Barrio Puerto Madero, edificio multifamiliar Jerez, el sr. NILSON ALEXIS JEREZ presenta como prueba una declaración extra proceso ante la notaría única del Municipio de Barbosa de fecha 02 de Febrero de 2017 manifestando bajo la gravedad del juramento que es propietario del predio mencionado bajo la matrícula inmobiliaria No 300-329597, que al momento de comprar este predio tenía una construcción con una antigüedad de aproximadamente cinco (5) años.

Para la obtención de la licencia de reconocimiento del predio de la Calle 13 A peatonal No 13 -03 lotes 15 manzanas 3 barrio Puerto Madero, edificio multifamiliar Mariana I del municipio de Girón Sr. JHON FREDY RAMIREZ JAIMES presenta, declaración con fines extra proceso, en la notaría Única de Girón, donde declara que cuando adquirió el predio ya existía una vivienda de tres pisos con entradas independientes, construida por los antiguos propietarios aproximadamente hace cinco (5) años.

La Sra. MARCELA VIVIANA QUINTERO QUIJANO Para la expedición de la licencia resolución No 006/10012019 radicado 683072180707 del 11 de septiembre de 2018, aporta una declaración fines extraprocesales No 004578 20 de septiembre de 2018, en donde declara bajo la gravedad del juramento ser poseedora y dueña del predio, que en el mes de mayo de 2013 se terminó de construir una vivienda de 4 pisos totalmente independientes, para uso habitacional y que tiene más de cinco (5) años de construido.

(...) los señores NILSON ALEXIS JEREZ ARIZA, JHON FREDY RAMIREZ JAIMES, MARCELA VIVIANA QUINTERO QUIJANO, JORGE RICAUTE CALLE VANEGAS Y JAIME ZAMBRANO TORRES, para obtener documento público, es decir, las licencias de reconocimiento de cada uno de las construcciones realizadas, indujeron en error al curador No. 2 de Girón, presentándole los diseños arquitectónicos y estudios estructurales espurios, haciéndole consignar al curador una manifestación falsa, es decir, en el contenido del considerando, pese a la advertencia realizada por el curador en la que la responsabilidad de parte de la curaduría se centra solo a la revisión y aprobación de dichos planos y peritazgo, es decir el análisis a partir de los documentos que le fueron aportados y no de la inspección que la norma no lo obliga al curador, con el objeto que el mismo conceda el acto de reconocimiento de la existencia de la edificación en suelo urbano y la aprobación de los planos de propiedad horizontal, y a partir de allí obtener de la administración municipal un boletín de nomenclatura y seguidamente las escrituras de cada predio para su posterior registro, obteniendo las siguientes resoluciones:

- En la Resolución No 006/10012019 radicado 683072180707 el titular de la licencia es la Sra. MARCELA VIVIANA QUINTERO QUIJANO y el responsable de la solicitud el sr. JORGE RICARDO CALLE VANEGAS.

- En la Resolución No 0049/11052017 del 11 de mayo de 2017, el titular de la licencia es el sr. JHON FREDY RAMIREZ JAIMES y el responsable de la solicitud el sr. JORGE RICARDO CALLE VANEGAS.

- Resolución No 0021/20022017 del 20 de febrero de 2017, el titular de la licencia es el sr. NINSON ALEXIS JEREZ ARIZA y el responsable del trámite J & J CONSULTORES

(...) NINSON ALEXIS JEREZ ARIZA, JHON FREDY RAMIREZ JAIMES, MARCELA VIVIANA QUINTERO QUIJANO, JORGE RICAUTE CALLE VANEGAS. JAIME ZAMBRANO TORRES, JUAN JOSE GONZALEZ UMAÑA. FRANCISCO DE JESUS ESCALANTE ACOSTA y OSCAR MANUEL PADILLA GARCIA, por medio de los diseños arquitectónicos y estudio estructurales espurios, indujeron en error al curador 2 de girón, con el fin de obtener resolución contraria a la ley, es decir:

- En la Resolución No 006/10012019 radicado 683072180707 el titular de la licencia es la Sra. MARCELA VIVIANA QUINTERO QUIJANO y el responsable de la solicitud el sr. JORGE RICARDO CALLE VANEGAS.

- En la Resolución No 0049/11052017 del 11 de mayo de 2017, el titular de la licencia es el sr. JHON FREDY RAMIREZ JAIMES y el responsable de la solicitud el sr. JORGE RICARDO CALLE VANEGAS.

- Resolución No 0021/20022017 d^ 20 de febrero de 2017, el titular de la licencia es el sr. NINSON ALEXIS JEREZ ARIZA y el responsable del trámite J & J CONSULTORES

(...) NILSON ALEXIS JEREZ ARIZA, JHON FREDY RAMIREZ JAIMES, MARCELA VIVIANA QUINTERO QUIJANO, JUAN CARLOS RAMIREZ JAIMES, adelantaron, desarrollaron, promovieron, financiaron la construcción de los inmuebles:

- Predio ubicado en la carrera 12 No 14 C - 14 lotes 15 manzana 26 del barrio Puerto Madero de Girón.

- Edificación ubicada en la Calle 13 A peatonal No 13 - 03 lotes 15 manzanas 3 barrio Puerto Madero, edificio multifamiliar Mariana I ' Predio ubicado en la carrera 13 No 14 D - 09 Lote 2 Manzana 26 Barrio Puerto Madero edificio Multifamiliar Jerez - Predio Ubicado en la Calle 20 No 30 - 19 Barrio Santa Cruz de Girón, Torres de Araja.

Sin que para su construcción contaran con licencias de construcción emitidas por las curadurías urbanas del Municipio de Girón, ni permiso de ventas ni registro de enajenador, y con posterioridad, tramitaron licencias de Reconocimiento y en el evento del predio de la calle 20 No 30 - 19 una licencia de construcción de obra nueva.

Es de recordar que de conformidad a lo establecido en la ley 388 de 1997, el decreto 564 de 2006, el decreto 4397 de 2006, el decreto 4462 de 2006, así como el decreto 1197 de 2016, se establecen las licencias de construcción en sus diferentes modalidades, siendo estas el requisito inicial que una persona natural o jurídica requiere para dar inicio a un proceso de construcción dentro de los lineamientos establecidos por la ley.

III. ACTUACIÓN PROCESAL

3.1 Los días 19, 20 y 21 de septiembre de 2022, ante el Juzgado Cuarto Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bucaramanga descentralizado de Girón - Santander, la fiscalía formuló imputación por el delito de concierto para

delinquir (art. 340 inciso 1 del C.P.) en contra de NINSON ALEXIS JEREZ ARIZA, JHON FREDY RAMÍREZ JAIMES, MARCELA VIVIANA QUINTERO QUIJANO, JUAN CARLOS RAMÍREZ JAIMES, JORGE RICAURTE CALLE VANEGAS, JAIME ZAMBRANO TORRES, JUAN JOSÉ GONZÁLEZ UMAÑA, FRANCISCO DE JESÚS ESCALANTE ACOSTA y OSCAR MANUEL PADILLA GARCÍA.

Por el punible de fraude procesal (art. 453 *ibidem*), imputó a: NINSON ALEXIS JEREZ ARIZA, JHON FREDY RAMÍREZ JAIMES, MARCELA VIVIANA QUINTERO QUIJANO, JORGE RICAURTE CALLE VANEGAS, JAIME ZAMBRANO TORRES, JUAN JOSÉ GONZÁLEZ UMAÑA, FRANCISCO DE JESÚS ESCALANTE ACOSTA y OSCAR MANUEL PADILLA GARCÍA.

Respecto de la conducta punible de urbanización ilegal (art. 318 *ibidem*) a: NINSON ALEXIS JEREZ ARIZA, JHON FREDY RAMÍREZ JAIMES, MARCELA VIVIANA QUINTERO QUIJANO Y JUAN CARLOS RAMÍREZ JAIMES.

En cuanto a los delitos de falso testimonio y obtención de documento público falso (arts. 442 y 228 *ibidem*) la imputación cobijó a los procesados NINSON ALEXIS JEREZ ARIZA, JHON FREDY RAMÍREZ JAIMES y MARCELA VIVIANA QUINTERO QUIJANO, cargos que no fueron aceptados. El Juez de Control de Garantías impuso medida de aseguramiento consistente en detención domiciliaria en contra de la totalidad de los procesados.

3.2 Radicado el escrito de acusación, correspondió el conocimiento, al Juzgado Noveno Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Bucaramanga – Santander; el 3 de marzo del mismo año, cuando se pretendía desarrollar la diligencia de formulación de acusación, el defensor del procesado Juan José González Umaña solicitó declarar la nulidad de la actuación a partir del acto de formulación de imputación.

IV. DE LA PETICIÓN DE NULIDAD

4.1 El Dr. Mauricio Diaz Araque¹ apoderado judicial de JUAN GONZÁLEZ UMAÑA, alegó que el escrito de acusación no cumple con los requisitos del artículo 337 numeral 2° del C.P.P., en lo que tiene que ver con la relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes, puesto que, a su juicio, no se delimitó la participación de su cliente en el actuar considerado como delictivo. Lo anterior, conforme a pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia referentes al deber del Ente Acusador de delimitar lo que se va a debatir en el juicio oral.

Por lo tanto, reclamó que se declare la nulidad por violación al debido proceso, desde la diligencia de formulación de imputación y, como consecuencia de ello, se ordene la libertad de su prohijado, pues ante un yerro como es la falta de claridad en los hechos jurídicamente relevantes, concluyó, no queda otro remedio que nulificar la actuación.

Añadió, hubo una indebida imputación al no existir congruencia entre lo fáctico y lo jurídico, atendiendo que de los hechos plasmados en el escrito de acusación se advierten varios eventos donde se habría configurado el fraude procesal y no se le enrostró al encartado la modalidad concursal. Situación que, en su sentir, amerita la intervención del juez de conocimiento para que enderece la adecuación típica².

4.2 Intervención de la Fiscalía General de la Nación

Se opuso a la pretensión del defensor de González Umaña, afirmando que no se han afectado garantías a los procesados y que los hechos jurídicamente relevantes fueron planteados conforme a la ley, dado que fueron señaladas claramente las circunstancias de

¹ Audiencia 3 de marzo de 2023, récord 16: a 51:28.

² Audiencia 3 de marzo de 2023, récord 43:18 ss.

tiempo, modo y lugar en las que se dieron los hechos constitutivos de las conductas punibles investigadas.

En cuanto a la inconformidad por la no imputación en concurso de los diferentes delitos, precisó que, contrario a lo alegado por el Dr. Díaz, tal situación resulta favorable a su defendido, pues mal haría si solicitara una condena reclamando un concurso de conductas punibles que no fue enrostrado desde el comienzo de la actuación.

4.3 Representante de víctimas

La Dra. Laura Manrique, de manera muy precisa recordó que siendo la acusación un acto de parte, no es susceptible de nulidad y que el escenario para tal verificación es la sentencia. Además, manifestó que en el escrito de acusación se advierte claramente explicada la configuración de cada uno de los delitos objeto de imputación y acusación, por lo que solicitó denegar la petición del defensor.

V. DECISIÓN IMPUGNADA

Mediante auto del 3 de marzo del presente año, el *a quo* negó la nulidad propuesta, por estimar que la Fiscalía General de la Nación, en su condición de titular de la acción penal, ha actuado acorde a las competencias que le otorga la ley procesal penal.

Asimismo, por cuanto la imputación y acusación son actos de parte, frente a los cuales sólo existe la posibilidad de plantear observaciones y sanear los posibles defectos del escrito de acusación, sin que haya lugar a nulitar la actuación. Finalmente, indicó que no se cumple el principio de trascendencia, pues no se mencionó cuál es la afectación al derecho de defensa y debido proceso del encartado por no habersele imputado más responsabilidad, es decir, no enrostrarle la modalidad concursal.

VI. DE LA APELACIÓN

Inconforme con la decisión³, la defensa técnica de GONZÁLEZ UMAÑA señaló que su solicitud es de fondo, puesto que se refiere a los hechos planteados en el escrito de acusación. Que, contrario al planteamiento del *a quo*, el momento procesal en el que se pone de presente las causales de nulidad es el oportuno y no se debe esperar a la sentencia, porque así lo ha considerado la Corte Suprema de Justicia.

Agregó que lo fáctico no coincide con lo jurídico, pues los hechos narran varios eventos y no se precisa cuál de ellos es el que se le endilga a su defendido, de tal manera que sin tal precisión no es posible construir una clara estrategia defensiva. Igualmente, que ya no hay lugar a aclaración porque tales yerros vienen desde la imputación y ya no es posible hacerlo, siendo el único remedio la nulidad. Reiteró que su reclamo obedece a la falta de imputación de lo establecido en el artículo 31 de la Norma Sustantiva Penal.

Por lo anterior, solicitó revocar la decisión y decretar la nulidad o, en su defecto, la libertad inmediata de su patrocinado.

VII. TRASLADO DE LOS NO RECURRENTES

7.1 Fiscalía General de la Nación

Solicitó mantener incólume la decisión objeto de censura, pues la ley ha establecido la audiencia de formulación de acusación como escenario para realizar las correcciones y aclaraciones a que haya lugar.

7.2 Representación de víctimas

³ Audiencia del 3 de marzo de 2023, récord 1:33:04 ss.

Manifestó que no es viable solicitar la nulidad de un acto que no se ha consolidado.

VIII. CONSIDERACIONES DE LA SALA

8.1 Competencia

De conformidad con lo dispuesto en el numeral 1° del artículo 34 de la Ley 906 de 2004, este Tribunal es competente para conocer del presente recurso, aclarando que, por tratarse de la segunda instancia, los asuntos bajo conocimiento de esta Sala se circunscriben a los que fueron objeto de inconformidad y a los inescindiblemente ligados a los mismos, en virtud del principio de limitación.

8.2 Problema jurídico

Dados los antecedentes vistos, corresponde a la Sala determinar si acertó el *a quo* en negar la petición de nulidad desde la formulación de imputación.

6.2. De la nulidad.

Impera precisar, en primer lugar que, en virtud de los artículos 457 del actual Código Procedimental Penal -Ley 906 de 2004- y 133 del Código General del Proceso – Ley 1564 de 2012- toda violación al derecho de defensa⁴ o debido proceso⁵ en aspectos sustanciales, son causales de nulidad de la actuación.

⁴ “Las garantías que integran el debido proceso, y entre ellas el derecho de defensa, **son de estricto cumplimiento en todo tipo de actuaciones**, ya sean judiciales o administrativas, pues constituyen un presupuesto para la realización de la justicia como valor superior del ordenamiento jurídico” C-131 de 2002.

⁵ “conjunto de garantías previstas en el ordenamiento jurídico, a través de las cuales se busca la protección del individuo incurso en una actuación judicial o administrativa, para que durante su trámite se respeten sus derechos y se logre la aplicación correcta de la justicia” – Art. 29 C.P y CSJ STP11125 del 28 de agosto 2018

Ahora, para la declaratoria de nulidad, es menester demostrar, en qué consistió la irregularidad, denotar cuál es la concreta afectación, y que ésta no puede superarse de forma diversa a la anulación del trámite⁶; ello, con fundamento en los principios que rigen las nulidades contenidos en la legislación anterior⁷ - artículo 310 de la Ley 600 de 2000-, estos son:

Taxatividad, según el cual sólo es posible alegar las nulidades expresamente previstas en la ley; el de *protección*, que comporta que no podrá invocarse 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 aún cuando se configure la irregularidad, esta se puede convalidar 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 subsanar el yerro no debe existir otro remedio procesal⁸.

Vale decir, corresponde forzosamente al recurrente acreditar bajo los anteriores principios, la configuración de un yerro en el transcurso procesal y la incidencia que él tiene, al punto que se hace necesaria la invalidación total o parcial de la actuación⁹.

6.2. Marco jurídico

Dicho lo anterior, ha de precisarse que, la formulación de imputación es el acto a través del cual la Fiscalía le comunica a una persona de forma clara y sucinta un acontecer fáctico que se adecua

⁶ Auto AP-2013, rad. 36324.

⁷ CSJ. SP radicado 30710 del 18 de marzo de 2009, M.P. María del Rosario González de Lemus., entre otras muchas.

⁸ AP5127-2018 Radicado 49518, MP Patricia Salazar Cuéllar.

⁹ Auto AP-2013, rad. 36324.

a un punible, del cual se infiere razonablemente es autor o participe¹⁰, mientras que en la acusación converge la hipótesis de una probabilidad de verdad de existencia de la conducta delictiva y la autoría o participación del procesado, siendo imperioso también en esta fase la relación clara de los hechos y circunstancias que se adecuan en el presunto punible¹¹.

Adicionalmente, y con fundamento en el principio de congruencia consignado en el artículo 448 de la Ley 906 de 2004¹², el cual implica la existencia de consonancia entre la imputación, acusación y la sentencia, se ha entendido que la descripción fáctica de los hechos atribuidos al procesado no puede ser objeto de modificación sustancial a lo largo del proceso¹³, de suerte que la obligación de conservar el núcleo central del componente fáctico opera desde la formulación de imputación¹⁴.

Igualmente, vale señalar que es ese supuesto fáctico que se adecua a un tipo penal, lo que se denomina *hechos jurídicamente relevantes*, los que han de diferenciarse de los hechos indicadores, “*datos a partir de los cuales pueden inferirse los hechos jurídicamente relevantes*” y los *medios de prueba*, “*elementos para demostrar directamente el hecho jurídicamente relevante, o los respectivos hechos indicadores*”.¹⁵

En consonancia con lo anterior, corresponde entonces al ente acusador para la estructuración y posterior comunicación de los hechos jurídicamente relevantes: (i) *delimitar la conducta que se le atribuye al indiciado*; (ii) *establecer las circunstancias de tiempo, modo y lugar que rodearon la misma*; (iii) *constatar todos y cada uno de los elementos del respectivo tipo penal*; (iv) *analizar los aspectos atinentes*

¹⁰ Artículos 286 y 288 de la Ley 906 de 2004

¹¹ Artículos 336 y 337 *ibidem*

¹² ARTÍCULO 448. CONGRUENCIA. El acusado no podrá ser declarado culpable por hechos que no consten en la acusación, ni por delitos por los cuales no se ha solicitado condena.

¹³ Artículo 448 *ib.*

¹⁴ CSJ SP4792-2018

¹⁵ CSJ SP2042-2019, radicado 51007 del 5 de junio de 2019.

a la antijuridicidad y la culpabilidad, entre otros. Para tales efectos es imperioso que considere las circunstancias de agravación o atenuación, las de mayor o menor punibilidad, etcétera.¹⁶

Por otra parte, es menester recordar que conforme a la actual estructura procesal regida por el principio de igualdad de armas, no existe por parte del funcionario judicial un control material de la comunicación de los cargos en imputación, y acusación, por tratarse de un acto de parte de la Fiscalía; la labor del juez se circunscribe a verificar la concurrencia de presupuestos formales¹⁷; empero, en eventos en los que la falta de fundamento razonable en una acusación o una indebida comunicación de los hechos jurídicamente relevantes, implique una afectación de las garantías a una de las partes, se impone la intervención del juez de conocimiento a efectos de corregir estos actos.

Al respecto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, se he pronunciado de la siguiente manera:

“esta Corporación ha señalado de manera reiterada que si el ente acusador, en cualquiera de las mencionadas audiencias, incumple el deber de exponer de manera clara, completa y suficiente los hechos jurídicamente relevantes, al punto de incidir negativamente en la posibilidad del indiciado de conocer por qué está siendo investigado, se vulnera su derecho al debido proceso, en cuanto a defensa y congruencia, habilitándose por ello la nulidad de lo actuado”. – CSJ SP082-2023 Radicado 59994 del 15 de marzo de 2023.

6.3. Caso concreto.

El presente asunto se contrae a la censura propuesta por la defensa técnica de JUAN JOSÉ GONZÁLEZ UMAÑA, respecto al

¹⁶ CSJ, Radicado 44599, del 8 de marzo de 2017, reiterada, Radicado 52507, del 7 de noviembre de 2018.

¹⁷ “En las decisiones CSJSP, 11 dic. 2018, Rad. 52311 y CSJSP, 5 jun 2019, Rad. 51007 esta Sala consolidó su línea sobre la imposibilidad de que el juicio de imputación y/o el juicio de acusación atribuido a los fiscales puedan ser objeto de control material por parte de los jueces, lo que eventualmente abarcaría la verificación de los estándares previstos en los artículos 287 y 336, así como la calificación jurídica por la que optó el ente acusador”. - CSJ SP 2073-2020, radicado 52227 del 24 de junio de 2020.

contenido de la formulación de imputación y posterior escrito de acusación, al considerar que los hechos plasmados constituyen una imputación inexacta que no permite el ejercicio adecuado de la defensa, pues no se precisó la participación de su defendido en los punibles enrostrados, ni se imputó la modalidad concursal, a pesar de que los hechos planteados permiten advertir varios eventos constitutivos de fraude procesal.

Bajo esos postulados aseguró que se vulneró el debido proceso y por lo tanto debe retrotraerse la actuación desde la imputación; no obstante, se anticipará por la Sala que tal hipótesis se considera errada ya que, al analizar la comunicación de la génesis factual, es válido predicar que en la misma se señalaron los hechos relevantes correspondientes a los episodios ocurridos que guardan relación con la descripción de los tipos penales objeto de reproche.

Veamos de forma precisa,

Verificado el registro de la diligencia de formulación de imputación, llevada a cabo los días 19, 20 y 21 de septiembre de 2022, ante el Juzgado Cuarto Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bucaramanga descentralizado de Girón, permite advertir que la Fiscalía les imputó a los encartados de forma clara ser miembros de una organización criminal con el propósito de adquirir lotes de terreno, para desarrollar, promover y vender en los años 2016 a 2019, proyectos de construcción “EDIFICIO MULTIFAMILIAR JEREZ, MARIANA I y VILLA MARIANA PH” en el sector de puerto madero del municipio de Girón, sin disponer de las respectivas licencias legales para ello.

Como modus operandi se indicó por el ente acusador, que inicialmente adquirirían los lotes de terreno, seguido los edificaban y para su legalización los hacían figurar como una construcción de más de cinco años de antigüedad, lo cual lograban gracias a la participación de los profesionales en arquitectura e ingeniería

quienes se encargaban de registrar las falsedades en los diseños arquitectónicos y estudios estructurales, con el fin de que se cumpliera con la norma urbanística vigente, además de aportar declaraciones extraproceso que consignaban falsedades, con la intención de hacer incurrir en error al curador, obtener de este una licencia de reconocimiento ilegal y poder obtener un provecho ilícito.

Igualmente, se observa que la delegada ante el ente acusador, en debida forma comunicó de manera detallada a los procesados frente a cada punible las circunstancias de tiempo modo y lugar de ocurrencia del supuesto fáctico; amén que puntualizó cómo funcionaba la división de trabajo al interior de la organización, el rol de cada uno dentro de la misma y su participación concreta.

En particular, frente a JUAN JOSÉ GONZÁLEZ UMAÑA, manifestó que pertenecía a la tercera línea de mando dentro de la organización y que este en calidad de arquitecto proyectista y calculista rindió documentación con la cual se logró obtener de manera ilegal las resoluciones de reconocimiento de edificación No. 0049/11052017 del 11 de mayo de 2017 y 0021 del 20 de febrero de 2017, frente a los predios ubicados en la calle 13 A peatonal No. 13-03 lote 15 y calle 13 No. 14 D-09, respectivamente¹⁸.

Misma situación se advierte en la fase de acusación, en la que la Fiscalía -como se observó en el acápite del supuesto fáctico- presentó un relato preciso y amplio de los hechos jurídicamente relevantes y puntualizó frente al procesado GÓNZALEZ UMAÑA su concreta participación y rol dentro de la organización.

Entonces, de lo indicado en los párrafos que anteceden, resulta claro para esta Colegiatura que la posición adoptada por el libelista de la defensa, en punto a que únicamente no se concretó en la manifestación de los hechos jurídicamente relevantes la participación de GONZÁLEZ UMAÑA no encuentra soporte alguno, ya que la

¹⁸ Audio 2 diligencia del 19 de septiembre de 2022, récord 00:27:56.

Fiscalía, de una manera comprensible, clara y sucinta, delimitó la hipótesis fáctica que pretende corroborar en el escenario de debate, guardando congruencia entre la formulación de imputación y la acusación.

Es más, deviene como evidente una precisión no solo de los hechos jurídicamente relevantes, ser miembros de una organización delincuenciales dedicada a adquirir lotes, desarrollar, promover y vender proyectos urbanísticos, sin disponer de las respectivas licencias para ello, sino, también, en las circunstancias particulares de su actuar y participación, pues itérese, se especificó la manera en que adquirieron las resoluciones de reconocimiento de edificación contrarias a la ley, haciendo incurrir en error al curador, mediante estudios arquitectónicos y declaraciones juramentadas falaces, y obteniendo un provecho económico; actuar que ejecutaron en los años 2016 a 2019 en el municipio de Girón, Santander.

Siendo así, no se compadece con lo acaecido en la audiencia de imputación y acusación, los reproches elevados por la defensa, al reseñar que no le fueron *correctamente* comunicados los hechos jurídicamente relevantes, pues como se ha corroborado, no cabe duda alguna sobre la génesis factual que le fue endilgada al procesado GONZÁLEZ UMAÑAN y su adecuación típica a los delitos de concierto para delinquir y fraude procesal.

Por otro lado, es preciso recordarle al apelante, que en virtud del principio de congruencia, se garantiza que solo puede condenarse a una persona por los cargos que le fueron enrostrados en la acusación¹⁹, precepto que debe mantenerse en tres aspectos fundamentales: el personal, el fáctico y el jurídico, siendo la coherencia absoluta para los dos primeros, en tanto se ha avalado por la jurisprudencia la posibilidad de modificar la calificación jurídica endilgada al procesado²⁰. De ahí, se itera, la relevancia de

¹⁹ SP1714-2019, radicado 45718, MP Luis Guillermo Salazar Otero.

²⁰ “Si bien no se exige perfecta armonía entre la acusación y la sentencia, sí implica que ésta guarde una adecuada relación de conformidad con aquella en sus tres componentes

una correcta concreción del supuesto fáctico, so pena de vulneración a la garantía del debido proceso del encartado.

Bajo esa línea, se descarta lo postulado por el defensor respecto a que debe retrotraerse la actuación, por cuanto la Fiscalía a pesar de hacer alusión a diferentes eventos de fraude procesal, no le endilgó a su prohijado este punible en la modalidad de concurso, pues como se indicó, la imputación jurídica puede ser objeto de variación; máxime que reconoce el apelante una amplia sustentación frente al supuesto fáctico que estructura este punible, censura que además de contradictoria con el anterior yerro abordado y de exótica, en tanto pregona una adecuación típica más gravosa para el inculpado, soporta aún más que no existe una afectación al debido proceso y defensa frente al acusado GONZÁLEZ UMAÑA, que impliquen el máximo remedio procesal que es la nulidad.

De conformidad con lo expuesto, al evidenciarse que los argumentos planteados por el apelante son insuficientes para colegir una vulneración de las garantías del acusado y que en consecuencia deba retrotraerse la actuación, se procederá a confirmar el auto recurrido por medio del cual se negó la nulidad deprecada por el apoderado de GONZÁLEZ UMAÑA.

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

básicos: personal –correspondencia entre los sujetos acusados y los que versa la sentencia-, fáctico – identidad de los hechos de la acusación y los que sirven de sustento al fallo- y jurídico –consonancia en la regulación jurídica de uno y otro acto- (cfr. CSJ SP, 4 abr. 2001, rad. 10868).

(...)

En igual sentido, la jurisprudencia ha sostenido que solo es absoluta la congruencia personal y fáctica, en tanto que la jurídica es relativa, puesto que el juez puede absolver o condenar de manera atenuada o por una conducta distinta a la imputada, siempre que no agrave la situación del encartado y respete el núcleo central de la imputación.

Así las cosas, el fallador no puede sustentar su decisión de condena incluyendo acciones, comportamientos o circunstancias que, aunque se encuentren probadas en el plenario, jamás hayan hecho parte de la imputación fáctica contenida en la calificación del mérito del sumario” - SP029-2019, radicado 52326, MP Eyder Patiño Cabrera.

RESUELVE

PRIMERO. - CONFIRMAR la decisión materia de censura, emitida el 3 de marzo de 2023, por el Juzgado Noveno Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Bucaramanga - Santander.

SEGUNDO. - DEVOLVER la actuación al Juzgado de origen para que se continúe con el trámite respectivo.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



SUSANA QUIROZ HERNÁNDEZ

Magistrada



PAOLA RAQUEL ÁLVAREZ MEDINA

Magistrada



JAIRO MAURICIO CARVAJAL BELTRÁN

Magistrado



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE
BUCARAMANGA

SALA DE DECISIÓN PENAL

Magistrada ponente: SUSANA QUIROZ HERNÁNDEZ

Radicación	68081600013520210096200 NI 23-088A (15.23)
Procedencia	Juzgado 3 Penal Circuito con Funciones de Conocimiento Especializado de Bucaramanga
Acusado	Juan Francisco Gaitán Cardona
Delito	Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes
Apelación	Sentencia condenatoria
Decisión	Confirma
Aprobación	Acta nro. 440
Fecha	09 de mayo de 2023
Lectura	18 de mayo de 2023

I. OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

Entrar a resolver el recurso de apelación interpuesto por la defensa técnica, contra la sentencia proferida el 14 de diciembre de 2022, mediante la cual el Juzgado 3 Penal del Circuito Especializado de Bucaramanga, declaró penalmente responsable a JUAN FRANCISCO GAITÁN CARDONA por el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes.

1

II. HECHOS JURÍDICAMENTE RELEVANTES

De conformidad con el escrito de acusación y el fallo de primer grado, aproximadamente a las 12:10 horas del 25 de agosto de 2021, en el sector la vizcaína del departamento de Santander, sobre la vía que conduce de Río Ermitaño a la Lizama, miembros de la policía nacional que realizaban labores de control, interceptaron a JUAN FRANCISCO GAITÁN CARDONA quien conducía un vehículo de placas CJA-442 marca Toyota modelo 1999, procedieron a registrar el rodante, encontrando 102 botellas plásticas que contenían una sustancia que en prueba preliminar arrojó positivo para cocaína.

Determinándose que portaba 49.30 kilogramos de peso neto de la sustancia psicotrópica.

III. ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

3.1. El 26 de agosto de 2021, ante el Juzgado 1° Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Barrancabermeja, una vez legalizada la captura de JUAN FRANCISCO GAITÁN CARDONA, la Fiscalía General de la Nación formuló imputación como presunto autor de la conducta punible de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes agravado, conforme la descripción típica contenida en los artículos 376 inc. 1 y 384 No. 3 del Código Penal; cargos que no aceptó el imputado.

3.2. Radicado el escrito de acusación, las diligencias correspondieron al Juzgado 3° Penal del Circuito Especializado de Bucaramanga, despacho que intentó la realización de la audiencia de formulación de acusación el 28 de julio de 2022, sin embargo ante la manifestación de posible preacuerdo suspendió la misma.

3.3. En diligencia del 04 de noviembre siguiente, la Fiscalía solicitó la verificación del preacuerdo suscrito, por lo que una vez se advirtió la legalidad de dicho acto por el cognoscente, se emitió sentido del fallo condenatorio y se agotó el traslado del art. 447 del C.P.P.

3.4. Finalmente, el 14 de diciembre de 2022, se dio lectura a la correspondiente sentencia condenatoria, contra la cual la defensa técnica interpuso recurso de apelación, decisión objeto de esta instancia.

IV. EL FALLO DE PRIMER GRADO

El *a quo*, una vez realizó una reseña de la situación fáctica y de la actuación procesal, recordó que los términos del preacuerdo consistieron en otorgarle al procesado como único beneficio por la aceptación de la responsabilidad por el punible acusado, el descuento

punitivo por la calidad de cómplice, estableciendo una sanción de 128 meses de prisión y multa de 1.334 SMLMV.

Luego, expuso que de los medios de prueba presentados por la Fiscalía en la audiencia de verificación de preacuerdo, aunado a la aceptación de cargos del encartado, se lograron acreditar los presupuestos para emitir decisión condenatoria en su contra.

De otro lado, sostuvo que por expresa prohibición legal contenida en el artículo 68A del Código Penal es improcedente la concesión de subrogados penales a favor del acusado. Además, expuso que negaría el otorgamiento de la sustitución de la pena por la de prisión domiciliaria ante su condición de padre cabeza de familia, como lo deprecó la defensa.

Al respecto, una vez desarrolló normativa y jurisprudencialmente el concepto de padre cabeza de familia, consideró que en este caso no se acreditó la inexistencia de *familia extensa*, que pueda atender las necesidades del hijo del encartado, adicionando que eventualmente se pondría en riesgo tanto a la comunidad como al menor por la gravedad de la conducta cometida por parte del acusado, al traficar estupefacientes y atentar contra la salud pública.

3

Bajo lo anterior, resolvió negar el citado sustituto y dispuso que la remisión del procesado de su domicilio al establecimiento carcelario que determine el INPEC, a fin de dar cumplimiento a su determinación.

V. DE LA SUSTENTACIÓN DEL RECURSO

Inconforme con la decisión, la defensa técnica interpuso recurso apelación, en el que solicitó la modificación de la decisión de primer grado en el sentido de conceder a GAITÁN CARDONA el sustituto de la prisión domiciliaria ante su calidad de padre cabeza de familia, para lo cual argumentó que el fallador omitió valorar los argumentos y

medios suasorios aportados en el traslado de que trata el artículo 447 del C.P.P., los cuales en su sentir acreditan que contrario a lo sentado por el *A quo* el procesado no constituye un riesgo para la sociedad, es el único que asume el cuidado y manutención de su hijo, y que carecen de familia extensa que pueda hacerse cargo del menor.

VI. CONSIDERACIONES DE LA SALA

6.1. De la competencia.

En virtud de lo dispuesto en el artículo 34.1 de la Ley 906 de 2004, esta Sala es competente para conocer el recurso de apelación interpuesto por la defensa contra la decisión del 14 de diciembre de 2022, proferida por el Juzgado 3 Penal del Circuito Especializado de esta ciudad.

Para proceder con tal cometido, es pertinente recordar que la competencia de la Sala se encuentra restringida, en virtud del principio de limitación que rige el recurso de apelación¹, a la cuestión planteada por el recurrente y, adicionalmente, a los demás asuntos que estén íntimamente relacionados con el mismo².

4

6.2. Problema jurídico

Teniendo en cuenta lo expuesto en la alzada, corresponde a la Sala determinar si es procedente la concesión de la prisión domiciliaria como padre cabeza de familia a JUAN FRANCISCO GAITÁN CARDONA.

6.3 Del caso concreto.

El artículo 38 de la Ley 599 de 2000, modificado por el artículo 22 de la Ley 1709 de 2014, prevé que la prisión domiciliaria como

1 De acuerdo con los artículos 34, inciso 1.º, numeral 1.º, y 179 de la Ley 906/2004.

2 Al respecto, ver, entre otros, el auto del 2 de abril de 2014, radicación 41754, M. P. Eyder Patiño Cabrera y la Sentencia del 15 de junio de 2016, radicación 47666, M. P. José Luis Barceló Camacho; CSJ, SP. ¹¹ CSJ SP, 30 may. 2012, Rad. 38243; SP-10400, 5 ago. 2014, Rad. 42495

sustitutiva de la prisión intramural consistirá en la privación de la libertad en el lugar de residencia o morada del condenado o en el lugar que el juez determine.

Adicionalmente, el artículo 38 B *ídem*, exige como requisitos para su concesión: 1) que la sentencia se imponga por conducta punible cuya pena mínima prevista en la ley sea de 8 años de prisión o menos, 2) que no se trate de uno de los delitos incluidos en el inciso 2° del artículo 68 A del mismo código, 3) que se demuestre el arraigo social y familiar del condenado y 4) que se garantice mediante caución el cumplimiento de las obligaciones consagradas en los literales a) al d) del numeral 4 del mismo artículo 38 B.

A su vez, el artículo 68 A de la Ley 906 de 2004, modificado por el artículo 32 de la Ley 1709 de 2014, previene que *“No se concederán; la suspensión condicional de la ejecución de la pena; la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión; ni habrá lugar a ningún otro beneficio, judicial o administrativo, salvo los beneficios por colaboración regulados por la ley, siempre que esta sea efectiva, cuando la persona haya sido condenada por (...)delitos relacionados con el tráfico de estupefacientes”*.

5

Luego entonces, resulta claro que el sustituto de la prisión domiciliaria se encuentra prohibido para la conducta por la que se condenó a JUAN FRANCISCO GAITÁN CARDONA por virtud del artículo 68A del C.P., por lo que de entrada, no es procedente su otorgamiento.

En todo caso, en atención a la alegada condición de padre cabeza de familia, es posible reconocer la prisión domiciliaria cuando se dan los presupuestos objetivos y subjetivos consagrados en el artículo 1° de la Ley 750 de 2002, entre ellos: *“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.”*

En concordancia con lo anterior, el artículo segundo de la Ley 82 de 1993, modificado por el artículo 1 de la Ley 1232 de 2008, define a la madre cabeza de familia de la siguiente manera, definición extensiva para quien ostente la condición de padre 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*”.

En el marco jurisprudencial el Alto Tribunal Constitucional, precisó que para acreditar la condición de madre/padre cabeza de familia y por lo tanto, acceder al beneficio establecido en la Ley 750 de 2002, deben presentarse los siguientes presupuestos:

*“(i) que se tenga a cargo la responsabilidad de hijos menores o de otras personas incapacitadas para trabajar; (ii) que esa responsabilidad sea de carácter permanente; (iii) no sólo la ausencia permanente o abandono del hogar por parte de la pareja, **sino que aquélla se sustraiga del cumplimiento de sus obligaciones como padre**; (iv) o bien que la pareja no asuma la responsabilidad que le corresponde y ello obedezca a un motivo verdaderamente poderoso como la incapacidad física, sensorial, síquica o mental o, como es obvio, la muerte; (v) **por último, que haya una deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros de la familia, lo cual significa la responsabilidad solitaria de la madre para sostener el hogar**”³. (Negrilla de la Sala).*

6

Igualmente, la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia nos ofrece la interpretación histórica y finalista al conceder este subrogado:

*“Es importante precisar que **el espíritu de la Ley 750 de 2002 y del artículo 314-5 de la Ley 906 de 2004, no es dotar de prerrogativas jurídico penales a las personas que tengan la calidad de cabeza de hogar, pues lo que ha procurado el legislador con dichas disposiciones es evitar que los hijos menores, ante la privación de la libertad del padre o de la madre, queden bajo una situación de completo abandono o desprotección. Por tanto, si no hay tal, no es dable, con fundamento en las citadas disposiciones, otorgar la sustitución de la pena de prisión carcelaria por prisión domiciliaria, por cuanto lo que se protege es el interés superior del niño y no la mera calidad de **padre o madre cabeza de familia****.”⁴ (Negrilla de la Sala)*

³ Corte Constitucional. Sentencia SU- 388 de 13 de abril de 2005. M.P. Dra. Clara Inés Vargas Hernández.

⁴ CSJ Sala de Casación Penal. Rdo. 53863 de 13 de noviembre de 2019. M.P. Dra. Patricia Salazar Cuéllar.

Descendiendo al caso que ocupa la atención de esta Sala, lo primero que debe indicarse es que, en el traslado del artículo 447 del C.P.P., la defensa, peticionó la concesión de la prisión domiciliaria a JUAN FRANCISCO GAITÁN CARDONA en virtud de su condición de ser padre cabeza de familia.

Al efecto, argumentó que el procesado es el padre de CCG, que desde el año 2018 ante la Comisaría de familia de Simití, Bolívar, se le otorgó la custodia del menor, toda vez que la progenitora le delegó por completo su cuidado.

Respecto de la familia extensa, indicó que según “informe socioeconómico” el encartado es el jefe del hogar, que no puede delegar el cuidado de su hijo en su hermano pues se trata de un joven “desaplicado”, y que su descendiente a pesar de no tener contacto con su madre, se comunica esporádicamente con su abuela y un tío materno.

Así mismo, señaló que el encartado, tiene arraigo social y familiar, encontrándose domiciliado hace más de 20 años en el municipio de Simití, Bolívar, y que a pesar de haber cometido un punible de gravedad, no representa un riesgo para la sociedad, siendo aceptado por la comunidad en la que convive como una persona responsable y pendiente de las necesidades emocionales y educativas de su hijo.

Ahora, argumentó el recurrente en su alzada, que el fallador no valoró los certificados de la Comisaría de Familia de Simití y de la Junta de Acción Comunal del Municipio Las Brisas y el concepto psicosocial suscrito por la profesional Elizabeth Guerrero, de los cuales corrió traslado tanto al Jugado como a las partes; sin embargo, verificado el expediente digital y luego de haber requerido al Juzgado de primer grado⁵ se advirtió que la defensa para soportar su manifestación no aportó ningún medio probatorio.

⁵ Requerimiento del 06 de marzo pasado, reiterado el 28 de abril, en el cual informó el Despacho de primera instancia que el apelante no aportó ningún documento en el traslado del artículo 447 del

Así las cosas, considera la Sala de Decisión Penal, que los argumentos expuestos por el letrado de la defensa, no ostentan la trascendencia que se le pretendió aplicar; ello pues, no se corroboró que GAITÁN CARDONA sea la única persona de la cual se deba predicar el cuidado del menor CCG; en otras palabras, la ausencia del procesado no determina el estado de abandono de su descendiente, ello pues, el infante cuenta con su progenitora, la cual tiene la obligación de velar por sus derechos y bienestar. Además de su familia extensa, de quienes no se acreditó la imposibilidad de cuidado y apoyo al infante.

Sobre el particular, ha de partirse por recordar que la Convención sobre los Derechos del Niño, de la cual el Estado Colombiano hace parte, señala el deber estatal en propender por la protección de los niños, así como garantizar el cumplimiento de las obligaciones de los padres, tutores o representantes legales hacia ellos:

*“Artículo 5 - Los Estados Partes **respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad,** según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención.*

(...)

*Artículo 18 - 1. Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que **ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño.** Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño.*

(...)

*Artículo 27 - 2. **A los padres u otras personas encargadas del niño les incumbe la responsabilidad primordial de proporcionar, dentro de sus posibilidades y medios económicos, las condiciones de vida que sean necesarias para el desarrollo del niño.**” (Negrilla de la Sala)*

C.P.P.

Garantías que fueron consignadas en el artículo 44 de la Constitución Política, cuyo tenor literal indica:

“ARTICULO 44. Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia.

La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores.

Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás.”
(Negrilla de la Sala)

Y se ven representadas en el deber y obligación alimentaria de los padres hacia los hijos –art 411 del Código Civil–, la crianza y educación –art 253 *ib.*– la vigilancia, corrección y sanción sin violencia –artículo 262 *ib.* modificado por el artículo 3 de la Ley 2089 de 2021– , mismas que se encuentran inmersas en la denominada *responsabilidad parental*, contenida en el artículo 14 de la Ley de infancia y adolescencia⁶.

Entonces, a partir de lo descrito en los párrafos precedentes, es claro que el deber de cuidado, crianza y manutención del menor CCG recae en sus progenitores, siendo que, ante la ausencia del padre, es obligación de la madre ocupar el papel que la Constitución y la Ley le han asignado, o de la familia extensa.

Es preciso destacar que en la alzada el censor reprochó que no se consideró que desde hace siete años el procesado es el único encargado del sostenimiento de su descendiente, pues su madre lo

⁶ ARTÍCULO 14. LA RESPONSABILIDAD PARENTAL. La responsabilidad parental es un complemento de la patria potestad establecida en la legislación civil. Es además, la obligación **inherente a la orientación, cuidado, acompañamiento y crianza de los niños, las niñas y los adolescentes durante su proceso de formación**. Esto incluye la responsabilidad compartida y solidaria del padre y la madre de asegurarse que los niños, las niñas y los adolescentes puedan lograr el máximo nivel de satisfacción de sus derechos.

En ningún caso el ejercicio de la responsabilidad parental puede conllevar violencia física, psicológica o actos que impidan el ejercicio de sus derechos.

abandonó, sin desarrollar bajo qué circunstancias concretas se entiende su total ausencia o imposibilidad de cuidado de su hijo, ni aportó tampoco ningún medio suasorio para acreditar tal aserto; recordando que debe probarse una situación trascendente que la excluya de las obligaciones que adquirió como madre.

De otra parte, advierte esta Sala que la defensa sustentó que el menor tenía un contacto esporádico con su abuela y un tío materno, frente a los cuales no especificó las razones por las cuales no pueden asumir el deber legal de cuidado con CCG, como su familia extensa, mientras que el procesado cumple con su sanción privativa de la libertad.

En este punto es válido aclarar que, sin desconocerse el interés superior de los menores de edad, no es ajeno el actuar del acusado en la comisión de la conducta objeto de reproche penal, recuérdese, transportar una cantidad de 49.30 kilogramos de sustancia psicotrópica; circunstancia que si bien no demuestra que el procesado puede poner en riesgo la seguridad de su descendiente, no ocurre lo mismo frente a la sociedad.

En ese orden de ideas, es claro que no se contó con suficiencia demostrativa que permitiese inferir a esta Sala la concurrencia de la condición de padre cabeza de familia de JUAN FRANCISCO GAITÁN CARDONA, por lo cual, la determinación que en derecho corresponde adoptar es la de confirmar el proveído impugnado.

6.4. Otras determinaciones.

Atendiendo la situación particular del menor CCG y las posibles consecuencias que el alejamiento de su progenitor le pueda ocasionar, la Sala dispondrá oficiar al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, para que designe personal de su entidad que brinde

acompañamiento al menor hijo del aquí sentenciado a fin que se le proteja sus derechos y se le asista para velar por su bienestar.

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

VII. RESUELVE:

PRIMERO. CONFIRMAR la sentencia del 14 de diciembre de 2022, proferida por el Juzgado 3 Penal del Circuito Especializado con funciones de Conocimiento de Bucaramanga, en contra de JUAN FRANCISCO GAITÁN CARDONA, como autor responsable del delito tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, conforme a las razones expuestas en el cuerpo motivo de este pronunciamiento.

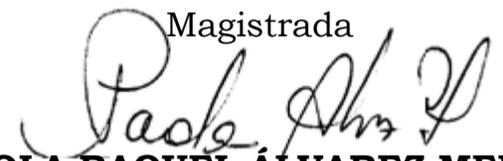
SEGUNDO. DAR CUMPLIMIENTO a lo prevenido en el capítulo de “otras determinaciones”.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,


SUSANA QUIROZ HERNÁNDEZ

Magistrada


PAOLA RAQUEL ÁLVAREZ MEDINA

Magistrada


JAIRO MAURICIO CARVAJAL BELTRÁN
Magistrado

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL**

**TRIBUNAL SUPERIOR DE BUCARAMANGA
SALA DE DECISIÓN PENAL**

Magistrada Ponente: Shirle Eugenia Mercado Lora

Radicación:	680016000000-2013-00085 (22-935A)
Procedencia:	Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Bucaramanga
Procesado:	Elkin Fabian Jaimes Parra y Edinson Silva Jaimes
Delito:	Homicidio agravado en concurso heterogéneo con fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego partes y municiones
Apelación:	Sentencia condenatoria
Decisión:	Confirma
Aprobado:	Acta No. 259
Fecha:	16 de marzo de 2023

I. OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

La Sala resuelve el recurso de apelación interpuesto por los defensores contra la sentencia del 25 de noviembre de 2022 proferida por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Bucaramanga mediante la cual se condenó a Elkin Fabian Jaimes Parra y Edinson Silva Jaimes como coautores del delito de homicidio agravado -consumado y tentado- y por el ilícito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones agravado.

II. HECHOS JURÍDICAMENTE RELEVANTES

Conforme se reseñó en la sentencia de primer grado:

“El 28 de octubre de 2012 en horas de la noche, ABDUL TORRES y su cuñado CARLOS ANDRÉS OVIEDO fueron a la discoteca San Parranda, se tomaron unas cervezas y bailaron, siendo la madrugada salieron a pie camino a su casa, cuando pasaban por el frente de una licorera compraron una cerveza para cada uno y continuaron desplazándose sobre la calle 17 vía al barrio tejaditos del municipio de Piedecuesta, cuando vieron 3 personas bajando en la misma dirección por el lado derecho de la vía, eran los hermanos LUIS EDUARDO SILVA alias bichito o Piedecuesta, y ÉDINSON SILVA alias cucas y el primo ELKIN JAIMES, cuando iban sobre la curva frente de una ferretería ubicada en

la calle 17, Edison Silva saco un arma de fuego tipo revolver, que portaban sin permiso y se la entregó a LUIS EDUARDO SILVA quien junto con su primo, ambos con armas, sorpresivamente se devuelven y sin mediar palabra empiezan a dispararles a ABDUL TORRES y CARLOS ANDRÉS OVIEDO sin darles tiempo de correr para esconderse; CARLOS ANDRÉS OVIEDO cae al piso y ABDUL TORRES es impactado en la parte derecha del pecho, los acusados se decían el uno al otro “vámonos que esos hijueputas están muertos” y al tratar Abdul Torres de auxiliar a Carlos Andrés Oviedo se dan cuenta que está vivo y se devuelven a dispararle nuevamente, razón por la que Abdul Torres cae al piso y seguían martillando las armas hasta que se fugan del sitio. En el lugar de los hechos Fallece CARLOS ANDRÉS OVIEDO, en tanto que, ABDUL TORRES logra salvar su vida por la atención medica que recibió en un centro hospitalario.”
(sic)

III. ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

3.1. El 16 de marzo de 2013 ante el Juzgado Primero Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bucaramanga, tras la legalización de captura de los procesado, la Fiscalía General de la Nación formuló imputación en contra de Elkin Fabian Jaimes Parra y Edinson Silva Jaimes en calidad de coautores a título de dolo los punibles de homicidio agravado, homicidio agravado en grado de tentativa y fabricación, tráfico y porte de armas de fuego, partes o municiones, cargos que no fueron aceptados por los procesados.

3.2. Radicado el escrito de acusación, las diligencias correspondieron por reparto al Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Bucaramanga, realizándose la audiencia de formulación de acusación en sesiones del 6 de agosto del 2013 y el 29 de octubre de 2013, y la audiencia preparatoria el 4 de septiembre de 2014.

3.3. El juicio oral se adelantó en múltiples sesiones del 4 de marzo de 2015, 25 de marzo de 2015, 19 de agosto 2015, 9 de febrero de 2017, 5 de abril de 2017, 27 de marzo de 2022, 18 de agosto de 2022, 30 de agosto de 2022, oportunidad en la que se profirió sentido de fallo de carácter condenatorio.

3.4. Finalmente, el 25 de noviembre de 2022, una vez surtido el traslado del artículo 447 del Código de Procedimiento Penal, se dio lectura a la sentencia de primera instancia, contra la cual los defensores interpusieron recurso de apelación.

IV. EL FALLO DE PRIMER GRADO

El A quo inició su argumentación, planteando el problema jurídico a resolver y seguidamente individualizó las conductas endilgadas a los procesados, señalando que en el desarrollo del debate del juicio oral, la fiscalía logró demostrar la configuración objetiva de los comportamientos objeto de juzgamiento, esto es, que a consecuencia de los hechos acaecidos el 28 de octubre de 2012 falleció Carlos Andrés Oviedo, por heridas ocasionadas con arma de fuego, como lo señaló el perito del Instituto Nacional de Medicina Legal, el doctor Pedro Luis Forero Porras.

En cuanto a la agresión sufrida por Abdul Torres Aparicio, indicó que este mismo sujeto ratificó que los disparos realizados por sus agresores lo dirigieron en contra de ambos, causándole heridas en su humanidad a la altura de la región torácica y que logró salvar su vida debido a la intervención médica.

En ese sentido, destacó que las víctimas fueron colocadas en situación de indefensión, al haber sido agredidas por una pluralidad de sujetos, que al superarles en número y al haber actuado de modo sorpresivo, impidieron cualquier posibilidad de defensa, configurándose al agravante endilgado.

Seguidamente, afirmó que de esta forma se demuestra tanto el atentado contra la vida, como el atentado a la seguridad pública, en la medida en que resulta evidente la utilización de armas de fuego, con aptitud para disparar, aunado a que, de conformidad con lo estipulado, ninguno de los acusados tenía permiso para su tenencia o porte.

Por otra parte, señaló que en lo que atañe a la posible participación y responsabilidad de los procesados en el hecho investigado, la fiscalía cuenta con un testigo de excepcional importancia, esto es, una de las víctimas -Abdul Torres Aparicio, quien no solo referenció la forma como se presentó el suceso, sino que además indicó de manera clara y precisa quienes habían sido los autores de ese reato.

En ese orden de ideas, afirmó que Torres Aparicio, fue claro en indicar que la noche de los hechos observó a cuatro personas que se desplazaban por la otra acera, y como en un momento dado, alias Cucas le hizo entrega a su hermano, alias Bichito, de un revólver que este accionó en su contra y la de su cuñado, como también lo hizo otro sujeto que también tenía un arma de fuego.

Al punto, que durante el devenir de su testimonio reconoció a Elkin Fabian Jaimes como uno de los dos sujetos que disparó en su contra y, además situó a Edinson Silva Jaimes en el lugar de los hechos, señalándolo como la persona que conocía con el alias de cucas, y al que observó instantes previos al hecho, entregarle a su hermano -alias Bichito- el arma de fuego que este posteriormente accionó en su contra.

En suma, refirió que este testigo precisó que alias cuca o cucas se dedicaba a prestar servicios de domicilio, hecho que fue rectificado por Claudia Janeth Rodríguez Jaimes, quien asevero que Edinson Silva se dedicaba a labores de acarreo con uno de sus tíos.

Al margen de lo anterior, señaló que, si bien los testigos de descargo Diana Marcela Rueda Carreño, Wilson Zambrano Arenas, Jesús Galvis y Claudia Janeth Rodríguez Jaimes trataron de desvirtuar el señalamiento de responsabilidad efectuado a los procesados, lo cierto es que ninguno de ellos fue testigo presencial del acontecer y solo hicieron referencia a la presunta hora en que supuestamente llegó Edinson Silvia a su residencia, con anterioridad a los hechos. Además, destacó que estas afirmaciones resultan incoherentes, pues además de ser contradictorias en cuanto a la hora en la que observaron llegar a Edinson Silva, fueron desmentidas por el propio Elkin Fabian Jaimes, quien admitió que estuvo en compañía del anterior desde temprana hora de la tarde y hasta pasada la medianoche, concretamente instantes antes del suceso.

Seguidamente, referenció que en cuanto a la circunstancias de que esa misma noche, ya en horas de la madrugada se hubiese presentado una especie de registro en el inmueble que habitaba Edinson Silva por parte de patrullas policiales, fue desmentida por Edinson Ferney Chavarro Gómez y Hugo Alexander Rueda Vargas, quienes confirmaron haber sido quienes conocieron del caso en el que perdió la vida Carlos Andrés Oviedo y resultó herido Abdul Torres, negando que en esa noche hubieran acudido a la residencia de Edinson Silva y que hubieran verificado allí su presencia, denotando el ánimo mendaz de los dichos de Wilson Zambrano Arenas, Jesús Galvis y Claudia Yaneth Rodríguez con el fin de favorecer los intereses de los procesados, especialmente de Edinson Silva Jaimes.

Por otra parte, señaló que tampoco merece credibilidad la versión suministrada por el encausado Jaimes Parra, pues esta se presenta incongruente, en el entendido que su aseveración no logró ser confirmada a través de los testigos de descargo y contrario sensu, fue el propio Abdul Torres, quien afirmó haberlo

visto allí en ese momento en compañía de Edinson Silva, señalándolo como la persona que le hizo entrega del arma a su consanguíneo para que perpetrara el atentado contra la vida.

Además, refirió que, si bien es cierto según este relato Silva Jaimes, este no fue quien accionó el arma de fuego, ello no implica ausencia de participación y responsabilidad en el acontecer, en tanto se evidencia un laborar mancomunada, en la que previamente aquellos acordaron ejecutar el reato que nos ocupa.

Finalmente, indicó que contrario a lo advertido por los defensores, pese a que la prueba de cargo se limita a la atestación del ofendido Abdul Torres Aparicio, ella refule de claridad tal, que no deja asomo de duda en cuanto a la vinculación de los aquí acusados en los hechos objeto de juzgamiento, descartando que el hecho de que no se hubiera acreditado la existencia de un móvil previo para la comisión de ese atentado contra la vida, desvirtuó ese señalamiento.

En ese orden de ideas, tras señalar que tampoco se acreditó la configuración de causal alguna de ausencia de responsabilidad que prevé el artículo 32 del Código Penal, ni situaciones inherentes a la posible condición de inimputabilidad, estimó acreditadas las exigencias a las que se refiere el artículo 381 del C.P.P., y continuó con el proceso de dosificación punitiva, profiriendo la correspondiente sentencia.

V. DEL RECURSO

5.1 Recurrentes

5.1.1 Defensor de Edinson Silva Jaimes

Inconforme con la decisión adoptada por el juez de primera instancia, el defensor interpuso recurso de apelación argumentado que no comparte los argumentos expresados por el A quo, toda vez que estos se encuentran alejados de la realidad fáctica y jurídica frente de la teoría del caso que planteó la defensa.

Seguidamente, refirió que en un Estado social de derecho como el nuestro, al operador judicial le corresponde propender por rodear a los sujetos procesales de todas las garantías de orden adjetivo y sustancial, incluyendo los principios orientadores del derecho penal, tales como el de favorabilidad, legalidad, valoración probatoria, entre otros.

Así, indicó que la sana crítica frente al caudal probatorio debe girar en torno a esa realidad fáctica que fluye en el plenario y no quedar abiertamente al caudal interpretativo, negando o atribuyendo una valoración probatoria al criterio del fallador, pues de no hacerlo se podría desbordar en el paradigma *eficientista* en detrimento de los derechos y garantías del procesado.

Por otra parte, destacó que arrimó al plenario testimonios que permiten inferir que su defendido no participó en la comisión de estos hechos punibles, pues se encontraba en un lugar diferente al sitio donde ocurrieron los hechos, haciendo alusión a los testimonios de Diana Marcela Rueda Carreño, Wilson Zambrano Arenas, Jesús Galvis y Claudia Janeth Rodríguez, a partir de los cuales infiere en forma clara que Silva Jaimes no participó en la comisión de los delitos por los que se le condenó. Además, refirió que el juez de primera instancia no le da credibilidad a estos testimonios bajo el argumento de ser amigos y parientes de su defendido.

Igualmente, expuso que resulta lógico y coherente que estos testigos sean de referencia, pues no estaban en el lugar de los hechos, pero si estaban en el lugar donde se encontraba Edinson Silva Jaimes.

Acto seguido, afirmó que en el proceso quedó claro y debidamente probado que su defendido no accionó el arma de fuego, señalando incluso que el supuesto hecho de que él fuera quien suministró el arma de fuego, no fue demostrado más allá de toda duda razonable como lo exige la norma.

Posteriormente, refirió que el juez de primera instancia da plena credibilidad al único testigo de cargo, el señor Abdul Torres Aparicio.

Al margen de lo anterior, reseñó que no existe un motivo previo que diera lugar a la agresión, así como tampoco existe nexo causal que permita inferir que su defendido tuvo alguna motivación para perpetrar la misma o facilitar el arma de fuego.

En ese sentido, concluyó que se aparta de los criterio interpretativos esbozados por el A quo comoquiera que logró establecerse que su defendido no participó en el injusto, fluyendo de forma evidente la duda razonable que a su criterio debe desembocar en una sentencia absolutoria en favor de su prohijado, en el entendido que Edinson Silva Jaimes nunca participó en este insto, pues en el momento de los hechos se encontraba en un sitio diferente, destacando igualmente

que el arma de fuego utilizada no era suya y que no tenía motivación alguna en contra de las víctimas.

En mérito de lo expuesto solicitó que se revoque la sentencia de primera instancia y, en consecuencia, se absuelva a su defendido.

5.1.2 Defensor de Elkin Fabian Jaimes Parra

Inconforme con la decisión de primer grado el defensor interpuso recurso de apelación señalando que se aleja muy respetuosamente de la sentencia atacada, ello sin desconocer que los hechos materia de investigación hayan ocurrido.

Sobre el particular, indicó que en el devenir del proceso quedó claro que su defendido efectivamente, horas antes de la ocurrencia de los hechos se movilizaba con las personas que perpetraron el crimen, no obstante, no quedó plenamente comprobado que Jaimes Parra haya sido el autor de la conducta, pues únicamente se contó con la versión de la víctima, que debe ser analizada con lujos de detalles.

En ese cometido, refirió que, de conformidad con la versión rendida por la víctima, este se encontraba en compañía de Carlos Andrés Oviedo en un centro nocturno desde las 9 de la noche, ingiriendo precisamente bebidas alcohólicas hasta las 2:00 – 2:30 de la madrugada, hasta que se cerró el negocio denominado San Parranda. Además, señaló que estos tomaron la decisión de trasladarse a otro sitio, no sin antes comprar más cervezas.

Continuando con el análisis de relato de la víctima, indicó que una vez se retiraron del referido establecimiento, se van caminando por las calles de la ciudad de Piedecuesta, cuando observan a tres personas, de las cuales extrañamente sabe que son hermanos e incluso señalan a Jaimes Parra como primo de los hermanos Silva Jaimes, circunstancia que tachó de falsa, en el entendido que el hecho de que guarden el mismo apellido no implica que sean familiares.

Seguidamente, tras hacer alusión a la forma en la que se desarrolló la agresión de conformidad con el relato de la víctima, destacó que existe una contradicción en su dicho pues este indica que no eran tres personas, sino cuatro las que se movilizaban por la acera de enfrente, las cuales no conocía con anterioridad.

En cuanto al testimonio del profesional forense, expuso que este relató que las heridas sufridas por la víctima fueron por la parte lateral izquierda del cuerpo, es decir que no fueron causadas de frente, lo que impide que la víctima hubiese podido observar a sus victimarios.

En suma, señaló que el testimonio de la víctima, contrastado con sus declaraciones anteriores, en las que señaló que una de las personas que perpetró el hecho es su prohijado, sin hacer alusión a una cuarta persona que se movilizará con los hermanos Silva y con Jaimes Parra, cuarta persona quien realmente fue quien perpetró el crimen como lo relata su defendido y respecto de la cual nunca se adelantó investigación alguna.

En ese orden de ideas, se refirió a los presupuesto establecidos por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia cuando se trata de un testimonio único, y especialmente cuando es el de la víctima, destacando que en el caso en concreto la víctima no goza de muy buena percepción, pues como lo relato en el juicio, estuvo ingiriendo alcohol con la otra víctima hasta que cerraron el establecimiento en el que se encontraban y que incluso al salir tomaron otras cervezas en una licorera, atestaciones que dejan sin sustento su afirmación de que solo se tomaron pocas cervezas.

En suma, indicó que el hecho de que el testigo hubiese entregado dos versiones diferentes con relación a un mismo hecho, como ocurre en el caso concreto, en el que la víctima indica inicialmente que observó a cuatro personas y posteriormente señaló que observó a tres personas que caminaban por la acera diagonal por donde ellos se movilizaban, deja en entredicho la veracidad de la información suministrada por la víctima a la fiscalía, al señalar nombres, motes y descripción física de los victimarios, planteando que pareciera que con posterioridad a la denuncia alguien más le haya indicado los nombres de las personas.

Además, itera que la víctima señaló a su prohijado como primo de los hermanos Silva Jaimes, circunstancias que además de no ser cierta, pone en duda cómo es posible que la víctima indique que no conocía a sus victimarios y que solo los había visto por el municipio de Piedecuesta, y posteriormente sepa sus nombres, motes y hasta el supuesto grado de consanguinidad que tenían entre ellos.

En ese sentido, afirmó que la versión rendida por la víctima no obedece a la percepción de la memoria, sino a la imposición de lo que supuestamente pasó y lo que escuchó de otra persona, de la cual además de todo obtuvo información relacionada. Así, refirió que es imposible que la víctima haya observado el supuesto ataque, pues de ser así, esto les hubiera dejado espacio para huir del injusto típico pero contrario a ello señala que no tuvieron tiempo para emprender esa huida, lo que permite concluir que tampoco tuvieron tiempo de observar cuando los perpetradores del crimen iniciaron el ataque.

Seguidamente expuso que existen dos hechos que parten la historia en dos, y que muy seguramente la víctima por el estado de embriaguez en el que se encontraba no recuerda, esto es, el primero de ellos cuando observa a cuatro personas entre ellos su prohijado y el segundo es cuando observa a tres personas las cuales fueron las que perpetraron el crimen, cuando su defendido estaba lejos del sitio de los hechos.

Continuó su argumentación indicando que esas dos versiones fueron expuestas a través del contrainterrogatorio que le practicó la defensa a la víctima, reiterando que en el juicio la víctima nada dice de las personas que estaban ese día en el lugar de los hechos en lo que respecta a sus nombres y en la versión rendida ante la fiscalía realiza una descripción con lujos de detalles de los perpetradores del crimen, indicando sus nombres, apellidos y hasta la relación de consanguinidad existente entre ellos.

En mérito de lo expuesto solicitó que se acepte la impugnación deprecada y en su lugar, se emita un nueva en donde se dé aplicación al principio legal del in dubio pro reo y se falle favorablemente para su prohijado por las dudas asomadas en el curso del proceso.

5.2 No recurrentes

5.2.1 Procesado Edinson Silva Jaimes

En la oportunidad procesal pertinente, el procesado señaló que la fiscalía no logró desvirtuar su presunción de inocencia, pues desestimaron los testimonios de sus familiares, indicando que lamentablemente estas eran las únicas personas que estaban con él en ese momento y pueden dar fe de lo ocurrido en su residencia.

Además, destacó que no existía ningún motivo fundado para que quisiera agredir a la persona que lamentablemente falleció, ni al señor Abdul Torres, quien es la única persona que lo sitúa en el lugar de los hechos.

Acto seguido, indicó que en ningún momento en las declaraciones lo señalan como la persona que accionó el arma, pues el único hecho que se le endilga y que además no fue probado dentro del proceso, es haber suministrado el arma, lo cual resulta ilógico, pues si la víctima logró ver el arma antes, por qué no intentó huir.

Por otra parte, afirmó que el juez de primera instancia no tuvo en cuenta que los hechos ocurrieron hace varios años y que es difícil para cualquiera recordar exactamente las circunstancias de tiempo y lugar.

Igualmente, cuestionó el hecho de que se le hubiese dado credibilidad el dicho de Elkin Fabian Jaimes para desmentir los testimonios que aportó la defensa y posteriormente no le de credibilidad en cuanto a su no participación en los hechos.

Finalmente, refirió que se encuentra muy afectado por la forma en la que se adelantó este proceso penal, pues no se le dio credibilidad a los testimonios que comparecieron, destacando que es inocente, y que ha estado viviendo en el mismo municipio y que nunca intentó huir, ni lo hará.

En mérito de lo expuesto solicitó que se revise detenidamente su caso y que se revoque la sentencia de primera instancia.

VI. CONSIDERACIONES DE LA SALA

6.1. Sobre la competencia

De conformidad con lo dispuesto en el numeral 1° del artículo 34 de la Ley 906 de 2004¹, este Tribunal es competente para conocer del recurso de apelación interpuesto por los defensores contra la sentencia del 25 de noviembre de 2022, proferida por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Bucaramanga. Bajo esa

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

premisa, estudiará la Sala la impugnación propuesta, aclarando que, por tratarse de la segunda instancia, la competencia está restringida a los aspectos objeto de inconformidad y a los que resulten inescindiblemente ligados a los mismos, en virtud del principio de limitación.

6.2. Problema jurídico

De conformidad con las censuras planteadas, le corresponde a esta Sala de Decisión determinar si las pruebas allegadas al juicio oral logran desvirtuar la presunción de inocencia que le asiste a Elkin Fabian Jaimes Parra y Edinson Silva Jaimes, o si, por el contrario, se debe revocar la sentencia condenatoria y, en su lugar, emitir una en sentido absolutorio en favor de los procesados.

6.3. Precisiones preliminares

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

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

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

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

6.4. Del caso en concreto

Delimitadas así las anteriores premisas normativas, impera precisar inicialmente el alcance y contenido de las estipulaciones probatorias incorporadas por la fiscalía y la defensa en el devenir del juicio oral.

Así, se tiene que en sesión del 19 de agosto de 2015 la fiscalía solicitó la incorporación de las estipulaciones acordadas con la defensa, refiriéndose las dos primeras de ellas a la plena identidad de los acusados y la última de estas a la ausencia de permiso de porte o tenencia de armas de fuego a nombre de los procesados, las cuales no generan ninguna controversia sustancial, no obstante, las estipulaciones número tres y cuatro fueron planteadas de la siguiente manera:

“(…) se estipuló el informe de investigador de campo de fecha 29-10-2012, está suscrito por Eduard Pabón Ávila de la Policía Nacional, código 39059 de la SIJIN, su señoría este diligenciamiento es el informe fotográfico que hiciera en 6, 7 folios este funcionario de policía judicial y corresponde a la fotografía del lugar de los hechos, el día de los hechos y relaciona total el álbum fotográfico que hiciera en 31 fotografías que corresponde, primero a la vía, su señoría al señalamiento del plano medio y la perspectiva en cuanto tiene que ver con el sitio de los hechos, en igual forma hay fotografías del cadáver, de la víctima en el sitio de los hechos y la forma como quedó, así como las lesiones que presentaba y una fotografía de plano medio para la identificación de la víctima y por último los elementos hallados cerca a la víctima (...) y lo que se estipula con esto es la actividad de policía judicial desarrollada por este funcionario en cuanto a la verificación de los hechos en el sitio de los hechos en actividades de policía judicial, su señoría.

De igual forma su señoría, la fiscalía estipuló lo que hace referencia a la necropsia del cuerpo de la víctima, Carlos Andrés Oviedo Sanabria de 22 años de edad en donde aparece como médico legista el doctor Pedro Luis Forero, médico forense del Instituto Nacional de Medicina Legal, la necropsia bajo la radicación 20120101618002000631, su señoría lo que se estipula dentro de todo el documento del protocolo respectivo es en primer lugar el punto específico de la hipótesis aportada por la autoridad, violenta, homicidio, hipótesis de causa aportada por la autoridad, con proyectil de arma de fuego , en igual forma su señoría el análisis y la opinión pericial cuya conclusión fue (...). Se estipuló la causa de la muerte y todo el protocolo realizado por el perito de medicina legal.”²

² Min 08:20 a 11:17 011AudioJuicioOral19Agos2015.P2

Luego, destaca la Sala que las estipulaciones probatorias entendidas como “los acuerdos celebrados entre la Fiscalía y la defensa para aceptar como probados alguno o algunos de los hechos o circunstancias”³, podrán ser autorizados por el juez cuando “versen sobre aspectos en los cuales no haya controversia sustantiva, sin que implique renuncia a los derechos constitucionales”.⁴

Así, la finalidad de las estipulaciones no es otra que depurar el tema de prueba y dinamizar el proceso, sustrayendo del debate probatorio ciertos hechos o circunstancias frente a los cuales, como se señaló en precedencia, no existe controversia sustantiva, y es por esta razón precisamente por la cual deben ser expresadas con total claridad, pues de ello dependerá la limitación probatoria que regirá el proceso.

En ese sentido, la Corte Suprema de Justicia⁵ ha decantado los aspectos factuales frente a los cuales pueden recaer las estipulaciones, identificándolos así:

(i) uno o varios hechos jurídicamente relevantes, (ii) uno o varios hechos indicadores, y (iii) uno o varios de los referentes fácticos de la autenticación de las evidencias físicas o documentos.

Lo anterior, con observancia a los derechos constitucionales de los sujetos procesales, pues resultaría inadmisibles que este tipo de convenio entre las partes constituya una forma de renuncia al ejercicio de la acción penal, o peor aún conduzca irremediablemente a la condena del procesado.

Es por ello que, de conformidad a lo señalado por la Corte Suprema de Justicia, el juez como director del proceso, debe evitar estipulaciones que:

“(i) no se refieran a hechos, según lo explicado en precedencia; (ii) sean ambiguas o contradictorias; (iii) en sí mismas impliquen el fracaso de la pretensión punitiva o elimine las posibilidades de defensa; y (iv) por cualquier otra razón resulten contrarias a los fines y la reglamentación de este tipo de convenios.”⁶

³ Artículo 356 C.P.P

⁴ Artículo 10, inciso 4 ibidem

⁵ CSJ SP, 5 jul. 2017, Rad. 44932

⁶ CSJ SP, 04 dic 2019. Rad 50696

De manera que, deberá adelantar las labores de dirección necesarias para que se aclare el sentido y alcance de las estipulaciones, al respecto la Corte Suprema de justicia ha señalado con relación al tema que nos atañe:

“En lo que concierne a la imposibilidad de que las estipulaciones impliquen, en sí mismas, el fracaso de la pretensión punitiva del Estado, el juez debe tener como referente la acusación, bajo el entendido de que esta constituye el componente principal del tema de prueba. En la misma lógica, debe estar atento a las consecuencias inherentes a estos acuerdos probatorios frente a las posibilidades de defensa, pues no podrá admitirlas cuando las mismas conduzcan irremediablemente a una condena.”⁷

Precisados así los presupuestos normativos y jurisprudenciales que gobiernan la figura de las estipulaciones probatorias, advierte esta Colegiatura que la voluntad de las partes, concretamente en lo que atañe a la estipulación número 3, relativa al álbum fotográfico elaborado por Eduard Pabón Ávila - miembro de la Policía Nacional-, no fue otra que la de estipular una prueba documental y no un hecho como tal, como lo demanda la Ley.

Obsérvese que, de la lectura de este antitécnico acuerdo probatorio celebrado por la fiscalía y la defensa, se colige que las partes pretendieron estipular el contenido íntegro del referido álbum fotográfico, refiriendo someramente el contenido de algunas de las fotografías que lo integran, y en ese sentido, dicha prueba documental no será objeto de valoración en esta instancia.

Finalmente, no se pronunciará la Sala en cuanto a la estipulación referida al informe de necropsia elaborado por el médico forense Pedro Luis Forero Porras, en el entendido que, a pesar de plantearse como estipulación probatoria, lo cierto es que el referido perito concurrió al juicio oral y en sesión del 4 de marzo de 2015 a través de su dicho se incorporó el referido informe y en ese sentido integra el acervo probatorio.

Así las cosas, destaca la Sala que no existe discusión –al no haber sido planteada en la alzada- en lo que atañe a la materialidad de las conductas endilgadas a los procesados, es decir, que el día 29 de octubre de 2012 en la calle 17 sobre la vía tejaditos, aproximadamente a las 3:00 am, Carlos Andrés Oviedo y Abdul Torres Aparicio resultaron lesionados con ocasión a unos disparos con arma

⁷ *Ibidem*

de fuego accionados por cuatro sujetos que caminaban por esa misma calle, en el andén contrario, lesiones que finalmente le ocasionaron la muerte al primero de estos en el lugar de los hechos, y lográndose salvar la vida de Torres Aparicio con ocasión a la atención médica recibida.

Lo anterior, es soportado por las declaraciones de Abdul Torres Aparicio, el perito del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, el doctor Pedro Luis Forero Porras, de los policías que atendieron el hecho como primer respondientes -Hugo Alexander Rueda Vargas y Hedinsson Ferney Chavarro Gómez, e incluso por el dicho de Elkin Fabián Jaimes Parra.

De manera que el debate se centrará en la responsabilidad penal de los procesados respecto de los hechos objeto de juzgamiento, debiendo anticipar la Sala que los reparos de los censores son insuficientes para derruir la decisión de primer grado, comoquiera que del acervo probatorio se colige sin dificultad la responsabilidad penal de estos.

Dilucidado lo anterior, resulta pertinente reseñar de conformidad con el artículo 404 de la Ley 906 de 2004 para apreciar un testimonio de deberán 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.”

Con ocasión a lo anterior, la Corte Suprema de Justicia ha indicado que en ese orden de ideas al valorar la fiabilidad de un testigo, se deben considerar los siguientes criterios:

“la ausencia de interés de mentir o la presencia de un motivo para hacerlo, las condiciones subjetivas, físicas y mentales del declarante para recordar lo percibido, la posibilidad de haber percibido, la coherencia de su discurso, la correspondencia con otros datos objetivos comprobables, la verificación de

los asertos con distintos elementos de prueba y la intención en la comparecencia procesal, entre otros.”⁸

Es decir, que la cantidad de testigos que concurren al juicio oral para apoyar determinada tesis no es un criterio relevante, pues respecto del testimonio único la Corte Suprema de Justicia ha señalado:

“si bien, «pretéritas reglas de valoración del testimonio se basaban en el principio de “testis unus testis nullus”, de modo que en medios probatorios tarifados se desechaba el poder suasorio del declarante único», con el sistema de la libre apreciación de las pruebas «tal postulado fue eliminado, ya que la veracidad no depende de la multiplicidad de testigos, sino de las condiciones personales, facultades superiores de aprehensión, recordación y evocación de la persona, de su ausencia de intereses en el proceso o circunstancias que afecten su imparcialidad, de las cuales se pueda establecer la correspondencia de su relato con la verdad de lo acontecido, en aras de arribar al estado de certeza» (CSJ SP1684, rad. 44602, 10 dic. 2014).”⁹

En ese sentido, se tiene que la tesis acusatoria cuenta con el dicho de Abdul Torres Aparicio como único testigo presencial de los hechos y también víctima de estos, quien relató de forma coherente, consistente y espontánea que el 28 de octubre de 2012 desde la 9:00 pm estuvo departiendo con su cuñado Carlos Oviedo en la discoteca “San Parranda” hasta aproximadamente las 2:00 o 2:30 am cuando cerraron dicho establecimiento y tras comprarse una cerveza en una licorera procedieron a dirigirse caminando hacia su vivienda.

Además, indicó este testigo que en determinado punto de ese recorrido se encontró con cuatro sujetos que se desplazaban en el mismo sentido pero en el andén contrario -el derecho- y que al llegar a la esquina de la ferretería, se dispuso a cruzar la calle en compañía de su cuñado, instante en el que observó que alias Cucas, le paso el arma de fuego a su hermano -alias Bichito- y en cuestión de segundos estos hombres empezaron a dispararles, aclarando que de las cuatro personas que observó, quienes dispararon fueron Elkin Fabian Jaimes Parra y alias Bicho o Bichito.

⁸ CSJ SP: 18 mayo 2022, rad. 46808

⁹ Ibidem

Así, durante la sesión del 4 de marzo de 2015, la víctima reconoció a Edinson Silva Jaimes como la persona que identificaba con el alias de Cucas, señalándole de ser la persona que le pasó el arma de fuego a alias Bichito quien finalmente la accionó en contra de su humanidad y la de su cuñado Carlos Oviedo. En la misma oportunidad reconoció a Elkin Jaimes Parra como uno de estos cuatro sujetos, concretamente como la otra persona que accionó un arma de fuego en su contra.

En ese sentido, resulta evidente que los procesados fueron identificados por el único testigo presencial de los hechos, quien estaba en capacidad de reconocer a sus agresores, pues a pesar de que la luminosidad del sector fue un tema respecto del cual la defensa pretendió plantear duda, lo cierto es que Torres Aparicio, indicó que caminó por el andén contrario de sus agresores por aproximadamente 7 u 8 cuadras, recorrido en el que pudo observarles e identificarles sin ningún inconveniente, aclarando además que si bien la luminosidad no era muy buena, era suficiente para poderles ver los rostros.

Circunstancia corroborada periféricamente por Hugo Alexander Rueda Vargas, miembro de la Policía Nacional que atendiendo los hechos objeto de juzgamiento como primer respondiente, quien indicó que, si bien la visibilidad del sector no era muy buena, contaba con alumbrado público; e incluso por el dicho de Elkin Fabian Jaimes Parra, quien, a pesar de desdibujar su participación en el hecho delictivo, indicó que este se presentó debajo de una bombilla de luz.

En este punto, también resulta pertinente precisar que el lugar de las heridas sufridas por Carlos Oviedo, no tienen la potencialidad de desvirtuar el dicho de Abdul Torres Aparicio, pues es apenas lógico que, ante una agresión inminente y sorpresiva, las víctimas hubiesen intentado cubrirse para repeler el ataque y en ese actuar hubiesen girado sus cuerpos como incluso lo escenificó Torres Aparicio durante su declaración.

Ahora, en lo que atañe al reparo del censor relacionado con la alteración de la capacidad de la víctima para percibir y recordar lo sucedido el día de los hechos, por la ingesta de bebidas alcohólicas, sea lo primero indicar que el único medio de prueba que da cuenta de ello, es el propio Abdul Torres Aparicio, quien relató que en la discoteca “San Parranda” ingirió de 7 a 8 cervezas y posteriormente, cuando se retiraron del lugar consumió otra más que compró en una licorera, sin que pueda restársele credibilidad a esta atestación para concluir que consumió muchas más bebidas alcohólicas que las reseñadas, con el mero argumento de que estuvo en la discoteca hasta el cierre de este establecimiento, máxime, cuando la propia

víctima explicó que ese día no contaba con dinero, y quien le estaba invitando era su cuñado.

En todo caso, no basta con aseverar que Torres Aparicio hubiese consumido bebidas alcohólicas con anterioridad a los hechos para restarle credibilidad a su dicho, pues ese mismo argumento bastaría para descartar el testimonio de Jaimes Parra, quien reconoció estar consumiendo bebidas de este tipo, aproximadamente desde el mediodía del 28 de octubre de 2012, pues en estos casos emerge necesario establecer la incidencia que esta circunstancias tuvo en las capacidades mentales y físicas del testigo, que dependerán de condiciones propias de cada persona, como su estatura, peso, tolerancia al alcohol entre otros factores que no fueron objeto de controversia durante el juicio oral.

Y en cambio, se puede apreciar la coherencia interna del relato de la víctima de la que se colige que a pesar de la ingesta de bebidas alcohólicas esa noche, sus sentidos no se encontraban alterados, permitiéndole reconocer a sus agresores, incluso, obsérvese que el procesado Jaimes Parra, en su declaración tampoco expuso circunstancias de las cuales se pueda extraer que la víctima se encontrara en un estado de embriaguez tal, que confundiera a las personas que lo agredieron o los momentos en los que esta agresión se dio, como lo plantea uno de los censores.

Finalmente, en lo que atañe a las presuntas contradicciones en las que incurrió la víctima, aparentemente expuestas en el conainterrogatorio como lo señala el censor, debe precisar la Sala que el intento de la defensa para impugnar la credibilidad de Torres Aparicio estuvo completamente alejado de los parámetros previstos por la Corte Suprema de Justicia para tales efectos, a saber:

“ Por tanto, la parte que pretende utilizar una declaración anterior con el propósito de impugnar la credibilidad del testigo debe demostrar que ese uso resulta legítimo en cuanto necesario para los fines previstos en los artículos 391 y 403 atrás referidos, lo que en el argot judicial suele ser denominado como “sentar las bases”

En la práctica judicial se observa que las declaraciones anteriores al juicio oral generalmente son utilizadas para demostrar la existencia de contradicciones o de omisiones frente a aspectos trascendentes del relato, con lo que las partes pretenden afectar la verosimilitud del mismo y/o la credibilidad del testigo.

Para evitar que bajo el ropaje de la impugnación de credibilidad, intencionalmente o por error, las partes utilicen las declaraciones anteriores para fines diferentes, por fuera de la reglamentación dispuesta para tales efectos (verbigracia, para la admisibilidad de prueba de referencia), para el ejercicio de la prerrogativa regulada en los artículos 393 y 403 atrás citados la parte debe: (i) a través del conainterrogatorio, mostrar la existencia de la contradicción u omisión (sin perjuicio de otras formas de impugnación); (ii) darle la oportunidad al testigo de que acepte la existencia de la contradicción u omisión (si el testigo lo acepta, se habrá demostrado el punto de impugnación, por lo que no será necesario incorporar el punto concreto de la declaración anterior), (iii) si el testigo no acepta el aspecto concreto de impugnación, la parte podrá pedirle que lea en voz alta el apartado respectivo de la declaración, previa identificación de la misma⁴, sin perjuicio de que esa lectura la pueda realizar el fiscal o el defensor, según el caso; y (iv) la incorporación del apartado de la declaración sobre el que recayó la impugnación se hace mediante la lectura, mas no con la incorporación del documento (cuando se trate de declaraciones documentadas), para evitar que ingresen al juicio oral declaraciones anteriores, por fuera de la reglamentación prevista para cada uno de los usos posibles de las mismas.”¹⁰

Lo anterior, en el entendido que, durante el conainterrogatorio practicado a la víctima, el defensor solicitó en reiteradas ocasiones ponerle de presente al testigo una entrevista, indicando que su finalidad era refrescarle memoria, sin siquiera haberle hecho ninguna pregunta a partir de la cual pudiera colegirse que el testigo no recordará alguna circunstancia específica, o en su defecto que hubiese incurrido en una contradicción si lo que realmente pretendía era impugnar su credibilidad, y seguidamente daba lectura a algunas de las atestaciones realizadas por la víctima en una entrevista rendida con anterioridad al juicio oral, cuestionándole si eso era cierto o no, sin exponer concretamente cual era la contradicción que pretendía destacar.

Al margen de las anteriores irregularidades en las que incurrió el defensor, tampoco advierte la Sala la contradicción reclamada por el censor, en el entendido que la víctima en todo momento fue clara en indicar que sus agresores se desplazaban en un grupo de cuatro personas, y no tres como lo indica el abogado

¹⁰ CSJ SP, 25 enero 2017, rad 44950

de Jaimes Parra, a tal punto que uno de los defensores en el desarrollo del conainterrogatorio le indicó a Torres Aparicio lo siguiente:

“En la entrevista del 21 de enero de 2013 usted manifiesta que, prácticamente lo mismo, que iban cuatro personas, que a una de ellas (...)”

Luego, no se advierte ninguna contradicción en cuanto al número de personas que cometieron la agresión. En suma, tampoco emerge una irregularidad el hecho de que la víctima conozca los alias y vínculos familiares de los procesados, pues este fue claro en señalar que los distinguía, ya que con anterioridad a los hechos los había visto en determinados sectores del municipio de Piedecuesta y desempeñando determinadas labores, aclarando que la circunstancia de que Jaimes Parra fuera primo de los hermanos Silva Jaimes le fue indicada con posterioridad a los hechos, sin que ello desdibuje la capacidad de Torres Aparicio para reconocer a sus atacantes.

Dilucidado lo anterior, emerge necesario precisar que pese los esfuerzos de la defensa de Edinson Silva Jaimes para situarlo en un lugar diferente durante la comisión de los hechos, esta circunstancia no fue acreditada a través de los testigos de descargo, pues estos incurrieron en contradicciones sustanciales que no pueden ser justificadas por el mero transcurso del tiempo, las cuales merman la credibilidad de estos testigo que además ostentan vínculos familiares y de amistad con el procesado, de los cuales se colige cierto interés en las resulta del proceso.

Obsérvese que las testigos, Diana Marcela Rueda Carreño, amiga de Edinson Silva Jaimes y Claudia Yaneth Rodríguez Jaimes, hermana del referido procesado, señalan al unísono que Silva Jaimes llegó a la 1:00 am a su vivienda con 2 amigos más, con quienes se tomó algunas cervezas al interior del inmueble y posteriormente se acostaron a dormir, circunstancia que no se acompasa con lo relatado por Elkin Fabián Jaimes Parra, quien relató que al finalizar la noche se encontraba con Edinson Silva Jaimes, el hermano de Edinson y otro muchacho conocido con el alias de “el Menor”, con quienes salieron a buscar más cervezas una vez cerraron el establecimiento en el que se encontraban y como no encontraron ningún otro establecimiento, Edison Silva se quedó solo en su casa y el retornó con Luis y el Menor al lugar donde estaban inicialmente, en el que ocurrieron los hechos.

Incluso, la referida circunstancia descrita por estas testigos también resulta contraria al relato de Jesús Galvis, quien indica que vio en la puerta del inmueble

familiar a Edinson a las 11:00 pm y posteriormente relata que lo vio a las 8:00 pm, horarios que distan de los referidos por Dania Marcela y Claudia Yaneth, como ocurre con el dicho de Wilson Zambrano, quien relata que vio a Edinson bajar con un amigo en dirección a su vivienda como a las 10:30 pm.

En suma, estas testigos también refieren que con posterioridad a la llegada de Edinson a la vivienda, siendo aproximadamente las 3:00 o 3:30 am miembros de la policía nacional arribaron al inmueble con ocasión a la captura de un muchacho, que no identificaron, justo en la puerta de su vivienda, indicando que los policiales ingresaron de forma irregular al inmueble con el argumento de que la persona capturada había arrojado un arma de fuego en su interior, circunstancia en la que coincide Jesús Galvis, quien indica que a las 3:00 am se levantó y observó que en la casa de Edinson se estaba desarrollando un allanamiento, no obstante, el testigo William Zambrano, también amigo de Silva Jaimes, relató que desde la ventana de su inmueble, pudo observar que a las 2:00 am en la puerta de la vivienda había un agente de policía y que incluso fue el mismo procesado quien le abrió la puerta.

Atestación que no hace alusión a la presunta captura referida por Claudia Yaneth y Diana Marcela, respecto de la cual, valga precisar no existe ninguna otra corroboración siquiera periferia, pues los policiales que atendieron los hechos objeto de juzgamiento descartaron esta situación y explicaron que debieron quedarse en el lugar de los hechos. Obsérvese que Heddison Ferney Chavarro Gomes indicó lo siguiente:

“Nos quedamos ahí porque automáticamente nosotros llegamos al caso, nosotros somos el primer respondiente del caso, no nos podemos mover de ahí, de ahí no nos podemos mover hacia ningún lado (...)”

En ese sentido, dadas las contradicciones internas y externas en las que incurrieron estos testigos de cargo, expuestas en precedencia, aunadas a la relación que estos tenían con el acusado, fuese de amistad o familiar, y al posible interés que pudieran tener en las resultas del procesado con ocasión a estas, la Sala no le otorga credibilidad a estos relatos que sitúan al procesado Edinson Silva en su vivienda para el momento de los hechos.

Finalmente, en lo que atañe al dicho del procesado Elkin Fabian Jaimes Parra, se tiene que este indicó lo siguiente:

“Ese día estuve dando vueltas en mi moto, en horas del mediodía salí, estaba Edinson ahí sentado en la esquina, ahí, yo vivo en, nosotros vivíamos en unos pasajes e iba pasan y estaba Edinson ahí y lo convide a dar una vuelta, llegamos a donde unos amigos ahí en el parque de los hermanos de Piedecuesta, ahí estuvimos (...) nos tomamos unas cervezas, duramos un buen tiempo ahí, de ahí salimos, entramos a una discoteca en el parque, nos tomamos unas cervezas y arrancamos nuevamente, llegamos hasta el punto donde ocurrieron los hechos, ahí nos encontramos con el hermano de Edinson y otros muchachos, ahí nos tomamos unas cervezas, ya como era muy tarde, ya ahí las muchachas dijeron que no vendían nada más y salimos a buscar, yo dejé mi moto ahí, salimos a buscar cerveza a ver si encontrábamos pero por la hora ya no encontramos ningún sitio abierto, entonces como estábamos cerca a la casa donde vivía Edinson él se quedó ahí y pues yo seguí mi camino a recoger mi moto, detrasito mío venia el hermano de Edison con un muchacho que le decían el menor y al otro lado de la acera venia Carlos y Abdul, caminamos normal, nunca hubieron peleas, nunca hubo nada, ya llegando al parque, a donde estuvimos tomándonos la cerveza, donde estaba la moto, me adelantó Luis y el menor, cuando ellos se adelantan, siguen su camino, entonces yo veo la puerta abierta me meto a sacar la moto, yo que entro y ellos ya vienen saliendo, a lo que inmediatamente ellos salen, ¡pum!, suenan unos disparos, al escuchar los disparos yo me asomé y veo el cuerpo de Carlos y Abdul botados en el piso y veo a los muchachos ahí parados, a Luis y al menor, pues en realidad del susto lo único que pude hacer yo fue salir corriendo (...)”¹¹

No obstante, en el desarrollo de la práctica de este testimonio, Jaimes Parra también indicó que estuvo en compañía de Edinson Silva hasta la 1:00 am y que los hechos se presentaron aproximadamente a las 2:00 am, luego, obviando la circunstancia de que los hechos no se presentaron a esa hora como lo refirió la víctima y lo corroboraron los agentes de la policía nacional, no resulta plausible que el desplazamiento desde la vivienda de Edinson hasta el lugar de los hechos, le hubiese tomado a Elkin Jaimes Parra, alias Bichito y alias El Menor un tiempo de una hora, teniendo en cuenta que fue el propio procesado, quien indicó que entre esos dos puntos solamente existían 6 cuadras de distancia

Tampoco resulta creíble que después de estar departiendo durante varias horas con alias Bichito y alias el Menor, Jaimes Parra se hubiese separado de estos

¹¹ Min 16:49 a 19:30

sujetos después de que Edinson Silva Jaimes presuntamente se quedara en su vivienda, pues obsérvese que en su relato el procesado intenta desvincularse de estas dos personas a quienes señaló de ser los responsables de la agresión perpetrada en contra de Carlos Oviedo y Abdul Torres, indicando que si bien se dirigían al mismo sitio y estaban departiendo juntos, él se desplaza a cierta distancia de estos, situándose incluso al interior, presuntamente de la ferretería, cuando sucedieron los hechos.

Así las cosas, basten las anteriores consideraciones para concluir que las censuras de los defensores son insuficientes para revocar la sentencia de primera instancia, al haberse alcanzado el estándar necesario para emitir sentencia condenatoria, lográndose el convencimiento, más allá de toda duda, acerca de la comisión de los ilícitos y la responsabilidad de los procesados, precisando que la circunstancia de que no hubiese sido posible determinar los móviles de la agresión no inciden en la configuración de las conductas acusadas a los procesados, pues este no se erige como un elemento de ninguno de los tipos penales objeto de reproche.

En suma, tampoco incide en la credibilidad del testimonio de la víctima, pues como este lo indicó, desconoce los motivos de la agresión, comoquiera que no existan conflictos previos al hecho delictivo que el conociera, sin que se advierta ningún tipo de animadversión por parte de Abdul Torres Aparicio hacia los procesados que merme su poder suasorio, máxime cuando su dicho goza de coherencia y constancia interna y externa e incluso fue corroborado petríficamente por otros medios de prueba como se reseñó en precedencia.

Por todo ello, la Sala respaldará el juicio de reproche efectuado por el juez de primera instancia, con las precisiones realizadas en precedencia en cuanto a la situación fáctica que logró demostrarse en el devenir del juicio oral, encontrándose en consecuencia infundada las censuras de los apelantes, en tanto, la duda que reclaman emerge ausente en el caso examinado y frustran por tanto la propuesta absolutoria reclamada.

7. Otras determinaciones

En vista que del ejercicio probatorio del juicio se estableció que las atestaciones rendidas por Diana Marcela Rueda Carreño y Claudia Yaneth Rodríguez Jaimes no merecían credibilidad, pues carecían de corroboración e

incluso eran contrarias a las circunstancias que lograron demostrarse en el devenir del juicio oral, se ordenará la compulsión de copias pertinente con destino a la Fiscalía, a efectos de que adelante la averiguación de tales hechos, no comprendidos dentro del marco fáctico de este proceso y que pueden configurar la conducta punible de falso testimonio.

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

RESUELVE:

Primero. Confirmar la sentencia de fecha y procedencia antes anotadas.

Segundo. Compulsar copias a través de la Secretaría de esta Corporación ante la Fiscalía General de la Nación para que, de ser el caso, investigue la conducta de falso testimonio, contemplada en el artículo 422 del Código Penal, en la que pudieron presuntamente haber incurrido Diana Marcela Rueda Carreño y Claudia Yaneth Rodríguez Jaimes.

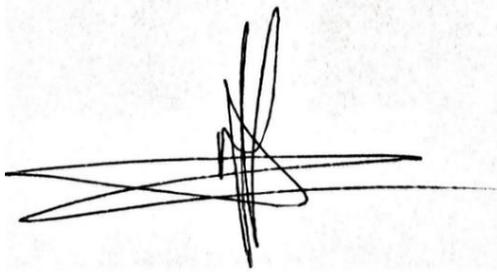
Tercero. Advertir que contra la presente sentencia procede el recurso extraordinario de casación, en la forma y términos contemplados en los artículos 181 y siguientes de la Ley 906 de 2004, modificada por la Ley 1395 de 2010.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,


SHIRLE EUGENIA MERCADO LORA
Magistrada


GUILLERMO ÁNGEL RAMÍREZ ESPINOSA
Magistrado

Radicación: 680016000000-2013-00085 (22-935A)
Procesado: Elkin Fabian Jaimes Parra y Edinson Silva Jaimes
Delito: Homicidio agravado en concurso heterogéneo con fabricación,
tráfico, porte o tenencia de armas de fuego partes y municiones.

A handwritten signature in black ink, consisting of several overlapping loops and lines, centered on the page.

RAFAEL ENRIQUE LÓPEZ GÉLIZ
Magistrado

Proyecto registrado: 16 de marzo de 2023



República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público

Distrito Judicial de Bucaramanga (Santander)
Tribunal Superior
Sala Penal

<i>Magistrado ponente</i>	<i>Harold Manuel Garzón Peña (Despacho 6)</i>
<i>Radicación</i>	<i>11001-60-00-000-2021-01210-01 (CI 894)</i>
<i>Asunto</i>	<i>Apelación auto interlocutorio – Ley 906 de 2004</i>
<i>Procedencia</i>	<i>Juzgado 3º Penal del Circuito Especializado de Bucaramanga</i>
<i>Procesados</i>	<i>James Leonardo Téllez Torres y otros</i>
<i>Delitos</i>	<i>Concierto para delinquir agravado y otros</i>
<i>Decisión</i>	<i>Confirmar</i>
<i>Fecha de registro</i>	<i>19 de abril de 2023</i>
<i>Fecha de aprobación</i>	<i>24 de abril de 2023</i>
<i>Acta de aprobación No.</i>	<i>377</i>

Bucaramanga (Santander), veinticuatro (24) de abril de dos mil veintitrés (2023)

MATERIA DE ESTUDIO

El recurso de apelación interpuesto por el defensor de JAMES LEONARDO TÉLLEZ TORRES contra el auto del 2 de mayo de 2022, proferido por el Juzgado 3º Penal del Circuito Especializado de Bucaramanga en desarrollo de la audiencia de acusación, mediante el cual negó una solicitud de nulidad.

ANTECEDENTES

a) Hechos jurídicamente relevantes.

En lo que interesa a este pronunciamiento, de acuerdo con el escrito de acusación presentado dentro del código matriz 11001-60-00-100-2017-00140, la señora BETSY FABIANA DUARTE SANDOVAL fue contactada mediante el ofrecimiento de una propuesta laboral que se desarrollaría en el país de China. Luego de remitir el pasaporte a la ciudad de Bogotá D.C. y de ser trasladada a una vivienda en la ciudad de Bucaramanga, donde fue explotada sexualmente por *dos semanas*, el 21 de marzo de 2017 tomó un vuelo hacia el exterior y en China fue recogida por DANIELA BOTINA OCAMPO y JAMES LEONARDO TELLEZ TORRES, quienes la trasladan a un hotel, lugar en el que se percata de que la finalidad de su trabajo era *prostituirse* para saldar una *deuda de catorce mil*



dólares, según le informaron esas personas, quienes a su vez le retuvieron el pasaporte.

En ese país *era vendida a extranjeros para que se acostara con ellos debiendo cumplir con su trabajo so pena de maltratos y amenazas* realizadas por BOTINA OCAMPO y TELLEZ TORRES, personas que igualmente le quitaban el dinero producido como abono a la referida deuda.

Ante el vencimiento de la visa, los encartados *la llevaron a la frontera con Hong Kong y le dan una extensión de permiso de permanencia*. Una vez finalizó ese tiempo, se le comunica que sería enviada a Camboya, situación que fue aprovechada por la víctima para *escapar de sus captores y avisar a las autoridades migratorias el 6 de junio de 2017*.

De lo anterior se concluyó que el provecho económico ilícito tuvo su origen en las actividades desarrolladas entre el 21 de marzo de 2017 y el 6 de junio de 2017, señalándose que, como beneficio de la trata de personas, se totalizó \$145'000.000, según fue referido en audiencia de imputación.

Se afirma que lo anterior fue uno de varios episodios delictivos perpetrados por una organización criminal con integrantes que se concertaron para cometer delitos de esa naturaleza, de la cual hacen parte los procesados.

b) Actuación procesal.

Desde el 1º de septiembre de 2020, ante el Juzgado 12º Penal Municipal de Bucaramanga con funciones de control de garantías, se llevaron a cabo las audiencias preliminares respectivas, declarándose ajustado al ordenamiento jurídico la captura del señor JAMES LEONARDO TÉLLEZ TORRES, entre otros, a quien se imputaron los delitos de concierto para delinquir agravado y trata de personas, según lo establecido en los artículos 188A y 340 incisos 2º y

2



3º del Código Penal, cargos que no fueron aceptados. Tras ello, le fue impuesta medida de aseguramiento de detención preventiva intramural.

El 18 de diciembre de 2020, la fiscalía presentó escrito de acusación, documento que correspondió por reparto del 14 de abril de 2021 al Juzgado 3º Penal del Circuito Especializado de Bucaramanga, despacho judicial que ha venido adelantando la respectiva audiencia en sesiones del 30 de julio posterior, así como del 23 de febrero y 2 de mayo de 2022.

En la primera fecha, el juzgado verificó el traslado del escrito de acusación y de la adición presentada el 24 de junio de 2021 por el ente investigador. Luego, el defensor del señor JAMES LEONARDO intervino asegurando que ese despacho carecía de competencia territorial para continuar con la dirección del proceso penal, siendo negadas sus pretensiones. Inconforme, presentó recurso de apelación, cuyo trámite fue desatado por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia mediante auto AP4181-2021 del 15 de septiembre posterior, en el cual declaró que la competencia para adelantar esas diligencias sí recae en ese estrado judicial.

El 23 de febrero de 2022, el mismo profesional del derecho propuso varias causales de nulidad, lo cual fue resuelto negativamente el 2 de mayo siguiente por el juzgado de conocimiento, decisión que fue objeto del recurso que pasa a estudiar la Sala.

c) Auto de primera instancia.

La titular del juzgado de primer grado indicó que, para que se configure una causal de nulidad como medida excepcional, se requiere del cumplimiento estricto de alguna de las causales establecidas en los artículos 455 y siguientes del estatuto procedimental.



De otra parte, tras citar algunos pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia, consideró que no hay vulneración de derechos fundamentales del indiciado, toda vez que, tanto el ordenamiento jurídico como el precedente jurisprudencial, habilitan la posibilidad que se presenten modificaciones durante el curso de la actuación penal en cuanto a la calificación jurídica y las circunstancias de hecho sobre la participación del señor JAMES LEONARDO en el componente delictivo, más específicamente entre las audiencias de formulación de imputación y de acusación, debido al mismo carácter progresivo del trámite, haciendo la salvedad que la congruencia debe mantenerse incólume entre la acusación formal y la sentencia a proferir.

En ese sentido, precisó que, una vez se comprobó el registro de la formulación de imputación, se pudo evidenciar que ciertamente la reseña de los hechos jurídicamente relevantes mencionados en la diligencia no fue sucinta y que el ente acusador no empleó una *praxis* del todo acertada, en la medida en que trajo a colación elementos materiales probatorios como soporte de algunas premisas fácticas; sin embargo, a su manera de ver, esas falencias, así como el hecho que hubiesen leves interrupciones en la conexión y que el lenguaje del juez de control de garantías fuera un tanto *displicente*, no conlleva a la invalidación del acto procesal, pues la relación de cargos efectuada por la fiscalía cumplió las exigencias previstas en los artículos 286 y siguientes del Código de Procedimiento Penal.

Resaltó el hecho que, si bien el titular de la acción penal utilizó unas diapositivas para hacer más *dinámica* y precisa la comunicación de cargos, eso se traduce en una herramienta de apoyo que en modo alguno se erigió como impedimento para poner en conocimiento del indiciado los hechos jurídicamente relevantes por los cuales está siendo investigado.

En ese mismo contexto, indicó que no le asiste razón al defensor del señor JAMES LEONARDO cuando asegura que la fiscalía no explicó detalladamente



las actividades por él desarrolladas en el presunto concierto para delinquir, cuya finalidad *concreta y específica era la realización del delito de trata de personas*, pues, de manera puntual, se le informó que había incurrido en esos delitos mediante *la captación de mujeres, trasladándolas, acogiéndolas previamente, recibiendo, explotándolas a través de la prostitución ajena y obteniendo por este comportamiento un provecho ilícito*.

Además, le sintetizó el modo en que desplegaba el componente delictivo ya en el país de China, precisándole la intervención y/o rol que tenía dentro de la organización delincriminal a lo largo del tiempo, esto es, recibir a la víctima en Beijing, *a quien le explicaron en ese momento que tenía una deuda de 14.000 dólares de tiquetes, documentos y que por tanto debía ser vendida... a ciudadanos extranjeros para sostener relaciones sexuales con ellos, y que también era sometida a maltratos y amenazas sin haber estado vinculada nunca al sistema de salud, que debía ejercer la prostitución incluso encontrándose afectada en su salud*, además de ejercer permanente vigilancia sobre ella y restringirle cualquier contacto con ciudadanos colombianos.

De igual manera, la fiscalía mencionó que DANIELA BOTINA OCAMPO y JAMES LEONARDO obtenían el provecho ilícito de esa actividad como abonos a la presunta deuda y más adelante, explicó la forma en como aquel trasladó a la víctima a la frontera con Hong Kong para que le dieran visado permanente.

En ese orden de ideas, bajo su perspectiva, sí se explicó con cierta claridad los cargos que son atribuidos a TELLEZ TORRES, destacando el hecho que, al momento de enunciar la calificación jurídica, la fiscal también hizo una relación individualizada sobre los comportamientos desplegados por cada uno de los procesados para configurar el o los delito(s) endilgado(s).

Desde otra arista, señaló que no hay lugar a predicar que a la defensa se le esté impidiendo ejercer el derecho a controvertir pruebas cuando no se ha agotado



la audiencia preparatoria y tampoco se ha instalado el debate oral, siendo esos los escenarios idóneos para tal fin.

Por último, indicó que los términos previstos en el artículo 175 del Código de Procedimiento Penal no tienen el alcance legal referenciado por el defensor, pues superarlos no conduce a la invalidación de ningún acto procesal, razón por la cual, a pesar de que el escrito de acusación en el caso de la especie se presentó con posterioridad a los 120 días, luego de realizada la formulación de imputación, no hay lugar a decretar la nulidad por esa razón, ahora cuando el mismo impugnante confirmó haber recibido tanto el escrito de acusación como el anexo enviado posteriormente, el cual contenía la relación de elementos materiales probatorios.

A partir de lo anterior, negó la solicitud de nulidad incoada por la defensa.

d) Razones de la impugnación.

Inconforme con la decisión, el defensor solicitó al tribunal su revocatoria, argumentando en primera medida que la audiencia de formulación de imputación fue una diligencia compuesta entre audio y video, a la que no pudo acceder en debida forma.

De esta manera, insistió en que la ausencia del registro visual transgrede las garantías establecidas en el código procedimental, resaltando en este punto que se exhibieron elementos materiales probatorios como soporte de algunas premisas fácticas jurídicamente relevantes cuando no es la etapa procesal idónea para tal fin.

En hilo a lo expuesto, adujo que se vulneró el debido proceso al utilizar elementos de prueba en escenarios previos a la instalación del juicio oral, tanto así que la juez de conocimiento también hizo referencia a ese material



probatorio, lo cual evidencia desde ya un quebranto del principio de imparcialidad.

Desde otra arista, mencionó que los hechos jurídicamente relevantes son confusos e incluso se hizo mención a otras víctimas cuando ello desborda el marco fáctico relacionado en la audiencia.

En ese sentido, expuso que el delito de concierto para delinquir requiere que se haya demostrado el convenio y que tenga vocación de permanencia en el tiempo, aspectos que no fueron precisados por el ente acusador en la formulación de imputación. Además, en el caso en particular se hizo referencia a un hecho puntual y a una víctima, luego, a su manera de ver, *no existe una indeterminación de los delitos* como lo exige ese tipo penal.

e) Intervención de los no recurrentes.

La fiscalía solicitó confirmar la decisión en la medida en que la titular del juzgado de conocimiento hizo un análisis minucioso y detallado de la relación de cargos efectuada por el ente acusador en la audiencia de formulación de imputación y la transmisión de esa información al señor JAMES LEONARDO, reiterando las circunstancias de tiempo, modo y lugar de su participación en los delitos.

Ahora, frente a la presunta contaminación y consecuente afectación de la imparcialidad de la funcionaria judicial, precisó que en ningún momento se efectuó una valoración anticipada de los elementos materiales probatorios, sino que simplemente trajo a colación aquellos que fueron enunciados en la formulación de imputación.

Por su parte, la representante judicial de la víctima indicó que la nulidad no estaba llamada a prosperar, tal como lo resolvió el juzgado de origen, pues la



fiscalía cumplió la carga argumentativa que se le exige a la hora de poner en conocimiento de los encartados los hechos jurídicamente relevantes por los cuales están siendo investigados.

El delegado del Ministerio Público intervino asegurando que, a pesar de que la formulación de imputación efectivamente no contenía una relación de circunstancias de tiempo, modo y lugar sucinta y que la fiscalía incurrió en una mala práctica al haber entrelazado la situación fáctica, hechos indicadores y elementos materiales probatorios, lo cierto es que se individualizaron los hechos jurídicamente relevantes en los que participó el señor JAMES LEONARDO, explicándole los verbos rectores en los que incurrió y su respectiva adecuación en un tipo penal.

Ahora bien, en cuanto a la afectación de la imparcialidad del juez de conocimiento al haber conocido elementos probatorios *ex ante* al juicio oral, estimó que el descubrimiento de esos soportes no alcanza a afectar la visión del operador judicial, máxime si en cuenta se tiene que en el siguiente acto procesal, es decir, en la solicitud de medida de aseguramiento, se habilita la posibilidad de enunciarlos para definir la procedencia o no de su imposición.

Con respecto a la falta del registro visual de la audiencia, destacó que el audio es suficiente para establecer que la fiscalía sí relacionó hechos jurídicamente relevantes frente al indiciado y en todo caso, los elementos materiales probatorios exhibidos en esa etapa procesal fueron incluidos y descubiertos con el escrito de acusación, de manera que la defensa puede hacer uso de ellos en el debate oral para controvertirlos. Por consiguiente, solicitó mantener incólume la decisión adoptada por el juzgado de conocimiento.

CONSIDERACIONES

a) Competencia.



De conformidad con lo preceptuado en el numeral 1º del artículo 33 de la Ley 906 de 2004, esta corporación es competente para decidir el recurso de apelación interpuesto por el defensor de JAMES LEONARDO contra el auto de primer grado, dado que fue proferido por un juez penal del circuito especializado 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 en relación con los hechos jurídicamente relevantes atribuidos en la audiencia de formulación de imputación, de tal manera que se imponga decretar la invalidación de lo actuado desde esa fecha?

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 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 invocarse el sujeto procesal

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



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.

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.



De esta manera, una adecuada formulación fáctica y jurídica del cargo en las audiencias de imputación y acusación, se erige en presupuesto básico para garantizar el respeto del principio de congruencia, así como el ejercicio de los derechos de defensa y contradicción.

Por consiguiente, los hechos jurídicamente relevantes deben ser expuestos por la fiscalía con claridad en cuanto a circunstancias de tiempo, lugar y modo. Sobre el particular, en la sentencia SP008-2023, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia se profundizó sobre el tema, exponiéndose lo siguiente:

“En el proceso de criminalización primaria el legislador selecciona conductas de la vida de relación en sociedad, que al considerarlas intolerables para la convivencia pacífica las tipifica como delito. En la fase de criminalización secundaria o de aplicación de la ley, al acusar, la fiscalía debe exponer las conductas en forma clara y sucinta, en un lenguaje comprensible. En esa forma se garantiza la doble finalidad de preservar el principio de legalidad, según el cual nadie puede ser juzgado por conductas que no se hallen descritas en la ley como delito, y el principio acusatorio, de acuerdo con el cual nadie puede ser condenado por hechos y delitos que no consten en la acusación.”

De otro lado, en la sentencia SP3964-2022 se indicó lo siguiente:

“1.3. Sobre las circunstancias de los hechos.

Una relación de hechos jurídicamente relevantes en la acusación que se evidencie confusa, ambigua, incomprensible e indeterminada, genera indudablemente una afectación al debido proceso y a su componente de defensa material y técnica, pues en esa medida resulta incuestionable la dificultad del imputado en desvirtuar los cargos y en estructurar su estrategia probatoria por entenderse además que aquella delimita precisamente el tema de prueba.

Por eso, doctrina reiterada y pacífica de la Corte, ha establecido que, si en las audiencias de formulación de imputación y de acusación, el fiscal no define de manera clara, completa y suficiente los hechos jurídicamente relevantes, a tal punto que el indiciado o imputado no haya tenido la posibilidad de conocer por qué hechos se le vincula o está siendo investigado, se vulnera de manera flagrante el debido proceso, por lo cual el único remedio posible es la nulidad de la actuación. (SP741-2021, Rad. 54658).

También que, para una idónea construcción de los hechos jurídicamente relevantes, se hace imperativa una correcta interpretación de la norma penal a efectos de determinar sus supuestos fácticos que conlleven la consecuencia jurídica normativamente prevista, así como verificar por el fiscal que la hipótesis de acusación comprenda todos los elementos del tipo.”



La situación concreta del procesado.

En primer lugar, cabe mencionar que el despacho del Magistrado ponente requirió el envío del (de los) registro(s) audiovisual(es) de la audiencia de imputación, toda vez que el juzgado de primera instancia únicamente los remitió en formato de audio, no obstante que en el acta de la audiencia respectiva figura consignado que la diligencia se llevó a cabo a través del aplicativo Lifesize. Sin embargo, ello no fue posible, por lo menos hasta el registro del proyecto, pero no comporta ninguna irregularidad que imponga decretar la nulidad de lo actuado, ya que el artículo 146, numeral 2º, del Código de Procedimiento Penal establece:

“2. En las audiencias ante el juez que ejerce la función de control de garantías se utilizará el medio técnico que garantice la fidelidad, genuinidad u originalidad de su registro y su eventual reproducción escrita para efectos de los recursos. (...)”

De esta forma, además de no estar aún descartada la existencia del (de los) registro(s) audiovisual(es), los simples registros de audio allegados bastan para verificar lo ocurrido en la audiencia cabeza del proceso con la fidelidad, genuinidad y originalidad requerida, razón por la cual, ninguna falencia se puede predicar por esa causa y tampoco por el hecho que la señora fiscal hubiera realizado una proyección de elementos probatorios y diapositivas contentivas de sus apreciaciones, pues, lo contemplado en el artículo 288, numeral 2º, del estatuto penal adjetivo, concretamente en el apartado “*no implicará el descubrimiento de los elementos probatorios, evidencia física ni de la información en poder de la fiscalía*” es una prerrogativa del órgano de persecución penal, pero si su representante opta en últimas por descubrir algún material probatorio, siendo algo discrecional, esto lejos de afectar las garantías del procesado y su defensor, le permite acceder información con la cual puede diseñar de mejor manera su estrategia defensiva.



República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público

Distrito Judicial de Bucaramanga (Santander)
Tribunal Superior
Sala Penal

Acotado lo anterior, precisamente con los registros que pudieron ser escuchados, se advierte que en la formulación de imputación de cargos frente al señor JAMES LEONARDO se atribuyó lo siguiente:

“... la existencia de una organización delictiva organizada, organización delictiva criminal al margen de la ley que tiene su actuar delictivo en la región de Santander... los municipios de Bucaramanga, Puente Nacional y Bogotá, dedicada a la comisión de trata de personas, en la cual se materializa la captación de mujeres, en la acción de trasladar, en la acción de acogimiento, recibimiento, explotación a través de la prostitución ajena, obteniendo un provecho ilícito con destino a Guangzhou, China.

Comienza esa captación en diciembre del año 2016... Se tuvo conocimiento mediante el COPA que es el Comité Operativo Antitrata de Personas, adscrito al Ministerio del Interior, conocimiento de repatriación y posterior atención a BETSY FABIANA DUARTE SANDOVAL que fue captada, trasladada a un inmueble de Bucaramanga, explotada sexualmente en el país, lo que llamamos un delito de trata de personas interna, en beneficio de terceros...

La acción de captar: La joven BETSY FABIANA DUARTE SANDOVAL, reitero, para el mes de diciembre de 2016 fue contactada por la señora VIVIAN GERALDINE PORRAS SÁNCHEZ, quien utilizó como método de captación el ofrecimiento de una propuesta laboral consistente modelar ropa interior en el país de China. La joven, una vez acepta la propuesta de Diana, esta le indica que debe enviar el pasaporte al municipio de Puente Nacional (Santander) a la señora BELLANID ROJAS RODRÍGUEZ, trámite que se efectuó, se envió el pasaporte AT 520903 con guía Servientrega 954075211 del 20 de enero del 2017. Igualmente se envió el pasaporte a la señora MARTHA RUBIELA GÓMEZ FANDIÑO, este es el pasaporte AT 646392 con guía 95453 8997 del 6 de marzo del 2017. VIVIAN GERALDINE TORRES SÁNCHEZ traslada internamente a BETSY FABIANA al inmueble ubicado en la calle 91 número 22-07 del municipio de Bucaramanga, donde se encuentra el EDILMA GONZÁLEZ, alias la tía. Allí ella le dice que es una casa de citas, que debe atender hombres, que esta es su última prueba, que debe hacerlo porque se ha invertido mucho en ella, que si no lo hace iban a presentarse represalias contra su familia, explotación que duró dos semanas en esa residencia sin recibir la víctima beneficio alguno, siendo permanentemente coaccionada bajo la amenaza de la deuda y la ubicación de la familia.

Para los trámites de pasaporte y visa, se envió dinero a la víctima a través del señor JUAN PABLO LÓPEZ GALEANO y de la señora GLORIA PATRICIA OCAMPO RAMÍREZ.

Debo entonces indicar que, para el trámite de pasaportes y visas, se envía el dinero a la víctima a través de JUAN PABLO LÓPEZ GALEANO el 28 de febrero del 2017, la suma 350.000 pesos de giros la perla y... a GLORIA PATRICIA OCAMPO RAMÍREZ el 13 de marzo 2017, suma de 378.700 pesos. Estos giros de Armenia (Quindío) a Bucaramanga a la víctima BETSY FABIANA DUARTE SANDOVAL.

La acción de trasladar: BETSY FABIANA DUARTE SANDOVAL el 21 de marzo de 2017 y se ve en la línea de tiempo que está en pantalla, se traslada de vuelo internacional en recorrido Bucaramanga, Bogotá, Madrid, Ámsterdam, Beijing Cantón de China, viaje para el cual DANIELA BOTINA OCAMPO envía la suma de 1.300.000 pesos, este dinero para presentar y acreditar en los puntos de migración Le indicó vía WhatsApp cómo debía contestar y responder las preguntas en migración y los diferentes puntos, así como mantuvo

14



el control vía WhatsApp del desplazamiento de BETSY FABIANA en los puntos de conexión. Una vez en el Cantón de China, es recogida por DANIELA BOTINA OCAMPO, alias la Barbie, alias Manuela y **JAMES LEONARDO TÉLLEZ TORRES**. Allí entonces, ese viaje se da el 21 de marzo, emigra en ese vuelo que indiqué, es recibida por DANIELA BOTINA el 23 de marzo del 2017 en el aeropuerto internacional de Baiyun... quienes la trasladaron a un hotel y es allí es donde ella le dice, DANIELA BOTINA y **LEONARDO** que se entera que lo que va a hacer es dedicarse a la prostitución en la discoteca Kama y que tiene que prostituirse también en diferentes hoteles. Esto es, en Huayun Lio Hotel, en el hotel Grupo Dragón y FD. Allí en la línea de tiempo está el aeropuerto Baiyun, 33 minutos el recorrido al hotel del punto de donde fue ella allí enterada a qué iba a China. Dos horas después de aterrizar efectivamente ese 23 es llevada a Kama Club, allí ese punto de ubicación de China, Kama Club, donde es explotada. La explotación a través de la prostitución ajena. DANIELA BOTINA OCAMPO y **JAMES LEONARDO TÉLLEZ TORRES** le informan entonces que tenía una deuda de 14 mil dólares que corresponde a los gastos de tiquetes, documentos, y que en la discoteca Kama era vendida a extranjeros para que se acostara con ellos, debiendo cumplir con su trabajo, so pena de maltratos y amenazas. No estuvo vinculada a ningún sistema de salud y aún enferma, debía prostituirse. En el apartamento donde se encontraba, la mantenían bajo vigilancia y control y prohibición de contacto con ciudadanos o ciudadanas colombianos.

Obtención del provecho ilícito: el dinero que se recogía, que quitan las llamadas “manillas” porque así se denominan “manillas”, DANIELA BOTINA OCAMPO y **JAMES LEONARDO TORRES TÉLLEZ**, aduciendo efectivamente que era un abono a deuda, le quitaron el pasaporte, la amenazaron constantemente, diciéndole que si no pagaba la deuda se metería, se lastimaría a su familia que está ubicada en Colombia. Ante el vencimiento de la visa, porque la envían es como una visa de turismo, DANIELA y **JAMES LEONARDO TÉLLEZ** la llevaron a la frontera con Hong Kong. Allí le dan una extensión de un permiso de permanencia, pero ese permiso de permanencia se venció. Vencido ese tiempo, DANIELA le indica que la va a enviar a Camboya con conexión a Hong Kong, situación que la víctima aprovecha para escapar de sus captores, avisar a las autoridades migratorias el 6 de junio del año 2017.

Se debe entonces es indicar que ese provecho ilícito consiste en que tenía que atender entre 6 y 7 clientes a 100 dólares, estuvo un total de 78 días comprendidos entre el 21 de marzo y el 6 de junio del 2017. Esto debe indicar aproximadamente 140 millones de pesos. Y el beneficio del producto de la trata interna que también se dio de 15 días del cual se benefició la señora EDILMA GONZÁLEZ y la señora VIVIANA GERALDINE PORRAS SÁNCHEZ....

Primer lugar, hablaremos de DANIELA BOTINA OCAMPO, debemos entonces indicar que su rol en la estructura criminal es el denominado “Manillas”. Es una mujer de 24 años que, junto con su pareja sentimental **JAMES LEONARDO TELLEZ TORRES** organizó y controló las actividades referentes a la captación de mujeres en Colombia, por intermedio de personas que hacen parte ... de la organización delictiva, por su parte encargada de recibir y acoger las mujeres que son trasladadas, enviadas a China, porque ella junto a **JAMES LEONARDO** estaban en China, para posteriormente dar inicio con la explotación a la que son sometidas estas mujeres ...

Vamos a hacer la presentación para el señor **JAMES LEONARDO TÉLLEZ TORRES**. Gracias... Comoquiera, señor juez, que la parte jurídica es general, pues finalizada la presentación de esa inferencia, haré la relación a la situación de los tipos penales que se desprenden de esta situación... para no ser reiterativa.



Hacemos entonces presentación para los elementos materiales probatorios que nos permiten es la construcción de la inferencia razonable de autoría para el señor **JAMES LEONARDO TÉLLEZ TORRES**, Es de indicar que, como característica relevante, es compañero sentimental de DANIELA BOTINA OCAMPO. El señor **JAMES LEONARDO TÉLLEZ TORRES** fue la persona encargada de controlar, recibir y acoger a la víctima BETSY FABIANA DUARTE SANDOVAL en el país de China, teniendo en cuenta que al llegar la víctima al país, la recogió en el aeropuerto en compañía de su pareja sentimental, DANIELA BOTINA OCAMPO, para que de esa manera trasladarla a la casa de seguridad, posteriormente lugar de explotación, donde fue sometida u obligada a ejercer la prostitución con el fin de recaudar dinero para cancelar la deuda adquirida en la organización.

Qué elemento material probatorio nos permitieron esa construcción de inferencia razonable: entrevistas tomadas a BETSY FABIANA DUARTE SANDOVAL, la declaración bajo la gravedad de juramento, el reconocimiento fotográfico efectuado, el reporte del caso COAP, su dictamen de medicina legal, los movimientos de búsqueda, bases de búsqueda selectiva en base de datos que efectuamos, movimientos migratorios, movimientos por aerolínea Avianca, las entidades bancarias, Ministerio de Relaciones, las empresas de telefonía..., el análisis link, los análisis de correlación de giros, la consulta de códigos abiertos... La entrevista que se recepcionó el 28 de junio de 2017, siendo un informe ejecutivo en el cual se recepcionó el informe puesto en conocimiento de BETSY FABIANA DUARTE, la cual narra detalle de tiempo, de modo y lugar de los hechos acaecidos, en definitiva, la explotación sexual sufrida y la fase de recibimiento y la fase de traslado y explotación.

“Llegué y me estaba esperando MANUELA con el novio, la reconocí porque un día la vi en el perfil de Whatsapp, de ahí me llevó en el carro del novio al hotel que queda en Guangzhou, cuando llega me dijo que ahí no podíamos hablar porque venía de trabajar con él, pero lo dijo en forma amenazante y de superioridad que causó curiosidad, como diciendo que ahí se hace lo que ella dice, llegamos al hotel y me dijo que me subiera a la habitación mientras ella se despedía del novio. Cuando llegué a la habitación, me preguntó si me sentía cómoda.

En otras ocasiones, me sacaba trabajar de día, siempre los clientes eran chinos y a ellos le cobraba 300 dólares la hora. Así transcurrió un mes, como uno siempre tiene de que salir a avisar, tuve que ir en compañía de MANUELA y su novio hasta la frontera de Hong Kong, donde pasé el puente para salir del país, o sea de China, tenía que dar la vuelta, me pasaban por migración, el novio de Daniela me dio un papel para mostrar a los guardias, donde decía que yo no hablaba inglés y que tenía que dar la vuelta porque era una modelo y necesitaba continuar trabajando... Volvimos a Guangzhou. Ya en el segundo mes ya me presionaban más porque yo empecé a preguntar por las cuentas de mi deuda, se enojaba y me hacía las cuentas. Siempre me cobraba de más, yo me grababa el valor de mi deuda y después cuando le preguntaba hacía cuentas de nuevo. Ya era más la deuda, me quitaba 1000 dólares. Ya después, finalizando mes, me dijo que iba a mandar para Singapur por un mes más porque la visa la daban por un mes. Allá me recibía otra mujer y esa mujer había subido por otro lado.”

En entrevista que se recepcionó el 28 junio de 2017. “Preguntado ¿díganos cómo se describe físicamente a la persona que usted nombra como el novio de MANUELA? Si conoce la nacionalidad, si tiene fotografías, direcciones, teléfonos. MANUELA le decía JAMES y otras veces LEONARDO, él es bajito de 1,65 M de estatura, tuvo un accidente tiene problemas en los pies, camina cojo, tiene un tatuaje en el pie izquierdo, contextura mediana, tiene un vehículo azul oscuro. Camioneta de placas N 81473. Y el teléfono de él es 8618565515167.”



República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público

Distrito Judicial de Bucaramanga (Santander)
Tribunal Superior
Sala Penal

La declaración jurada que nos dio el 10 de febrero del 2018, ella explica en la entrevista también habla de visar el documento ¿de qué se trata? visar significa que tienes que salir del país y volver a entrar para que te pongan el sello. Y ¿cómo hiciste tú esa labor? La primera vez que tuve que salir a visar, el novio de ella y ella me acompañaron a Hong Kong, a la frontera, uno tiene que cruzar un puente y ahí inmediatamente sale del país de China y ahí uno va a migración para que le pongan un sello de salida y entrada. El novio me explicó todo en un papelito. Y me dijo que tenía que entregar ese papelito a los policías de migración y ahí decía que yo no sabía hablar inglés y que iba a hacer mi vuelta, me dieron la plata.

Cuando se le preguntó si se podía hacer el reconocimiento en álbum fotográfico de DANIELA: sí. ¿De qué otras personas puede hacer reconocimiento? Indicó: de VIVIANA, porque fueron las únicas personas con las que yo tuve contacto y del novio.

Debe indicar entonces que en esas tareas de actos de investigación se elaboró un álbum fotográfico para que el reconocimiento de la víctima, el reconocimiento que efectuó BETSY FABIANA el 26 de junio al 2020, en la cual relató. Debemos indicar entonces que en el álbum 0102 elaborado, manifiesta reconocer a la imagen número 2. La testigo argumentó reconocerlo como JAMES LEONARDO o LEO, indicando que es la persona que fue la que me recibió en China en compañía de DANIELA OCAMPO, alias MANUELA y BARBIE. JAMES me llevó en su camioneta al hotel, donde me quede en Guangzhou y luego me llevó la frontera Hong Kong a que me visaran la visa, cuando llegamos a ese lugar, JAMES y MANUELA me dijeron qué tenía que hacer y decir para que me pusieran los sellos. Se verificó el Ministerio público y la imagen número 2, la cual corresponde al señor JAMES LEONARDO TÉLLEZ TORRES.....

Se pone de presente entonces la planilla AR número dos, el álbum fotográfico de 8 registros, argumento reconocer la imagen número 7. ¿Por qué? Conviví con JAMES y MANUELA dos meses en el apartamento que él tenía en China, también lo reconozco porque se me iba a vencer la visa, entonces me llevó hasta la estación de policía nuevamente en compañía de MANUELA para que me dieran la extensión de la Visa, pero cuando llegamos a ese lugar, JAMES habló por mí con los policías para que me visaran sin ningún problema. Además, él habla a la perfección el idioma de China que es el mandarín.

Reporte del COAP, Comité de Anti-trata del Ministerio del Interior y en esta parte, en la primera versión se la da a la cónsul, ella indicó: Una vez salió la visa, ella me envió el itinerario del viaje, me dio 1.300.000 pesos para que los cambiara a dólares y poder viajar. Con ese dinero tenía que viajar hasta el destino desde Bucaramanga. Una vez llego a China en Guangzhou, DANIELA me recogió con su novio colombiano, LEONARDO, luego me llevaron al hotel, me ubicaron en la habitación, ella subió conmigo, me dijo que esa madrugada tenía que trabajar, que tenía que amanecer con un señor indio. Ahí fue cuando le pregunté que, cómo así que tenía que irme a trabajar con un hombre, según ella, VIVIANA yo tenía que trabajar como modelo y no en prostitución. Me dijo que “de malas”, que está acá y tenía que hacer lo que yo diga. Entonces está la manifestación, la primera que hizo allá ante la cónsul, de manera clara, que indicó pues que estamos frente a una víctima de trata de personas, la doctora Luz Elena Echeverry.

Lo de Medicina Legal, pues ya hemos mencionado, ya creo que quedó claro en la lectura anterior un reconocimiento que se efectuó de manera clara a BETSY FABIANA DUARTE, obteniendo esa respuesta el 27 de febrero del 2018, por parte de la profesional del Instituto Nacional de Medicina Legal.

Hicimos una tarea de migración, de movimientos migratorios, los movimientos migratorios registrados que reposan y se encuentran entre las bases de datos, con los controles previos y posteriores para ciudadanos JAMES LEONARDO TÉLLEZ TORRES..., obteniendo



República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público

Distrito Judicial de Bucaramanga (Santander)
Tribunal Superior
Sala Penal

como respuesta en agosto del 2019 por parte de las unidades especiales de migración que las consultas de entradas y salidas de los puestos de control migratorio en territorio colombiano. Debemos entonces indicar un total de 75 movimientos migratorios y pues se encuentran de manera especificada en ese documento. Tenemos los movimientos migratorios en su totalidad hasta el 2020.

Él ingresó a Colombia el 29 de noviembre del 2019, momento que se encuentra aquí en Colombia en medida respectiva por el puente internacional El Dorado. Los itinerarios de viaje de la víctima ya los mencioné, de BETSY. Los pasaportes en este momento también cuentan con 3 pasaportes de manera respectiva. Los giros y los movimientos de dinero. Se efectuaron búsquedas selectivas de base de datos en las entidades de giros y servicios, al grupo investigativo se llevaron los resultados, los movimientos de transacción, pesos, moneda extranjera, nombre y número de identificación de remitentes y beneficiarios. Se obtuvo dirección, teléfono, ciudades de origen, de destino al giro, compra y venta de divisas y obtención de respuesta el 25 mayo de 2018...

Igualmente, aquí se evidenció, entre otras, el vínculo y la relación en la organización delincinencial entre el señor JAMES LEONARDO TÉLLEZ y VIVIANA GERALDINE PORRAS, incluso la mamá de VIVIANA GERALDINE PORRAS tiene movimientos también entre estas dos personas, es decir, para la fiscalía es claro que existe una relación entre todos los miembros... directamente con los miembros de la relación. De esto hay movimientos de dinero del señor JAIME LEONARDO TÉLLEZ con VIVIANA GERALDINE que en este momento he de indicar está en España.

Igualmente, pues hicimos búsquedas selectivas de bases de datos de 21 de mayo, se solicitó giros a Efecty, al llegar al grupo investigativo lo correspondiente a JAMES LEONARDO TORRES, se aportaron los nombres, número de identificación de remitentes, beneficiarios, dirección de teléfono, ciudad de origen y de destino, fecha exacta de acción en pesos por moneda extranjera, obteniendo respuesta. Y aquí están las respuestas referentes: Los giros que se dan entre VIVIANA GERALDINE PORRAS SÁNCHEZ, lugar de origen Bucaramanga, destino Bogotá a LEONARDO TÉLLEZ TORRES de manera respectiva, esa es la verificación de la operación que pudimos obtener. Esa verificación de las operaciones debe decir la fiscalía, que como todos tenemos conocimiento, cuando se hace giros y movimientos por este tipo de empresas, Efecty y demás entidades de giros o puestas de dinero en diferentes puntos del país, pues es requisito la cédula de ciudadanía, exhibir la cédula, es más, y la huella dactilar, como queda en todos y cada uno de los movimientos que vimos para indicar pues que el giro lo efectuó la persona, porque hay constatación de su identidad.

Igualmente, en febrero del 2020, el grupo investigativo nuevamente hicimos búsqueda selectiva en la empresa de giros y acciones y valores de los movimientos correspondientes del señor JAMES LEONARDO TÉLLEZ TORRES. Hago relación existiendo una clara relación de giros entre DANIELA BOTINA OCAMPO y el señor JAMES LEONARDO TÉLLEZ TORRES de manera restrictiva, movimientos entre China y Colombia.

Búsqueda selectiva en base de datos en las empresas de telefonía Movistar, se llevó un proceso investigativo, una búsqueda selectiva autorizada, en donde se indicaron los datos biográficos, la ubicación, quien registraba como titular; asimismo, obtuvimos todo un análisis de las llamadas entrantes y salientes, consignas de origen y recepción del evento. El registro de mensajes y la actividad del...y del email, obteniendo una respuesta de manera respectiva que nos pudo indicar, en esta búsqueda selectiva que efectuamos en movistar de **JAMES LEONARDO TÉLLEZ TORRES**, pudimos establecer el teléfono móvil que tenía para la fecha, se hizo un análisis link correspondiente e igualmente, pues su identificación y el análisis correspondiente a las llamadas entre los miembros de la



República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público

Distrito Judicial de Bucaramanga (Santander)
Tribunal Superior
Sala Penal

organización, inclusive para la fecha de los hechos, de manera respectiva. Acá el análisis link, esto es una para indicar, pues haremos traslado en la audiencia de medida, pues de los análisis completos, esto es, para la presentación, esto es un indicativo de los elementos o la inferencia con la que cuenta la fiscalía.

La Fiscalía quiere resaltar entonces que aquí, señores, es una búsqueda selectiva JAMES LEONARDO TÉLLEZ TORRES para la fecha de los hechos y esto del objeto del análisis que este número y dice que para esa fecha los hechos, año 2017, la construcción de la inferencia razonable, pues hay relación y constatación de llamadas con GLORIA PATRICIA OCAMPO, CON DANIELA BOTINA OCAMPO, con VIVIAN GERALDINE SÁNCHEZ PORRAS, esto para indicar, pues, la relación continua permanente entre los miembros del grupo delictivo de manera respectiva, ese análisis lo hizo la funcionaria del Grupo de Análisis Criminal del Centro Nacional de Análisis, de manera respectiva, es uno de los múltiples análisis que hay sobre el tema de relación.

Este es un análisis de correlación, de giros. JAMES LEONARDO TÉLLEZ, VIVIAN GERALDINE, DANIELA BOTINA, esta otra persona que nos aparece en escena, la gráfica que ven sobre el costado derecho. Igualmente, los movimientos financieros que existen entre JAMES LEONARDO TÉLLEZ, GLORIA PATRICIA, DANIELA BOTINA, VIVIAN GERALDINE como las personas entonces que hemos presentado acá en la audiencia y esto, estos movimientos migratorios, estos movimientos de dinero, pues análisis acá como que en la parte de abajo de la cantidad de las cifras y los movimientos que se efectuaron y que se obtuvo legalizada la información.

Los envíos de dinero del indiciado. Volvemos a reiterar a DANIELA, a estas personas que aparecen de intermediarios, a VIVIAN GERALDINE nuevamente. Acá fechas, los países de China, aquí lo pueden ver. JAMES Y DANIELA. El señor James con una serie de personas que son de interés de investigación y a VIVIAN GERALDINE PORRAS que efectivamente tiene relación de giros y que se encuentra en este momento en España.

Relación de envíos de dinero. Hicimos una búsqueda de código abierto en redes sociales, Facebook, es decir, ellos que sí se conocen, sí tienen una relación, este es el Facebook. Obtuvimos las fotografías en código abierto: DANIELA y el SEÑOR JAMES LEONARDO TÉLLEZ TORRES, de manera respectiva. Acá incluso, ahí en los códigos abiertos, el señor JAIME LEONARDO... en países asiáticos de manera respectiva, donde estaban ubicados los dos, el proceso de captación de las víctimas. La fotografía de abajo es en Guangzhou. Esta, se hacen Bangkok, Y esta es DANIELA.

(... en este apartado, se relacionaron otros medios probatorios)

Entonces, continúo con mi formulación de imputación, indicando que, con ocasión de esos elementos materiales probatorios, esa evidencia física, esa información legalmente obtenida, se puede inferir razonablemente para la fiscalía, teniendo esa inferencia razonable a una deducción sensata, a través de la valoración de los medios probatorios, le permitió establecer la autoría, una posible autoría de participación en los hechos objeto de investigación en el hecho punible, esta relación de materiales probatorios, esto, para efecto de registro, pues corresponden a: entrevistas (3); la declaración jurada (1) bajo la gravedad de juramento, con todas las técnicas, de manera respectiva; el dictamen médico legal que practicaron de manera amplia la perito, en 13 folios; el retrato hablado; los reconocimientos fotográficos; las búsquedas selectivas de base de datos en las empresas Avianca, Giros y Finanzas, Efecty, SuRed, Bancolombia, Western Unión, Acciones y Valores, Medimás E.P.S, SaludTotal E.P.S, las empresas de telefonía Claro, Movistar, Tigo, Virgin, Telebucaramanga; los informes de la unidad de información y análisis financiero; los



República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público

Distrito Judicial de Bucaramanga (Santander)
Tribunal Superior
Sala Penal

informes de Migración Colombia; los informes criminal del SINAC, respecto a los análisis de giros de miembros de la organización; los análisis link de los abonados telefónicos de los integrantes del grupo delictivo organizado y las búsquedas selectivas en bases públicas y privadas y los datos públicos y códigos abiertos de manera respectiva, las interceptaciones de comunicaciones debidamente legalizadas.

Ello, para indicar, entonces, de manera muy puntual, que esta construcción de inferencia razonable nos ubica frente a los delitos imputados o previstos en el Código Penal colombiano, más exactamente en su título 3°, en los delitos contra la libertad individual y otras garantías del capítulo 5° de los delitos contra la autonomía personal y artículo 188A: la trata de personas. Aquí se indica de manera clara, este tipo tiene varios verbos rectores: el captar, trasladar, acoger o recibir a una persona, en este caso tenemos captar, trasladar, acoger y recibir a una persona dentro del territorio nacional o al exterior, con fines de explotación sexual, incurrirá en prisión de 13 a 23 años de prisión, una multa de 800 a 1500 salarios mínimos legales mensuales vigentes, para el presente artículo se entenderá “la explotación “obtener un provecho económico o cualquier otro beneficio para sí o para otra persona, mediante la explotación de la prostitución, en este caso, pues voy a leer completo el párrafo, pero en ese caso en específico, para la prostitución ajena, otras formas de explotación: trabajos también o servicios forzados, la esclavitud, las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre, la explotación mediante la mendicidad ajena, el matrimonio servil y la extracción de órganos, turismo sexual u otras formas de explotación. Debe indicarse, en el inciso final, que el consentimiento dado por la víctima a cualquier forma de explotación definida en este artículo, no constituirá causal de exoneración de responsabilidad, esto en concurso heterogéneo previsto para la víctima BETSY FABIANA DUARTE SANDOVAL, y en concurso con el delito de concierto para delinquir, previsto en el título 12 “Delitos contra la Seguridad Pública”, capítulo 1°, concierto para delinquir: “cuando las varias personas se conciertan con el fin de cometer delitos, cada una de ellas será penada por esa sola conducta.” Prisión de 48 a 108 meses, debe indicar que cuando el concierto sea para cometer, en este caso, el delito de trata de personas, que es el que nos ocupa, tiene entonces una pena prevista de 8 a 18 años de prisión, una multa de 2.700 salarios a 30.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes. Debe entonces indicarse que haré precisión, pues obviamente, como me corresponde para los señores... La señora DANIELA BOTINA OCAMPO y JAMES LEONARDO, en calidad de cabecillas o personas, en este caso, como lo indica el inciso final, el inciso tercero, la pena privativa libertad se aumentará la mitad a quienes organicen, promuevan, dirijan, encabecen o constituyan, financien el concierto para delinquir. En este caso para la Fiscalía, ellos dirigen, promueven y con esos dineros que producto del ilícito allá, pues vuelven a fomentar el delito de trata de personas, entonces, hacen relación a ese aumento punitivo...

Y en cuanto a la calificación jurídica, más específicamente, señaló:

“Para el señor **JAMES LEONARDO TÉLLEZ TORRES** esta imputación la hacemos en grado de autor del delito de concierto para delinquir agravado, esto es, el 340, inciso segundo e inciso tercero, en concurso heterogéneo con el delito de trata de personas, en el artículo 188A, a título de dolo, igualmente. El rol criminológico del transportador, en este caso, pues el traslado de un lugar a otro... aprovecha cada instante para instruir a la víctima ¿qué debe decir a las autoridades migratorias? ¿Cómo debe atravesar los aeropuertos? los documentos que son exigidos para pasaportes y visas, incluso advierte la forma en que debe ir vestida, para no llamar la atención y mezclarse con las personas. En ocasiones se presenta que el transportador, pues en este caso en particular, acompañó pues a la víctima, persona que acompañó, le indicó, habla chino, le ayudó a llevarla a frontera en las dos ocasiones, que permitieron, entonces, tramitar las extensiones de visados. Tenemos que extensión de



República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público

Distrito Judicial de Bucaramanga (Santander)
Tribunal Superior
Sala Penal

visados de diferente tipo, de 30 a 60 a 90 días, y fue llevada allí donde podía, entonces, efectuar esas extensiones de visado para facilitar que pudiera reingresar y permanecer en China, de manera legal con el estatus de migratorio, pues que le había sido asignada.”

Más adelante, por solicitud de un defensor, hizo la siguiente aclaración:

“Como lo dije de manera clara, la calificación jurídica corresponde al delito de concierto para delinquir, previsto en el artículo 340, exactamente, inclusive, dije título, en el título 12, delitos contra la Seguridad Pública, capítulo primero, artículo 340, concierto para delinquir: cuando varias personas se conciertan con el fin de cometer delitos; como es de trata, se remite a la pena de 8 a 18 años de prisión y multa de 2700 a 3000 salarios, como la señora DANIELA OCAMPO BOTINA y el SEÑOR JAMES LEONARDO están incurso para la Fiscalía, en el inciso tercero, dice que la pena privativa de libertad se aumenta de la mitad para quienes organizan, fomentan y promueven y dirigen o encabezan, ese aumento de pena, corresponde a la regla del 60, pues obviamente la pena es de concierto para delinquir, es mínimo 13 años máximo 23 años; ahora bien, ¿en concurso con cuál delito? Pues el delito de trata de personas, previsto en el artículo 188A “*el que capte, traslade, acoja y reciba una persona dentro del territorio nacional o hacia el exterior*”, está claro que fue al exterior y claro que fue al interior, con fines de explotación, ocurrirá en prisión de 13 a 23 años y multa de 800 a 1500 salarios mínimos legales mensuales vigentes; eso está en el artículo 188A esto, en calidad de coautores y el concierto para calidad de autores. Muchas gracias, señores, espero haber resuelto la inquietud del señor defensor.”

Con base en lo anterior, valga reiterar, frente al primer argumento planteado por el defensor del señor JAMES LEONARDO, tendiente a asegurar que se vulneraron los derechos fundamentales de su prohijado al haberse utilizado elementos materiales probatorios como soporte de los hechos jurídicamente relevantes, la Sala advierte que, si bien la forma de proceder de la fiscalía no fue la más acertada, pues, debe abstenerse en la medida de lo posible de leer o relacionar el contenido de medios probatorios, evidencia física o información legalmente obtenida, así como de efectuar una descripción de simples hechos indicadores, el hecho de enunciarlos o emplearlos en esta etapa procesal no conlleva a la invalidación del acto procesal de comunicación de cargos, si en cuenta se tiene que, al tenor de lo dispuesto en el artículo 286 y siguientes del Código de Procedimiento Penal, la finalidad de este acto consiste en poner en conocimiento del encartado, mediante un lenguaje comprensible, los hechos por los cuales está siendo investigado, de manera que se le permita diseñar su tesis defensiva con la respectiva asesoría del apoderado.



Cabe agregar que la fiscalía tiene la obligación legal de descubrir los elementos materiales probatorios, evidencia física y demás medios de prueba al momento de formular acusación, lo que no necesariamente implica que no puedan emplearse en una fase procesal previa, tal como acontece con la solicitud preliminar de medida de aseguramiento, escenario en el cual son presentados ante el juzgado de control de garantías con la finalidad exclusiva de definir si procede o no su imposición. En ese orden de ideas, se tiene que los elementos materiales probatorios a los que hizo referencia la agencia fiscal en el caso en particular, evidentemente tenían por objeto realizar una exposición visual de la línea del tiempo en que presuntamente se desarrolló el componente delictivo reprochado, a partir de lo cual explicó los motivos que llevaron a una inferencia razonable sobre la participación del señor JAMES LEONARDO en los ilícitos previstos en los artículos 340 y 188A del Código Penal.

Por consiguiente, a juicio de la colegiatura, el haber entrelazado los elementos materiales probatorios recopilados hasta ese momento y los hechos jurídicamente relevantes en el marco de la audiencia de formulación de imputación, no constituye una causal para invalidar lo actuado, siendo del caso recordar que la declaratoria de nulidad es una medida excepcionalísima para la cual se requiere acreditar que, en efecto, no se hubiesen garantizado los derechos fundamentales del indiciado, lo cual no ocurrió en el asunto bajo estudio.

De igual manera, se insiste en señalar que, aunque no se cuenta con registro audiovisual de la audiencia, lo cierto es que esto no representa, en modo alguno, un obstáculo para que el defensor ejerza su rol dentro del proceso penal respecto de los intereses del señor JAMES LEONARDO, ahora cuando los elementos materiales probatorios que fueron empleados por la titular de la acción penal, se incluyeron en un anexo del escrito de acusación y la misma



defensa convalidó el hecho de haberlos recibido cuando se instaló la respectiva audiencia.

Desde otra arista, el defensor afirmó que los hechos jurídicamente relevantes *son confusos* y de manera puntual, indicó que no se reúnen los componentes alusivos al tipo penal de concierto para delinquir, pues, se requiere demostrar el acuerdo de voluntades entre varias personas con el fin de perpetrar actividades delictivas y que ese convenio tenga vocación de permanencia en el tiempo, lo cual, bajo su perspectiva, no fue precisado por el ente acusador, además que solamente se hizo referencia a un hecho delictivo determinado y a una víctima, por lo que *no existe una indeterminación de los delitos* como lo exige ese tipo penal.

Sobre ese delito, la Corte ha mencionado que se trata de *«un delito autónomo y de peligro, dado que no requiere la producción de un resultado y menos la ejecución de los ilícitos indeterminados que concretan el designio de la asociación criminal.»*²

De modo que:

“El delito de concierto para delinquir tiene lugar cuando varias personas se asocian con el propósito de cometer delitos indeterminados, ya sean homogéneos, como cuando se planea la comisión de una misma especie de punibles, o bien heterogéneos, caso en el cual se concierta la realización de ilícitos³ que lesionan diversos bienes jurídicos; **desde luego, su finalidad trasciende el simple acuerdo para la comisión de uno o varios delitos específicos y determinados**, en cuanto se trata de la organización de dichas personas en una sociedad con vocación de permanencia en el tiempo.

En efecto, **la indeterminación en los delitos objeto del concierto para delinquir apunta a ir más allá de la comisión de punibles específicos en un espacio y tiempo determinados**, pues en este caso se estaría en presencia de la figura de la coautoría, en cuanto es preciso para configurar aquel delito el carácter permanente de la empresa organizada, generalmente especializada en determinadas conductas predeterminables, pero no específicas en tiempo, lugar, sujetos pasivos, etc., es decir, “sin llegar a la precisión total de cada acción individual en tiempo y lugar”, de modo que cualquier

² CSJ SP 13920-2017, Rad. 39931

³ Cfr. CSJ SP, 22 jul. 2009. Rad. 27852.



procedimiento ilegal en procura de la consecución del fin es admisible y los comportamientos pueden realizarse cuantas veces y en todas aquellas circunstancias en que sean necesarios.

En cuanto a la comisión del referido comportamiento es suficiente acreditar que la persona pertenece o formó parte de la empresa criminal, sin importar si su incorporación se produjo al ser creada la organización o simplemente adhirió a sus propósitos con posterioridad, **y tampoco interesan las labores que adelantó para cumplir los cometidos delictivos acordados.**

(...) **Es un delito de mera conducta, pues no precisa de un resultado;** se entiende que el peligro para la seguridad pública tiene lugar desde el mismo momento en que los asociados fraguan la lesión de bienes jurídicos⁴.

(...) el concierto para delinquir es ejemplo de delito de carácter permanente, pues comienza desde que se consolida el acuerdo de voluntades para cometer delitos indeterminados y se prolonga en el tiempo hasta cuando cesa tal propósito ilegal.

(...) **En suma, el delito de concierto para delinquir requiere: Primero: Un acuerdo de voluntades entre varias personas; segundo: Una organización que tenga como propósito la comisión de delitos indeterminados, aunque pueden ser determinables en su especie; tercero: La vocación de permanencia y durabilidad de la empresa acordada; y cuarto: Que la expectativa de realización de las actividades propuestas permita suponer fundadamente que se pone en peligro la seguridad pública (CSJ SP2772-2018, Rad. 51773).**

En ese orden de ideas, la Corte Suprema de Justicia en providencia SP 5660-2018, Rad. 52.311, destacó la relevancia de identificar los hechos jurídicamente relevantes de cada una de las conductas que se atribuyen, señalando que:

“Bajo el entendido de que el principio de legalidad tiene su principal escenario de concreción en la determinación de los hechos en cada caso en particular, resulta imperioso que al estructurar las premisas fácticas de la acusación y la sentencia el fiscal y el juez, respectivamente, constaten que cada uno de los elementos estructurales del delito (previstos en abstracto) encuentran desarrollo en los hechos objeto de decisión judicial.

Así, por ejemplo, una hipótesis de hechos jurídicamente relevantes por el delito de concierto para delinquir debe dar cuenta, entre otras cosas, de que cada imputado, acusado o condenado: (i) participó del acuerdo orientado a generar una empresa criminal, “con vocación de permanencia y durabilidad”, dispuesta para cometer cierto tipo de delitos; (ii) se trata de delitos indeterminados, así sean determinables -homicidios, hurtos-, lo que se contrapone a los acuerdos esporádicos para cometer un delito en particular –el homicidio de X, el hurto en la residencia de Y, etcétera-; (iii) el rol de cada imputado, acusado o condenado en la organización –promotor, director, cabecilla, lo que implica suministrar la mayor información posible acerca

⁴ CC C-241/97.



de la estructura criminal; (iv) la mayor concreción posible sobre el tiempo de existencia de la organización, así como de su área de influencia.

Siendo claro que este delito se consuma independientemente de la materialización de las actividades ilícitas para las que fue creada la organización, cuando lo acordado se concreta en la realización de delitos en particular debe tenerse en cuenta que: (i) constituyen delitos autónomos; (ii) si la Fiscalía planea incluirlos en la imputación y la acusación, debe estructurar una hipótesis de hechos jurídicamente relevantes que incluya todos los elementos estructurales previstos en la respectiva norma penal; (iii) **ya no se trata de delitos indeterminados, sino de conductas realizadas bajo puntuales circunstancias de tiempo, modo y lugar;** y (iv) todo bajo el entendido de que en las imputaciones y acusaciones por concursos de conductas punibles debe especificarse el referente fáctico de cada delito, sin perjuicio de las estrategias orientadas a presentar los cargos de la manera más clara, lógica y simplificada, como lo dispone el ordenamiento jurídico.

De otro lado, cuando en los cargos se plantea que el imputado o acusado actuó a título de coautor (de uno o varios delitos en particular), la Fiscalía debe precisar: (i) cuál fue el delito o delitos cometidos, con especificación de las circunstancias de tiempo, modo y lugar; (ii) la participación de cada imputado o acusado en el acuerdo orientado a realizar esos punibles; (iii) la forma cómo fueron divididas las funciones; (iv) la conducta realizada por cada persona en particular; (v) la trascendencia del aporte realizado por cada imputado o acusado, lo que, más que enunciados genéricos, implica establecer la incidencia concreta de ese aporte en la materialización del delito; etcétera. Solo de esta manera se puede desarrollar, en cada caso en particular, lo dispuesto por el legislador en materia de concierto para delinquir, coautoría, complicidad, entre otras expresiones relevantes del principio de legalidad.”

Bajo este panorama 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 pudiese deducirse que no existen hechos jurídicamente relevantes que se adecúen en el tipo penal de concierto para delinquir agravado.

Lo anterior debe cotejarse con la situación fáctica arriba transcrita, lográndose advertir que sí fueron delimitadas las circunstancias de tiempo, lugar y modo en que se desarrolló el referido componente delictivo, pues, entre otras cosas, se precisó que el señor JAMES LEONARDO hace parte de una organización que inicia sus operaciones en la ciudad de Bucaramanga, cuyo propósito es captar a mujeres mediante el ofrecimiento de una propuesta laboral para ser



desarrollada en el país de China, para lo cual cumplía la labor de transportador, identificándose en este caso puntual como víctima de uno de los delitos objeto de concierto a la señora BETSY FABIANA DUARTE SANDOVAL, caso frente al cual, se explicó que su rol consistió en recibir a esa persona el 23 de marzo de 2017 en el aeropuerto internacional de Baiyun y trasladarla al hotel en que se hospedaría, lugar en que otra persona, es decir, la compañera sentimental del procesado, DANIELA BOTINA OCAMPO, le informa que el trabajo a ejercer consistía en la prostitución.

Siguiendo la línea de tiempo empleada por la fiscalía, el señor JAMES LEONARDO aparece nuevamente para transportar a la víctima hasta el Club Kama, donde le informa que el producto económico obtenido como contraprestación de los servicios sexuales de los que sería objeto de explotación, se retendrían hasta tanto no saldara la deuda de 14 mil dólares, valor en el cual presuntamente se incurrió al tramitarle la visa, financiarle los vuelos y en general tramitarle otros documentos relacionados a su permanencia en ese país.

En dicha reunión se le explicó que, de no cumplir con su trabajo, se tomarían represalias contra su familia ubicada en Colombia, pues tenían los datos pertinentes conforme a la documentación que aportó para tramitar el visado. Además, con el fin de asegurar el pago de la mencionada deuda, se le retuvo el pasaporte.

De igual manera, el ente acusador también puso en conocimiento del imputado que, de acuerdo con las manifestaciones de la señora BETSY FABIANA, lo lograba identificar plenamente porque convivió por lo menos durante 2 meses con él y la señora DANIELA BOTINA OCAMPO en un apartamento, en el cual *la mantenían bajo vigilancia y control y prohibición de contacto con ciudadanos o ciudadanas colombianos.*



Por consiguiente, de esos hechos pormenorizados, se le indicó al señor JAMES LEONARDO que su participación en la organización criminal se concretó a partir de la *acción de captar, acción de trasladar, en la acción de acogimiento, recibimiento, explotación a través de la prostitución ajena, obteniendo un provecho ilícito...*, especificándole que su rol criminológico era el de transportador. En ese sentido, reiteró en sendas oportunidades que su contribución específica en uno de los delitos objeto del concierto, consistió en trasladarla desde el momento en que la recibió en el aeropuerto, pero también se puso en conocimiento de aquel que su actuar se extendió a otros escenarios, esto es, facilitando el proceso de extensión del visado de la señora BETSY FABIANA, debido a que tiene dominio del idioma mandarín.

En ese punto, la fiscalía resaltó que el procesado era quien le daba instrucciones a la víctima sobre la forma en que debía actuar frente a las autoridades migratorias y que le entregaba un papel con instrucciones para que los policiales o guardias comprendieran el motivo por el cual ella se acercaba para que, de esta manera, le extendieran su permanencia en el país.

Bajo ese panorama, a juicio de la Sala, además de haberse evidenciado el ánimo de concertación para la comisión de varios delitos de trata de personas (recuérdese que, a pesar de que la organización tenga como propósito la comisión de reatos indeterminados, los mismos pueden ser determinables en su especie), se explicó de forma detallada la división de trabajo de cada uno de los imputados y en particular, se le informó la tarea o contribución que el señor JAMES LEONARDO desarrollaba en el país de China, indicándose, en suma, que el provecho ilícito obtenido como consecuencia de la explotación sexual de la víctima, le permitía realizar giros a los demás imputados que operan desde Colombia y financiar de esta manera la captación de las mujeres y la tramitación de sus respectivos documentos internacionales (voción de permanencia en el tiempo).



De esta manera, se puede concluir que el relato efectuado por la fiscalía en el marco de la formulación de imputación contenía hechos jurídicamente relevantes que, lejos de ser confusos, precisan las circunstancias de tiempo, modo y lugar por las cuales se imputó al señor TÉLLEZ TORRES los injustos de concierto para delinquir agravado en concurso con trata de personas, identificando cada uno de los componentes que se exigen para llegar a la inferencia razonable de su participación en los mismos.

Así las cosas, refulge evidente que en el caso de la especie no se configuró la irregularidad denunciada y en todo caso, los hechos aún pueden ser objeto de concreción al momento de formularse la acusación para los imputados a efectos de que puedan elaborar su estrategia defensiva, luego, como la censura no prospera, se confirmará la decisión apelada.

Cuestión final.

Copia de este auto se deberá enviar a la coordinación del Centro de Servicios Judiciales del Sistema Penal Acusatorio de Bucaramanga para que, conjuntamente con el juzgado de primera instancia y su centro de servicios administrativos, se adelanten las verificaciones pertinentes a efectos de que el expediente quede organizado con todos los registros audiovisuales que existan y aún falten, efectuándose un llamado con el fin que los procesos virtuales siempre tengan adjuntos todas sus piezas procesales, según la secuencia cronológica que corresponda y acatándose los protocolos aplicables.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Bucaramanga,

RESUELVE:

PRIMERO.- CONFIRMAR la decisión interlocutoria apelada.



República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público

Distrito Judicial de Bucaramanga (Santander)
Tribunal Superior
Sala Penal

SEGUNDO.- ENVIAR copia de este auto a la coordinación del Centro de Servicios Judiciales del Sistema Penal Acusatorio de Bucaramanga para los fines indicados en el acápite denominado “Cuestión final”.

Contra esta providencia no procede recurso alguno.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Los magistrados,

HAROLD MANUEL GARZÓN PEÑA

SHIRLE EUGENIA MERCADO LORA

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, veinticinco (25) de mayo de dos mil veintitrés (2023)
Discutido y Aprobado virtualmente por Acta No. 502.

OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

Resuelve la Sala el desistimiento al recurso de apelación interpuesto por la defensora de **Iván Díaz Flórez**, contra la sentencia de 31 de agosto de 2022 proferida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Bucaramanga, dentro del proceso que se le sigue al prenombrado junto a Willington Murillo Carvajal y Fernando Abaunza Bautista, por los delitos de **concierto para delinquir agravado, extorsión y receptación**; lo anterior conforme lo establecido en el artículo 179F del C. de P.P.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Tal y como ha sido señalado por la norma, los recursos o medios de impugnación son actos que realizan los sujetos procesales, encaminados a obtener la modificación o reforma de providencias con las cuales no están conformes o que lesionan sus intereses y la facultad de interponer dichos recursos está limitada a los sujetos procesales, esto es, a las personas que legal o jurídicamente pueden intervenir en el proceso.

En desarrollo de lo anterior y existiendo precisión dentro del Código de Procedimiento Penal respecto del desistimiento de los mismos, en el artículo 179F se establece: «*Desistimiento de los recursos. Podrá desistirse de los recursos antes de que el funcionario judicial los decida*».

No exigiéndose por parte del legislador un requisito ajeno a la simple manifestación del recurrente que desiste del recurso interpuesto y que el mismo no haya sido resuelto por el funcionario competente, procederá la Sala a admitir el desistimiento realizado por la defensora de Iván Díaz Flórez, coadyuvada por el procesado, quien consignó la firma en el memorial allegado para tales efectos.

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BUCARAMANGA (Sder), SALA PENAL DE DECISIÓN,

RESUELVE

Primero. - Admitir el desistimiento del recurso de apelación interpuesto por la defensora de Iván Díaz Flórez.

Segundo. - Entérese a los sujetos procesales y remítase al juzgado de origen para lo de su competencia.

Comuníquese y devuélvase,

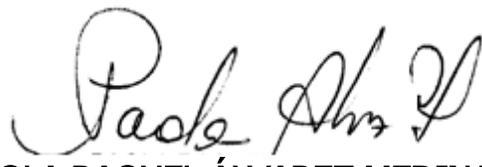
Los Magistrados,



GUILLERMO ÁNGEL RAMÍREZ ESPINOSA



SUSANA QUIROZ HERNÁNDEZ



PAOLA RAQUEL ÁLVAREZ MEDINA

Registro de proyecto el 24 de mayo de 2023.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

SALA PENAL

Magistrado Ponente: DR. JUAN CARLOS DIETTES LUNA

Radicación N° 68-001-60-00-159-2013-04555-01 / 56430 - 1163

Bucaramanga, mayo quince (15) de dos mil veintitrés (2023)

A S U N T O

Resolver el recurso de apelación interpuesto por la agencia fiscal contra la sentencia proferida por el Juez Quinto Penal del Circuito de Bucaramanga, mediante la cual absolvió a ANDERSON IVÁN URBINA LIZARAZO como autor del delito de ACCESO CARNAL ABUSIVO CON INCAPAZ DE RESISTIR.

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

Aproximadamente a las 13:00 horas del 17 de mayo de 2013, Eduardo Solano Díaz revisó entre la maleza de la entrada a la finca Montebello - km 22+100 metros de la carretera nacional Bucaramanga a Cúcuta – y sorprendió a Anderson Iván Urbina Lizarazo - con la pantaloneta abajo - cuando abusaba sexualmente de su sobrina menor CSS – nacida en noviembre 19 de 1995, con retardo mental, lentitud en pensamiento y lenguaje -, la cual también estaba con la ropa abajo; fue en moto a dar aviso a los policiales, arribaron al lugar y al corroborar lo informado procedieron a capturar al antedicho.

DE LA ACTUACIÓN PROCESAL

En audiencia preliminar celebrada el 18 de mayo de 2013 el Juez Cuarto Penal Municipal de Bucaramanga con funciones de control de garantías legalizó la captura en situación de flagrancia de Anderson Iván Urbina Lizarazo; la agencia fiscal le imputó la presunta comisión del delito de acceso carnal violento – artículo 205 de la Ley 599 de 2000, modificado por la Ley 1236 de 2008 –, cargo no aceptado por el encartado; se legalizó la incautación de la motocicleta de placas WNF 24C con fines de comiso y no se accedió a suspender el poder dispositivo, última decisión apelada por la agencia fiscal y confirmada por la Juez Sexto Penal del Circuito de la ciudad (f.13 a 18); también se le impuso medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario (f.2 y 3), luego revocada, por lo cual se dispuso su inmediata libertad (f.63).

Una vez presentado el escrito de acusación en que se varió la calificación jurídica provisional (f.20 a 24), el Juez Quinto Penal del Circuito de Bucaramanga convocó la respectiva audiencia, en desarrollo de la cual se formuló acusación por la supuesta comisión del punible de acceso carnal abusivo con incapaz de resistir – artículo 210 de la Ley 599 de 2000, modificado por la Ley 1236 de 2008 -, con una circunstancia de menor punibilidad - carecer de antecedentes penales - (f.44 y 47 a 50); en la audiencia preparatoria se pactaron como estipulaciones la identidad del procesado y la víctima – con su edad -, la ausencia de antecedentes penales y la propiedad de la motocicleta (f.71 a 83, 90 y 91), así como se decretó la práctica del acervo probatorio (f.69 y 70); realizó el juicio oral en varias sesiones (f.92 a 101, 102 y 103, 116 y 119) y al final anunció que el fallo sería absolutorio, procediendo a su inmediata lectura (f.133).

DE LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Al estimar no reunidas las exigencias contempladas en el artículo 381 de la Ley 906 de 2004, el a quo absolvió a Anderson Iván Urbina Lizarazo de la comisión del ilícito reprochado, pues los medios de convicción acopiados por la agencia fiscal no lograron demostrar más allá de toda duda razonable su responsabilidad penal, ya que:

1.- El médico Pedro Armando Cadena Morales concluyó que no se podía confirmar la penetración vaginal, ni existían huellas externas de violencia que permitieran fundamentar una incapacidad médico legal, tampoco se allegaron los resultados del frotis vaginal y perineal realizado en búsqueda de semen.

2.- El psiquiatra Carlos Alberto Otero Orjuela en la entrevista de la niña no detectó indicios de síntomas afectivos o psicóticos, tampoco hubo evidencia de patología mental, conservaba las funciones mentales y la capacidad de diferenciar la realidad de la fantasía, personalidad dentro de límites normales que no comprometía por sí misma su capacidad de comprensión ni su autodeterminación, circunstancia que conducía a no dar por estructurado el ingrediente subjetivo del tipo penal endilgado.

3.- Al ser interrogado por la defensa el progenitor de la afectada – José Ricardo Solano Díaz - reconoció que no vio la violación, sí al enjuiciado con la ropa abajo, por lo cual el acceso carnal no pasaba de ser una conjetura.

4.- El tío Eduardo Solano Díaz tampoco observó la violación porque estaba parqueando la moto, menos aún la hermana de la menor porque estaba esperándolos en la casa, dado que la niña se fue con el procesado, a más que – ante los requerimientos de su familia – esta última se quedó callada, actuó normal y la propia víctima al declarar se tornó confusa e incoherente al responder los interrogantes planteados, inicialmente narró que el enjuiciado se quitó el pantalón, también le quitó el pantalón, la agarró a la fuerza y empezó a abusar de ella, pero al preguntarle lo que entendía por violación se limitó a contestar que era “dolor entre las piernas, él me tocaba las partes íntimas” y en respuesta a la defensa sobre si tuvo relaciones sexuales con el encartado, comentó que “No la tuve. No. Solamente me quitó la ropa y no más”, reiteró que no las alcanzaron a tener, la agencia fiscal impugnó su credibilidad, la niña expuso que no se acordaba, luego rememoró que le quitó la ropa interior, le abrió las piernas, se lo metió entre la vagina y le dolió muchísimo, aunque en el recontra adujo que solo le manoseó las partes íntimas y no alcanzaron a tener relaciones sexuales, dando lugar a dudas probatorias por falta de consistencia en sus atestaciones.

Por consiguiente, no obstante que el enjuiciado en su intervención procesal reflejó una excesiva preparación y su versión no era muy creíble, el restante material probatorio resultaba insuficiente para desvirtuar la presunción de inocencia que lo ampara (f.122 a 132).

DE LA IMPUGNACIÓN

Inconforme con el fallo, la agencia fiscal lo apeló con el objeto que fuera revocado, pues el a quo no valoró en debida forma el material probatorio aportado y no solo desconoció el relato de la menor víctima que refirió el abuso sexual que sufrió, sino el estado psicológico confirmado por el profesional adscrito al INML, quien determinó que la joven poseía el desarrollo intelectual de una niña de 7 u 8 años de edad – retardo mental leve -, hecho que menguaba su capacidad de consentir la práctica sexual a que fue sometida; además, el acceso carnal se demostró con el testimonio de la víctima, así el perito forense que practicó el examen sexológico no pudiera confirmar hallazgos de penetración vaginal, estableciera que no poseía antecedentes sexuales y tenía características de himen elástico, pero los testimonios de su tío y progenitor confirmaron el abuso sexual denunciado, al hallar a Anderson Iván Urbina Lizarazo con el pantalón abajo, al igual que la menor CSS, luego de transportarla en su moto hasta ese sitio y, por ende, los medios de convicción arrimados al juicio oral demostraron más allá de duda razonable la responsabilidad penal de aquel en los hechos objeto de juzgamiento.

DEL NO RECORRENTE

La defensa pidió ratificar el fallo de primer grado porque el a quo valoró acertadamente los medios de convicción acopiados, dado que jamás se comprobó que el acceso carnal mencionado por la menor hubiera existido, la único testigo presencial – la niña CSS – fue contradictoria y confusa en su declaración, el experticio médico legal no concluyó la existencia de huellas de penetración vaginal, ni quedó probada la condición de retardo mental de la víctima.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Controvierte la agencia fiscal el fallo de primer grado, con el objeto que Anderson Iván Urbina Lizarazo sea condenado por el delito que lo acusaron, o sea, acceso carnal abusivo con incapaz de resistir, acerca del cual la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha discernido que

“...en lo que concierne a la configuración del delito de acceso carnal o acto sexual abusivos con incapaz de resistir, es de destacar que la descripción típica contenida en el artículo 210 del Código Penal es del siguiente tenor: “Artículo 210-. Acceso carnal o acto sexual abusivos con incapaz de resistir. El que acceda carnalmente a persona en estado de inconsciencia, o que padezca trastorno mental, o que esté en incapacidad de resistir, incurrirá en prisión de doce a veinte años”. De la simple lectura del precepto, es obvio colegir que el tipo en comento requiere una calidad especial en el sujeto pasivo de la conducta, que puede obedecer (i) al estado de inconsciencia en el momento en que ocurre el acceso o acto de índole sexual; (ii) al trastorno mental que de manera transitoria o permanente ostente la víctima, siempre y cuando le represente un detrimento en las facultades intelectivas que le impida comprender la naturaleza de la relación u otorgar el respectivo consentimiento en la misma; o (iii) a una situación en la que la voluntad de la persona está completamente doblegada por el infractor. Así lo ha analizado la Sala en precedencia: “De acuerdo con el principio de reserva legal, la calidad de víctima en el delito de una parte de acceso carnal y de otra de acto sexual abusivo de que trata el artículo 210 del Código Penal en su cuerpo primero y segundo, no se consolida por el solo resultado objetivo de los comportamientos así descritos en dicha normativa. ”Por el contrario, se exige como presupuesto o mejor entiéndase como requisito esencial que dichos fenómenos se hubiesen materializado en persona en estado de inconsciencia o que padezca trastorno mental o que esté en incapacidad de resistir. ”Tratándose de la inconsciencia se comprende desde la perspectiva de lo general, que se trata de aquellos estados en los que el ser humano objeto de la agresión sexual se halla bloqueado en sus facultades cognoscitivas, efecto de anulación en la capacidad de conocimiento que puede darse como resultado de la ingesta de licor o de cualquier sustancia natural o química que produzca dicho efecto. ”En lo que corresponde al trastorno mental, se entiende que dicho estadio, como expresión de inimputabilidad, puede ser de carácter transitorio o permanente, eventos en los que las afectaciones no solo recaen en la capacidad de comprensión sino en las facultades volitivas, es decir, en la libre autodeterminación o eventos de involuntabilidad [sic] y que corresponden a variadas manifestaciones, desde luego, sujetas a reconocimiento a través de prueba pericial

médico científica. "A su vez, los comportamientos de que trata el artículo 210 se materializan en persona que 'esté en incapacidad de resistir', estadio en el cual sus capacidades, posibilidades y realidades de respuestas negativa o más claramente de oposición material frente al acceso carnal o actos sexuales diversos a aquel, se hallan doblegadas por la voluntad impositiva del agresor, frente a quien la víctima se encuentra a su merced, es decir, a su unilateral disposición"¹..."²

A su turno, 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 los de la responsabilidad penal del acusado, como autor o partícipe; así mismo, el artículo 373 ibídem 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 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.

De otra parte, en el marco de la Ley 906 de 2004 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 lo cual se puede llegar a tener conocimiento del objeto central del proceso penal o sus aspectos accesorios trascendentes por cualquier vía probatoria legal; al respecto, la alta Corte en el campo penal ha discernido que

"...no ha sido objeto de debate o controversia, que respecto de la demostración de un hecho puntual interesante a la tipicidad del delito de acceso carnal abusivo, como lo es la penetración, para el caso, por vía anal, de un miembro viril u otro objeto, la ley no ha establecido ningún tipo de tarifa legal, esto es, que la verificación fáctica puede operar por cualesquiera de los medios suasorios instituidos en la ley o uno similar que no viole los derechos humanos...Desde luego, en ocasiones es factible advertir que posee una mayor

¹ Auto de 25 de noviembre de 2008, rad. 30546

² Sentencia de mayo 6 de 2009, rad. 24055

virtualidad suasoria determinado elemento de juicio, en razón a sus características y posibilidades demostrativas...Pero ello no implica que ese más preciso medio repudie otros que lo suplan o, incluso, obligue aplicar una especie de capitis diminutio a los demás, al extremo de privilegiarse frente a ellos...Respecto de los delitos de connotación sexual y su forma de demostración, es necesario precisar que incluso la exigencia de prueba única o privilegiada, remitida al dictamen pericial fruto de la observación clínica y consecuentes exámenes de laboratorio, choca con el hecho evidente que en muchos casos las arremetidas salaces no dejan huella perceptible, o el paso del tiempo, cuando la denuncia tarda, las borra...Entonces, apenas para citar unos cuantos ejemplos, si el acceso carnal consistió no en la introducción del miembro viril, o cualquier otro cuerpo duro, en las vías anal o vaginal, sino en un acto de felación, es claro que posiblemente no se presenten cicatrices o lesiones apreciables, tornando inane el examen pericial; igual sucede cuando el medio utilizado para sojuzgar a la víctima no es la violencia física -o esta es menor de edad y lo acepta- y la relación opera por vía vaginal o anal, sin eyaculación interna, conocido suficientemente, en lo que al ano respecta, que este puede acoplarse a la penetración y volver a tomar su forma casi de inmediato...En fin, que, para lo ahora verificado, si el menor denunció el hecho varios días después de ocurrido, muy posiblemente las huellas pasibles de presentarse por la penetración anal, ya se han desvanecido y, entonces, ningún valor importante comporta el dictamen pericial...”

Adicionalmente, ha sostenido que en materia de delitos sexuales el testimonio de la menor víctima ostenta un valor especial y trascendental para comprender los hechos que originaron el proceso penal, pues

“...la prueba testimonial comporta entidad suficiente para demostrar hechos trascendentes en lo que toca con delitos de contenido sexual, incluidos, desde luego, aquellos que dicen relación con la estricta tipicidad de la conducta en su contenido objetivo, esto es, la forma en que la acometida libidinosa tuvo ocurrencia o, para mayor precisión, si hubo o no penetración anal o vaginal...Y, desde luego, testigo de excepción para el efecto lo es la víctima, no sólo porque precisamente sobre su cuerpo o en su presencia se ejecutó el delito, sino en atención a que este tipo de ilicitudes por lo general se comete en entornos privados o ajenos a auscultación pública...Así mismo, cuando se trata, la víctima, de un menor de edad, lo dicho por él resulta no sólo valioso sino suficiente para determinar tan importantes aristas probatorias, como quiera que ya han sido superadas, por su evidente contrariedad con la realidad, esas postulaciones injustas que atribuían al infante alguna suerte de incapacidad para retener en su mente lo ocurrido, narrarlo adecuadamente y con fidelidad o superar una cierta tendencia

fantasiosa destacada por algunos estudiosos de la materia...Ya se ha determinado que en casos traumáticos como aquellos que comportan la agresión sexual, el menor tiende a decir la verdad, dado el impacto que lo sucedido le genera...No soslaya la Corte, desde luego, que los menores pueden mentir, como sucede con cualquier testigo, aún adulto, o que lo narrado por ellos es factible que se aleje de la realidad, la maquille, oculte o tergiverse, sea por ignotos intereses personales o por manipulación, las más de las veces parental...Precisamente, lo que se debe entender superado es esa especie de desestimación previa que se hacía de lo declarado por los menores, sólo en razón a su minoría de edad. Pero ello no significa que sus afirmaciones, en el lado contrario, deban asumirse como verdades incontrastables o indubitables...No. Dentro de las características particulares que irradia el testigo, la evaluación de lo dicho por él, menor de edad o no, ha de remitir a criterios objetivos, particularmente los consignados en el artículo 404 de la Ley 906 de 2004, atinentes a aspectos tales como la naturaleza del objeto percibido, el 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...Desde luego, a esos conceptos intrínsecos del testimonio y quien lo rinde, deben agregarse, para la verificación de su trascendencia y efectos respecto del objeto central del proceso, aquellos referidos a cómo los demás elementos suasorios apoyan o contradicen lo referido, habida cuenta de que el sistema de sana crítica del cual se halla imbuida nuestra sistemática penal, obliga el examen en conjunto y de contexto de todos los medios de prueba arrojados legalmente al debate..."³

Pues bien, se torna necesario analizar el material probatorio recaudado, a fin de establecer si el disenso tiene la virtualidad o no de prosperar; en efecto:

1.- La agencia fiscal pretendió demostrar que Anderson Iván Urbina Lizarazo accedió carnalmente a la menor CSS, aprovechando su estado de retardo mental, solo que lo sorprendieron cuando abusaba sexualmente de ella. Así:

1.1. Pedro Armando Cadena Morales – médico del INML – admitió que elaboró el informe pericial de clínica forense del 17 de mayo de 2013 (f.96 y 97), diligencia en donde la progenitora de la menor CSS manifestó que su hija sufría un retardo

³ Sentencia de mayo 11 del 2011, rad. 35080

mental – antecedente patológico – del cual detectó “lentitud de pensamiento y de lenguaje”, sin que pudiera confirmarlo, por lo cual ordenó su revisión por psiquiatría forense; al valorar su edad y la parte vaginal, no hubo hallazgos de penetración vaginal, tampoco huellas externas, himen anular íntegro y elástico que permitía el paso de un miembro viril en erección, sin signos de contaminación venérea; según su dentadura y fisonomía, tenía una edad aproximada de 17 años; en el informe complementario 13240-C-2013 (f.94 y 95) consignó que el análisis de semen en el frotis vaginal y el estudio de prendas arrojó resultado negativo.

En el contrainterrogatorio expresó que la madre de CSS le informó del retardo mental; él – por indicios - sospechaba de una posible patología a nivel del sistema nervioso y de la síquis, sin confirmar; y ordenó la valoración por psiquiatría.

1.2. Carlos Alberto Otero Orjuela – psiquiatra del INML – aceptó que rindió el informe pericial de clínica forense y practicó el examen psiquiátrico forense a la menor CSS (f.94 a 100); allí registró que vestía de forma adecuada, edad cronológica acorde con la real, hizo contacto visual con el entrevistador, no pudo definir fecha, parcialmente se ubicó en el sitio donde se encontraban, no estaba fuera de sí, no tenía alteraciones, raciocinio / memoria y conciencia conservados, inteligencia límite con calificación entre 70 y 80, o sea, paciente con retardo mental leve; y si bien, ha podido superar sus estudios con ayuda, su desarrollo intelectual es el de una niña de 7 u 8 años.

Con fundamento en el informe pericial de clínica forense N° GRCOPPF-DRNORIENTE-08045-20163 del 17 de mayo de 2013 practicado a la menor CSS se observó que padecía un retardo mental como antecedente médico psicológico, lentitud en pensamiento y lenguaje e inexistencia de lesiones recientes al momento del examen que permitieran fundamentar una incapacidad médico legal.

Explicó que los diagnósticos de psiquiatría son de tipo clínico – basados en la experiencia - y por eso la conclusión del experticio médico legal practicado a la menor CSS estuvo acorde con el examen mental - observación y entrevista -, pues la senso percepción hace alusión a los síntomas psicóticos – no tenía – y afectivos

- no se notó alterada -, aunque la inteligencia límite y el retardo mental leve al que hizo alusión son aspectos que pueden llevarse en una vida normal, siempre y cuando tenga apoyo, asesoría, acompañamiento y ayuda; concluyó que CSS poseía 17 años de edad, pero su inteligencia era la de una niña, ya que su desarrollo mental reflejaba la edad de 7 u 8 años, siendo totalmente manipulable por una persona adulta; CSS al momento de definirse no realizó pensamiento abstracto – como lo haría un adulto –, sino que acudió a un pensamiento concreto – el de un menor de 11 años –, lo cual le permitió confirmar la inteligencia límite y su retardo mental leve.

En el contrainterrogatorio aclaró que en el experticio psiquiátrico forense se consignó que CSS estaba dentro de los parámetros normales, pero esa referencia versa sobre la personalidad, totalmente diferente a la inteligencia límite que puede tener desarrollo normal y aun así existe discapacidad y un retardo mental leve, hecho que pudo determinar con solo examinar a la paciente.

Ante requerimiento del agente del Ministerio Público dio a conocer las escalas de los retardos mentales: (i) severo de 20 a 50, (ii) moderado de 50 a 70 y (iii) leve de 70 a 80; también explicó que si la escolaridad de CSS es de décimo bachillerato, teniendo 17 años de edad – pese a su retardo mental leve -, es producto de la ayuda brindada por su núcleo familiar y los docentes, aunque si le hicieran un examen con todos los parámetros, arrojaría un nivel de cuarto primaria.

1.3. José Ricardo Solano Díaz – padre de la víctima – dijo tener cuatro hijas, una de ellas CSS; en el 2013 residían en el km 22 hacia Cúcuta; las niñas no estudiaban por sus escasos recursos económicos, le colaboraban vendiendo mandarinas en la vía - donde había trancones -, se iban a las 7:00 de la mañana y volvían a medio día; un día Anderson Iván – a quien no conoce - se ofreció a llevar a sus hijas SJ y CSS en su moto, la primera no aceptó y CSS sí; SJ llegó a la casa, él le preguntó por CSS y la hermana le contó lo sucedido; fue a buscarla junto a su hermano Eduardo, iban por el kilómetro 24 y Eduardo vio una motocicleta parqueada, se bajaron y vieron a Anderson Iván con el pantalón abajo

y su hija CSS igual, se lanzó a cogerlo y pegarle, lo retuvo un rato y mientras tanto Eduardo fue a buscar a los agentes policiales, quienes al llegar lo capturaron.

El sitio exacto donde hallaron al procesado y a su hija fue en una finca, sobre la carretera, a la entrada había un ramal, un muro y el resto puro monte; él arribó, vio a Anderson con la pantaloneta abajo y a su hija también; lo tomó del cuello y le decía “señor yo respondo por lo que yo hice, si le sucede algo a la niña yo respondo por lo que le hice”; CSS solo lloraba; Anderson no era vecino del sector, ni lo conocían; CSS era distinta a las demás - como “pendeja o majadera” – y él nunca la había llevado al médico, pese a ser diferente desde pequeña.

En el contrainterrogatorio comentó que su hija SJSS fue quien le contó que CSS se había ido en la moto con el encausado, él no vio a Anderson violando a su hija, pero sí los vio con los pantalones abajo; CSS estaba acompañando a SJ a vender mandarinas y para la época de la declaración terminaba de cursar once de bachillerato, sin problemas en las materias.

1.4. Eduardo Solano Díaz – tío de la víctima – recordó que en mayo de 2013 sus sobrinas CSS y SJ vendían mandarinas en la doble calzada que estaban construyendo sobre la vía que conduce a Cúcuta, cuando SJ llegó sola a la casa de José Ricardo – vive con ellos -, les contó que un muchacho detuvo la moto y las convidó a llevarlas, ella no se subió, su hermana CSS sí y como esta última no llegaba, él y su hermano José se preocuparon; con la descripción que les hizo la niña del velocípedo, salieron en su búsqueda; cerca del kilómetro 23 de la Corcova vio sobre el camino una motocicleta parqueada con las mismas características antes descritas, primero se bajó su hermano José y encontró a Anderson y a CSS sin ropa, en la parte de debajo de una finca que tenía un portón de madera y una casa a 500 metros de distancia; el encartado tenía a su sobrina CSS por debajo de un muro donde hay un pastal demasiado denso; el primero que los vio fue su hermano José Ricardo; cuando él bajó, alcanzó a ver a Anderson Iván – a quien no conocía y nunca lo habían visto por los alrededores - con la pantaloneta abajo, tratando de huir, pero no pudo porque se enredó con la misma;

igualmente vio a su sobrina sin pantalón; su reacción fue agredir al sujeto, lo sacaron a la carretera, lo dejó con su hermano José y se fue a traer a la policía.

En el contrainterrogatorio reconoció que él no vio directamente la violación porque se quedó parqueando la motocicleta en la que iban y su hermano José fue el primero en bajarse.

1.5. La menor CSS – afectada – evocó que el año anterior estuvo vendiendo mandarinas con su hermana SJ en el kilómetro 20 Naturalia, para ayudarle a su papá con la plata; iban caminando, el procesado les dijo que las llevaría a la casa, en principio le dijeron que no, pero después ella accedió y se subió; de camino el señor se pasó de la casa llevándola hacia el carajo, ella le dijo que parara y no lo hizo; cuando se detuvo, aquel escondió la moto en un pastal, se bajaron, él le dijo que tuvieran relaciones sexuales y le manifestó que eso no le gustaba, la tomó a la fuerza y abusó de ella; detalló que la violación es dolor en las partes íntimas, el sujeto le tocó esas partes íntimas y tuvieron relaciones sexuales antes que arribaran su papá y su tío, pues cuando ellos llegaron ya se estaban vistiendo.

En el contrainterrogatorio precisó que en la segunda parada fue ella quien le dijo a Anderson Iván que la llevara a la casa y que no tuvo relaciones sexuales con el sujeto, solo se quitaron la ropa interior y ya; cuando llegó su papá con el tío ella no pudo defenderse y seguidamente dijo no recordar más.

En el redirecto insistió en que no alcanzó a tener relaciones sexuales con Anderson Iván, pero una vez le pusieron de presente la entrevista rendida antes, declaró que aquel se quitó los pantalones y la ropa interior, le abrió las piernas y “...se lo metió entre la vagina y le dolió muchísimo...”; indicó que allí le metió “el pene” y también se lo metió en la cola.

En el recontra reiteró que el muchacho de la moto le metió el pene en la vagina y en la cola, la tocó manoseándole la cola y la vagina con la mano y con el pene, pero – de igual modo – expuso que no alcanzaron a tener relaciones sexuales.

1.6. La menor SJSS – hermana de la víctima – expresó que el 17 de mayo de 2013 un hombre que ellas no conocían abusó de su hermana CSS, en un sitio que se llama “El Diviso”; estaban vendiendo mandarinas en el kilómetro 18, en la carretera, desde las 8:00 de la mañana y era la primera vez que CSS iba; a eso del mediodía, camino a la casa, el procesado pasó en una moto, les dijo que las llevaba y solo se subió CSS; cuando arribó a la casa sin su hermana – que aún no estaba -, su papá indagó, ella le contó lo sucedido y se fueron a buscarla; del lugar donde estaban vendiendo mandarinas a la casa mediaban como 2 kilómetros, su hermana tenía 17 años y el hombre que se la llevó era mayor de 20 años; supo que su papá y su tío la encontraron junto al señor, CSS nunca contó nada al respecto y ella se enteró de lo ocurrido por su padre.

En el conainterrogatorio contó que su hermana se quiso ir con el enjuiciado en la moto, no obligada y ella no le pudo decir nada; llegó a la casa después de 15 o 20 minutos, le informó lo ocurrido a su progenitor y mientras ellos salían a buscarla, ella se quedó.

Ante las preguntas del representante del Ministerio Público comentó que nunca habían visto al encausado, su hermana nunca había tenido novios o pareja, ella no le pudo decir nada al subirse a la moto y tampoco dijo nada sobre el abuso; su hermana es especial porque a veces hace cosas diferentes, es muy grosera y pelea mucho con su hermana menor y con el papá.

2.- Para acreditar su teoría del caso la defensa trajo a juicio a Anderson Iván Urbina Lizarazo, quien renunció a su derecho a guardar silencio; narró que el 17 de mayo de 2013 estaba viajando para Cúcuta a visitar a la mamá, por la vía tuvo un pare de obra, vio unas muchachas vendiendo mandarinas que se pusieron coquetas con él, le dieron paso, más adelante los pararon nuevamente, pasaron las muchachas otra vez, siguieron coqueteando y le dijeron que las llevara a la casa, él les dijo que solo podía llevar a una y se montó la de gafas, “la bisquita”; la joven en su coquetería le dijo que quería estar con un hombre, él le dijo “pues que sí”, siguieron más para arriba, él la vio como mayor de edad, la joven lo metió por allá en un sitio, en esas llegó el papá y lo empezó a golpear, pero ellos no

alcanzaron a hacer nada; cuando el padre comenzó a golpearlo, él estaba en pantaloneta, ella se metió y le pidió que no lo golpeará más; el señor le dijo a la hija que se callara, llamaron a la policía y se lo llevaron.

En el contrainterrogatorio explicó que no conocía a la chica que se subió a su moto, le dijo que se llamaba María, lo estuvo enamorando y “echándole el cuento”; la distancia de donde recogió a la joven hasta donde se quedaron era como de una hora; y el padre de la muchacha los encontró más adelante de la casa de ella porque dejó la moto sobre la vía.

3.- Al estudiar el acervo probatorio recopilado, en conjunto y bajo la óptica de las reglas de la sana crítica, la Colegiatura concluye lo siguiente:

3.1. No comparte las apreciaciones del a quo al desestimar la incapacidad de resistir de la menor CSS, pues únicamente tuvo en cuenta apartes del informe pericial de clínica forense elaborado por el médico Pedro Armando Cadena Morales, ya que éste no concluyó nada respecto de la condición mental de la víctima, sino que anotó: “se solicita valoración por psiquiatría forense para evaluar estado de salud” y en la audiencia del juicio oral refirió sospechar de una posible patología a nivel del sistema nervioso y de la siquis, sin confirmación alguna, razón por la que remitió a la paciente a valoración psiquiátrica.

Así mismo, del examen psiquiátrico forense efectuado por el doctor Carlos Alberto Otero Orjuela - psiquiatra – tomó el aparte de que “en el examen mental realizado en esta entrevista, no arroja indicios de síntomas afectivos o psicóticos y por lo tanto el examen mental realizado a la fecha no muestra evidencia de patología mental y que tiene conservadas las funciones mentales y la capacidad de diferenciar la realidad de la fantasía”, además que “el examinado – sic - CSS presenta estructura de personalidad dentro de límites normales que no le comprometen por sí mismos su capacidad de comprensión ni su autodeterminación”, para concluir que no se evidenciaba la patología mental que la agencia fiscal reprochó; sin embargo, en el juicio oral dicho galeno explicó también que la afectada

“...tenía la atención centrada...no mostraba un afecto, estaba planita...tenía un pensamiento lógico de curso normal y sin alteraciones delirantes...luego se revisa nuevamente lo de la parte senso perceptiva que tiene que ver con el pensamiento, a ver si había alguna alteración, la cual, volvió y se le interrogó sobre si escuchaba voces o tenía alucinaciones visuales que fue negativa, conservada la prueba realidad, el raciocinio era conservado, la memoria para lo que se le evaluó estaba conservada y la inteligencia sí impresionaba límites, o sea, por debajo de lo que uno espera normal en el promedio de las personas...y no tenía una prospección, por eso no se registró...esos son los parámetros que uno evalúa en un examen mental...la prospección es qué planes tengo yo inmediatos, a corto tiempo, a tres, seis meses, un año, y qué planes tengo en el futuro; a ella se le preguntó y simplemente dijo que no tenía ninguno y eso está de acuerdo con su retraso mental, con su inteligencia límite...”

Al referirse a la inteligencia límite y el retraso mental señaló que

“...hay tres parámetros para medir la inteligencia, y son basados en escalas, a esos se le ha dado mucha importancia; entonces, el límite es aquella persona que tiene una calificación entre 70 y 80...pero entre la categoría que uno llama el retardo mental leve, como está descrito ha tenido con ayuda una escolaridad, pero existe el retardo leve, el moderado y el severo, pero por supuesto una inteligencia límite y un retardo leve da para que esta niña que tenga 17 años se ubique como si fuera una niña de 7 a 8 años, en su desarrollo intelectual...los diagnósticos en psiquiatría son de tipo clínico en el 90%, entonces, es la experiencia que uno va acumulando y lo que hace cuando uno pide una prueba de inteligencia o el informe la trae, lo que hace cuando uno hace al pedir la prueba, es simplemente corroborar el grado de lo que uno ha observado clínicamente; entonces, por supuesto que aunque estamos en un experticio, no es un hospital psiquiátrico, sino en Medicina Legal, esta experiencia que tenemos es la que hace que podamos definir el retardo clínicamente...hablando de la inteligencia yo dije que hay una inteligencia límite y su mercé me preguntó que explicara la inteligencia límite y el retardo mental leve; eso es un borde que está clasificado por una línea con un puntaje, pero resulta que estas personas con un retardo mental leve e inteligencia límite como se describe en este examen, son personas que con apoyo y ayuda pueden estar en el colegio, como está ella, terminar su bachillerato, terminar una carrera, tener una independencia y llevar una vida normal, aunque deben recibir asesoría, ayuda y acompañamiento...ella está atrás comparada con una niña de la misma edad y del mismo nivel que sea normal, entonces es como si yo en un momento dado estuviera frente a una

persona de tamaño y de edad que yo puedo considerar al verla como una adolescente, pero al frente lo que tengo es una menor, además que es menor de edad, lo que tengo es una niña, una persona más pequeña en cuanto a su parte intelectual...ahí estamos frente a un menor y entonces yo puedo en un momento dado convencerla; su pensamiento a pesar que tiene 17 años en concreto, entonces si una persona adulta en la que ella confía le dice algo, ella lo va a creer tal y como se lo están diciendo...esto es otra cosa que vuelve y me liga con la inteligencia; entonces yo le digo que se defina y ella no logra decir nada de cómo es ella, que es una cosa de pensamiento después de los 11 años, hablar de sí mismo, de qué sueños tiene, entonces ahí ella no logra hacerlo y vuelve y me confirma a través de esta parte que está ligado con la inteligencia límite...”

Después le explicó a la defensa acerca de la conclusión anotada en el experticio referente a haberse estructurado a la menor dentro de los límites normales, sin comprometer por sí misma su capacidad de comprensión, ni su autodeterminación, teniendo en cuenta el motivo de la peritación, para poder extraer si ella presentaba un retardo mental; le aclaró que

“...lo que usted está leyendo es personalidad, eso es algo que los seres humanos estructuramos desde que estamos en el vientre de la madre; a los 18 años, una estructura de personalidad y una estructura de personalidad que sea normal es como un mosaico de cosas, pero cuando yo hablo de la personalidad en cuanto a la capacidad de comprensión estoy hablando de otra parte del examen mental, no del que la doctora está entendiendo...entonces, personalidad es diferente a inteligencia...entonces, cuando yo hablo de la inteligencia en lo límite, yo digo que esa persona puede tener unos desarrollos normales, pero tiene una discapacidad, un retardo mental leve...ella debe tener una calificación entre 72 y 80 si le hicieramos el examen, pero por eso yo aclaré que los experticios tienen la base clínica desde el punto de vista del peritazgo psiquiátrico; uno lo que hace cuando pide el apoyo del psicólogo es verificar a través de un resultado lo que observa clínicamente, pero cuando uno ve y ve personas con retardo, no es sino que uno como perito y experto o como psiquiatra sin ser perito, se siente a hablar con alguien y a los cinco minutos uno ya puede decir si está frente a una persona normal o si esa persona tiene un retardo hablando...el experticio es suficiente para poder determinar el grado de inteligencia y poder responder la pregunta que se me hacía en ese momento...”

En ese orden de ideas, le asiste razón a la agencia fiscal cuando objeta la valoración realizada por el cognoscente, al afirmar que no se probó el retardo

mental de la menor CSS, pues resulta evidente que el psiquiatra forense aseveró que presentaba un retardo mental leve o una inteligencia límite, ya que - pese a su edad natural de 17 años – al entablar un diálogo con ella se notaba que su inteligencia era la de una niña entre 7 u 8 años, totalmente manipulable por un adulto; cierto era que estaba cursando décimo bachillerato, pero producto de la ayuda y seguimiento de su núcleo familiar y sus docentes, de tal forma que si se le practicara un examen más técnico, arrojaría los obvios resultados de la inteligencia de una niña, no de una adolescente; así mismo, el médico forense lo que hizo fue remitirla a valoración por psiquiatría, dado que también pudo observar en la menor, lentitud en el pensamiento y en el lenguaje, lo cual confirma lo antedicho.

En suma, el informe de clínica forense y el examen psiquiátrico forense allegados que – junto a sus explicaciones - constituyen las pruebas periciales complejas y científicas indicativas de que la menor padecía una discapacidad - retardo mental leve - que interfería en su inteligencia y toma de decisiones al momento de los hechos y, por ende, en el caso concreto de su vida sexual y la fragilidad mental para oponerse a lo pretendido por el encausado; de ello igualmente da fe la equívoca declaración de la menor víctima, en un sentido durante la entrevista anterior y algo discordante al interior del juicio oral, al aludir a que - sí y no - se materializó el acceso carnal; no obstante, lo que si no admite discusión es que la limitada condición de la joven no permite concebir que fuera ella la encargada de “seducir” al procesado y convencerlo de sostener relaciones sexuales; por el contrario, la discapacidad que sufría abonó el terreno para que aquel se aprovechara y abusara de ella.

3.2. Existe controversia al tratar de determinar si el episodio se contrajo a exclusivos actos de índole sexual o si antes de ser sorprendido Anderson Iván Urbina Lizarazo accedió sexualmente o no a la menor CSS, en virtud a que José Ricardo y Eduardo Solano Díaz – padre y tío de la joven – hallaron a la pareja y los observaron con la vestimenta abajo; al respecto se tiene que:

3.2.1. La menor CSS al iniciar su declaración en el juicio oral expuso que ese 17 de mayo de 2013 el procesado insistió en llevarlas - con su hermana SJ - hasta la casa, en la motocicleta que se desplazaba, ella fue la única que accedió y se subió al velocípedo; yendo hacia allá pasaron por su casa, le comentó al encartado y en lugar de retornar, lo que hizo fue parquear más adelante la moto, introducirla hasta un pastizal, bajarse la ropa y quitársela a ella, manosear sus partes íntimas y violarla al introducirle el pene en la vagina y luego en la cola, después iban a vestirse y arribó su progenitor; pese a lo anterior, durante el contrainterrogatorio afirmó que no alcanzaron a tener relaciones sexuales porque su padre los interrumpió, más adelante reiteró que sí las tuvieron y al final relató que no hubo penetración, ambiguo testimonio que no tiene solidez suficiente para inequívocamente concluir que hubo el acceso carnal.

3.2.2. SJ arribó a la casa sin su hermana CSS y José Ricardo Solano Díaz – padre - indagó por ella, lo enteró de lo sucedido – incluso, el voluntario abordaje de la moto por CSS - y salieron con Eduardo – tío - en su búsqueda; rato después observaron una motocicleta sobre la vía con las características suministradas por aquella, primero se bajó el progenitor y encontró a CSS y al procesado – ambos – con la vestimenta de la parte inferior de su cuerpo abajo, de ahí que - enojado el papá - se lanzó a pegarle a dicho sujeto; el tío también los vio de la misma manera y presenció que el enjuiciado no pudo huir porque tenía la pantaloneta en las rodillas y le imposibilitó correr; estos dos testigos fueron enfáticos en señalar que no vieron la violación de la que supuestamente CSS fue víctima, ni algún otro acto sexual, únicamente los sorprendieron sin dicha ropa, lo cual motivó acudir a las autoridades para su captura.

3.2.3. La versión de Anderson Iván Urbina Lizarazo no coincide con la de ambas hermanas, pues aseguró que conducía por la vía Bucaramanga a Cúcuta y dos muchachas le coquetearon – aspecto nunca citado por las jóvenes -, a fin de enamorarlas y las llevara a la casa de ellas; como solo podía subir una a la moto, montó a la de gafas - “la bisquita”, o sea, CSS -, quien durante el camino le insinuó que quería estar con un hombre y él accedió, pararon en un lugar después de pasar por la casa de ella, se dieron besitos y no tuvieron relaciones sexuales porque fueron descubiertos por el padre y el tío de la chica, de la cual no creía que

fuera menor de edad, menos trató de convencerla de tener algún tipo de relación, es decir, pretendió exonerarse de toda responsabilidad penal.

Así las cosas, la ofendida confirmó diversos detalles de la denuncia, pero al referirse a los hechos concretos que justamente versaban sobre el acceso carnal protagonizado por el procesado, no fue enfática en su sindicación y existieron contradicciones en su declaración en el juicio oral, siendo solo coherente y congruente en los actos previos, caso de tocamientos, besos y estar desvestidos; de igual modo, la menor SJSS simplemente reseñó las circunstancias que antecedieron al voluntario abordaje de la moto por su hermana, mientras que José Ricardo y Eduardo Solano Díaz exclusivamente dieron fe de hallar a la menor CSS y a Anderson Iván Urbina Lizarazo con las prendas de vestir de la zona inferior del cuerpo, abajo, pero no presenciaron algún acceso carnal u otro acto de esa especie; finalmente, el acusado quiso figurar como víctima de la coquetería de las jóvenes y, en particular, de quien lo acompañó y le sugirió tener relaciones sexuales que no se materializaron porque los hermanos Solano Díaz los sorprendieron antes de consumarse el coito, si bien medió tiempo suficiente para que eso aconteciera porque el encausado dijo que estuvieron juntos cerca de una hora, aunque SJSS manifestó que estaban a cerca de 2 kilómetros de su residencia y ella demoró en llegar a pie solo 15 a 20 minutos.

Por consiguiente, la acusación carece de sólido soporte probatorio que refrende la ejecución del punible de acceso carnal abusivo con incapaz de resistir, máxime si Pedro Armando Cadena Morales – médico del INML – en el informe pericial de clínica forense del 17 de mayo de 2013 – mismo día de los sucesos - plasmó – y así lo explicó – que al revisar la zona vaginal de la menor CSS no encontró hallazgos de penetración vaginal, tampoco de huellas externas, ni de contaminación venérea e íntegro el himen anular; evidentemente también expuso que el himen era elástico, lo cual permite pensar que admitía el paso de un miembro viril en erección sin romperlo, pero el análisis de semen en el frotis vaginal y el estudio de prendas arrojó resultado negativo, aparte que la afectada nunca mencionó que el enjuiciado hubiera utilizado elementos tales como preservativos para no dejar rastros, ni que – si en verdad se consumó – haya eyaculado por fuera de su zona vaginal.

No obstante, lo anterior no significa que la conducta del procesado no haya trascendido al campo jurídico penal, comoquiera que todas las narraciones – salvo la de SJSS que no podía aludir a ello – coincidieron en que la pareja fue encontrada semidesnuda en el paraje y, por lo tanto, si tenían expuestas las zonas íntimas en esas condiciones, con los antecedentes conocidos, no otro propósito distinto al de abusar sexualmente de la menor CSS fue el que animó a Anderson Iván Urbina Lizarazo; en efecto, resulta claro que (i) esta última finalmente accedió a subirse voluntariamente a la motocicleta del mismo, pero con la única finalidad que la trasladara a su casa, (ii) cuando pasaron junto a su residencia, la joven se lo advirtió al encartado, quien hizo caso omiso y optó por seguir, (iii) hasta arribar a un sitio que consideró ideal para consumar la agresión sexual, donde (iv) los encontraron padre y tío semidesnudos, precisamente porque (v) sea por iniciativa de uno u otro, el objetivo era concretar la relación sexual a plenitud, solo que la Sala no otorga credibilidad a la versión del procesado por la especial condición mental de la menor víctima, cuyo leve retardo no sugiere que haya desarrollado actos encaminados a que eso sucediera, sino que – por el contrario – resultó afectada con la actitud libidinosa y lasciva de quien la abordó en la vía e ideó lo necesario para darle cabida a su instinto lujurioso, en detrimento de su libertad, integridad y formación sexual.

3.2.4. No cabe duda que la narración de CSS contiene bastantes detalles que no son propios de un invento, sino que describieron el obrar delictivo del enjuiciado al aprovecharse de su condición mental, para ir en contravía de su libre autodeterminación y desplegar actos obscenos encaminados al acceso carnal, deseos truncados por los familiares de la referida menor – cuyo progenitor golpeó al abusador por la ira que lo invadió al observar una escena de esa índole -, lo cual motivó su captura en situación de flagrancia, luego legalizada; al respecto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha decantado que

“...algunos aspectos factuales de la captura en flagrancia pueden hacer parte de la hipótesis de hechos jurídicamente relevantes de la acusación, pero ello no implica que en ambos eventos los hechos sean exactamente los mismos. Por ejemplo, la aprehensión de la persona sorprendida bajo algunos de los presupuestos del artículo 301 del Código de

Procedimiento Penal es un aspecto ineludible en la audiencia preliminar de control de legalidad de la captura, pero no necesariamente debe hacer parte de la hipótesis de hechos jurídicamente relevantes propuesta por la Fiscalía en la acusación. En efecto, solo en casos excepcionales la aprehensión de la persona capturada en flagrancia constituye un hecho que encaje o pueda ser subsumido en las normas que regulan la conducta punible. Ello sucede, verbigracia, en los casos de tentativa (Art. 27 del Código Penal), donde es posible que las “circunstancias ajenas” a la voluntad del procesado, que impidieron la consumación del delito, consistan en su aprehensión por parte de los policiales que lo sorprendieron realizando la acción típica. En ese tipo de eventos la captura puede tenerse como un hecho jurídicamente relevante, en los ámbitos de la acusación y la sentencia, en la medida en que puede subsumirse en el presupuesto fáctico de la norma que tipifica la tentativa. También puede suceder que la captura del procesado no constituya un hecho jurídicamente relevante, pero pueda tenerse como un “hecho indicador” de su responsabilidad, en la medida que dé cuenta, por ejemplo, de su presencia en el sitio donde ocurrió el delito...”

En ese orden de ideas, aparte que la menor CSS y el procesado lo admitieron, el padre y el tío de aquella tuvieron conocimiento directo de lo sucedido al sorprender a la pareja y percibir por sus propios sentidos lo ya reseñado, a corta distancia y con suficiente iluminación, uno tras de otro, en forma secuencial o consecutiva; de igual modo, al hecho indicador de presencia se suman otros medios de convicción que dan por configurado un punible contra la libertad, integridad y formación sexual, precisamente el delito de “Acto sexual abusivo con incapaz de resistir”, pues algo distinto no puede inferirse si la joven y el conductor de la moto fueron sorprendidos con sus prendas de vestir de la parte inferior de su cuerpo, abajo, a más que el enjuiciado reconoció que el propósito era tener relaciones sexuales, quiso materializar una cópula y desplegó todos los medios para tal fin, salvo que fue descubierto antes que eso ocurriera; de lo acopiado se extracta que la afectada corroboró que el procesado le manoseó sus partes íntimas, es decir, medió un efectivo contacto sexual con la víctima, quien padece un retraso mental que le impedía oponer resistencia, al punto que el encausado reconoció haberla besado, quedando en el ámbito de la duda si finalmente la penetró, o no; por consiguiente, debe privilegiarse lo consagrado en el artículo 210 inciso 2° del Código Penal - modificado por el artículo 6° de la Ley 1236 de 2008 -,

acerca que “Si no se realizare el acceso, sino actos sexuales diversos de él, la pena será de 8 a 16 años de prisión”.

3.2.5. Ciertamente es que la imputación y la acusación versaron sobre otro ilícito consumado, pero nada impide degradar la conducta, sin vulnerar los derechos fundamentales del encartado y sus garantías procesales; en efecto, el “principio de congruencia” ha sido catalogado desde antaño por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia⁴ como una garantía al debido proceso y la defensa efectiva y material, por lo cual quien se vea vinculado a un juzgamiento por una conducta punible únicamente puede ser condenado por los hechos y delitos que consten en la acusación – artículo 448 de la Ley 906 de 2004 -; dicho principio puede ser infringido por vía de acción o de omisión, esto es, cuando se juzga por

“...(i) hechos no incluidos en la imputación y acusación o por conductas punibles diversas a las atribuidas en el acto de acusación; (ii) un delito jamás mencionado fácticamente en la imputación, ni fáctica y jurídicamente en la acusación, (iii) el injusto por el que se acusó, pero adicionado en una o varias circunstancias específicas o genéricas de mayor punibilidad, y (iv) el reato imputado en la acusación, pero al que le suprime una circunstancia genérica o específica de menor punibilidad reconocida en la audiencia de formulación de acusación...”⁵

Sin embargo, el alto Tribunal en el campo penal ha explicado que el mencionado principio no es absoluto, pues resulta viable variar la calificación jurídica cuando: “i) la nueva conducta corresponda al mismo género; ii) la modificación se oriente hacia un delito de menor entidad; iii) la tipicidad novedosa respete el núcleo fáctico de la acusación y iv) no se afecten los derechos de los sujetos intervinientes”⁶; bajo esos parámetros, resulta ajustado modificar la calificación jurídica para condenar a Anderson Iván Urbina Lizarazo – quien consciente y voluntariamente, obrando como imputable, afectó la libertad, integridad y formación sexual de la menor CSS - por el delito de “Acto sexual abusivo con incapaz de resistir” - artículo 210 inciso 2° de la Ley 599 de 2000, modificado por el artículo 6° de la Ley 1236

⁴ SP6354-2015, rad. 44287, reiterada en SP9961-2015, rad. 43855, SP5897-2015, rad. 44425, 15779-2017, rad. 46965, SP20949-2017, rad. 45273

⁵ Rad. 25913 de 2008 y rad. 32685 de 2011

⁶ Sentencia rad. 41253 de fecha 15 de octubre de 2014 y rad. 41685 de fecha 25 de junio de 2015

de 2008 –, razón por la cual se revocará la sentencia absolutoria de primera instancia y, en su lugar, será condenado por dicha ilicitud.

4.- Acorde con el artículo 60 del ordenamiento penal sustantivo para agotar el proceso de dosificación punitiva inicialmente deben fijarse los límites mínimos y máximos, para lo cual se hace necesario determinar si existen circunstancias modificadoras genéricas o específicas, según sean las que teóricamente se aplican a todos o un particular número de conductas punibles – caso de la tentativa, complicidad, estado de ira, situación de marginalidad o pobreza y cualesquiera otra que se halle en la parte general – o a una especie de delitos – consagradas en la parte especial del estatuto punitivo -, de tal forma que si se presentan fenómenos modificadores, cada uno se aplica sobre el saldo que arroje la aplicación del anterior fundamento.

Entonces, el delito de “Acto sexual abusivo con incapaz de resistir” contempla una sanción base de ocho (8) a dieciséis (16) años de prisión; al dividir el ámbito de movilidad arrojaría un cuarto mínimo – 8 a 10 años -, el primer medio hasta 12 años, el segundo medio hasta 14 años y el máximo hasta 16 años de prisión.

Dado que no se reprochó alguna circunstancia de mayor punibilidad prevista en el artículo 58 del estatuto punitivo y, por el contrario, se reconoció que el procesado carece de antecedentes penales, corresponde ubicarse en el primer cuarto, precisamente en el límite mínimo, a saber, ocho (8) años de prisión, sanción proporcional a la ilícita acción, dada la gravedad del comportamiento desplegado por el encartado, al aprovechar la discapacidad mental leve de la víctima, con el ánimo de complacer su libido; además, se impondrá la accesoria de inhabilidad para ejercer derechos y funciones públicas por igual lapso.

5.- No se concederá algún subrogado porque el artículo 199 de la Ley 1098 de 2006 prohíbe expresamente otorgar cualquier beneficio o subrogado a quien sea condenado por delitos contra la libertad, integridad y formación sexual de niños, niñas y adolescentes, sin que pueda avalarse lo expresado por Anderson Iván Urbina Lizarazo acerca que supuestamente pensó que CSS era adulta, no solo porque se acreditó que la versión del procesado no se ajusta a la realidad en

muchos aspectos, con el objetivo de justificar su conducta y plantear una coartada que lo favorezca, sino que – además – de haber dudado sobre ese tópico, bien pudo esclarecerlo directamente con la joven víctima, pero no lo hizo; entonces, al tratarse de una prohibición objetiva definida por el legislador, independientemente de la madurez física o psicológica de la víctima y dado que CSS tenía 17 años y 6 meses para la fecha de los hechos, inviable resulta reconocerle algún mecanismo sustitutivo de la pena privativa de la libertad; por ende, se dispondrá que - una vez cobre ejecutoria la presente providencia – la autoridad competente libre la respectiva orden de captura, a fin de materializar la privación de la libertad.

6.- En lo tocante al incidente de reparación integral debe aclararse que – bajo los parámetros de la Ley 1395 de 2010 – debe promoverse luego de ejecutoriada la sentencia, de tal forma que la víctima y demás interesados podrán concurrir al juzgado de primera instancia y promover el aludido incidente, a efectos que sean indemnizados los daños y perjuicios ocasionados, de estimarlo pertinente o, en caso de ser necesario, debe aplicarse lo previsto en el artículo 197 de la Ley 1098 de 2006, o sea, si se juzga un adulto por un delito en el cual sea víctima un niño, niña o adolescente, el incidente de reparación integral se iniciará de oficio si los padres, representantes legales o el defensor de Familia no lo solicitan dentro de los 30 días siguientes a cobrar firmeza el fallo.

Corolario de lo anterior, será revocado el fallo absolutorio impugnado y, en su lugar, se emitirá la condena anunciada, en los términos preanotados.

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 el fallo de origen y naturaleza reseñados, mediante el cual se absolvió a ANDERSON IVÁN URBINA LIZARAZO por el delito de ACCESO CARNAL ABUSIVO CON INCAPAZ DE RESISTIR.

SEGUNDO.- CONDENAR a ANDERSON IVÁN URBINA LIZARAZO, identificado con la c.c. N° 1.090.415.366 de Cúcuta, cuyas demás anotaciones son conocidas en la actuación, a la pena de ocho (8) años de prisión e inhabilidad para ejercer derechos y funciones públicas por igual lapso, por la comisión del delito de ACTO SEXUAL ABUSIVO CON INCAPAZ DE RESISTIR.

TERCERO.- NEGAR a ANDERSON IVÁN URBINA LIZARAZO la suspensión de la ejecución de la pena privativa de la libertad y la prisión domiciliaria, acorde con lo consagrado en el artículo 199 de la Ley 1098 de 2006; en consecuencia, líbrese la respectiva orden de captura por la autoridad competente, una vez en firme el fallo condenatorio.

CUARTO.- PONER DE PRESENTE a la víctima y demás interesados que pueden promover el incidente de reparación integral ante el juzgado de primera instancia, una vez ejecutoriada la presente determinación, a efectos que sean indemnizados los daños y perjuicios ocasionados, de estimarlo pertinente o, en caso de ser necesario, debe aplicarse lo previsto en el artículo 197 de la Ley 1098 de 2006.

QUINTO.- DAR aplicación a lo dispuesto en los artículos 166 y 462 de la Ley 906 de 2004; por ende, a través del Centro de Servicios Judiciales del Sistema Penal Acusatorio líbrese las comunicaciones y remítase copia de la sentencia con su ficha técnica a los Juzgados de Ejecución de Penas de la ciudad, para su vigilancia.

Contra la presente determinación procede la impugnación especial por parte del procesado y/o su defensa, también el recurso extraordinario de casación por los demás sujetos procesales.

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

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

Aprobado en acta N° 464

CÚMPLASE.-

Los Magistrados,


JUAN CARLOS DIETTES LUNA
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

LICENCIA

HAROLD MANUEL GARZÓN PEÑA


SHIRLE EUGENIA MERCADO LORA

SANDRA JULLIETH CORTÉS SAMACÁ

Secretaria

Revoca absolución y condena

A/ Anderson Iván Urbina Lizarazo

D/ Acto sexual abusivo con incapaz de resistir

Juzgado 5° Penal del Circuito de B/manga



República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público

Distrito Judicial de Bucaramanga (Santander)
Tribunal Superior
Sala Penal

Magistrada ponente: Paola Raquel Álvarez Medina.
Referencia: 68001-6000-159-2013-04400 (22-184A)
Procesada: Ricardo Franklin Millán
Delito: Actos sexuales con menor de 14 años.
Decisión: Confirma

APROBADO ACTA No. 461

Bucaramanga, doce (12) de mayo de dos mil veintitrés (2023)

ASUNTO

Decide el Tribunal el recurso de apelación interpuesto por la defensa contra la decisión del veintidós (22) de febrero de 2022, mediante el cual el Juzgado Cuarto Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bucaramanga condenó a *RICARDO FRANKLIN MILLÁN* a la pena principal de ciento cuarenta y cuatro (144) meses de prisión, como autor responsable del delito de actos sexuales con menor de 14 años agravado.

HECHOS

Así fueron reseñados en la sentencia de primer grado:

“La génesis de la presente acción penal tiene lugar el 11 de mayo de 2013 sobre las 22:00 horas aproximadamente, en zona boscosa del barrio nuevo Girón, del municipio del mismo nombre en Santander, donde fue capturado en situación de flagrancia RICARDO FRANKLIN MILLAN mientras conducía un taxi que siendo detenido por personal de la Policía Nacional se encontró que le acompañaba un menor de edad, y quien le indicó a los agentes del

orden que Ricardo es su vecino, que le invitó a dar una vuelta en taxi y que ya en el vehículo le dijo que le tocara sus partes íntimas, exhibiendo sus genitales, a lo que el menor se negó, posterior Ricardo lo obligó a tocarlo, sugiriéndole que le practicara sexo oral, a lo que el menor se negó. En ese momento, y ante la declaración del menor es capturado RICARDO FRANKLIN” (Sic) (Folio 49 del archivo digital).

ACTUACIÓN PROCESAL

1. El 12 de mayo del 2013 (fs. 342 del archivo digital) se llevó a cabo ante el Juzgado Séptimo Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bucaramanga, audiencia de legalización de captura y formulación imputación respecto de *RICARDO FRANKLIN MILLÁN* por el presunto delito de actos sexuales abusivos con menor de catorce años agravado de acuerdo con el contenido de los artículos 209 y 211 del Código Penal. El imputado no aceptó los cargos.

Asimismo, se impuso medida de aseguramiento privativa de la libertad en establecimiento de reclusión.

2. El 2 de julio de 2013 (fs. 333 a 334 del archivo digital) se llevó a cabo en el Juzgado Cuarto Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Bucaramanga audiencia de formulación de acusación.

3. En sesiones del 10 de marzo (fs. 278 a 281 del archivo digital), y 27 de marzo de 2014 (fs. 276 a 277 del archivo digital) se realizó la audiencia preparatoria.

4. El 8 de mayo de 2014 (fs. 269 a 270 del archivo digital), se instaló la vista pública, la cual continuó en sesiones del 2 de marzo (fs. 248 a 249 del archivo digital), 15 de julio (fs. 239 a 240 del archivo digital), 1º de octubre de 2015 (fs. 223 a 224 del archivo digital), para continuar el 17 de mayo de la mencionada anualidad (f. 204 del archivo digital) así como, el 3 de noviembre de 2016¹ (fs. 196 a 197 del archivo digital), 19 de febrero de 2018 (f. 110 del archivo digital), para con ello, el 30 de noviembre de 2021 (f. 38 del archivo

¹En la presente diligencia se presentó solicitud de nulidad por falta de defensa técnica en la audiencia preparatoria, de la cual, las demás partes e intervinientes se opusieron, petición que se resolvió en la diligencia del 5 de mayo de 2017 (f. 187) de manera negativa, sin que para el efecto se hubieran interpuesto recurso alguno.

digital) presentarse los alegatos de conclusión, emitirse el sentido de fallo de carácter condenatorio y correrse traslado del artículo 447 de la Ley 906 de 2004 a los sujetos procesales.

4. El 22 de febrero de 2022 (f. 64 del archivo digital) la *a quo* dio lectura de sentencia condenatoria, decisión contra la cual el apoderado judicial de *RICARDO FRANKLIN MILLÁN* interpuso recurso de apelación, el cual concita la atención de la Sala.

SENTENCIA IMPUGNADA

La funcionaria de primera instancia describió la situación fáctica de la causa, manifestó lo referente a la acusación, para posteriormente realizar la valoración de las pruebas controvertidas en juicio y con ello plasmar sus consideraciones al respecto.

Es así como, coligió, que de las pruebas obrantes en la foliatura, resultó probado que el acusado, incurrió en la conducta típica que atentó contra la integridad y formación sexual de un menor de 14 años, quedando plenamente demostrado con las afirmaciones de la víctima, la circunstancia de agravación descrita en el artículo 211, numeral 5° del Código Penal, y no la que se le comunicara en la acusación, esto es, el agravante contenido en el numeral 2° ejusdem, al haberse determinado la confianza depositada por la víctima en su agresor, circunstancia que consideró, no varía la punibilidad.

Ahora bien, respecto de la materialidad de la conducta, coligió que se probó con la declaración del menor, que efectivamente existieron unos acercamientos de contenido sexual como lo fue, mostrar por parte de *RICARDO FRANKLIN MILLÁN*, su miembro viril e insinuar el sexo oral, situación que incluso, fue verificada con la entrevista psicológica que el afectado rindió y que se caracterizó por su consistencia y coherencia, para con ello resaltar que de acuerdo a lo decantado por la Corte Suprema de Justicia, respecto de la manera en que se deben valorar las indicaciones de los menores de edad víctimas de abuso sexual, lo informado por J.C.A.C. goza de credibilidad, al indicar los diferentes escenarios en que

sucedieron los hechos, que concedieron la certeza de la que ocurrencia de los mismos fueron verídicos.

En este mismo sentido, resaltó que con las pruebas de descargo, no se desvirtuó que el procesado hubiera recogido al menor víctima en su taxi, así como, que realizó actos libidinosos, como lo fue, el mostrar su pene y le insinuó la practica de sexo oral, actos que efectivamente poseían un contenido sexual, imponiéndose con ello, el haberse descartado la presunción de inocencia que cobijaba al procesado, tras constatarse que las imputaciones que se realizaron contienen verdad, colocándose en manifiesto las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que los hechos se desarrollaron y de la responsabilidad penal de *RICARDO FRANKLIN MILLÁN*, reuniéndose las exigencia del artículo 381 del Código de Procedimiento Penal, para la imposición de un fallo de condena.

A su vez, destacó que el comportamiento del procesado es antijurídico, teniendo en cuenta que vulneró el bien jurídico tutelado de la libertad, integridad y formación sexual, siendo una persona imputable, quien tenía conocimiento de su conducta.

Ahora, para determinar la dosimetría penal tuvo presente el contenido del artículo 55 del Código Penal imponiendo la pena principal de 144 meses de prisión, en atención a la gravedad de la conducta punible que se le enrostró, quantum punitivo que también aplicó para la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas.

En este mismo sentido, con fundamento en lo dispuesto en el 63 del Código Penal, así como, la Ley 1098 de 2006, no concedió la suspensión condicional de la ejecución de la pena ante el incumplimiento del requisito objetivo exigido para ello, así como, por expresa prohibición para el otorgamiento de este beneficio por cuanto el delito por el que se le condena al procesado atenta contra la libertad, integridad y formación sexual de un menor de edad.

Respecto de la prisión domiciliaria como sustitutiva fue negada, en virtud del contenido del artículo 38B del Código Penal y el artículo 199, numeral 8, de la Ley 1098 de 2006, por lo que el cumplimiento de la pena impuesta debería ser

materializada en el Establecimiento Penitenciario que se dispusiera por el INPEC.

Así pues, en atención a que el procesado se encontraba en libertad y estaba presente al momento de la lectura del fallo, con fundamento en lo dispuesto en el artículo 450 de la Ley 906 de 2004 y lo establecido por la Corte Suprema de Justicia a través de la decisión de radicado 28788 del 6 de marzo de 2008, se dispuso su captura inmediata, por lo que el Juez Coordinador del Centro de Servicios Judiciales para el Sistema Penal Acusatorio debería librar la correspondiente boleta de detención o encarcelamiento.

RECURSO DE APELACIÓN

El defensor, en contraposición al fallo de primera instancia, argumentó que contrario a lo concluido por la *a quo*, no se demostró más allá de toda duda razonable la responsabilidad penal de *RICARDO FRANKLIN MILLÁN*, toda vez que lo informado por la víctima en el juicio oral posee diversas inconsistencias respecto lo consignados en las diversas entrevistas realizadas a éste, en relación con lo que presuntamente el procesado le manifestó para la realización de sexo oral, así como, si el vehículo en el que se encontraban estaba detenido o en movimiento, lo que denota, versiones contradictorias que no guardan congruencia y similitud.

De esta manera, resaltó que con el análisis de las indicaciones que entregadas por los testigos presenciales de los hechos, esto es, el menor víctima y el agente captor, no se logra fundar la responsabilidad penal del encartado, toda vez que desde una sana crítica, se observan diversas incongruencias, que claramente, no permiten fundar con un grado de certeza la responsabilidad penal de su prohijado por el delito enrostrado, manteniéndose incólume la presunción de inocencia que lo ampara; de ahí que, solicitó se revoque la sentencia de primera instancia y en su lugar, se emita un fallo absolutorio.

NO RECURRENTE

Por su parte, la agencia fiscal solicitó se confirme la decisión de primer grado en su integridad, toda vez que con el testimonio del menor víctima se corroboraron las circunstancias descritas en la acusación y que denotaron la agresión sexual cometida por *RICARDO FRANKLIN MILLÁN*, las cuales a su vez, encontraron congruencia con lo advertido por los especialistas en psiquiatría y psicología que asistieron al juicio oral, lográndose con ello demostrar más allá de toda duda el compromiso penal del procesado.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

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.

Este ámbito funcional, en virtud del principio de limitación, está restringido a los aspectos objeto de disenso y a los que le estén inescindiblemente vinculados, pues según lo ha explicado la Corte Suprema de Justicia, *“dicha competencia se halla limitada al objeto de la inconformidad exteriorizada por los recurrentes, esto es, a tópicos esencialmente planteados por el impugnante, de conformidad con los argumentos precisos presentados en su apoyo, sean estos fácticos, jurídicos o probatorios, de tal suerte que el ad quem sólo está facultado para examinar el acierto de la providencia atacada en los puntos frente a los cuales quienes apelan han manifestado disenso”*².

Igualmente, es menester preservar la garantía de prohibición de reforma en peor, contemplada en los artículos 20 del estatuto en referencia y 31 de la Carta Política por cuanto la inconformidad proviene sólo de la defensa y, así las cosas, en el sentenciado converge la condición de apelante único.

Todo ello, sin perjuicio de la atribución que encuentra fundamento en el artículo 10 *ibidem* en armonía con el artículo 457 para verificar la legalidad del fallo y de la

² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, radicación n°. 44595 de septiembre 23 de 2015.

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.

Por virtud de esas regulaciones, en el evento de echarse de menos dichas exigencias, el pronunciamiento no puede ser diverso a la absolución. De igual modo, la providencia de tal contenido y alcance se impone también ante la persistencia de dudas en torno a alguno de esos dos hitos, pues en ese evento son de imperiosa definición a favor del acusado en aplicación del postulado *in dubio pro reo*.

De acuerdo con lo argumentado, ante la naturaleza de las censuras del opugnante al Tribunal le corresponde verificar si en el *sub examine* se satisfacen los requisitos enunciados para dictar providencia condenatoria por el injusto endilgado. Lo anterior, mediante la apreciación en contexto de los elementos de persuasión acopiados como lo reivindica el artículo 380 de la ley 906 de 2004, en armonía con el artículo 16 *ejusdem*, efectuada aquella con norte en los parámetros contemplados en dicho estatuto.

De este modo, la decisión a proferir en esta sede dependerá de la apreciación conjunta de las atestaciones rendidas por los testigos en la vista pública y en tal labor valorativa, según lo establece el artículo 404 de la Ley 906 de 2004, se deben 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*”.

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”*.

Los anteriores postulados encuentran arraigo en el principio de libertad probatoria del artículo 373 *ejusdem*, de conformidad con el cual los hechos y circunstancias de interés para la solución correcta del caso pueden probarse por cualquiera de los medios establecidos en dicha codificación o por cualquier otro de carácter técnico o científico que no viole garantías fundamentales.

Por consiguiente, las partes pueden elegir todas aquellas probanzas que consideren necesarias para demostrar determinado aspecto del debate, cuyo único deber es el de *“procurar la mejor evidencia para realizar dicha demostración”*³, sin importar los aspectos cualitativos o cuantitativos de las mismas⁴ y al juzgador se le impone la carga de analizar el testimonio *“dentro un proceso apreciativo que se hace al tamiz de los postulados lógicos, científicos, de la experiencia y el sentido común”*⁵.

2.1. Ahora bien, el opugnador expone como único punto de discordancia, i) el valor suasorio que se entregó a las manifestaciones presentadas por el menor J.C.A.C del momento en el cual fue sometido por RICARDO FRANKLIN MILLÁN a los vejámenes libidinosos que vulneraron su libertad e integridad sexual, como quiera que, a consideración del censor, existen diversas inconsistencias entre lo adverado por la víctima en el juicio oral respecto lo consignado en las entrevistas realizadas a éste sobre la incitación efectuada por el procesado para la practica de sexo oral, así como, la incongruencia de uno de los agentes captores sobre si el vehículo se encontraba en movimiento o por el contrario, detenido.

³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, radicación n°. 44056 de octubre 28 de 2015.

⁴ Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, radicación n°. 35080 de mayo 11 de 2011. Explica la Magistratura: “la determinación de la conducta punible y su responsable puede operar, incluso, a través de una sola prueba, cuando ella por sí misma irradia credibilidad y comporta todas las aristas de conocimiento que nutren esos elementos.”

⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, radicación n°. 16967 de mayo 16 de 2007.

De esta forma, esta Corporación analizará el punto propuesto a fin de determinar si le asiste razón al togado, o, por el contrario, la decisión que justificó la responsabilidad penal de *RICARDO FRANKLIN MILLÁN* converge en acierto y se hace procedente su confirmación.

En este aspecto, es importante resaltar que el Alto Tribunal en materia penal ha establecido respecto de los testimonios entregados por las menores víctimas de un abuso sexual, que *“no es dable asumir como criterio de autoridad que las manifestaciones de los menores de edad siempre merecen crédito, pues lo que corresponde al juez en cada caso concreto es valorarlas bajo el tamiz de la sana crítica y confrontarlas con los demás elementos de convicción. Así, en CSJ SP, 23 feb. 2011, rad. 34568 se dijo que, como todo testigo, sus dichos deben examinarse de forma imparcial y sin prejuicios siguiendo los lineamientos del artículo 404 de la Ley 906 de 2004 en cuanto a la naturaleza del objeto percibido, el 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”*⁶, aun cuando *“el testimonio del niño víctima de abuso ostenta alta confiabilidad y tiene la capacidad de otorgar importantes elementos de juicio sobre la materialidad de los hechos y la responsabilidad del procesado, (pero) como cualquier otro medio de convicción debe ser ponderado bajo los parámetros de la sana crítica. En tal contexto, las circunstancias que rodean la declaración, así como el cotejo con los otros medios de convicción recaudados, adquieren especial relevancia”*⁷.

Es así como debe resaltarse que, dentro del plenario se contó con el señalamiento directo, enfático, detallado y preciso del menor víctima *J.C.A.C.*, quien relacionó los momentos previos, concomitantes y posteriores a la agresión padecida; de ahí que, la identificación del atacante y los ultrajes desplegados no dejan ningún resquicio de duda al provenir del directamente afectado, pues si bien es cierto para la época de los hechos contaban con trece años, rememoró con claridad los detalles más relevantes del reato investigado.

⁶ Sala de Casación Penal. Corte Suprema de Justicia. Sentencia 48559, 6 de junio de 2018.

⁷ Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, radicación n°. 30073 de enero 19 de 2011.

Así pues, tales sindicaciones bastarían para apuntalar la responsabilidad de *RICARDO FRANKLIN MILLÁN* en la conducta lesiva, pues diáfano emerge que en el proceso se cuenta con la incriminación sólida, espontánea y creíble del menor, al precisar los contornos temporo-modales del atentado contra su libertad, integridad y formación sexual, a cuyos señalamientos se les asigna credibilidad comoquiera que no existen elementos de juicio que permitan creer que al declarante lo impulsa algún ánimo vindicatorio en contra de un sujeto en quien confió al ser el tío de una de sus mejores amigas del colegio y vecino del lugar de su residencia, así como también por la certera acusación que contienen en concordancia con el hecho que las circunstancias mencionadas se compaginan con los relatos concurrentes de los restantes testigos de cargo, que seguidamente se cotejarán con las afirmaciones realizadas por *J.A.C.A.*, y que permiten a este Tribunal, encontrar demostrada, más allá de toda duda razonable, la responsabilidad penal del procesado.

Ante este panorama, de acuerdo con el principio de libertad probatoria, es claro que las partes pueden elegir todas aquellas probanzas que consideren necesarias para demostrar determinado aspecto del debate, cuyo único deber es el de *“procurar la mejor evidencia para realizar dicha demostración”*⁸, sin importar los aspectos cualitativos o cuantitativos de las mismas⁹, motivo por el cual, el planteamiento esbozado por el opugnante, relativo a la falta de unanimidad de las pruebas y más exactamente de los señalamientos realizados por el menor víctima, carece de total validez, pues obra la inconcusa sindicación efectuada por éste y el respaldo acreditativo que ofreció el relato de la progenitora del infante afectado, así como también el dicho concomitante de todos los profesionales en el área de psicología y psiquiatría forense en respaldo de la narración del afectado.

En consonancia con lo anterior, en los procesos adelantados por conductas que atentan contra el bien jurídico de la libertad sexual y la dignidad humana, es habitual que sólo se cuente con el testimonio de la víctima, que en éste caso era menor de edad para la época de los hechos, razón por la cual resulta imperativo

⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, radicación n°. 44056 de octubre 28 de 2015.

⁹ Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, radicación n°. 35080 de mayo 11 de 2011. Explica la Magistratura: *“la determinación de la conducta punible y su responsable puede operar, incluso, a través de una sola prueba, cuando ella por sí misma irradia credibilidad y comporta todas las aristas de conocimiento que nutren esos elementos.”*

acudir al decantado criterio jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia¹⁰ según el cual, los testimonios de los niños, niñas y adolescentes víctimas de abuso sexual no deben ser desestimados por el simple hecho de provenir de personas que no han alcanzado la mayoría de edad, sino que debe ser utilizado para la reconstrucción fáctica, la cual se efectúa a partir de la apreciación del testimonio del ofendido de acuerdo con los postulados de la sana crítica y la confrontación con los demás elementos de juicio recaudados en el proceso.

Por tal razón, ningún dislate se estructura sobre la atestación única del menor afectado –en tanto testigos directos– pues aunque sean de carácter insular, es pertinente precisar que tal condición por sí sola, esto es, despojada de cualquier otra consideración o análisis, de ninguna manera conduce a sostener la insuficiencia del medio suasorio para forjar el conocimiento reivindicado normativamente para el fallo de carácter condenatorio, pues la fuerza de convicción de la prueba no depende de su número o cantidad, sino del mérito que le resulte asignable en la ponderación conjunta de los elementos de persuasión que hubiesen sido acopiados.

Es así como, en el juicio oral el menor J.A.C.A. fue concreto en indicar que, conoce a *RICARDO FRANKLIN MILLÁN* al ser el tío de su amiga Nicole; sin embargo, el día de los hechos después de jugar con unos billetes “*de mentiras*” (sic) se acercó al edificio Centauros del barrio de Santa Cruz (Girón), “*y ahí el señor Ricardo Franklin venía en un taxi y me dijo que fuéramos a dar una vuelta y de ahí fue que, esto, bueno, no me acuerdo, después llegamos a un bosque y ahí habían unos policías y él ya me iba, bueno de camino él me había mostrado el pene y pues me, me cogió la mano para que lo tocara y ya cuando íbamos llegando al bosque (ininteligible) y todo el proceso, entonces los policías lo bajaron y le dijeron que, pues, (ininteligible) para revisarle que tenía o algo así, no me acuerdo de más*” (Audiencia de juicio oral, 2 de marzo de 2015, récord: 05:39).

Asimismo, reitera que lo sucedido con *RICARDO FRANKLIN MILLÁN* ocurrió aproximadamente entre las 7:30 u 8:00 de la noche, a quien a su vez describió físicamente, como un hombre “*alto, delgado, tenía bigote, no solo tenía la barba, si no el bigote*” (Audiencia de juicio oral, 2 de marzo de 2015, récord: 09:08) ilustrando enfáticamente

¹⁰ Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, radicación n°. 23706 de enero 26 de 2006; radicación n°. 37044 de 7 de diciembre; radicación n°. 32396 de septiembre 12 de 2012; radicación n°. 40876 de julio 10 de 2013; radicación n°. 41136 de agosto 8 de 2013; radicación n°. 43262 de abril 16 de 2015; radicación n°. 43880 de mayo 6 de 2015.

sobre los actos libidinosos de los que fue víctima por parte del procesado, al referir que *“íbamos hablando, ahí mientras íbamos llegando al camino, pues, **él se lo iba sacando y ahí fue que yo se lo toqué** ya cuando íbamos llegando al bosque no me dio oportunidad de decirle nada, ahí nos encontramos unos policías que le dijeron que se bajara, que para donde iba, que ahí ya no había ningún camino”* (Audiencia de juicio oral, 2 de marzo de 2015, récord: 14:54) (Énfasis de la Sala).

Y es que el relato de dichos tocamientos fue siempre congruente en las diferentes indicaciones que el menor J.C.A.C. realizó de lo sucedido con *RICARDO FRANKLIN MILLÁN* mientras se encontraba en el vehículo automotor de servicio público que éste conducía, pues explicó que la razón de la invitación que el procesado realizó para que se subiera al velocípedo era *“para que lo tocara o hiciéramos el amor o algo así”* (Audiencia de juicio oral, 2 de marzo de 2015, récord: 17:00), *“por eso se lo toqué en el carro y nada más eso pasó”* (Audiencia de juicio oral, 2 de marzo de 2015, récord: 18:07).

Por otra parte, refirió que los policiales que llegaron al lugar donde se encontraba dentro del vehículo con *RICARDO FRANKLIN MILLÁN*, requisaron el automotor y a su acompañante, para posteriormente ser trasladados a la estación de policía, afirmando a su vez que, en dicho momento tenía mucho miedo y no quería que su progenitora tuviera conocimiento de lo ocurrido, *“porque es que a mi mami le toca sola y todo eso (...) Pues que pasara eso con él, porque hoy que está acá me está mirando mal (...)”* (Audiencia de juicio oral, 2 de marzo de 2015, récord: 01:14 a 01:35), afirmando a su vez que, el acusado no le ofreció dinero a cambio de los actos libidinosos que realizó, ni tampoco efectuó algún tipo de amenaza para acceder a los tocamientos que el menor J.A.C.A. ejecutó en su miembro viril.

Ahora bien, en el contrainterrogatorio aclaró que el momento en el que el procesado lo incitó a que tocara su miembro viril, el vehículo se encontraba en movimiento, así como, le clarificó a la juez de primera instancia, la inexistencia de alguna rencilla con anterioridad a la ocurrencia de los hechos entre su progenitora con *RICARDO FRANKLIN MILLÁN*.

Puestos de presente, los señalamientos del menor *J.A.C.A.* sobre los diferentes actos sexuales a los que *RICARDO FRANKLIN MILLÁN* lo sometió, su progenitora, María Teresa Carrascal, relató que conocía al nombrado al ser vecino del lugar de

su residencia, así como, que éste era taxista, con quien exclusivamente compartía el saludo, para a su vez, indicar que el día de la ocurrencia de los hechos, esto es, el 11 de mayo de 2013, aproximadamente a las 9:00 p.m., recibió una llamada por parte de funcionarios de la Fiscalía General de la Nación, quienes le mencionaron que *“él estaba jugando ahí en Santa Cruz por donde él vive y estaba ahí jugando con los niños (inentendible) y él pasó y lo subió en el taxi”* (Audiencia de juicio oral, 2 de marzo de 2015, récord: 27:16).

Seguidamente, el patrullero de la Policía Nacional, José Rolando Laguado, refirió que, para el 11 de mayo de 2013, se encontraba realizando el tercer turno de vigilancia como patrulla de espionaje en el barrio Nuevo Girón, que se venían incrementando la comisión de hurtos en el lugar, por lo que estando en zona boscosa, *“se nos acerca un taxi, un vehículo taxi amarillo, cuando observamos dos personas dentro del mismo con la luz encendida del vehículo parte interna, las externas estaban apagadas, cuando observamos a un señor que conduce el vehículo y al lado derecho del vehículo parte delantera se encontraba una persona menor de edad de sexo masculino, cuando paramos el vehículo con mi compañero, nos acercamos, yo le tocó la ventana izquierda al vehículo cuando la baja veo que es un menor de edad y mi compañero lo, lo aborda para hacerle las preguntas, el muchacho se baja nervioso, con una actitud nerviosa, yo le pregunto al señor conductor que, que hacen a esa hora en ese lugar, me manifiestan que nada, que están dando una vuelta, cuando abordo yo al menor de edad me manifiesta que, que el señor le había dado una vuelta y que le estaba haciendo, le estaba haciendo que le cogiera las partes íntimas del señor ya que en varias ocasiones también lo había traído a ese lugar y que por dos mil pesos y que ese día le iba a dar cinco mil pesos porque al día siguiente cumplía el menor años”* (Audiencia de juicio oral, 15 de julio de 2015, récord: 7:16).

Continuando con su relato, el gendarme menciona que *“el señor prende la luz interna del vehículo, empieza a halar al muchacho, a halarlo de las manos, el señor, eh, hace bruscos unos movimientos en el taxi y halando al muchacho, eh, lo estaba mandando hacia la parte íntima del señor conductor, si, la parte delantera del vehículo”* (Audiencia de juicio oral, 15 de julio de 2015, récord: 12:30), para también referir que el panorámico y los laterales del vehículo de transporte público que conducía RICARDO FRANKLIN MILLÁN, estaban totalmente claros, por lo que al abordar al nombrado percibe que es un hombre alto y de aproximados 50 o 60 años, que en

ese momento poseía una cerveza en su mano, así como, que al salir del automotor *“lo que él está haciendo es abrochándose la correa del pantalón, terminándose de ajustar y, eh, entonces se me hace muy raro ya que el compañero está entrevistando al menor ahí en ese momento de lo que se encontraban haciendo con el menor de edad”* (Audiencia de juicio oral, 15 de julio de 2015, récord: 19:04) (...) *“El cierre lo tenía bien y todo, el botón lo tenía desarmado, eh, la y la correa totalmente abierta”* (Audiencia de juicio oral, 15 de julio de 2015, récord: 20:07), situación que aunado al llanto del menor y lo referido por éste a su compañero sobre los presuntos tocamientos que había realizado al procesado en su miembro viril y la incitación que éste hacía para la práctica de sexo oral, concluyó *“que no estaban sucediendo algo normal en ese vehículo taxi, cuando ya me acerco es que, y veo al niño es cuando caigo en cuenta que se está haciendo un abuso con el menor de edad”* (Audiencia de juicio oral, 15 de julio de 2015, récord: 21:29).

En cuanto a la valoración médica sexológica realizada al menor J.C.A.C, el médico forense Pedro Armando Cadena Morales, en el Informe Pericial de Clínica Forense GRCOPPF-DRNORIENTE-09066-C-2013 del 11 de junio de 2013, determinó que *“dada la anterioridad de los hechos y las características del mismo, no hay pertinencia para la elaboración de examen sexológico, se sugiere valoración por psiquiatría forense para evaluar coherencia y consistencia del relato”* (Cfr. Folio 243 del archivo digital), explicando en el juicio oral dicha situación en virtud a que, *“después de un mes ya no iba a encontrar yo ningún elemento al examen físico que le hiciera al paciente, entonces dada la anterioridad de este mes y él tuvo tocamientos anteriormente, pues no había ninguna pertinencia para realizar el examen sexológico”* (Audiencia de juicio oral, 15 de julio de 2015, récord: 07:07).

Aunado a lo anterior, con la psicóloga adscrita al Cuerpo Técnico de Investigación se introdujo la entrevista realizada al menor J.A.C.A., para a su vez, escucharse el contenido del experticio realizado por la psicóloga forense, Martha Cecilia López Rojas, en lo relacionado con la base técnica científica, quien junto a los demás expertos convocados por la agencia fiscal, explicaron los protocolos de evaluación básica para psicología y psiquiatría, esto es, *los principios científicos, técnicos o artísticos en los que fundamenta sus verificaciones o análisis y grado de aceptación*, tal y como lo indica el artículo 417 de la Ley 906 de 2004.

De ahí que, puede concluirse que la base técnico científica del dictamen pericial, puede estar soportada en conocimientos científicos, técnicos, artísticos o especializados, por lo que el interrogatorio al perito debe orientarse a que éste explique suficientemente la base “*técnico-científica*” de su opinión, revelándose por el experto si en sus verificaciones utilizó técnicas de orientación, probabilidad o certeza, lo que resulta determinante para establecer el peso que el dictamen puede tener en la decisión judicial, ya que el Juez no está llamado a aceptar de forma irreflexiva el dictamen pericial como verdad apodíctica, sino por el contrario valorarlo en su justa dimensión, lo que supone el cabal entendimiento de las explicaciones dadas por el experto; pues *la claridad sobre la base científica del dictamen pericial, y de los demás aspectos que lo conforman, depende de la actividad de las partes durante el interrogatorio cruzado, lo que es propio de un sistema de corte adversativo, del que es expresión la regulación del interrogatorio al experto, prevista en los artículos 417 y siguientes de la Ley 906 de 2004*¹¹.

Ahora bien, a pesar de que el experto comparezca al juicio oral con el propósito de ilustrar sobre las reglas técnico científicas desde las cuales el juez podrá efectuar la valoración de los hechos, no debe desconocerse que el perito emite su opinión frente a un determinado aspecto fáctico; de ahí que la base fáctica del dictamen esté constituida sobre los datos por los cuales emana su opinión, la cual también puede estar conformada a partir de lo que éste percibe directamente en el ejercicio de su rol.

Así las cosas, puede afirmarse que el perito es testigo de los hechos o datos desde los cuales emite su opinión, los que, además, en sí mismos, son relevantes para tomar la decisión, bien porque tienen el carácter de hechos jurídicamente relevantes o bien porque son hechos indicadores, por lo que la base fáctica del dictamen está conformada por circunstancias que son demostradas en el juicio oral a través de otros medios de prueba.

Por otra parte, en cuanto a los dictámenes periciales rendidos por psicólogos, debe precisarse que *(i) si se pretende introducir como prueba de referencia una declaración rendida por fuera del juicio oral, es posible que la demostración de la existencia y el contenido de la misma puedan demostrarse a través del experto,*

¹¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, radicación no 50637 de julio 11 de 2018.

esto es, el perito puede constituir el “vehículo” para llevar la declaración al juicio (CSJAP, 30 Sep. 2015, Rad. 46153); (ii) si, por ejemplo, el psicólogo, en ejercicio de su función, percibe síntomas en el paciente, a partir de los cuales pueda dictaminar la presencia del “síndrome del niño abusado”, **será testigo directo de esos síntomas**, de la misma manera como el médico legista puede presenciar las huellas de violencia física; y (iii) a la luz del ejemplo anterior, si el perito dictamina sobre la presencia del referido síndrome, su opinión se refiere, sin duda, a un hecho indicador de que el abuso pudo haber ocurrido¹². (Negritas fuera del texto original).

Es así como, en el caso bajo estudio, el dictamen pericial efectuado por la psicóloga forense el 8 de julio de 2014 relacionó como objetivo para su realización: “...establecer características del relato de la víctima, si existe coherencia entre el hecho traumático y la narración de ese hecho por la víctima, si la víctima presenta signos o síntomas de abuso sexual y la posible secuela si la hay” (f. 225 del archivo digital).

Conforme lo anterior, cabe precisar que la valoración realizada y plasmada en el dictamen pericial GNPf-0300-2014 y el testimonio rendido por la experta Martha Cecilia López Rojas (Audiencia 1º de octubre de 2015, a partir del minuto 24:38) son claros en concretar su opinión frente la existencia de los hechos denunciados respecto de lo sucedido con J.A.C.A al referirse que: “en la actualidad el evaluado no solo pudo informar presentimientos de rechazo o indignación por recibir comentarios negativos asociados a su orientación de género que es la única situación que le causa malestar emocional, no obstante, la madre informa que el hermano menor de JC desde hace varios años atrás, en momentos en que los hermanos se enfrentaban él le gritaba que era gay , lo cual indica que el evaluado desde antes del delito sexual con el autor de la presente investigación, preside algún tipo de manierismo que sugieren a otros esta condición, luego es un aspecto emocional que se descarta que asociado a esta investigación , el correlato que sobre lo vivido con el varón de nombre Ricardo franklin Millán, el evaluado en ausencia de su madre, indicó primero que por ser su vecino colaborador de tareas, existía un grado de amistad y de confianza previo, lo que explica por qué llegó JC a aceptar dar una vuelta, eh, en el taxi con ese, de igual forma con las restricciones tanto en contenido nuclear como en los datos periféricos dejadas por las aportaciones previas vistas en la foliatura anexa, se aprecia la

¹² Ibidem.

actual ratificación de la versión de un único evento ocurrido, eh, con este amigo del evaluado. Igualmente se determina que JC demuestra congruencia en su versión, además de consistencia interna y externa, es decir, se ajusta a los principios de la naturaleza de temporalidad, espacialidad y a la realidad sociocultural de los protagonistas de los hechos en épocas estrictas, los medios compositivos por los que se arrió a la autoridad la ocurrencia de los hechos, es decir, la interceptación del taxi por los cuerpos policiales con el menor al interior del vehículo público y en disposición del niño sobre lo ocurrido, hablan por sí solos sobre la realidad vivida por el menor evaluado en esta oportunidad” (Audiencia de juicio oral, 1° de octubre de 2015, récord: 24:38)

En este mismo sentido, estableció cinco conclusiones, a saber, *“primero, JC hace y presenta normalidad de sus capacidades mentales y comunica de forma coherente y posee una memoria conservada, segundo, refiere conductas por parte de un varón conocido y vecino de su barrio que encuadra en una conducta de abuso sexual infantil, tercero, la evaluación psicológica forense no arroja signos o síntomas clínicamente significativos asociados al abuso sexual infantil, cuarto, tales hallazgos no anulan la existencia de la conducta abusiva de orden sexual, solo sugiere que los hechos no causados de suficiente impacto mental y psicológico puedan generar una afectación psíquica, si, quinto, su versión actual es de ratificación y guarda coherencia lógica, consistencia interna y externa y congruencia ideo afectiva”* (Audiencia de juicio oral, 1° de octubre de 2015, récord: 28:21).

Por otra parte, Viviana Escobar, exclusivamente pudo relacionar aspectos relativos a la amistad que mantenía con RICARDO FRANKLIN MILLÁN, para adicionar que ese 11 de mayo de 2013, había fijado una cita con el nombrado para asistir a cine y a comer; sin embargo, no asistió al encuentro reseñado, pues posteriormente tuvo conocimiento de su captura por las presentes diligencias.

Hechas las anteriores referencias de lo adverado por las profesionales en psicología, al valorar al menor víctima para su tratamiento y determinar las posibles perturbaciones permanentes y transitorias que pudieron enrostrarse en J.A.C.A. al ser víctima de los vejámenes sexuales a los que lo sometió RICARDO FRANKLIN MILLÁN, debe aclararse que las mismas no pueden ser consideradas como pruebas de referencia de la declaración anterior rendida por el menor, como quiera que éste asistió al estrado judicial a relatar los hechos que configuraron la

afectación a su formación y libertad sexual; sin embargo, sí se puede extraer que las expertas son testigos directos de los síntomas afectivos que presentaba el menor al momento de la evaluación y que éstos tienen relación con el hecho indicador de la ocurrencia del abuso sexual referido.

De cara a lo anterior, existió una explicación de la base fáctica con la base técnico - científica del dictamen pericial realizado por la psicóloga Forense Martha Cecilia López Rojas y que de manera alguna fue controvertida por la impugnante-, pues tanto del informe pericial como del testimonio vertido por esta profesional en el juicio oral se indicó que en esta evaluación se utilizaron técnicas de orientación, de probabilidad o de certeza, tal y como lo sugiere el artículo 417 del Código de Procedimiento Penal.

En esencia, la experta explicó en un primer momento haber aplicado para su valoración el protocolo básico de psicología y psiquiatría forense propuesto por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses para la evaluación de niños, niñas y adolescentes presuntamente víctimas de delitos sexuales (audiencia juicio oral, 1° de octubre de 2015, récord 8:52), para con ello exponer de manera concisa la base fáctica del informe, es decir, que de acuerdo a lo consignado en la noticia criminal de la correspondiente investigación, J.A.C.A había sido víctima de abuso sexual para el año 2013 por parte de un vecino de su lugar de residencia conocido como RICARDO FRANKLIN MILLÁN y que en dicha anualidad el menor poseía 13 y años de edad.

Aunado a lo anterior, la experta dejó claro en su exposición que al momento de la valoración de la víctima, J.A.C.A. poseía 14 años de edad, quien se encontraba escolarizado y con ello referenciar como antecedentes familiares, provenientes de un hogar monoparental, siendo la madre quien le brinda su cuidado de manera permanente, para también reseñar de manera fluida lo relatado por el menor en dichas valoraciones sobre la ocurrencia de los hechos objeto de investigación, pudiendo precisar, las coincidencias relevantes con lo narrado en la denuncia respectiva, la entrevista psicológica judicial realizada el 31 de julio de 2013, así como el informe Técnico Médico Legal Sexológico, y establecer que a pesar de que *“la evaluación psicológica forense no arroja signos o síntomas clínicamente significativos asociados al ASI, esto no anula la existencia de la conducta abusiva*

de orden sexual, solo sugiere que los hechos no causaron el suficiente impacto mental o psicológico como para generar una afectación psíquica” (f. 230 del archivo digital)

En consecuencia, puede concluirse que, al caso sometido a valoración judicial le son aplicables las conclusiones a las que llegó la psicóloga forense en el estudio realizado al menor víctima, precisándose las coincidencias de la documentación aportada para el respectivo análisis y las particularidades de la situación al establecerse que a pesar de no encontrarse síntomas clínicamente significativas asociados con el abuso sexual infantil, esto no anula la existencia de la conducta abusiva de orden sexual, por lo que la fuerza probatoria que se ofreció a este dictamen pericial en su justa dimensión junto con las otras pruebas fueron los que lograron establecer como medio de probabilidad la existencia del hecho delictivo por el que se investigó a *RICARDO FRANKLIN MILLÁN*.

De tal modo, en el caso que ocupa la atención de la Sala, no se discute que J.C.A.C fuer objeto de acciones de connotación sexual que lo avocó a tocar el miembro viril de *RICARDO FRANKLIN MILLÁN*, quien aprovechándose de la confianza que el menor poseía en él, al ser su vecino, tío de su amiga Nicole y en algunas oportunidades, ser colaborador en los quehaceres académicos de éste, transporta a la víctima en un lugar solitario y boscoso a efectos de efectuar acciones de índole erótico-sexual, sobre un menor de 14 años, hechos indicadores de que la conducta punible realmente ocurrió, además que su versión de los mismos, muestra congruencia y coherencia con los demás aspectos analizados en el correspondiente estudio, contrario a lo expuesto en la lacónica sustentación del disenso presentada por la defensora.

Así pues, a pesar de que la censora refiere la presencia de algunas incongruencias en el testimonio del menor J.A.C.A. y el agente captor José Rolando Laguado Villamizar, en lo referente a la presunta insinuación del procesado a la víctima de la práctica de sexo oral, lo cierto es que, si bien es cierto en la entrevista que éste rindió a la psicóloga del CTI se indicó por el infante, *“entonces me fui con él, nos fuimos y ya íbamos como lejos, íbamos como por una zona sola que había un camino como bosque, él iba en el taxi y ahí ya iba despacio porque no había sino piedras, entonces llegó a una rampla que es alta y ahí empezó a decirme cosas, que le tocara el pene, que le diera una chupadita y él me empezó a coger la mano y que lo tocara, ahí él se sacó el pene, él me decía que se lo chupara, que quería hacerme cosas, él*

llevaba un jean y como pudo lo sacó y me lo mostró” (Audiencia de juicio oral, 1º de octubre de 2015, récord: 14:08) en su testimonio, J.A.C.A refiere de manera concreta, que el procesado *“en el camino él me cogió la mano y ahí fue que me dijo que se lo cogiera (...) mientras íbamos llegando al camino, pues, él se lo iba sacando y ahí fue que yo se lo toqué ya cuando íbamos llegando al bosque no me dio oportunidad de decirle nada”* (Audiencia de juicio oral, 2 de marzo de 2015, récord: 13:19-14:54), de ahí que, a pesar de que en su testimonio no refiere la indicación concreta de la insinuación para felación, lo cierto es que ello no descarta que las indicaciones de la víctima en el juicio oral señalan de manera directa al encartado como el directo responsable del abuso sexual cometido con un menor de 14 años.

De esta manera, si se tiene en cuenta que J.A.C.A. declaró en el juicio para narrar todo su conocimiento sobre los hechos juzgados, siendo sus dichos en la audiencia pública los que se valoraron en el fallo confutado, además de lo manifestado por los demás testigos y lo consignado en el análisis forense respectivo que tal y como se indicó en líneas precedente sirvió de base del hecho indicador de la existencia de un abuso sexual contra el menor víctima que a pesar que no provocó una afectación psicológica, ello no descarta la materialización de los vejámenes de los que fue incitado el menor por el procesado, siendo la valoración en conjunto de las pruebas controvertidas lo que dio fuerza a la sentencia condenatoria proferida respecto de *RICARDO FRANKLIN MILLÁN*.

Como viene de verse, el Tribunal considera que la narración de la víctima es un medio de convicción objetivo acerca de la existencia del hecho punible y la responsabilidad penal, a lo cual ha de añadirse en el *sub examine* que tal dicción surgió concordante con lo depuesto por los restantes testigos de cargo en relación con la materialidad del punible y la responsabilidad del encartado.

Se avizora entonces que los señalamientos de J.A.C.A cuentan con la solvencia demostrativa exigida por la ley, puesto que además de ser coherentes y sincrónicos en cuanto a la forma en que ocurrieron los hechos, surgen relacionados, congruentes y constantes con lo dicho ante la experta en la conducta humana, sin que exista siquiera prueba testimonial de descargo que pudiera confutar tal solidez, sino por el contrario aspectos intrascendentes que nada indican sobre su falta de responsabilidad penal, menos si se tiene en cuenta que tan siquiera pudo

controvertir que el día en que se presentó el incidente libidinoso contra el menor de 13 años, no se encontraba en compañía de J.A.C.A. en un área solitaria y boscosa, pues incluso, la misma Viviana Escobar manifestó que el encartado nunca llegó a la cita que habían programado para ese 11 de mayo de 2013, data de la ocurrencia de los actos libidinosos contra el infante afectado.

Y es que, llama la atención de esta Sala, tal y como lo afirmó el agente captor José Rolando Laguado Villamizar, las circunstancias que no dejan duda de la comisión del abuso sexual del que fue víctima J.A.C.A por parte de *RICARDO FRANKLIN MILLÁN*, a quien se encontró en compañía de un menor de 14 años, en un lugar apartado y solitario, así como, con su correa y botón del pantalón desabrochada al momento de ser increpado por los policiales, junto las indicaciones entregadas por el menor respecto de los tocamientos a los que fue incitado para realizarle al encartado en su miembro viril, son afirmaciones que dan certeza de la materialidad de la conducta y la responsabilidad penal del procesado; de ahí que, contrario a lo argumentado por la censora, a pesar de que la misma víctima en su manifestación a juicio haya referido que el único accionar erótico-sexual que realizó con el procesado fue tocar su miembro viril al ser persuadido por aquel y no la práctica de la felación, esta sindicación no descarta la responsabilidad penal del acusado atendiendo a los hechos jurídicamente relevantes que se plantearon en la acusación, sino antes bien, mantiene relación directa con los mismos.

En este punto, no se debe desconocer que tal y como lo ha sostenido el Alto Tribunal en materia Penal, *“se entiende por acto sexual toda conducta que «en sus fases objetiva y subjetiva, se dirige ... a excitar o satisfacer la lujuria del actor o más claramente su apetencia sexual o impulsos libidinosos, y ello se logra a través de los sentidos del gusto, del tacto, de los roces corporales mediante los cuales se implican proximidades sensibles ..., y se consuman mediante la relación corporal, ...» Es decir, como ya lo ha explicado la Sala, una actividad humana es de naturaleza sexual cuando, en sus aspectos objetivo y subjetivo, se dirige a excitar o satisfacer la lujuria o los impulsos libidinosos, lo cual se logra a través de los sentidos, principalmente del gusto y del tacto, pero también con participación de sensaciones visuales, olfativas y auditivas, que sin dudarle intervienen en tal tipo*

de interacción humana -tendiente a la realización del coito, pero que de ninguna manera se agota en él-.”¹³

Así pues, contrario a lo indicado por la censora, el menor fue coincidente en afirmar que, con anterioridad a los hechos tenían una relación de confianza con el procesado y su sobrina Nicole, acudiendo en algunas oportunidades a su hogar para compartir con ellos; tanto así que lo conocía que accedió a subirse al taxi que conducía RICARDO FRANKLIN MILLÁN para “dar una vuelta” (sic) sin contar que en dicho paseo sería víctima J.A.C.A. de un abuso sexual, situación que afectó emocionalmente al infante al punto de presentar pensamientos de culpabilidad por lo ocurrido, pues nótese que en su testimonio afirmó haber culminado su amistad con su compañera y recibir miradas agresivas por parte del encartado y sus familiares, lo que da cuenta, de la carencia de algún motivo de animadversión del niño o de sus progenitores respecto del acusado.

En este mismo sentido, fue evidente que el menor a pesar de su edad fue coherente en las manifestaciones que señalan a RICARDO FRANKLIN MILLÁN como el responsable de los tocamientos eróticos-sexuales a los que fue inducido a realizar a efectos de su satisfacción sexual, los cuales, vulneraron su libertad e integridad sexual, pues las mismas, siempre fueron consistentes en la manera en que el procesado efectuó dicha persuasión para que le tocara su miembro viril, sin que se deba demeritar su contenido, pues tal y como se indicó, sus aseveraciones cotejadas con los diferentes estudios psicológicos y psiquiátricos junto con las afirmaciones de María Teresa Carrascal Coronel y los resultados del Examen Sexológico realizado a J.A.C.A. dan cuenta precisamente del comportamiento que se le enrostró al acusado.

En síntesis, tras el estudio detenido del plexo probatorio esta Corporación encuentra que lo revelado por los niños en la vista pública reproducen sustancialmente lo que en la entrevista puso de presente a la perito, así como lo que le hizo saber a su progenitora y a los especialistas que realizaron la correspondiente valoración psicológica con ocasión a los actos de abuso sexual a los que fue sometido, de suerte que, examinadas tales versiones a la luz de las

¹³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, SP2894-2020, radicado 52024.

reglas de la sana crítica, se entienden como evocación de vivencias efectivamente experimentadas y no como invenciones fantasiosas o ardides malintencionados.

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 del acusado en su realización, por lo que se le impartirá confirmación en esta instancia.

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

RESUELVE:

Primero. - **CONFIRMAR** la sentencia 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.

COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

PAOLA RAQUEL ÁLVAREZ MEDINA

JAIRO MAURICIO CARVAJAL BELTRAN

JUAN CARLOS DIETTES LUNA



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

Registro de proyecto:
11/05/2023

TRIBUNAL@BUCCOP2023



República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público

Distrito Judicial de Bucaramanga (Santander)
Tribunal Superior
Sala Penal

Magistrada ponente: Paola Raquel Álvarez Medina.

Radicado: 68001-6000-159-2019-03426-01 (21-495A)

Procesados: Carlos Alberto y Andrés Felipe Rodríguez Quintero.

Delito: Homicidio agravado y otro.

Decisión: Confirma parcialmente sentencia.

APROBADO ACTA No. 471

Bucaramanga, dieciséis (16) de mayo de dos mil veintitrés (2023)

ASUNTO

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la defensa y el apoderado de víctimas, contra la sentencia del 7 de mayo de 2021, mediante la cual el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Bucaramanga con función de conocimiento condenó a **Carlos Alberto** y **Andrés Felipe Rodríguez Quintero** a la pena de 304 meses de prisión al hallarlos responsables penalmente del delito de homicidio agravado en concurso homogéneo con homicidio agravado en grado de tentativa (arts. 27, 103 y 104 N° 4 y 7 del C.P.).

HECHOS

Según el escrito de acusación, el 12 de mayo de 2019, sobre las 07:35 p.m., en la puerta de entrada de la residencia ubicada en la calle 112 A N° 45-09 del barrio Villabel de Floridablanca –Santander, se encontraban reunidos Jeferson Maldonado Rojas, Karen Viviana Rodríguez Hernández, Juan Pablo Mantilla Orozco, Laura Marcela Herrera Rubio, la menor G.S.N.T. y Pedro Caballero Vargas. Por el lugar pasaron los hermanos Carlos Alberto y Andrés Felipe Rodríguez Quintero, quienes con armas blancas tipo cuchillo retaron a pelear a Pedro Caballero Vargas, haciéndole lances, logrando herirlo, por lo que la víctima salió corriendo, siendo perseguido por Carlos Alberto, quien aprovecha que este cae al suelo para seguir lesionándolo, a lo que interviene



Apelación sentencia abreviada - Rad: 68001-6000-159-2019-03426-01 (21-495A)
Procesados: Carlos Alberto y Andrés Felipe Rodríguez Quintero.
Decisión: Confirma parcialmente sentencia del 7 de mayo de 2021.

Jeferson Maldonado Rojas, siendo también lesionado por Carlos Alberto, quien emprende la huida. Pedro Caballero es llevado a un centro asistencia donde arriba sin signos vitales.

ACTUACIÓN PROCESAL

1. El 4 de julio de 2019, ante el Juzgado Sexto Penal Municipal de Bucaramanga –Descentralizado en Floridablanca- con función de control de garantías, la agencia fiscal imputó a Carlos Alberto y Andrés Felipe Rodríguez Quintero los delitos de homicidio agravado en concurso homogéneo y sucesivo con homicidio agravado en grado de tentativa (arts. 103, 104 N° 4 y 7 y 103, 104 N° 4 y, 7 y, 27 del C.P.)¹ cargos que no aceptaron. Finalmente, a petición del ente fiscal, el juez les impuso medida de aseguramiento consistente en detención preventiva en establecimiento carcelario, determinación que no fue objeto de recursos.

2. La fiscalía radicó escrito de acusación el cual correspondió por reparto al Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Bucaramanga con función de conocimiento, despacho que el 9 de diciembre de 2019 instaló la audiencia de acusación, oportunidad en la cual la agencia fiscal señaló² que los cargos que darían lugar a la acusación formal son los de homicidio agravado en concurso homogéneo y sucesivo con homicidio agravado en grado de tentativa, con circunstancias de menor punibilidad dado que carecen de antecedentes penales (art. 55 N° 1° del C.P.), pero también de mayor punibilidad por obrar en coparticipación criminal (art. 58 N° 10° del C.P.); entonces, la defensa manifestó que sus prohijados tienen la intención de allanarse a los cargos formulados, para lo cual el despacho verificó que se trató de una aceptación consciente, libre y voluntaria, debidamente asesorados por su apoderada judicial, explicándoles que tal determinación es irrevocable y que en contraprestación recibirían *una rebaja de hasta de la tercera parte de la sanción que se les llegara a imponer*³, a lo cual

¹ Récord: 07:40 en adelante. Audiencia de formulación de imputación.

² Récord: 30:15 en adelante. Audiencia de acusación del 9 de diciembre de 2019.

³ Corroborado con el audio de la diligencia del 9 de diciembre de 2019. Récord: 38:10 en adelante.



*Apelación sentencia abreviada - Rad: 68001-6000-159-2019-03426-01 (21-495A)
Procesados: Carlos Alberto y Andrés Felipe Rodríguez Quintero.
Decisión: Confirma parcialmente sentencia del 7 de mayo de 2021.*

accedieron Carlos Alberto y Andrés Felipe, su defensora reitera que los asesoró y la fiscalía trasladó los elementos probatorios; en ese sentido, el juzgado aprobó el allanamiento a cargos, sin que se interpusiera recurso alguno. (página 76 del expediente electrónico).

3. El 16 de julio de 2020 se llevó a cabo la audiencia de traslado del artículo 447 del C.P.P., donde la agencia fiscal señaló que los encartados no tienen antecedentes judiciales, pero que, atendiendo al artículo 63 del C.P., no se hacen merecedores de los subrogados penales, lo que coadyuva el apoderado de víctimas. Por problemas técnicos se suspende la diligencia.

El 3 de septiembre siguiente continuó la vista pública, donde la defensa señaló que desde la audiencia de acusación se configuró una causal de nulidad, pues la rebaja otorgada por el allanamiento a cargos no es acorde con lo previsto en los artículos 351 y 356 del C.P.P. y la jurisprudencia, lo que vulnera las garantías fundamentales de sus defendidos; entonces, el juzgador señaló que se pronunciará al respecto en la sentencia, por lo que el defensor procedió a exponer las circunstancias sociales, personales y familiares de los hermanos Rodríguez Quintero.

4. Mediante sentencia del 7 de mayo de 2021 se profirió sentencia condenatoria en contra de Carlos Alberto y Andrés Felipe Rodríguez Quintero por los delitos de homicidio agravado en concurso homogéneo con homicidio agravado en grado de tentativa, determinación que apeló su apoderado judicial y el de víctimas, quienes procedieron a sustentar la alzada dentro del término legal.

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



Apelación sentencia abreviada - Rad: 68001-6000-159-2019-03426-01 (21-495A)
Procesados: Carlos Alberto y Andrés Felipe Rodríguez Quintero.
Decisión: Confirma parcialmente sentencia del 7 de mayo de 2021.

SENTENCIA IMPUGNADA

El juez de primera instancia⁴, en primer lugar, denegó la solicitud de nulidad incoada por el defensor pues, revisado el audio de la diligencia del 9 de diciembre de 2019, al minuto 21 y 24, la entonces titular del despacho, una vez le informó a Carlos Alberto y Andrés Felipe sobre los derechos que les asiste y las consecuencias de la aceptación de cargos, aclaró que, como la captura no se efectuó en flagrancia y apenas se instalaba la audiencia de acusación, recibirían una rebaja de hasta 1/3 parte de la sanción a imponer, pero precisó que como se imputaron dos delitos, para tasar la sanción se parte del ilícito con la pena más grave y se hace un incremento por el concurso de delitos y, sobre ese monto de la penalidad se reconoce la rebaja, situación que los encartados afirmaron conocer.

Entonces, esclareció que fue un error de la oficial mayor del despacho al haber impuesto en la transcripción del acta de la audiencia que la rebaja era del 8,33% y no de la tercera parte, lo que no genera la anulación de lo actuado, pues no se han desconocido las garantías fundamentales, ya que se trató de un error de digitación que fue subsanado con el audio de la vista pública, que es de conocimiento del defensor.

Seguidamente, estimó acreditada la ocurrencia del reato acusado y la responsabilidad penal de Carlos Alberto y Andrés Felipe Rodríguez Quintero, con fundamento en la aceptación de cargos que respondió a una manifestación consciente, libre y voluntaria, estando debidamente asesorados por su defensor, así como con los elementos materiales de prueba expuestos, por lo que dictó sentencia condenatoria en su contra.

En consecuencia, el *a quo* condenó a los prenombrados a la pena de 304 meses de prisión; 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 y les denegó el acceso a los subrogados penales.

⁴ Pág. 25 en adelante. Expediente digital.



Apelación sentencia abreviada - Rad: 68001-6000-159-2019-03426-01 (21-495A)
Procesados: Carlos Alberto y Andrés Felipe Rodríguez Quintero.
Decisión: Confirma parcialmente sentencia del 7 de mayo de 2021.

RECURSOS DE APELACIÓN

1. La defensa de Carlos Alberto y Andrés Felipe Rodríguez Quintero⁵ solicita que se revoque parcialmente la sentencia de primer grado para que, en su lugar, se disminuya la pena impuesta a Andrés Felipe Rodríguez; en subsidio, que se declare la nulidad de lo actuado, desde el allanamiento a cargos respecto de Andrés Felipe. Explicó que sus prohijados no fueron debidamente informados por parte de la entonces defensora sobre el allanamiento a cargos en la audiencia realizada el 16 de julio de 2020, pues se les concedió una rebaja de pena del 8,33% lo cual no corresponde al porcentaje previsto para ese estadio procesal, lo que lo condujo a solicitar la anulación de lo actuado.

Seguidamente, transcribió apartes jurisprudenciales sobre el incidente de nulidad, para alegar que, de acuerdo a los hechos, el autor del delito de homicidio fue Carlos Alberto Rodríguez Quintero, lo cual no podría predicarse de Andrés Felipe, pues si bien este acudió en defensa de su hermano, sus acciones no estuvieron encaminadas a cometer el delito por el cual se le condenó, ya que para el momento de la ocurrencia del ilícito Andrés Felipe se había distanciado del lugar donde se generó la riña; en ese sentido, considera que se vulneraron sus garantías fundamentales de defensa y debido proceso, puesto que, si bien se allanaron a los cargos, no fue tenido en cuenta por parte de la entonces defensora o el ente investigador los hechos jurídicamente relevantes y el grado de participación, conforme lo prevé el artículo 30 del Código Penal.

Entonces, precisó que es sobre Andrés Felipe Rodríguez Quintero que se vulneran las garantías fundamentales atendiendo a la condena impuesta, pues esta debió tasarse para él en el grado de *partícipe*, disminuyéndose los 304 meses de prisión de la mitad a 1/6 parte.

⁵ Pág. 13 en adelante. Expediente digital.



Apelación sentencia abreviada - Rad: 68001-6000-159-2019-03426-01 (21-495A)
Procesados: Carlos Alberto y Andrés Felipe Rodríguez Quintero.
Decisión: Confirma parcialmente sentencia del 7 de mayo de 2021.

2. El apoderado de víctimas interpuso recurso de apelación al considerar que la pena de 304 meses de prisión es muy inferior a la que debería imponerse, para lo cual criticó el procedimiento de tasación punitiva. Refiere que el *a quo* se limitó a señalar que concurren circunstancias de mayor y menor punibilidad por lo que se ubicaría en los cuartos medios, pero sin hacer mayores consideraciones tomó el primer cuarto medio, omitiendo hacer una ponderación puntual conforme se exige legalmente sobre los aspectos que rodearon el crimen, lo que, al haberse hecho, llevaría a concluir que se ubicara en el segundo cuarto medio, del que debió partirse para tasar la pena.

Sustenta lo anterior en que es superior la existencia de causales de mayor punibilidad que las de menor punibilidad, conforme lo prevé el artículo 58 del Código Penal, pues el ilícito se cometió mediante el ocultamiento y condiciones de inferioridad (numeral 5º), por lo que ya son dos causales, pero también, trae a colación la del numeral 6º *ibidem*, pues para asegurar el resultado le propinaron 12 puñaladas a la víctima fatal con un cuchillo *infectado*, porque fue enterrado previamente en un jardín y, por regla de la experiencia, en la tierra se hallan con frecuencia factores patógenos como bacterias, lo que aseguraría más el resultado muerte, todo lo cual incluso causó un dolor profundo a la familia del occiso.

Además, alude que se configura la causal 7ª de mayor punibilidad, pues Carlos Alberto Rodríguez Quintero es padre de la menor de edad con quien vivía el occiso, teniendo la obligación de ser más solidario y respetuoso con quien le ayudaba a criar y mantener su descendiente, ya que era el *padrastra de su hija*; seguidamente, alega que también se adecúa la causal 8ª *ibidem*, pues el crimen se cometió con sevicia, debido a las 12 puñaladas perpetradas, una de las cuales le partió el esternón, *como si se tratara de una bestia que se sacrifica para el consumo humano*; finalmente, considera que se ajusta la causal 10ª de mayor punibilidad, pues los acusados obraron en coparticipación criminal, asociándose para cometer el homicidio agravado, distribuyendo funciones, pues mientras uno distraía al cuñado y también víctima del homicidio tentado, el otro coetáneamente ultimaba a



*Apelación sentencia abreviada - Rad: 68001-6000-159-2019-03426-01 (21-495A)
Procesados: Carlos Alberto y Andrés Felipe Rodríguez Quintero.
Decisión: Confirma parcialmente sentencia del 7 de mayo de 2021.*

cuchillo al finado, lo que deriva un total de seis causales de mayor punibilidad.

Con relación a las de menor punibilidad, la única que concurre es la de carencia de antecedentes penales, por lo que debió ubicarse en el segundo cuarto medio que arranca de 500 meses, a los que debería adicionársele 24 meses de prisión más por la cantidad de causales de agravación y porque los encartados no mostraron asomo de arrepentimiento, dado que no han perdonado a las víctimas ni las han reparado; asimismo, por el restante delito de homicidio agravado en grado de tentativa deberá sumarse 24 meses de prisión, para que haya algo de equidad y proporcionalidad, dado que la puñalada que le dio a Jeferson Maldonado fue sobre el cuello, buscando la vena Orta; así las cosas, propone que la pena impuesta sea de 548 meses de prisión, que al restarle el 33% (180,80 meses), quedaría finalmente en 367,20 meses de prisión.

NO RECURRENTES.

El término de traslado para los no recurrentes venció en silencio.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. El artículo 457 del Código de Procedimiento Penal dispone que es causal de nulidad la violación del derecho de defensa o del debido proceso en aspectos sustanciales.

La doctrina y la jurisprudencia enseñan que las nulidades se rigen bajo principios que, si bien no están expresamente consagrados en el título VI, libro III del C.P.P., hacen parte de la estructura conceptual y metodológica del proceso penal por irradiación directa del artículo 29 de la Constitución Política que consagra el debido proceso como garantía procesal, al exigir la observancia de la plenitud de las formas propias del juicio⁶.

⁶ En Auto del 12 de marzo de 2014, radicado 43.458, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia destacó: “En primer lugar, debe precisar la Sala que, en lo concerniente a la ineficacia de los actos procesales, conforme lo ha



Apelación sentencia abreviada - Rad: 68001-6000-159-2019-03426-01 (21-495A)
Procesados: Carlos Alberto y Andrés Felipe Rodríguez Quintero.
Decisión: Confirma parcialmente sentencia del 7 de mayo de 2021.

2. En primer término, el defensor de los sentenciados pretende por vía del recurso de apelación que se anule lo actuado, dado que no fueron debidamente informados de sus consecuencias, pues la rebaja prevista fue del 8,33% de la pena a imponer, la cual no corresponde al estadio procesal; asimismo, alega que la pena impuesta a su prohijado Andrés Felipe Rodríguez Quintero debe tasarse conforme al partícipe, pues se alejó del lugar de los hechos al momento que su hermano tuvo la riña con el occiso, lo que disminuye el grado de participación en el homicidio de Pedro Maldonado Rojas.

De entrada, la Sala descarta la nulidad invocada por la defensa, pues la discusión que plantea frente al porcentaje de descuento punitivo señalado en contraprestación a la aceptación de cargos fue debidamente aclarada por el *a quo* en la sentencia condenatoria de primer grado, tal como se advierte en la página 5 y siguientes de la misma, donde se esclarece que el descuento del 8,33% señalado en el acta de la audiencia del 9 de diciembre de 2019 corresponde a un error de digitación por parte del empleado de ese despacho judicial, pues escuchada la audiencia de la diligencia, efectivamente en el minuto 21 y 24, la titular del despacho, una vez le informó a Carlos Alberto y Andrés Felipe sobre los derechos que les asiste y las consecuencias de la aceptación de cargos, aclaró que, como la captura no se efectuó en flagrancia y apenas se instalaba la audiencia de acusación, recibirían una rebaja de hasta 1/3 parte de la sanción a imponer, pero precisó que como se imputaron dos delitos, para tasar la sanción se parte del ilícito con la pena más grave y se hace un incremento por el concurso de delitos y, sobre ese monto de la penalidad se reconoce la rebaja, situación que los encartados afirmaron conocer.

sostenido esta Corporación, entre otros, en los autos CSJ SP, 9 May. 2007, Rad. 27022 y CSJ SP, 29 oct. 2010, Rad. 30300, y ahora lo reitera, si bien es cierto el sistema penal acusatorio no consagró expresamente los principios que orientan la declaratoria y convalidación de las nulidades como lo hacía la ley 600 de 2000 (art. 305 al 310), tal circunstancia no significa que esos postulados hubiesen desaparecido, y es así porque son inherentes al asunto.

A esa conclusión llegó la Sala al interpretar las normas que regulan el instituto de la nulidad y especialmente porque consideró que la actividad del Estado se dirige a garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Carta Política, entre los que se cuentan las garantías fundamentales, la legalidad de la prueba y la competencia del juez, consagrados principalmente en el artículo 29 de la Constitución Nacional”.



*Apelación sentencia abreviada - Rad: 68001-6000-159-2019-03426-01 (21-495A)
Procesados: Carlos Alberto y Andrés Felipe Rodríguez Quintero.
Decisión: Confirma parcialmente sentencia del 7 de mayo de 2021.*

Aunado a ello, al examinar el procedimiento de dosificación punitiva de la providencia recurrida, se advierte que, luego de individualizar cada delito, ubicarse en el cuarto de movilidad respectivo, tomar la pena más grave -450 meses- y aumentarla otro tanto por el restante ilícito -6 meses-, a los 456 meses de prisión les descontó el 33,33% , como lo advierte el artículo 352 del C.P.P., por haberse allanado en la audiencia de acusación y por no haber sido capturados en flagrancia, quedando finalmente el 304 meses de prisión, todo lo cual descarta la supuesta vulneración de garantías fundamentales de los procesados, pues al momento de aceptar responsabilidad penal y en su respectiva verificación fueron correctamente informados y asesorados de las consecuencias de ese actuar, aceptando de forma libre, consiente y voluntaria los delitos imputados, sin que exista irregularidad alguna, máxime que, como ya se dijo, el porcentaje de descuento inicialmente consignado en el acta de la audiencia se trató de un error de digitación que en nada incidió en la actuación.

De otro lado, en cuanto a la segunda censura del defensor, encaminada en que se disminuya la pena impuesta a Andrés Felipe Rodríguez Quintero, atendiendo al grado de participación en los hechos, debe indicarse que ello corresponde a un debate fáctico cuyo escenario procesal feneció, pues los hechos jurídicamente relevantes presentados por la agencia fiscal y corroborados en el escrito de acusación, junto con los elementos materiales probatorios aducidos, fueron aceptados por los sentenciados en calidad de coautores, de forma libre, consciente, voluntaria y debidamente asesorados. Recuérdese que el escenario propicio para discutir el aspecto precedente es el juicio oral, el cual, por obvias razones, no fue agotado en este asunto, ante el allanamiento a cargos efectuado, sin que el recurso de apelación sirva para suplantarlos, máxime que no existen elementos de prueba contundentes que tengan la entidad de anular lo actuado por esa circunstancia, como fue corroborado por el juez de conocimiento al haber verificado la aceptación de responsabilidad, pues la manifestación de los imputados fue empatada con los medios de prueba recaudados por el ente acusador, para colegir lo propio.



*Apelación sentencia abreviada - Rad: 68001-6000-159-2019-03426-01 (21-495A)
Procesados: Carlos Alberto y Andrés Felipe Rodríguez Quintero.
Decisión: Confirma parcialmente sentencia del 7 de mayo de 2021.*

Y es que véase que, aunque el 3 de septiembre de 2020, durante el traslado del artículo 447 del C.P.P. el actual defensor apelante puso de presente una supuesta irregularidad que vulnera las garantías fundamentales de sus prohijados, lo cierto es que no ventiló ese aspecto, como tampoco sucedió durante la verificación del allanamiento, sin que el recurso de apelación sirva para ello, pues el legislador diseñó el procedimiento penal ordinario regulado por la Ley 906 de 2004; finalmente, la entonces defensora no hizo advertencia alguna ni asesoró a sus prohijados sobre un grado de participación distinto al imputado, ni se presentan argumentos y probanzas que deriven en la indebida defensa técnica de la profesional del derecho que los asistió el 9 de diciembre de 2019, cuando decidieron allanarse, por lo que los argumentos de la defensa no tienen vocación de prosperidad.

De otra parte, el apoderado de víctimas alega que la pena de 304 meses de prisión impuesta resulta inferior a la que realmente corresponde, pues el juez de primer grado debió ubicarse en el segundo cuarto medio que parte de 500 meses de prisión, dado que existen seis causales de mayor punibilidad, mientras que solo una de menor punibilidad; asimismo, propone que debería adicionársele 24 meses de prisión más por la cantidad de causales de agravación y porque los encartados no mostraron asomo de arrepentimiento, así como 24 meses por el restante delito de homicidio agravado en grado de tentativa, dado que la puñalada que le dio a Jeferson Maldonado fue sobre el cuello, buscando la vena Aorta, para una pena a imponer equivalente 367,20 meses de prisión.

Pues bien, revisado el ejercicio de individualización de la pena efectuado por el fallador, se observa que los delitos enrostrados fueron debidamente dosificados comoquiera que, respecto del de homicidio agravado consumado, que tiene prevista una pena de 400 a 600 meses de prisión y que fue tomado como el más grave, conforme al artículo 31 del C.P., se efectuó el sistema de cuartos de movilidad, quedando los cuartos medios de 450 a 550 meses de prisión, respecto de los cuales partió el juzgador, aduciendo que, si bien existe una causal de menor punibilidad, también lo es que existe la de mayor punibilidad prevista en el numeral 10° del artículo



Apelación sentencia abreviada - Rad: 68001-6000-159-2019-03426-01 (21-495A)
Procesados: Carlos Alberto y Andrés Felipe Rodríguez Quintero.
Decisión: Confirma parcialmente sentencia del 7 de mayo de 2021.

58 del C.P. por haber obrado en coparticipación criminal, proceder que se ajusta al principio de legalidad de los delitos y las penas, toda vez que ello se deriva de los hechos jurídicamente relevantes; empero, las demás causales de mayor punibilidad advertidas por el opugnador no fueron precisadas en la acusación, amén de que carecen de la respectiva comprobación a través de los elementos materiales probatorios presentados en el momento procesal oportuno.

En todo caso, se indicó con claridad que el ámbito de movilidad sería de 450 a 550 meses de prisión, lo que incluye el primero y segundo cuarto medio, estando el juzgador bajo los linderos de ese quantum y, conforme a su criterio razonable concluyendo que partiría de 450 meses, lo que no advierte irregularidad alguna, pues indicó los motivos por los cuales obró de esa manera, conforme al artículo 61 del Código Penal⁷, norma de la cual se advierte con facilidad que, en el caso concreto, si se configura una causal de mayor punibilidad, pero también concurren una de menor punibilidad, el sentenciador se moverá dentro de los cuartos medios, lo que en este caso hizo el *a quo*, cuyo obrar no comporta desconocimiento alguno del orden legal.

En torno a este punto, importante es destacar que en la audiencia de acusación se mencionaron las circunstancias de mayor y menor punibilidad

⁷ “ARTÍCULO 61. FUNDAMENTOS PARA LA INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA. <Artículo modificado por el artículo 4 de la Ley 2098 de 2021. El nuevo texto es el siguiente:> Efectuado el procedimiento anterior, el sentenciador dividirá el ámbito punitivo de movilidad previsto en la ley en cuartos: uno mínimo, dos medios y uno máximo.

*El sentenciador solo podrá moverse dentro del cuarto mínimo cuando no existan atenuantes ni agravantes o concurren únicamente circunstancias de atenuación punitiva, **dentro de los cuartos medios cuando concurren circunstancias de atenuación y de agravación punitiva**, y dentro del cuarto máximo cuando únicamente concurren circunstancias de agravación punitiva.*

Establecido el cuarto o cuartos dentro del que deberá determinarse la pena, el sentenciador la impondrá ponderando los siguientes aspectos: la mayor o menor gravedad de la conducta, el daño real o potencial creado, la naturaleza de las causales que agraven o atenúen la punibilidad, la intensidad del dolo, la preterintención o la culpa concurrente, la necesidad de pena y la función que ella ha de cumplir en el caso concreto.

Además de los fundamentos señalados en el inciso anterior, para efectos de la determinación de la pena, en la tentativa se tendrá en cuenta el mayor o menor grado de aproximación al momento consumativo y en la complicidad el mayor o menor grado de eficacia de la contribución o ayuda.

<Aparte tachado INEXEQUIBLE> El sistema de cuartos no se aplicará en aquellos eventos en los cuales se han llevado a cabo preacuerdos o negociaciones entre la Fiscalía y la defensa, ~~o se trate de delitos que impongan como pena la prisión perpetua revisable.~~” (Negrilla de la Sala).



Apelación sentencia abreviada - Rad: 68001-6000-159-2019-03426-01 (21-495A)
Procesados: Carlos Alberto y Andrés Felipe Rodríguez Quintero.
Decisión: Confirma parcialmente sentencia del 7 de mayo de 2021.

que se tuvieron en cuenta en la sentencia para dosificar la pena y, si bien en la imputación no se endilgaron, ello no trasgrede el principio de congruencia, pues atendiendo al carácter progresivo de la actuación penal bien podían ser agregadas en acusación, máxime que fue el escenario donde se aceptaron los cargos por los que los procesados fueron condenados. Sobre el particular se pronunció la Corte en "SP2042-2019. Radicación n° 51007 del 5 de junio de 2019⁸, de manera que, ninguna irregularidad acontece cuando, con base en circunstancias de mayor y menor punibilidad debidamente precisadas en la acusación se elige el ámbito de movilidad punitiva, ubicándose en los cuartos medios.

Ahora bien, pese a que el apoderado de víctimas pretende que se incremente la pena a imponer en 24 meses de prisión por cuenta de las causales de agravación tipificadas – numerales 4° y 7° del artículo 104 del C.P.-, lo cierto es que el proceso de individualización de la pena no comporta un aumento así por cuenta de tales agravantes, comoquiera que la norma citada prevé taxativamente tales valores que, dicho sea de paso, fueron debidamente aplicados aquí⁹.

⁸ "Sin perder de vista que algunas circunstancias genéricas o específicas de mayor punibilidad dan lugar a incrementos punitivos significativos, al tiempo que pueden incidir en la concesión de subrogados y otros aspectos relevantes en el ámbito penal, es claro que las mismas hacen alusión a ciertas circunstancias que rodean la comisión del delito, sin que modifiquen la esencia del mismo, como sucede, por ejemplo, con los motivos por los que se le causa la muerte a una persona (Art. 104), las circunstancias que rodean los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales (Art. 211), etcétera.

Cuando los presupuestos facticos de las mismas se establezcan luego de la formulación de imputación, la audiencia de acusación constituye un escenario adecuado para adicionar esos detalles factuales que pueden incidir en la calificación jurídica."

⁹ El artículo 104 del C.P. vigente para la época de los hechos reza:

"ARTÍCULO 104. <Penas aumentadas por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, a partir del 1o. de enero de 2005. El texto con las penas aumentadas es el siguiente:>

La pena será de cuatrocientos (400) a seiscientos (600) meses de prisión, si la conducta descrita en el artículo anterior se cometiere:

1. <Numeral **CONDICIONALMENTE** **exequible**> <Numeral modificado por el artículo 26 de la Ley 1257 de 2008. El nuevo texto es el siguiente:> En los cónyuges o compañeros permanentes; en el padre y la madre de familia, aunque no convivan en un mismo hogar, en los ascendientes o descendientes de los anteriores y los hijos adoptivos; y en todas las demás personas que de manera permanente se hallaren integradas a la unidad doméstica.
2. Para preparar, facilitar o consumir otra conducta punible; para ocultarla, asegurar su producto o la impunidad, para sí o para los copartícipes.
3. Por medio de cualquiera de las conductas previstas en el Capítulo II del Título XII y en el Capítulo I del Título XIII, del libro segundo de este código.
4. Por precio, promesa remuneratoria, ánimo de lucro o por otro motivo abyecto o fútil.



Apelación sentencia abreviada - Rad: 68001-6000-159-2019-03426-01 (21-495A)
Procesados: Carlos Alberto y Andrés Felipe Rodríguez Quintero.
Decisión: Confirma parcialmente sentencia del 7 de mayo de 2021.

En ese sentido, independientemente del número de causales de agravación que concurran, el legislador expresó con claridad que la pena a imponer será de 400 a 600 meses de prisión, tal como fue advertido por el juzgador de primer grado, descartándose un aumento punitivo como lo propone el recurrente, pues justamente el sistema de cuartos fue previsto para ello, como fue aplicado en este evento, de acuerdo al artículo 61 *ibídem*; finalmente, el apelante intenta que también se aumente la pena en 24 meses de prisión por el restante ilícito de homicidio agravado en grado de tentativa; empero, el *a quo* consideró acertado incrementar 6 meses por ese concepto, sin que sobre ello exista inconsistencia alguna, pues se ajusta a los linderos dispuestos por el artículo 31 del Código Penal, dado que ese quantum correspondiente al aumento *hasta en otro tanto*, no es superior a la suma aritmética de las penas dosificadas previstas para los delitos reprochados y, tampoco esa sumatoria -456 meses de prisión- no excede de 60 años, máxime que se advierte el delito en grado de tentativa, lo que impide que la Colegiatura invada el criterio razonable del fallador.

No obstante, en respeto del principio de legalidad de los delitos y las penas, de manera oficiosa la Sala modificará la pena accesoria de inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas impuesta a los encartados, ya que el *a quo* la fijó “...por el mismo término de la principal” que corresponde a 304 meses, o lo que es igual, 25 años y 4 meses, pero conforme lo prevé el artículo 51 del Código Penal, “La inhabilitación para el ejercicio de derechos

5. Valiéndose de la actividad de inimputable.

6. Con sevicia.

7. Colocando a la víctima en situación de indefensión o inferioridad o aprovechándose de esta situación.

8. Con fines terroristas o en desarrollo de actividades terroristas.

9. En persona internacionalmente protegida diferente a las contempladas en el Título II de éste Libro y agentes diplomáticos, de conformidad con los Tratados y Convenios Internacionales ratificados por Colombia.

10. <Aparte tachado INEXEQUIBLE> <Numeral modificado por el artículo 2 de la Ley 1426 de 2010. El nuevo texto es el siguiente:> Si se comete en persona que sea o haya sido servidor público, periodista, juez de paz, Defensor de Derechos Humanos, miembro de una organización sindical legalmente reconocida, político o religioso en razón de ello.

11. <Numeral derogado por el artículo 13 de la Ley 1761 de 2015>” (Negrilla de la Sala).



Apelación sentencia abreviada - Rad: 68001-6000-159-2019-03426-01 (21-495A)
Procesados: Carlos Alberto y Andrés Felipe Rodríguez Quintero.
Decisión: Confirma parcialmente sentencia del 7 de mayo de 2021.

y funciones públicas tendrá una duración de cinco (5) a veinte (20) años, salvo en el caso del inciso 3 del Artículo 52.”, sin que se configure dicha excepción desarrollada en el inciso 5° del artículo 122 Superior.

Por lo anterior, la Sala confirmará parcialmente la sentencia recurrida, en el entendido que la pena accesoria de inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas impuesta a Carlos Alberto Rodríguez Quintero y Andrés Felipe Rodríguez Quintero quedará en 20 años, dejando incólume lo demás.

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

RESUELVE:

Primero: Confirmar parcialmente la sentencia impugnada de origen, fecha y contenido anotados, en el entendido que la pena accesoria de inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas impuesta a Carlos Alberto Rodríguez Quintero y Andrés Felipe Rodríguez Quintero corresponde a 20 años, dejando incólume los demás apartes.

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

CÚMPLASE

Los Magistrados,

PAOLA RAQUEL ÁLVAREZ MEDINA



Apelación sentencia abreviada - Rad: 68001-6000-159-2019-03426-01 (21-495A)
Procesados: Carlos Alberto y Andrés Felipe Rodríguez Quintero.
Decisión: Confirma parcialmente sentencia del 7 de mayo de 2021.

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 **5 DE MAYO DE 2023.**

*El expediente obra en un cuaderno digital de
OneDrive*



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE
BUCARAMANGA

SALA DE DECISIÓN PENAL

Magistrada ponente: SUSANA QUIROZ HERNÁNDEZ

Radicación	680016000159201704819 NI 23-185A (99.23)
Procedencia	Juzgado 7 Penal Circuito con Funciones de Conocimiento
Acusado	Leidy Patricia Pacheco Bustos
Delito	Homicidio culposo.
Apelación	Sentencia condenatoria
Decisión	Confirma
Aprobación	Acta nro. 479
Fecha	17 de mayo
Lectura	

I. OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

Entrar a resolver el recurso de apelación interpuesto por la defensa técnica, contra la sentencia proferida el 24 de febrero de 2023, mediante la cual el Juzgado 7° Penal del Circuito de Bucaramanga, declaró penalmente responsable a Leidy Patricia Pacheco Bustos, por el punible de homicidio culposo.

1

II. HECHOS JURÍDICAMENTE RELEVANTES

Fueron citados en el fallo de primer grado, conforme al escrito de acusación, de la siguiente manera:

El día 17 de abril de 2017, aproximadamente a las 4:00 p.m. en el hogar infantil del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, denominado Hogar Arcángeles de San Rafael, ubicado en la vereda La Fuente, sector Linderos, municipio Los Santos, Santander; LEIDY PATRICIA PACHECO BUSTOS, empleada de la Cooperativa Multiservicios Comunitarios de Santander "COMUCSA" encargada del cuidado de los niños, culminada la jornada y al momento de preparar a los menores para ser entregados a sus acudientes, advirtió la ausencia del niño I.T.O.P., de diecinueve (19) meses de edad, menor que fue hallado en la zona del lavadero con la cabeza sumergida en un balde que contenía agua-jabón.

I.T.O.P. falleció por asfixia por desplazamiento del elemento oxígeno por sumersión en agua dulce.

III. ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

3.1. El 29 de noviembre de 2018, ante el Juzgado 1° Penal Municipal con Función de Control de Garantías de esta ciudad, la Fiscalía General de la Nación formuló imputación a LEIDY PATRICIA PACHECHO BUSTOS como presunta autora del delito de homicidio culposo – arts. 109 del Código Penal –, cargos que no fueron aceptados por la imputada.

3.2. Radicado el escrito de acusación, la competencia correspondió al Juzgado 7° Penal del Circuito de Bucaramanga, despacho que realizó la audiencia de formulación de acusación el 28 de febrero de 2020, mientras que la preparatoria se llevó a cabo el 06 de mayo de 2021.

3.3. El juicio oral se adelantó en diferentes sesiones el 11 de agosto, 16 de noviembre de 2021, 18 de abril, 23 de junio de 2022, 13, 27 de enero, 17 de febrero del presente año, sesión última en la que se emitió el sentido del fallo condenatorio y se corrió el traslado de que trata el artículo 447 del C.P.P.

3.4 Finalmente, el pasado 24 de febrero, se dio lectura a la correspondiente sentencia, determinación contra la cual se interpuso en audiencia recurso de apelación por la defensa técnica, decisión objeto de esta instancia.

IV. EL FALLO DE PRIMER GRADO

El A-quo, luego de hacer una reseña del acontecer fáctico y una síntesis de las actuaciones procesales, estimó cumplidos los presupuestos que exige el artículo 381 de la Ley 906 de 2004, para emitir sentencia de condena contra LEIDY PATRICIA PACHECHO BUSTOS, en calidad de autora del delito de homicidio culposo, conforme a la descripción típica contenida en el artículo 109 del Código Penal.

Para justificar su determinación, en primer lugar, hizo referencia a que las partes dieron por probado mediante estipulación probatoria, la plena identidad de la procesada y de la víctima ITOP, el que para la fecha de los hechos tenía 19 meses de edad.

Así mismo, expuso que la materialidad del punible de homicidio se acreditó con el acta de inspección técnica a cadáver del 17 de abril de 2017, y con el informe Pericial de Necropsia, en el que se consignó como causa de la muerte del menor, asfixia por desplazamiento del elemento oxígeno por sumersión en agua dulce, mecanismo fisiopatológico de la muerte, hipoxia tisular aguda severa.

Luego, una vez desarrolló normativa y jurisprudencialmente el delito culposo, sostuvo que en el presente caso se coligen los presupuestos para deducir la responsabilidad de la encartada en el punible de homicidio bajo la modalidad culposa, toda vez que se probó: (i) que la causa de deceso de ITOP solamente se explica del actuar omisivo de la acusada, quien tenía la calidad de madre comunitaria del Hogar Infantil Arcángeles San Rafael y por lo tanto era responsable del menor y se exigía de su parte un actuar prudente y diligente por su actividad; y (ii) que la procesada con su actuar generó un riesgo desaprobado que hubiese podido prevenir con un mínimo de diligencia y atención sobre los movimientos y actividades de los menores, atendiendo su corta edad.

Al respecto, aludió a los testimonios: (i) del patrullero Wilmar Rincón Osma, quien manifestó que al llegar al lugar encontró a la víctima en brazos de la procesada, le realizó maniobras de reanimación, pero este ya no tenía signos vitales, (ii) del padre ITOP, Otoniel Ochoa Mantilla, el cual dio a conocer que el día de marras, al llegar al hogar a recoger a su hijo, observó a un policía reanimándolo, por lo que lo tomó en sus brazos y abordó un vehículo con destino al Hospital Local de Piedecuesta, (ii) de los expertos en topografía y en extracción de fotogramas, Weymar Galvis Rodríguez y José Delgado Paredes, con quienes se conoció que el lugar donde se encontró el

balde con agua a su alrededor, está ubicado en un lugar a 4,57 mts de los salones de clase.

Además, descartó los planteamientos defensivos, para lo cual precisó que las incoherencias del padre del menor respecto a su dirección de residencia y a que había una sábana en el balde, y la duda frente a que el menor seguía con vida al arribar la policía nacional, son insuficientes para desvirtuar la prueba de cargo de la que se colige que al momento de ser auxiliado el niño por el patrullero, aquél ya había fallecido por asfixia, que expedía un olor a jabón y lo que se corresponde con el hecho de que su muerte se provocó por ahogamiento en un balde que contenía agua y jabón.

Argumentó que conforme la relación laboral que tenía, se probó un actuar omisivo de la acusada, quien tenía el deber de proteger la vida de la víctima, de actuar de forma diligente y cuidadosa frente a los menores que se encontraban en el hogar; en consecuencia, coligió que existe un nexo entre la desatención al deber que le asistía la procesada y el resultado que se produjo.

4

Citó referente jurisprudencial relativo a la posición de garante y resaltó que en el presente caso, el rol de cuidado, y protección de los menores le asistía a la procesada, lo cual se acreditó con la declaración de Ana Victoria Jiménez, Yully Andrea Quesada y Zaida Ruth Figueredo Arguello, quienes pusieron de presente que PACHECO BUSTOS, tenía un contrato laboral con la Cooperativa COMUCSA, entidad contratista para el ICBF, que laboraba como madre comunitaria y por lo tanto, cuidadora de los menores inscritos al programa Arcángeles de San Rafael, al que pertenecía el afectado.

Desvirtuó la teoría defensiva relativa a que la muerte del menor devino de la deficiencia de protocolos y de medios para desarrollar la labor de madre comunitaria; al efecto, sustentó que, del testimonio de Ana Victoria Jiménez, empleadora de la acusada, se conoció que las madres comunitarias se encontraban capacitadas en los protocolos de

seguridad para el cuidado de los menores, para la gestión de los riesgos e inclusive de la atención en primeros auxilios.

Igualmente, que de los testimonios de Otoniel Ochoa Mantilla, Cynthia Yurley Peña García, Yully Andrea Quesada y Zaida Ruth Figueredo Arguello, se conoció la manera en que se entregaban a los menores al final de la jornada y concretamente que al momento de los hechos era PACHECO BUSTOS la encargada del cuidado de los menores en el salón de clases, deber que desconoció, pues la víctima pudo retirarse del salón, desplazarse 5 mts y acceder al balde que contenía agua y jabón, en el cual falleció.

Bajo las anteriores consideraciones, concluyó que PACHECO BUSTOS, actuó con total inobservancia de sus funciones como madre comunitaria y de los protocolos establecidos para el cuidado y auxilio de los menores, sobre quienes tenía una posición de garante, coligiendo que la acusada desatendió a la víctima, lo cual le generó su deceso. Conducta por medio de la cual afectó el bien jurídico de la vida de ITOP.

5

Así, al colegir la responsabilidad de la acusada, procedió con el proceso de dosificación punitiva, para lo cual, en virtud de lo dispuesto en el artículo 109 del Código Penal, fijó los extremos punitivos y cuartos de movilidad así: **cuarto mínimo:** de 32 a 51 meses y 26,66 a 57,49 smlmv; **cuartos medios:** de 51 a 89 meses y 57,49 a 119,16 smlmv; y **cuarto máximo:** de 89 a 108 meses y 119,16 a 150 smlmv.

Acto seguido, se limitó la movilidad al primer cuarto al no concurrir circunstancias genéricas de mayor punibilidad, y a la luz de los parámetros dispuestos en el artículo 61 *ib*, determinó como sanción definitiva la de prisión de 36 meses y 26.66 smlmv de multa, así como la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término de la pena privativa de la libertad.

Así mismo, le concedió a la procesada la suspensión condicional de la ejecución de la pena, ante el cumplimiento de los requisitos dispuesto en el artículo 63 del Código Penal.

V. DE LA SUSTENTACIÓN DEL RECURSO

5.1 Recurrente.

La defensa técnica, recurrió en apelación la anterior decisión y dirigió su inconformidad en dos aspectos; inicialmente, censuró la falta de dominio de la acusada en los hechos, y su imposibilidad como garante de los doce menores que se encontraban a su cuidado; ello, ante el espacio complejo del inmueble en el que funcionaban los dos hogares infantiles. Máxime que la testigo Ana Victoria Jiménez representante legal de COMUCSA, no fue clara en el cumplimiento de los requisitos por parte de los hogares del ICBF y de la capacitación de las madres comunitarias en primeros auxilios.

Como segunda crítica, aludió a una indebida valoración probatoria, en tanto, se desconoció que muy cerca del Hogar del ICBF, había un centro de atención médica, al que aceptó el padre ITOP que no acudió, pues veía la puerta cerrada, a pesar de afirmar que conocía que en horas de la mañana se podían solicitar citas; relato que se contradice con el del Patrullero Wilmar Raúl Pinzón, quien no se refirió a la intención de detener el vehículo y verificar si en efecto se encontraba cerrado el lugar.

Igualmente, que se omitió (i) lo expuesto por Yuri Andrea Quesada, quien laboraba en oficina contigua a la sede del hogar, corroboró que el puesto de salud se encontraba en funcionamiento y puso de presente que al realizarle maniobras de reanimación, la víctima reaccionó y trató de vomitar; y (ii) que conforme historia clínica e informe de necropsia, el menor falleció a las 17:23 horas por lo que teniendo en cuenta que los hechos sucedieron aproximadamente entre las 15:45 a 16:00 pm, otro hubiese sido el desenlace de haber acudido al centro clínico.

En ese orden de ideas, aseguró que a pesar de presentarse una situación inicial que generó que la víctima se encontrara en riesgo de perder su vida, este fue reanimado gracias a labores de primeros auxilios, generándose su deceso por responsabilidad de su padre.

Bajo las anteriores consideraciones, concluyó que es desacertado endilgar la responsabilidad en la procesada, ante la complejidad del entorno que le imposibilitaba el desarrollo de su actividad como madre comunitaria, que esta no fue capacitada en primeros auxilios y que finalmente el deceso del menor se generó por causas atendibles a la omisión de su progenitor al llevar a la víctima al centro de salud más cercano.

VI. CONSIDERACIONES DE LA SALA

6.1. Sobre la competencia

De conformidad con lo dispuesto en el numeral 1° del artículo 34 de la Ley 906 de 2004, este Tribunal es competente para conocer del recurso de apelación interpuesto por la defensa técnica, contra el fallo condenatorio del 24 de febrero hogaño, proferido por el Juzgado 7 Penal del Circuito con Función de Conocimiento de esta ciudad.

7

Bajo esa premisa, estudiará la Sala la impugnación propuesta, aclarando que, por tratarse de la segunda instancia, la competencia está restringida a los aspectos objeto de inconformidad y a los que resulten inescindiblemente ligados a los mismos, en virtud del principio de limitación.

6.2. Imputación jurídica

A LEIDY PATRICIA PACHECO BUSTOS le fue acusado el delito de homicidio culposo, descrito en el artículo 109 del Código Penal, cuyo tenor literal refiere:

ARTÍCULO 109. HOMICIDIO CULPOSO. <Penas aumentadas por el

artículo 14 de la Ley 890 de 2004, a partir del 1o. de enero de 2005. El texto con las penas aumentadas es el siguiente:> El que por culpa matare a otro, incurrirá en prisión de treinta y dos (32) a ciento ocho (108) meses y multa de veinte y seis punto sesenta y seis (26.66) a ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Cuando la conducta culposa sea cometida utilizando medios motorizados o arma de fuego, se impondrá igualmente la privación del derecho a conducir vehículos automotores y motocicletas y la de privación del derecho a la tenencia y porte de arma, respectivamente, de cuarenta y ocho (48) a noventa (90) meses.

6.3. Problema jurídico.

Teniendo en cuenta los reproches esgrimidos en la alzada, le corresponde a la Sala de Decisión determinar si de los medios probatorios debidamente incorporados y debatidos en el juicio oral, es válido colegir la responsabilidad penal de la encartada.

6.4. Precisión preliminar.

Respecto de los punibles imprudentes, como el aquí enrostrado a la procesada, es preciso señalar que jurisprudencialmente se ha desarrollado que su estructuración se realiza con fundamento en la *teoría de la imputación objetiva*, de acuerdo con la cual un hecho causado por el agente le es jurídicamente atribuible a él, si con su comportamiento ha creado un peligro para el objeto de la acción no abarcado por el *riesgo permitido* y dicho peligro se realiza en el resultado concreto.

8

Al efecto, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia¹ ha precisado:

En el delito imprudente se sanciona la conducta que cause un resultado lesivo siempre que, siendo previsible, sea producto de la infracción al deber objetivo de cuidado. El juicio de reproche no recae sobre la acción en sí misma, sino en la forma en que se ejecuta, esto es, «infringiendo las reglas de cuidado propias de la actividad realizada, valga decir, los reglamentos de tránsito, las reglas de la experiencia propias de cada profesión u oficio -lex artis- y, si no las hay, las pautas de comportamiento social del hombre promedio. O creando un riesgo jurídicamente desaprobado a partir de la ejecución imprudente de una acción normalmente trivial.» (Cfr. CSJ SP2771-2018, rad. 46612).

¹ CSJ SP 1274 de 2021. Radicado 54442 del 14 de abril de 2021.

En el marco de la teoría de la imputación objetiva, la infracción del deber objetivo de cuidado está concebida desde el riesgo jurídicamente desaprobado. De modo que el juez está en la obligación de examinar si el procesado creó un riesgo no permitido y como consecuencia de ello se produjo el resultado relevante para el derecho penal. (CSJ SP, 11 abr. 2012, rad. 33920)

Así las cosas, para determinar la autoría de la procesada en el delito bajo la modalidad culposa, se corresponde determinar si el resultado que se adecua típicamente en el art. 109 del C.P, fue producto o no de la infracción al deber objetivo de cuidado, entendido este como la realización de la conducta en las condiciones que la habría ejecutado cualquier persona prudente en la misma situación de la acusada.

6.5 Caso concreto

Inicialmente es preciso señalar que, de conformidad con los artículos 7° inciso 4°, 372 y 381 de la Ley 906 de 2004, para condenar se requiere el conocimiento más allá de toda duda sobre el delito y la responsabilidad penal del acusado en él, fundado en las pruebas incorporadas en el juicio oral.

9

En consecuencia, en virtud de los artículos 380, 404 y 432 *ibíd*, habrá de realizarse un análisis conjunto y a la luz de la sana crítica de los testimonios practicados en el debate público, así como de los documentos incorporados al mismo, en aras de establecer si la decisión del *A quo* de condenar a PACHECO BUSTOS, a título culposo de la conducta de homicidio, por hechos en los cuales resultó víctima el menor ITOP, es acertada o no.

Así pues, partirá la Sala por precisar que las partes acordaron dar por probado a través de estipulación, además de la plena identidad de la procesada, que la víctima ITOP para la fecha de los hechos -17 de abril de 2017- tenía 19 meses de edad, teniendo en cuenta su nacimiento el 19 de agosto de 2015.

Así mismo, conforme a lo acreditado en juicio y consignado en el fallo confutado, así como al argumento elevado en la apelación, en el presente caso, no existe duda alguna frente a la materialidad del punible, en tanto ninguna controversia se suscitó frente a: (i) el fallecimiento del menor ITOP el día 17 de abril de 2017, por asfixia por desplazamiento del elemento oxígeno por sumersión en agua dulce, mecanismo de muerte: hipoxia tisular aguda severa; lo anterior, al caer en un balde con agua y jabón que se encontraba a 4,57 mts de su salón de clases, teniendo en cuenta que el menor se encontraba vinculado al programa al Programa Arcángeles San Rafael, que funcionaba en la fundación FUNSAVID, concretamente, en el hogar infantil situado en la vereda la Fuente, Sector Linderos, en el municipio de los Santos Santander.

(ii) que a través de la Cooperativa Multiservicios Comunitarios de Santander “COMUCSA”, contratista para el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, la procesada PACHECO BUSTOS, se encontraba vinculada laboralmente para ejercer como madre comunitaria en el programa “Arcángeles de San Rafael”, y en consecuencia, encargada del cuidado de la víctima y de otros 11 menores vinculados.

(iii) que en el hogar antes citado funcionaban dos hogares infantiles, por lo que al final de la jornada, la procesada y Adriana Marcela Pacheco Bustos, también madre comunitaria, se dividían las funciones y mientras una entregaba los menores a sus progenitores, la otra se encargaba del cuidado de estos en el salón de clases, siendo esta última labor la que ejecutaba la acusada el día de los hechos, al momento en que la víctima se retiró del salón, caminó aproximadamente 5 mts y cayó en un balde con agua y jabón.

Ahora bien, la primera instancia concluyó que la procesada el día de los hechos tenía una posición de garantía respecto de la vida de ITOP, producto de una organización institucional que en su rol de madre comunitaria, le exigía el cuidado, atención y protección de los menores del programa Arcángeles de San Rafael, deberes que incumplió, generando un riesgo que se concretó en el deceso de la

víctima, y que ejecutó a pesar de conocerse que aquella conocía de los protocolos de seguridad para el cuidado y gestión de los riesgos de la primera infancia expedidos por el ICBF.

Lo anterior fue censurado por el apelante bajo el argumento de la imposibilidad de deducir la posición de garante, ante la falta de dominio de la procesada por las dificultades en el espacio donde funcionaban los dos hogares infantiles y que se encontraban vinculados 24 menores y solo dos madres comunitarias encargadas de su cuidado. Máxime que la testigo Ana Victoria Jiménez, representante legal de COMUCSA, no fue clara en el cumplimiento de los requisitos por parte de los hogares del ICBF y de la capacitación de las madres comunitarias en primeros auxilios; sin embargo, anticipará la Sala que tal reproche se advierte desatinado.

Sobre el particular, ha de partirse por recordar que a la procesada le fue enrostrada la conducta punible descrita, por su omisión de cuidado y protección de la víctima, a pesar de estar encargada de su cuidado, en su calidad de madre comunitaria por vinculación laboral con la Cooperativa COMUCSA; tal figura, se adecua exactamente a lo que se ha denominado *posición de garante* y atribuida para quien, por competencia organizacional, institucional o de injerencia, tiene el deber de cuidado del bien jurídico protegido², y desarrollada en el artículo 25 de la Ley 599 de 2.000, de la siguiente manera:

“Quien tuviere el deber jurídico de impedir un resultado perteneciente a una descripción típica y no lo llevare a cabo, estando en posibilidad de hacerlo, quedará sujeto a la pena contemplada en la respectiva norma penal. A tal efecto, se requiere que el agente tenga a su cargo la protección en concreto del bien jurídico protegido, o que se le haya encomendado como garante la vigilancia de una determinada fuente de riesgo, conforme a la Constitución o a la ley”.

Al respecto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, ha establecido que para colegir la responsabilidad bajo esta

² CSJ SP801-2022 Radicado. 54940 citando SP1291-2018

modalidad, se requiere probar: *i) la posición de garantía del acusado derivada de un mandato legal o constitucional o su competencia por organización o injerencia; ii) la lesión de un bien jurídico tutelado que se encuentre a su cargo; iii) la capacidad de tomar las medidas requeridas para impedir su afectación; iv) la inejecución de dichas medidas, y v) la conciencia, por parte del agente, de los ingredientes normativos de la infracción, su condición de garante y su capacidad de acción*³.

De los anteriores presupuestos, en sentir de esta Sala y en concordancia con lo dispuesto por la Juez de primer grado, se logró llegar al conocimiento, más allá de toda duda de la responsabilidad de la acusada bajo la calidad de garante, por cuanto, se itera, además del vínculo laboral desde el 01 de noviembre de 2016 que le otorgaba el rol de madre comunitaria dentro del programa en el que se encontraba inscrito la víctima, se estableció que ella conocía las circunstancias y los medios en los que iba a desarrollar su actividad, así como los protocolos y capacitaciones que expedía el ICBF para el cuidado de los infantes.

12

En efecto, Ana María Jiménez, representante legal de la Cooperativa COMUCSA, contratista del ICBF, dio cuenta que la procesada suscribió contrato de trabajo el primero de noviembre de 2016, momento en el que realizó una inducción de ocho días en el que se explican las medidas para el cuidado de los infantes⁴, además, de la asistencia a capacitaciones frente a los métodos de protección, entre los cuales se encontraba la que las fuentes hídricas debían permanecer tapadas, y la pila seca. Igualmente, refirió que al requerir a la procesada por la situación y concretamente la razón por la que había un tanque con agua a pesar de que ello no debía ocurrir, esta le respondió que había echado una cobija a lavar.

Así las cosas, es claro que la encartada ejercía esta actividad con varios meses de anterioridad a los hechos, lo que permite inferir que sí tenía los recursos físicos y de conocimiento para actuar con

³ CSJ SP801-2022 Radicado. 54940 citando SP5333-2018

⁴ Audiencia juicio oral 23 de junio de 2022 récord 01:37:57

diligencia en el cuidado y protección de los menores, particularmente, de la víctima, además de que tenía las herramientas para impedir el infortunado evento.

Amén de lo anterior, se observa que el testimonio de la empleadora de la acusada, con quien se advierte la realización de inducción y capacitaciones y que el lugar había sido inspeccionado para la prevención de riesgos, no fue desvirtuado o por lo menos, controvertido por la defensa técnica.

En ese orden de ideas, claro es que las dificultades en el espacio físico del inmueble donde se ubicaban los hogares, y la falta de detalle en las capacitaciones realizadas a la procesada, es un planteamiento contraevidente, que no tiene la trascendencia para colegir que la acusada no tenía dominio funcional del hecho, pues lo cierto es que sí se demostró un conocimiento de la misma en la actividad que desarrollaba y que en incumplimiento de su rol, generó un riesgo en la vida del menor víctima sobre el cual tenía una responsabilidad de cuidado y protección; situación diferente ocurriría si con la autoridad y atención que su calidad de madre comunitaria le obligaba, no hubiese podido impedir lo ocurrido.

Ahora bien, como segunda censura, la defensa postuló un indebido análisis probatorio frente a los testimonios de Yuri Andrea Quesada, Wilmar Raúl Rincón, patrullero, y del progenitor de la víctima, los cuales, soportan su tesis dirigida a que si bien es cierto se presentó una situación en la que se puso en riesgo la vida de ITOP, este fue reanimado por el funcionario de la Policía Nacional, de ahí que el deceso del menor se generó por la falta de diligencia de su padre al no llevarlo al centro de salud más cercano; postura completamente desatinada, pues como se desarrollará, se encuentra alejada de lo realmente acaecido en el escenario de juicio oral.

En efecto, el patrullero, Wilmar Rincón manifestó que se encontraba en la vivienda de “Nubia”, cuando ella recibió una llamada en la que le informaban que un menor se había ahogado en la

Fundación, por lo que alrededor de las 04:00pm se dirigió allí y al arribar, observó a una joven llorando con un niño en brazos, le pidió que lo recostara en una mesa y empezó a realizarle maniobras de reanimación, notando que botaba espuma blanca por su nariz con olor a jabón, que solicitó una ambulancia, y a los pocos minutos llegó el padre; sin embargo, y en palabras del deponente, *“al ver que no reaccionaba paré un vehículo particular que iba para Piedecuesta y lo embarcamos ahí”*.⁵ Seguidamente, le cuestionó la delegada fiscal qué reacción tuvo el infante ante su reanimación, a lo que este contestó que solo había botado espuma por la nariz⁶.

Corroborando tal situación depuso Otoniel Ochoa Mantilla, padre de ITOP, quien refirió que al llegar al hogar a recoger a su hijo, advirtió a un agente de la policía reanimando a su descendiente en una mesa, que intentó hacer lo mismo, pero *“los pulmones ya estaban llenos de agua ... yo digo que él ya no estaba con nosotros”*⁷.

Al cuestionársele qué sucedió después indicó: *“yo empecé a gritar, el policía paró una camioneta con la esperanza de que lo pudieran salvar porque la ambulancia estaba lejos, yo estaba intentando reanimarlo (...) había un centro antes de Acuarela, que era a minutos pero estaba cerrado porque en ese entonces habían problemas de contratación pero tenía la esperanza de que nos atendieran porque mi papa sacaba citas pero en la mañana”*⁸. Agregó que finalmente llevaron a su hijo al Hospital central de Piedecuesta y que al momento de ingresarlo el médico salió y le indicó que ITOP había fallecido aproximadamente una hora antes.

Además, en la historia clínica de la víctima⁹, se estableció como hora de ingreso del menor al Hospital a las 17:23 horas.

⁵ Audiencia juicio oral 16 de noviembre de 2021 Récord 01:42:42

⁶ Audiencia de juicio oral 16 de noviembre de 2021 Récord 01:50:25

⁷ Audiencia juicio oral 23 de junio de 2022 récord 49:56

⁸ Audiencia de juicio oral 23 de junio de 2022 récord 51:45

⁹ Visible documento No. 39 del expediente digital.

Ahora, como testigo de descargo que reprochó el defensor desconoció la primera instancia, acudió Yully Andrea Quesada, quien refirió que el menor reaccionó a la reanimación como tratando de vomitar; no obstante, que no podría asegurar que este se encontraba con vida¹⁰. De otro lado, afirmó que cerca al hogar había un puesto de salud en el que permanecía siempre allí una enfermera.

Pues bien, vistas y analizadas las anteriores pruebas practicadas en juicio oral, para esta Sala es claro que la hipótesis de la defensa respecto a que el menor fue exitosamente reanimado por el agente policial y que el fallecimiento de este devino del actuar del progenitor quien no se detuvo en el centro de salud más cercano carece por completo de soporte probatorio.

Nótese que el patrullero que arribó al lugar a eso de las 04:00 pm, y que le realizó las maniobras de reanimación a ITOP, percibiendo de manera directa sus signos vitales, aseguró que no esperaron la ambulancia y detuvieron un vehículo particular pues el menor no reaccionaba; misma situación de la que da cuenta el padre de este, quien de manera contundente da a conocer la angustia que sentía y la esperanza de que estuviese abierto el puesto de salud cercano, pero que al pasar advirtió la puerta cerrada, amén que en su sentir, desde el hogar su hijo ya había fallecido. Relatos que se soportan con el hecho que arribaron al Hospital de Piedecuesta alrededor de las 17:23 horas y les informaron que el menor había fallecido alrededor de una hora antes.

Y es que, de manera alguna es válido colegir como lo pretende el defensor, respecto a que de lo expuesto por Yully Quesada sobre la intención de vomitar del menor en las maniobras de reanimación pueda afirmarse que este se encontraba con vida; máxime cuando la testigo es clara en afirmar que ello no lo podría asegurar.

De otro lado, no se desconoce la existencia del centro de salud cercano, y que al parecer en el mismo permanecía una enfermera; no

¹⁰ Audiencia de juicio oral 23 de enero de 2023 récord 01:50:49

obstante, como lo refirió el padre del niño, en ese momento se encontraba cerrado, de ahí la necesidad de dirigirse hasta Piedecuesta a llevar a su hijo; siendo completamente improcedente pretender dirigir la responsabilidad de la muerte de ITOP, en cabeza de su padre al no detenerse e insistir en la atención; máxime si se tiene como premisa que el menor no respondió en sus signos vitales al momento de la reanimación.

Así las cosas, en sentir de esta Sala de decisión los argumentos expuestos por la defensa técnica, son insuficientes para controvertir los consignados por la Juez de Primera Instancia en su determinación, por lo que advirtiéndose cumplidos los presupuestos para emitir decisión condenatoria en contra de la acusada por el punible de homicidio culposo, en los hechos en los que resultó víctima el menor ITOP, la decisión que en derecho corresponde es la de confirmar el proveído recurrido.

Finalmente, como no existió reparo alguno en el recurso vertical en cuanto al proceso de dosificación punitiva, o a la concesión de subrogados penal, se abstiene esta Colegiatura de realizar cualquier consideración adicional al respecto.

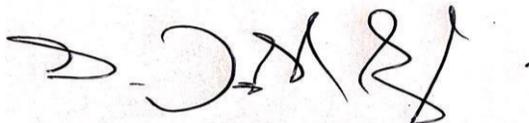
En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, en Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

VII. RESUELVE:

PRIMERO. CONFIRMAR la sentencia del 24 de febrero de 2023, proferida por el Juzgado 7 Penal del Circuito Con Función de Conocimiento de Bucaramanga, en contra de LEIDY PATRICIA PACHECO BUSTOS, como autora responsable de la conducta punible de homicidio culposo, conforme a las razones expuestas en el cuerpo motivo de este pronunciamiento.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



SUSANA QUIROZ HERNÁNDEZ

Magistrada



PAOLA RAQUEL ÁLVAREZ MEDINA

Magistrada



JAIRO MAURICIO CARVAJAL BELTRÁN

Magistrado



**TRIBUNAL SUPERIOR DE BUCARAMANGA
SALA PENAL DE DECISIÓN**

Magistrado Ponente

Jairo Mauricio Carvajal Beltrán

Rad. 68001-6000-000-2021-00250-01. NI. 23 – 353A.

Aprobado por Acta No. 530

Bucaramanga, Primero (1°) de junio de dos mil veintitrés (2023)

1. Asunto

La Sala se pronuncia frente al desistimiento del recurso de apelación interpuesto por la defensa de Pedro Jesús Villamizar contra la sentencia proferida el 16 de diciembre de 2022 por el Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Bucaramanga, mediante el cual lo condenó como coautor del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes en concurso heterogéneo con concierto para delinquir agravado.

2. Consideraciones del Tribunal

El artículo 179F de la Ley 906 de 2004, adicionado por la ley 1395 de 2010, dispone que se podrá desistir de los recursos presentados antes que el funcionario judicial los decida.

No exigiéndose por parte del legislador otro requisito más que la simple manifestación del recurrente y que el recurso no haya sido resuelto, es que ante la manifestación expresada por el defensor del condenado de desistir del recurso de apelación se procederá por parte de este tribunal a aceptar el desistimiento del citado recurso únicamente frente a este procesado, ello comoquiera que fueron dos los recursos propuestos.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, - Sala de Decisión Penal -,

Resuelve:

Primero. Aceptar el desistimiento del recurso de apelación presentado por la defensa técnica de Pedro Jesús Villamizar, de conformidad con las razones antes expuestas.

Segundo. Informar a las partes e intervinientes que contra la presente providencia procede el recurso de reposición.

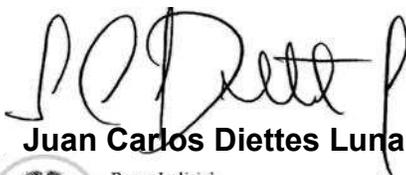
Tercero. Una vez cobre ejecutoria la decisión, devuélvase el expediente a este despacho, atendiendo que fueron dos los recursos propuestos.

Notifíquese y Cúmplase

Los Magistrados,



Jairo Mauricio Carvajal Beltrán



Juan Carlos Diettes Luna
Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia



Harold Manuel Garzón Peña

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SALA DE DECISIÓN PENAL

MAGISTRADO PONENTE: GUILLERMO ÁNGEL RAMÍREZ ESPINOSA

Bucaramanga, treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintitrés (2023)
Discutido y Aprobado virtualmente por Acta No. 526.

OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por la defensa de **Néstor Pascual Delgado**, contra la sentencia condenatoria proferida el 3 de noviembre 2021, mediante la cual el Juzgado Doce Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Bucaramanga, lo declaró penalmente responsable del delito de **actos sexuales con menor de 14 años agravado en grado de tentativa**; conforme a lo descrito en el artículo 179 del Código de Procedimiento Penal.

HECHOS

Fueron narrados por la primera instancia de la siguiente manera:¹ *«La presente investigación se inicia por parte de la fiscalía por motivo de una comunicación enviada en el mes de junio de 2014 a la Dra. Gladys Rojas en calidad de coordinadora del colegio Cedeco, por parte de una docente que dio a conocer que la menor M.D.S.P., de 9 años de edad, quien se encontraba en el grado 3-1, en desarrollo de una actividad escolar comentó haber sido víctima de un ilícito contra la libertad, integridad y formación sexual al interior de su núcleo familiar, situación que generó la intervención de la Comisaría de Familia de Piedecuesta y el envío de copias para el mes de octubre de 2014, con destino a la fiscalía para que se investigara el hecho punible.*

¹ Folio 13 cuaderno digitalizado

*La señora Johana Patricia Solano Pereira, madre de la menor víctima, refiere no haber denunciado los hechos para evitar enfrentamientos en su hogar, mismos que tuvieron ocurrencia en noviembre de 2010, en la calle 8 # 6-31 de Piedecuesta, cuando ella debió salir dejando a su hija M.D.S.P. al cuidado de una hermana que también salió de la casa, quedando la menor en compañía de **NÉSTOR PASCUAL DELGADO**, esposo de Rosalba, tía de la menor, momento en que el acusado aprovechó para encerrarla en un cuarto y realizarle tocamientos en su cuerpo.*

*De acuerdo con lo consignado en el escrito de acusación, al realizar entrevista a la menor M.D.S.P., esta indicó que ese día su tío **NÉSTOR** cuando ella salió del baño la tiró de su camisa, la entró a una habitación, le tapó la boca y comenzó a tocarle las piernas, los brazos y la vagina».*

ACTUACIÓN PROCESAL

El 9 de diciembre de 2016² ante el Juzgado Catorce Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Bucaramanga, la fiscalía le formuló imputación a Néstor Pascual Delgado por el delito de acto sexual con menor de catorce años agravado, de acuerdo a los artículos 209 y 211 numeral 2º del CP, cargos que no aceptó.

Presentado el escrito de acusación³ correspondió por reparto al Juzgado Doce Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bucaramanga, ante quien se adelantó la respectiva audiencia el 16 de agosto de 2017⁴.

² Acta de audiencia, folio 103 cuaderno digitalizado.

³ Folios 92 a 96 cuaderno digitalizado.

⁴ Acta de audiencia, folio 83 cuaderno digitalizado.

La preparatoria tuvo lugar el 3 de febrero de 2017⁵ (sic), el juicio oral se desarrolló en las sesiones del 12 de septiembre de 2018⁶, 2 de septiembre de 2020⁷, 14 de diciembre de 2020⁸, 18 de agosto⁹ y 3 de noviembre¹⁰ de 2021, donde dio el sentido del fallo condenatorio, el traslado del artículo 477 del CPP y la lectura de la providencia, contra la cual formuló recurso de apelación la defensa.

SENTENCIA RECURRIDA

Mediante providencia de 3 de noviembre de 2021¹¹, el Juzgado de Doce Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bucaramanga declaró penalmente responsable a **Néstor Pascual Delgado**, en calidad de autor del delito de actos sexuales con menor de catorce años agravado en grado de tentativa, en consecuencia, le impuso la pena privativa de la libertad de 95 meses y la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término, además le negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria.

Como fundamento de su decisión, indicó la instancia que se contó con la declaración de la víctima, quien narró de forma clara y contundente lo ocurrido en el año 2010, específicamente que el procesado la llevó a una de las habitaciones, le tapó la boca, le amarró las manos y le tocó los brazos y las piernas, siendo interrumpido por una familiar que golpeó la puerta y ella ya la pudo abrir, contándole inmediatamente lo sucedido, por lo que su agresor fue expulsado de la casa, que pasados 4 años decidió contar lo ocurrido a una profesora del colegio Cedeco, institución que informó a las autoridades.

⁵ Acta de audiencia, folio 74 cuaderno digitalizado.

⁶ Acta de audiencia, folio 59 cuaderno digitalizado.

⁷ Acta de audiencia, folio 42 cuaderno digitalizado.

⁸ Acta de audiencia, folio 38 cuaderno digitalizado.

⁹ Acta de audiencia, folio 34 cuaderno digitalizado.

¹⁰ Acta de audiencia, folio 11 cuaderno digitalizado.

¹¹ Folios 13 a 33 cuaderno digitalizado.

Anotó el a-quo que hay identidad en la versión dada por la menor a lo largo del tiempo, esto es, entre la primera del 2010 dada a la consanguínea y la última en el 2018 ante la audiencia pública, acotando que adicional a la incriminación efectuada por la ofendida, obran las corroboraciones periféricas y la ausencia de intenciones ocultas en contra del enjuiciado, que la madre de la menor y su tía son armónicas en narrar las circunstancias en que se presentaron los hechos y la manera como los informó la víctima.

Descartó que el señalamiento realizado al encartado haya sido por los problemas con su pareja, que ello guardara relación con las motivaciones de MDSP para denunciarlo, destacando que la primera persona que conoció de la situación fue su tía Cecilia, quien ni siquiera residía con ellos, sino que los visitaba ocasionalmente.

También dio cuenta de la oportunidad del acusado para cometer el ilícito, por cuanto el día de los hechos llegó más temprano de lo normal, que las otras personas residentes de la vivienda habían salido a algunas diligencias, quedando únicamente con el abuelo y el acusado.

Sobre la negativa de la ocurrencia de los hechos por parte del incriminado, la instancia no le otorgó credibilidad a su dicho relacionado con el arribo de su trabajo y el consiguiente descanso (dormir), hasta que escuchó una pelea entre la hermana de su pareja y tía de la menor, cuestionándola de por qué se encontraba en la habitación de él, de lo que dijo no se percató porque estaba durmiendo, lo cual advirtió el a-quo es fácilmente refutable, pues contrasta con la prueba de cargo presentada por la fiscalía.

Acogió el planteamiento de la defensa relacionado con la ausencia de referencias a los tocamientos en la vagina, lo que si bien fue atestado por la fiscalía, no fue mencionado por la ofendida ni consignado en el informe

psicológico, por lo que resolvió no dar por demostrado tal hecho, esto es que MDSP haya sido tocada en dicho órgano genital.

Refirió que si bien el Ministerio Público alude a que se pudo presentar violencia por el hecho de manifestar la menor que la tiró a la cama, ello no se podría considerar porque agrava la situación del procesado, sin embargo, compartió que se trata de un delito no consumado, dada la interrupción que del hecho se presentó por la irrupción de la consanguínea, sin que se demostrara que hubo caricias o besos en los genitales u otras zonas erógenas, pero si actos idóneos inequívocamente dirigidos a satisfacer la lúvido del acusado.

Como argumento para justificar lo anterior trajo a colación jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, denotando que se han presentado eventos donde se ha aceptado la tentativa en actos sexuales violentos agravados, destacando que no se profundizó en el proceso la forma ni la zona en que ocurrieron los tocamientos, a efectos de demostrar la consumación del reato al no producirse sobre las partes íntimas, generándose así dudas sobre la consumación del mismo, en tanto los brazos y las piernas no tiene esa naturaleza sexual inequívoca para tenerse como configurado el tipo penal por el cual se acusó.

Afirmó que el encartado sí inició la conducta tendiente a la materialización del ilícito de actos sexuales, exteriorizando su voluntad de realizar tocamientos indebidos a MDSP, de acuerdo a las circunstancias como se presentaron los hechos, no logrando su cometido por la llegada de la familiar de la víctima que se encontraba en la vivienda de la menor, debiendo soltarla para que le permitiera el ingreso a su consanguínea; actos que dice fueron desplegados indiscutiblemente para satisfacer su libido sexual.

Sobre la circunstancia de agravación prevista en el artículo 211 numeral 2° del CP, dijo que resulta demostrada la confianza depositada por la víctima en **Néstor Pascual Delgado**, puesto que se trataba de la pareja de su tía Rosalba Solano, junto a quienes compartían la vivienda lo que permitió que se formara una percepción de confianza en la menor.

Dosificó la pena en 95 meses argumentado que ello atiende a la gravedad de la conducta, la intensidad del dolo, el daño potencial creado, la necesidad y fines de la pena; negándole los subrogados y sustitutos por expresa prohibición del artículo 199 de la Ley 1098 de 2006.

EL RECURSO

Inconforme con la decisión adoptada, la defensa de Néstor Pascual Delgado apeló¹² con el propósito que se revoque la condena y en su lugar se le absuelva de los cargos formulados.

Censuró que la madre de la menor no denunciara los supuestos hechos del 2010, con la simple excusa de no entrar en conflicto familiar, además que la ofendida de 5 años de edad para la época de la ocurrencia de los mismos y que después de 4 años, haga un relato de los presuntos tocamientos realizados por el procesado, que no se necesita ser psicólogo para decir que la narración es dubitable, porque la memoria es aquello que permite memorar circunstancias fácticas, ideas, sensaciones y estímulos del pasado, y que la niña tiene retentiva limitada por diversos conceptos como por su capacidad de atención, facilidad de sugestionarse, dificultad de distinguir entre la realidad y la fantasía, etc.

Cuestionó el testimonio de la psicóloga Myrtha Cecilia López Rojas, quien atendió a la menor después de 8 años de los hechos, solicitando que

¹² Folios 5 a 8 cuaderno digitalizado.

se excluya la valoración de medicina legal donde en el relato de la víctima dice que su defendido tocó partes íntimas de su cuerpo como es la vagina, para concluir que se trata de un abuso infantil, anotando que en todo caso la manipulación genital no consta en el informe pericial.

Agregó que el procesado no actuó con dolo, que la fiscalía no probó los supuestos tocamientos fueran de carácter libidinoso y mucho menos que fueran en sus partes íntimas, arguyendo que el testimonio de José Antonio Solano es fundamental para desvirtuar el supuesto agravante imputado al procesado, que éste convivió con su hija Rosalba Solano y los tres descendientes de ésta, que nunca vio malos tratos para las hijas de la prenombrada, que la relación entre ellos terminó porque alguien notó a su nieta en la habitación del enjuiciado, lo cual era extraño y que éste se fue y no volvió, de manera que al no existir relación alguna entre la víctima y su progenitora con el encartado, no se configura la causal endilgada.

Aceptó que está probado que MDSP era menor de 14 años, pero que la narración de ella es inverosímil por la forma como expuso se presentó la supuesta agresión de tipo sexual, reiterando que a su defendido no se le demostró dolo en el delito atribuido, y que el peritaje de Myrtha Cecilia López Rojas es mendaz, al contradecirse cuando dice que en su informe no anotó que hubo tocamientos en la vagina de la menor, pero que desde el punto de vista clínico se trata de un abuso sexual infantil.

Arguyó que la presunta conducta no se desarrolló en lugares despoblados u oscuros, que la niña no estaba sola en el lugar donde habrían sucedido los hechos, que la versión de la ofendida es dubitable y que simplemente manifestó haber sido tocada en sus piernas y brazos, lo que en su concepto no se adecúa al delito, de manera que se presenta atipicidad del comportamiento e inexistencia de la agravante.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia. - Conforme al numeral 1° del artículo 34 de la Ley 906 de 2004, esta Sala es competente para conocer el recurso de apelación invocado por la defensa de **Néstor Pascual Delgado**, contra la sentencia condenatoria proferida el 3 de noviembre 2021, mediante la cual el Juzgado Doce Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bucaramanga, lo declaró responsable del delito acto sexual con menor de catorce años agravado en grado de tentativa.

Tal como se anotó anteriormente, la censura formulada está dirigida a refutar la valoración probatoria efectuada por el juez de instancia, discutiendo inclusive la tipicidad de la conducta, el dolo del acusado y la inexistencia de la agravante.

Para resolver la impugnación, la Sala abordará los siguientes temas: i) la prueba en el sistema penal con tendencia acusatoria, ii) el delito de acto sexual con menor de catorce años - elementos estructurales, iii) el testimonio de la víctima en delitos contra la libertad, integridad y formación sexual, iv) el principio de congruencia y v) el caso en concreto.

2. Desarrollo de la decisión.

2.1. La prueba en el sistema penal con tendencia acusatoria.

De acuerdo al artículo 374 del CPP *toda prueba debe ser solicitada o presentada en la audiencia preparatoria y se practicará en el momento correspondiente del juicio oral y público.*

En ese orden de ideas, el único espacio procesal para aportar elementos materiales probatorios y evidencia física es el juicio oral, público,

concentrado y con inmediación, por supuesto, previa solicitud y decreto de ellas en la fase preparatoria.

Tal postulado deriva de lo normado en el artículo 16 procesal penal, que dispone que en el *«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»*, así como de los artículos 379 y 402 ibídem, al referir que *«El juez deberá tener en cuenta como pruebas únicamente las que hayan sido practicadas y controvertidas en su presencia. La admisibilidad de la prueba de referencia es excepcional»* y que el testigo *«únicamente podrá declarar sobre aspectos que en forma directa y personal hubiese tenido la ocasión de observar o percibir.»*

Ahora, en el ámbito de la valoración probatoria y de cara al aparte final del artículo 381 del CPP, esta Corporación quiere resaltar que conforme lo estimó la Corte Suprema de Justicia en providencia SP3274 de 2020, respecto a delitos contra la integridad, libertad y formación sexual:

«La clandestinidad que suele rodear esa clase de conductas, que generalmente impide que la prueba de referencia esté acompañada de otras pruebas «directas», lo cual no significa la imposibilidad práctica de realizar actos de investigación que permitan obtener prueba de hechos o circunstancias de donde objetivamente pueda inferirse que los hechos jurídicamente relevantes ocurrieron tal y como los relata la víctima, resultando de especial importancia, para lograr la corroboración de la versión rendida fuera del juicio, el acopio medios de conocimiento que en el derecho español se ha acuñado con el término «corroboración periférica», para referirse a «cualquier dato que pueda hacer más creíble la versión de la víctima, entre ellos: (i) la inexistencia de razones para que la víctima y/o sus familiares mientan con la finalidad de perjudicar al procesado; (ii) el daño psíquico causado a raíz del ataque sexual; (iii) el estado anímico de la víctima en los momentos posteriores a la ocurrencia de los hechos; (iv) regalos o dádivas

que el procesado le haya hecho a la víctima, sin que exista una explicación diferente de propiciar el abuso sexual, entre otros».

Obviamente, aquellos medios complementarios, directos, indirectos o periféricos, tienen que tener la entidad suficiente, tras hacerse la valoración individual y conjunta de la prueba, para apuntalar la demostración del aspecto que se pretende probar relacionado con la conducta penal y/o la responsabilidad del acusado, pues tal exigencia no se satisface con la simple sumatoria de elementos de conocimiento sin trascendencia o inconexos frente al tema de prueba que se debe acreditar conforme a la acusación.»

2.2. Del delito de actos sexuales con menor de catorce años - elementos estructurales.

Según la descripción típica contenida en el artículo 209 del CP, incurre en ese delito quien: *realice actos sexuales diversos del acceso carnal con persona menor de catorce años o en su presencia, o la induzca a prácticas sexuales.*

Luego son tres los escenarios que describe el legislador como supuestos de la comisión del ilícito en cuestión, esto es: a) *realizar actos sexuales diversos del acceso carnal con persona menor de catorce años, b) realizar actos de connotación sexual en su presencia y, c) inducir a la realización de prácticas sexuales.*

Según lo determinó la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en la providencia SP1867 de 2021, radicado 56950: *«La primera forma exige que el menor sea coprotagonista de los actos sexuales, esto es, que entre en contacto físico con el sujeto activo del delito, la segunda modalidad implica que sea únicamente espectador de los actos eróticos que frente a él se realizan y la última hipótesis requiere que se le instigue o persuada para que realice cualquier tipo de actividad de connotación sexual, así no se consiga el resultado querido.»*

Adicionalmente, se trata de una conducta punible de peligro, pues para su configuración basta con acometer cualquiera de los verbos rectores en comento, sin necesidad de la consumación de diversos comportamientos descritos como constitutivos de otros delitos.

En otras palabras, *«respecto del hecho punible tipificado en el artículo 209 del Código Penal, el legislador estableció que lo comete quien realice actos sexuales diferentes al acceso carnal con persona menor de catorce años, o en su presencia, o la induzca a ese tipo de prácticas, actividades que normalmente preceden a la cópula sexual violenta o abusiva, entre otros delitos, sancionados en otros tipos penales.»* (CJS SP SP1867 de 2021, radicado 56950)

2.3. Valoración del testimonio de la víctima de delito sexual.

En la sentencia SP20824 de 2017, la H. Corte Suprema de Justicia aclaró que *«Si bien se ha admitido que una víctima de abuso sexual tiende a referir la realidad de lo acontecido, no por el ello el juzgador está relevado del deber de confrontar su relato con el restante caudal probatorio».*

Así, reiterando lo dicho en la sentencia SP de diciembre 7 de 2011, radicado 46254, señaló: *«aunque el testimonio del niño víctima de abuso ostenta alta confiabilidad y tiene la capacidad de otorgar importantes elementos de juicio sobre la materialidad de los hechos y la responsabilidad del procesado, como cualquier otro medio de convicción debe ser ponderado bajo los parámetros de la sana crítica. En tal contexto, las circunstancias que rodean la declaración, así como el cotejo con los otros medios de convicción recaudados, adquieren especial relevancia.»*

De esta manera, *«el nivel de confianza que adquiere el testimonio de una víctima de abuso sexual no se opone a la obligación de sopesar el contenido de los demás elementos de prueba, tal como lo impone la sana crítica, en especial, el*

principio lógico de razón suficiente, para establecer si ellos reafirman o desvirtúan los señalamientos incriminatorios¹³».

2.4. Principio de congruencia

El principio de congruencia se predica, en estricto sentido, de la relación jurídico-fáctica que debe existir entre la acusación y la sentencia, siendo factible que la fiscalía modifique en la acusación la atribución jurídica primigeniamente establecida en la etapa procesal inmediatamente anterior, dado el cariz provisional que la misma tiene, tal posibilidad está proscrita en lo referente al fundamento fáctico, el cual es inmodificable.

Lo cierto es que jamás podría emitirse fallo, en cualquiera de sus sentidos (absolutorio o condenatorio), sin que el injusto típico, descrito en su aspecto fáctico relevante, haya sido previamente enunciado, con claridad, en la audiencia de formulación de imputación, habida cuenta que el referido acto de comunicación, constituye una de las bases fundantes del proceso, con efecto sustancial, que además provee por la salvaguarda del derecho de defensa. Surge, entonces, la regla adjetivo-sustantiva según la cual sin imputación no puede haber acusación y mucho menos condena o absolución. (CSJ SP5897-2016, rad. 44425 citada en SP5390-2019, rad. 54458)

Por ende, el órgano de persecución penal tiene la obligación de expresar con la mayor claridad los hechos jurídicamente relevantes y los elementos suasorios con los que cuenta, a partir de los cuales le es posible inferir razonablemente que la persona es autora o partícipe de determinada conducta punible, conforme lo prevé el artículo 287 del CPP.

¹³ CSJ SP20824 de 2017, Rad. 46254.

2.5. Caso concreto. –

Las partes estipularon que la menor víctima MDSP para la fecha de los hechos era menor de 14 años, con fundamento en el registro civil de nacimiento, igualmente la plena identidad del acusado con el informe de registro web de la fiscalía, certificando que tiene el cupo numérico 91.345.951.

2.5.1. Pruebas practicadas en el juicio oral.

Claudia Yaneth Rojas Arias¹⁴, galena de medicina legal, declaró que en dictamen pericial consignó que la menor manifestó que Néstor Pascual Delgado la había tocado en sus manos y piernas, que solo fue una vez, agregando que el prenombrado le tapó la boca con una toalla para que nadie la oyera, en tanto, que en la vivienda solo estaba su abuelo; que su progenitora sabía de lo ocurrido y expulsó al encartado de su vivienda. Igualmente declaró que en el examen genital a la niña, no se encontraron lesiones.

MDSP¹⁵ declaró con acompañamiento del psicólogo del ICBF y el defensor de familia, reconociendo no tener ningún parentesco con el procesado, pero que era el esposo de su tía Rosalba Solano, sobre los hechos informó que vivía en Piedecuesta con su ascendiente materna, el abuelo, la prenombrada tía y otros consanguíneos, que Néstor Pascual Delgado en una ocasión le tapó la boca, le amarró los brazos hacia adelante y le tocó los brazos y las piernas, siendo interrumpido por la llegada de otra familiar, quien tocó la puerta para ingresar a la habitación donde la tenía el agresor, contándole lo acontecido con él.

¹⁴ Audiencia septiembre 12 de 2018, récord 14:37 a 38:51.

¹⁵ *Ibíd*em, record 42:40 a 1:04:00.

Agregó que a raíz de lo ocurrido el acusado fue expulsado de la casa, que comunicó lo ocurrido con aquel a su mamá, a una profesora de su colegio llamada Blanca y a la psicóloga de la fiscalía, así como que el procesado la amenazó con hacerle algo a sus padres si contaba lo sucedido.

Johanna Patricia Solano¹⁶, madre de la víctima declaró que cuando se presentaron los hechos no estaba en su vivienda, siendo informada de lo acaecido por su hermana Cecilia, dando cuenta de la ocupación de la vivienda por sus familiares y Néstor Pascual Delgado, que aquel día su padre estaba en el cuarto viendo televisión, informándole su consanguínea que al darse cuenta que la ofendida estaba en la habitación del enjuiciado, le decía a la niña que abriera, pero no le contestaba y finalmente al tener acceso, el acusado trató de esconderse en la pieza, en tanto, la menor se lanzó a sus brazos llorando.

Sostuvo que al enterarse de los hechos le preguntó a su hija, contándole que el inculcado le había tocado las piernas y los brazos, así como que le había tapado la boca con una toalla, informando que se abstuvo de denunciar para evitar problemas en su familia.

Myrtha Cecilia López Rojas¹⁷, psicóloga de medicina legal, indicó que realiza evaluaciones de su especialidad a víctimas de delitos, que atendió a MDSP cuando ya tenía 13 años de edad, enterándose que la menor contó en el colegio a sus 9 años haber sido víctima de un evento de índole sexual, estando involucrado Néstor Pascual Delgado, compañero en ese entonces de su tía Rosalba Solano, específicamente sobre los hechos narró que la ofendida informó haber sido tocada por el procesado en distintas partes del cuerpo, incluyendo su vagina, destacando que la versión de la niña presenta congruencia, consistencia y coherencia, además de determinar desde el

¹⁶ *Ibíd.*, record 1:07:09 a 1:34:40.

¹⁷ Audiencia de septiembre 2 de 2020, record 15:00 a 1:21:34.

punto de vista clínico que hay un abuso sexual infantil, y que lo relacionado con el tocamiento de la vagina no se consignó en el informe.

José Antonio Solano¹⁸ afirmó que su hija Rosalba Solano convivía con Néstor Pascual Delgado y tres hijos de una anterior relación, habitando una pieza por 5 años, que no observó malos tratos del procesado para las hijas de su compañera, terminándose la relación porque alguien se percató de la presencia de su nieta en la habitación de aquel, resultado extraño aquello, que por esa situación éste salió de la vivienda y no volvió más; sobre los hechos de la actuación penal, dijo desconocer lo acontecido.

El procesado Néstor Pascual Delgado¹⁹ renunció a su derecho a guardar silencio, declaró que sostuvo una relación con Rosalba Solano por 5 años, que no recuerda el nombre de la menor que lo acusa pero sí que es hija de Johanna Solano y que los hechos ocurrieron en el 2010, anotando que en esa ocasión llegó de trabajar y paso a su habitación a dormir, que luego escuchó ruido porque la hermana de su pareja estaba peleando con la niña, le preguntaron porque ella estaba en su habitación informado que no sabía, para instantes después sindicarlo de intentar tocarla, siendo expulsado de la casa por ese hecho.

Agregó que tenía problemas con su compañera permanente por su trabajo esporádico y que quien le reclamó lo de la menor fue Cecilia Solano.

En primer lugar, la Sala estudiará si es posible considerar que en el delito por el cual se procede se presenta la tentativa, como finalmente fue declarado responsable el procesado y lo cuestiona el apelante.

¹⁸ Audiencia de diciembre 14 de 2020, récord 19:24 a 46:23

¹⁹ Audiencia agosto 18 de 2021, récord 3:15 a 26:40.

Por tanto, se precisa que el delito enrostrado al encartado fue el siguiente: *«ARTICULO 209. ACTOS SEXUALES CON MENOR DE CATORCE AÑOS. El que realizare actos sexuales diversos del acceso carnal con persona menor de catorce (14) años o en su presencia, o la induzca a prácticas sexuales, incurrirá en prisión de nueve (9) a trece (13) años».*

Por su parte, el dispositivo amplificador de la tentativa, canon 27 del C.P., es del siguiente tenor: *«El que iniciare la ejecución de una conducta punible mediante actos idóneos e inequívocamente dirigidos a su consumación, y ésta no se produjere por circunstancias ajenas a su voluntad, incurrirá en pena no mayor de la mitad del mínimo ni mayor de las tres cuartas partes del máximo de la señalada para la conducta punible consumada.*

Cuando la conducta punible no se consuma por circunstancias ajenas a la voluntad del autor o partícipe, incurrirá en pena no menor de la tercera parte del mínimo ni mayor de las dos terceras partes del máximo de la señalada para su consumación, si voluntariamente ha realizado todos los esfuerzos necesarios para impedirlo.»

Si bien debemos indicar que no es pacífica la discusión, en criterio de la Sala, desde el punto de vista de la dogmática jurídico penal nada se opone para que el delito de acto sexual con menor de 14 años descrito por el legislador en el artículo 209 del C.P., modificado por el canon 5º de la Ley 1236 de 2008, admita la modalidad tentada.

Tesis que encuentra respaldo en los siguientes autores así:

«Existen autores que admiten la posibilidad de la tentativa en el delito de abuso sexual, como PAVÓN VACONCELOS, quien dice que "nada se opone doctrinalmente a considerar posible una tentativa de atentados al pudor realizada con violencia física o moral sobre la víctima o sobre un tercero, porque el empleo de la violencia con exteriorización del propósito, es índice de que el autor ha penetrado en la ejecución del delito, siempre que los actos externos puedan racionalmente

interpretarse como dirigidos al fin de consumar actos eróticos. No obstante, pertinente es poner de manifiesto la dificultad, en algunos casos de determinar el principio de ejecución por la naturaleza equívoca del acto violento en relación al tipo propuesto, o de la imposibilidad de la concurrencia del acto ejecutivo previo a la consumación.

... SEBASTIÁN SOLER señala que "en la figura del abuso deshonesto cometido mediante violencia real es perfectamente posible la tentativa. Bien puede suceder que los actos realizados violentamente no sean impúdicos (tomar los brazos de la víctima); pero que exterioricen inequívocamente la intención. Es, en cambio, sumamente difícil concebir la tentativa en los casos de violencia presunta, que allí el hecho (no mediando resistencia) consiste en el contacto. Antes de él no hay nada, y después del primer contacto, el delito queda consumado. No puede, sin embargo, excluirse, en principio, esa tentativa, porque no puede negarse la posibilidad de que hechos inequívocos muestren claramente la intención referible al abuso deshonesto".

...

El autor JIMÉNEZ HUERTA sostiene que "cuando el atentado se logra con un único actu, como sucede, por ejemplo, con el tocamiento sorpresivo, rápido y audaz, la tentativa no es configurable dada la naturaleza unisubsistente del comportamiento antijurídico, cuando, por el contrario, el proceso ejecutivo sea plurisubsistente, esto es, esté integrado por diversos actos, no existe obstáculo alguno para la estructuración de la tentativa. Tal acontece, por ejemplo, si el agente es detenido después de amenazar a su víctima con causarle un mal si no se deja besar los senos, pero antes de que hubiere tenido ocasión de lograr su propósito. En realidad, el problema de la tentativa en el delito de atentado al pudor no presenta ninguna perplejidad que fundamente la adopción de reglas especiales, sino que discurre por la misma vía que en todos los demás delitos en que la conducta puede presentarse en forma unisubsistente y plurisubsistente»²⁰.

De otro lado, la Corte Suprema de Justicia en la providencia SP567-2022, RAD: 52207, precisó que «no existe ninguna razón de orden teórico para negar la tentativa del delito de actos sexuales abusivos».

²⁰ ESCOBAR LÓPEZ, Edgar. Los delitos Sexuales. Ed. Leyer, Bogotá: Colombia, año 2013, págs. 299-301.

El opugnante alega que las acciones de su prohijado solo consistieron en tocar los miembros superiores e inferiores de la menor MDSP, sin connotación de índole sexual, que no existe norma que tipifique aquello como delito contra la integridad y formación sexual.

Es claro que el usual problema en este tipo de delitos sexuales abusivos es de carácter probatorio, puesto que debe quedar plenamente demostrado en la actuación que el acusado realizó, exteriorizándolos, acciones idóneas dirigidas inequívocamente a la consumación del delito por el cual se le investiga, valga decir que iban dirigidos a lograr satisfacer su libido por medio de actos sexuales con la menor ofendida y que su «*camino o recorrido criminal*», fue abruptamente interrumpido.

Sobre los actos ejecutivos, la jurisprudencia indica que: *«Universalmente se ha admitido que la fase interna del iter criminis (ideación, deliberación y resolución) no puede soportar pena alguna (cogitationis poeman nemo patitur). Para que pueda punirse la conducta delictiva, es preciso que ésta haya principiado a proyectarse en el mundo exterior. ... Acto ejecutivo no es, entonces, solamente el que supone la violación de la norma penal que protege el bien jurídico atacado, sino también aquél que lo coloca en un inmediato peligro, por invadir su órbita de protección»²¹.*

De otro lado, el dispositivo amplificador de la tentativa no distingue entre delitos de mera conducta, formales, de peligro o de resultado. Solo se exige la iniciación de ejecución de una conducta punible, mediante actos que traspasen el límite entre los preparatorios y los ejecutivos.

En consecuencia, la Sala analizará si la prueba allegada a la actuación, básicamente testimonial, vence la duda razonable y se puede confirmar la condena en los términos que lo hizo el a quo, así como dosificar la pena

²¹ CSJ, Cas. Penal, Sent. agosto 19/87.

imponible de la misma manera, o, si hay lugar a revocar la decisión confutada como lo pretende la defensa y absolver, pues aduce que si su cliente desplegó actos preparatorios, por su naturaleza no son punibles, además que no existe la evidencia necesaria para condenar a su representado.

Aquí la Sala destaca lo declarado por la menor víctima, quien de manera clara relató que el procesado la ingresó a una de las habitaciones de la vivienda, le tapó la boca con una toalla, le amarró las manos hacia adelante y le tocó los brazos y las piernas, instante en el que fue interrumpido en sus acciones por el llamado que hiciera a la puerta de la pieza su tía Cecilia Solano, quien ingresó y encontró al enjuiciado allí.

Si bien la instancia valoró lo narrado por la víctima a algunas personas, previo a su concurrencia a la vista pública, para relieves que en sus exposiciones han sido consistentes, coherentes y verosímiles, no puede olvidarse que lo que constituye prueba en el proceso son las manifestaciones que la menor realizó en el juicio oral, entre tanto los relatos anteriores solo son admisibles como prueba de referencia, sin que se solicitará así su acopio al acervo probatorio, lo que en todo caso resultaba improcedente en virtud de la disponibilidad de la testigo.

De manera que no hay lugar a tener en cuenta lo referido por la psicóloga Myrtha Cecilia López Rojas, respecto de las manifestaciones que ante ella realizó la víctima acerca de los actos lascivos sobre su vagina, lo que en todo caso no fue considerado por la instancia, siendo uno de los motivos para discurrir no consumada la conducta punible enrostrada, dado que atendiendo a la interrupción de la familiar de la menor, se entendió que esta ulterior finalidad libidinosa no se alcanzó a concretar, limitándose el procesado a tocar los brazos y piernas de la niña.

No obstante, contrario a lo argumentado por el defensor cuando alega que ha incurrido en inconsistencias que le restan credibilidad a su relato, analizada la exposición que efectuó durante su interrogatorio, refulge para la Sala la uniformidad en los hechos descritos y la identidad de la persona que señala como agresor, al punto que no se avizora la intención de desbordar lo ocurrido, precisamente, insistió en que la aparición de su consanguínea, interrumpió al procesado en la ejecución de la conducta punible, de manera que únicamente alcanzó a deslizar las manos por sus brazos y piernas.

Ahora que manifieste el censor que por el paso del tiempo entre el hecho y la declaración rendida en juicio oral por MDSP, no haya lugar a considerar la veracidad de lo vertido, no deja de ser una apreciación subjetiva, puesto que lo acontecido para ella tuvo gran impacto en su vida, de allí que es fácil pensar que permanece en su memoria y lo relata con los detalles que lo ha realizado. Así nos lo deja ver la psicóloga López Rojas en la valoración efectuada a la menor.

Lo propio ocurre con las referencias alusivas a la edad de la víctima, de la cual el censor deriva presuntas dificultades rememorativas en aras de restar mérito a las atestaciones de la víctima, pues ya ha dicho la Corte Suprema de Justicia que *«en la apreciación del testimonio de los niños, la declaración no puede ser estimada ni desestimada solo por la edad del declarante.»* (CSJ SCP, SP171-2020, RAD. 49634)

Aunado a ello, el órgano de cierre de la justicia penal indicó: *«El encasillamiento del testigo en sus condiciones naturales por edad y madurez, para desvirtuar su credibilidad no resulta adecuado si no se observa el contexto de los hechos, las condiciones en que los percibió, su capacidad de recordación, la forma en que se expresa, etc., como lo exige el artículo 404 de la Ley 906 de 2004 (apreciación del testimonio). De ahí que, descartar de entrada y sin profundizar en*

las condiciones particulares de la afectada, las situaciones que vivió, tan solo por su madurez, no es de recibo bajo las reglas de la sana crítica.»²²

Estima la Sala que conforme a lo establecido en la actuación, emergen suficientes elementos para inferir objetivamente que con los actos llevados a cabo por el acusado, perseguía la consumación de la conducta lesiva del bien jurídico tutelado de la libertad, integridad y formación sexual de la menor MDSP; obsérvese que se presentaron actos ejecutivos, pues los realizados por el acusado tienen el alcance de invadir en forma manifiesta la esfera de protección de la afectada.

Claramente se evidencia que la ofendida fue puesta en situación de abierta desprotección, a merced de su agresor, no de otra forma se explica que la encerrara en una de las estancias de la residencia, la silenciara y sujetara sus manos, realizado lo cual procedió a efectuar tocamientos en sus brazos y piernas, sin que lograra acceder a sus designios por la llegada de la consanguínea de la menor, quien ante la ausencia de su sobrina procedió a buscarla, golpeó la puerta donde se encontraba con su agresor, lo que evitó que el encartado continuara con su ilícita acción en contra de la niña.

Conducta que así descrita no puede catalogarse de atípica, como lo aduce la defensa, puesto que, si su pretensión no era libidinosa, para qué la encerraba, le tapaba la boca y le amarraba sus extremidades superiores, de ahí que no se tratara de la presentación aislada de tocamientos en los brazos y las piernas, como lo pretende hacer ver el opugnador, sino de una serie de actos orientados a asegurar la satisfacción de la libido del encartado, finalidad con la cual la introdujo en una de las estancias de la vivienda, le impidió pedir ayuda o expresar de manera sonora cualquier situación, además de asegurar el fácil acceso a su cuerpo mediante la aprehensión de sus manos.

²² CSJ SCP, SP015-2023, RAD. 57126.

Aunado a ello, la declaración de la víctima contó con el respaldo del testimonio de su progenitora, quien ratificó lo relacionado con la presencia de su hermana Cecilia Solano en el inmueble donde ocurrieron los hechos, ello en razón de las visitas que realizaba a su ascendiente paterno, aparición que evitó la consumación del reato, como también lo sostuvo la niña al explicar que cuando su tía tocó a la puerta fue liberada por el procesado, además de referir que fue esa situación el motivo por el que se expulsó al encartado de la vivienda familiar.

También tuvo eco en la versión rendida por el testigo de descargo José Antonio Solano, quien dio cuenta de la permanencia del encartado en la vivienda y de su hallazgo en una de las habitaciones con la menor, lo que generó una desavenencia que percibió directamente al salir de su cuarto, momento en el que su hija Cecilia Solano indagaba a la menor las causas de su permanencia junto al procesado en una de las habitaciones, acotando que fue esa situación la que conllevó a que abandonara el inmueble.

Sin que pueda con fundamento en este testimonio relevar de responsabilidad a Néstor Pascual Delgado por los hechos que aquí se estudian, basado en que el deponente no observó comportamientos inapropiados con las hijas de su otrora compañera permanente Rosalba Solano Pereira, dado que ello no guarda relación alguna con la situación fáctica materia de juzgamiento, además de contradecir la hipótesis defensiva en cuanto a las presuntas peleas que sostenía con su pareja, a las que hizo alusión el encartado durante su interrogatorio.

De esta manera, conforme a lo probado en juicio oral y las reglas de la sana crítica, para la Corporación hay claridad en que el acusado realizó los actos ejecutivos tendientes a consumir la conducta punible de actos sexuales con menor de 14 años agravado, que su actividad ilícita solo se detuvo hasta que intervino la familiar de la afectada, esto es, Cecilia Solano Pereira, quien

llamó a la puerta donde tenía encerrada a la menor, viéndose así truncado su propósito delictivo, quedando incompleto el recorrido criminal, el hecho en grado de tentativa, porque el tipo penal tipificado en el artículo 209 del CP no fue realizado en su integridad.

Acotamos que no otra puede ser la interpretación que en nuestro criterio devela el hecho de encerrar a una menor de edad en una habitación, taparle la boca con una toalla, amarrarle las manos e iniciar a tocarle los brazos y las piernas, exterioriza lo ideado, es decir, desarrollando la acción criminal en búsqueda de satisfacer su libido a costa de la libertad, integridad y formación sexual de la niña.

Bajo dichas circunstancias es lógico considerar que esos actos así exteriorizados inequívocamente iban dirigidos a la consumación del punible enrostrado, en cuanto constituyen sin hesitación alguna el principio de la ejecución de una de las modalidades a que hace referencia la citada norma penal, mostrando que se pretendía realizar actos sexuales diversos del acceso carnal sobre la menor MDSP, acorde con la atribución de cargos.

Conforme a lo anotado anteriormente, emerge con nitidez que el procesado pretendía materializar una acción de claro contenido sexual, concretamente actos sexuales diversos del acceso con la menor MDSP, dando inicio sin lugar a dudas el iter criminis, se itera, viendo truncadas sus expectativas cargadas de perversión sexual por motivos ajenos a su querer, con lo que ciertamente puso en peligro el bien jurídico protegido de la libertad, integridad y formación sexuales de la ofendida.

No se trata entonces como erróneamente lo alega el defensor, que el tocar los miembros superiores e inferiores de la menor constituya de por sí el delito atribuido, que ello resulta atípico, sino que más bien un simple análisis racional de lo acontecido, en el contexto real o cotidiano de cómo se vienen

presentando en muchas oportunidades este tipo de infracciones delictivas, nos lleva a inferir, que el actuar del acusado es constitutivo de una de las modalidades tentadas de comisión del punible enrostrado.

En relación con el alegato del opugnante que cuestiona que los hechos hayan ocurrido en el 2010 y que la denuncia se presentara en el 2014, encuentra la Sala que en realidad quien puso en conocimiento del ente investigador la ocurrencia del delito contra la integridad y formación sexual de MDSP, fue la coordinadora del colegio donde estudiaba la ofendida, que en desarrollo de una actividad escolar se enteró de lo acontecido al interior del grupo familiar de la estudiante.

Ahora al ser interrogada la madre de la víctima expuso que no puso en conocimiento de las autoridades judiciales la situación para evitar problemas familiares, particularmente después del reciente fallecimiento de uno de sus consanguíneos y la reacción que podría tener su progenitor, sin embargo, en el juicio oral declaró como se enteró del hecho y la connotación del mismo, dando detalles de lo que le contó su descendiente, así como que Néstor Pascual Delgado a raíz de lo acontecido con su hija, fue expulsado de la vivienda ante la indignación de su familia por lo sucedido con la niña, a quien no puede restársele credibilidad por la omisión en que incurrió su progenitora.

Máxime cuando ella nunca ocultó el suceso de índole sexual invasivo que vivió y que fue perpetrado por el procesado, así se lo hizo saber a su tía Cecilia Solano Pereira, a su ascendiente materna y ulteriormente en la actividad escolar, lo que suscitó que las autoridades académicas en el marco de sus competencias y deberes en la protección de sus alumnos, pusieran en conocimiento de las autoridades lo relatado por la menor.

Tampoco se derruye la ocurrencia del hecho por no haberse formulado la denuncia inmediatamente se conoció la agresión por parte del acusado, de

lo que no puede desprenderse de ninguna manera que ello no haya ocurrido, pues no existe ninguna máxima de la experiencia que así lo indique, demás está la explicación de la progenitora de la víctima, quien dice que no lo hizo para evitar problemas en su familia, ello considerando que el procesado era el compañero sentimental de su hermana Rosalba Solano Pereira, con quien precisamente convivía en la misma residencia de ella y su hija.

Situación que ha sido ampliamente estudiada por la Corte Suprema de Justicia, como se estableció en el proveído AP3251-2021, RAD. 58622, en el cual se hizo alusión a otra oportunidad en la que se analizó el mismo asunto, en los términos a saber:

«Carece, entonces, de esa connotación, el hecho de que los progenitores no decidieran acudir de inmediato a las autoridades para denunciar los hechos de que fue víctima su hija. La Corte, sobre este tema, en decisión CSJ SP2714-2018, Rad. 42599, señaló lo siguiente:

De otro lado, frente a la regla que el ad-quem construyó para reprochar la mora en la denuncia, según la cual, cuando se trata de delitos sexuales "las pautas sociales ordinarias" determinan que la respectiva queja se formule lo antes posible, es imperioso resaltar que esta Corporación ha tenido oportunidad de señalar que en delitos de la especie analizada construcciones axiomáticas como la propuesta carecen de las exigencias de generalidad y alta probabilidad para ser tenidas como normas de experiencia válidas²³.

En efecto, es que precisamente raciocinios de esa estirpe son contrarios a la experiencia, dado que en esos casos suele ocurrir lo contrario, es decir, que la víctima o sus representantes legales, cuando es menor de edad (como en este caso), se abstienen de acudir a la autoridad por temor al agresor, o a la revictimización que implica todo el trámite penal, o por el escarnio o menosprecio que suele generar el suceso en los círculos familiares y en la comunidad a la que pertenecen, como en efecto los progenitores de la ofendida justificaron en los dos últimos aspectos el tiempo que tardaron en presentar la demanda penal.

De hecho, es necesario destacar que en tratándose de delitos sexuales cometidos en menores de edad, el legislador atendió varios de esos factores para introducir en esos eventos una excepción en los cómputos de los términos de prescripción, pues según estadísticas de la Fiscalía

²³ Cfr. CSJ SP15378-2016, 26 oct. 2016, rad. 35864.

General de la Nación, del total de delitos contra la libertad, integridad y formación sexual contra niños, niñas y adolescentes, sólo entre el 5 y 10 % llegan a conocimiento de las autoridades judiciales, bajo índice atribuido, precisamente, a que «...por tratarse de menores de edad, sus agresores normalmente logran intimidarlos, y evitan [así] que las autoridades investiguen y sancionen la conducta...», además que «...cuando estos menores se convierten en adultos y adquieren discernimiento suficiente para para identificar el abuso y sus derechos frente a los victimarios, la acción penal ya ha prescrito y no es posible por parte de las autoridades adelantar la persecución penal».

Por lo anterior, resulta contrario a la experiencia (falso raciocinio) e incluso desatiende el expreso mandato legal, que el ad-quem deseche la credibilidad del testimonio la víctima menor de edad con base en que la denuncia de la agresión sexual, según su parecer, no fue instaurada antes, no obstante que para poner en movimiento el aparato judicial en busca la condigna justicia la ofendida (o sus progenitores) disponía de un término que iba hasta el momento en que se cumplieran veinte años contados desde cuando ella alcanzara la mayoría de edad²⁴». (Destaca la Sala).»

Relacionado con la agravante del numeral 2º del artículo 211 del CP, la Sala debe indicar que está presente en el comportamiento del procesado, ello por la confianza depositada por la víctima en Néstor Pascual Delgado, precisamente, porque se trataba del compañero permanente de su tía Rosalba Solano Pereira, además que convivían bajo el mismo techo desde tiempo atrás y compartían espacios del inmueble, de manera que era lógico que se suscitara la misma en la menor respecto del inculpatado.

Las diferentes declaraciones recepcionadas en el juicio oral dieron cuenta de la convivencia del acusado con la tía de la menor ofendida, inclusive él también lo aceptó, de manera ello está perfectamente establecido, vivienda que se dijo tenía varias habitaciones que ocupaban los hermanos Solano Pereira, sus compañeros sentimentales e hijos, lo que denota que compartían espacios y por ende confianza entre quienes allí habitaban, lo que también se presentaba entre la víctima y el encartado.

Precisamos que desde la acusación, y como así se reprodujo en la sentencia, se atribuyó la agravante del numeral 2º del canon 211 del CP,

²⁴ CSJ SP16269-2015, 25 nov. 2015, rad. 46325.

dada la confianza que existía entre la menor MDSP y Néstor Pascual Delgado, derivada del hecho de compartir la misma casa y coincidir en los diferentes espacios, siendo esta la razón por la que el procesado pudo ingresar a la menor a una habitación y ejecutar los actos suficientemente expuestos en esta decisión.

Reseñamos también que no se observa que lo declarado por la menor ofendida sea producto de la animadversión, adoctrinamiento o alienación de la progenitora o sus consanguíneos, puesto que se indica también que con el procesado antes de los hechos que motivaron este proceso, mantenían una buena relación, así lo afirmó inclusive el abuelo de MDSP José Antonio Solano, sin que la Sala pueda atender a las manifestaciones de aquel sobre el nexo entre la víctima y el encartado, en procura de descartar la causal de agravación endilgada, pues si bien indicó que no existía un vínculo de amistad estrecho entre los citados, lo hizo para explicar por qué no era habitual que su nieta estuviera en la habitación de Néstor Pascual Delgado, como así lo precisó a instancias del conainterrogatorio.

Ahora, situación diferente es que se haya puesto en conocimiento de las autoridades lo ocurrido por parte de la profesora de la institución donde estudiaba la niña, y que una vez adelantada la investigación pertinente, tanto la ofendida como su progenitora rindieran su declaración conforme a lo acontecido, sin que se observe razonadamente que el ánimo que las movía para acusarle, era ocasionarle un perjuicio como retaliación a otro comportamiento que las afectaba, es más para cuando dieron su versión de los hechos, el procesado ya había abandonado mucho tiempo atrás el inmueble que compartieron cuando la conducta punible se presentó.

De otro lado, considerando que la imputación y acusación se surtió por el delito tipificado en el artículo 209, con la agravante del numeral 2 del canon 211 del Código Penal, en tanto, el fallo si bien se profirió por el mismo reato,

se de grado a tentativa, la Sala entra a referirse a la variación de la calificación jurídica y el principio de congruencia, anotando que la jurisprudencia de la H. Corte Suprema de justicia en su especialidad penal, ha sostenido de manera pacífica que, sin lesionar dicho postulado, es posible que el juez profiera sentencia por un comportamiento punible distinto al consignado en la acusación, siempre que: *i) la modificación se oriente hacia un delito de menor entidad; ii) la tipicidad novedosa respete el núcleo fáctico de la acusación, y iii) no se afecten los derechos de los sujetos intervinientes*²⁵.

Para el caso que ocupa esta decisión, realmente la variación de la calificación jurídica que se ha dejado motivada no afecta los derechos y garantías del procesado porque, en primer lugar, la congruencia fáctica permanece inalterada, y en segundo lugar la variación es la degradación de la conducta consumada a tentada, evidenciándose allí que la pena es inferior a la del delito perfeccionado (art. 27 CP pasando de 9 a 4.5 años), por lo tanto éste resulta más beneficioso, de manera que no se presenta menoscabo alguno a las garantías fundamentales de los sujetos procesales e intervinientes.

En los anteriores términos, encuentra esta Colegiatura que, los testimonios fueron valorados por la instancia conforme a las pautas normativas de los artículos 380 y 404 del Código de Procedimiento Penal, se empleó adecuadamente las reglas de la sana crítica y de la valoración conjunta de la prueba, con los demás medios de conocimiento que fueron incorporados al juicio y que la corroboraron, al punto que la declaración de la ofendida no resulta insular, existiendo por tanto pruebas suficientes para soportar la decisión de condena que se profirió contra Néstor Pascual Delgado.

²⁵ CSJ SP, 15 oct. 2014, rad. 41253 y CSJ SP, 25 jun.2015, rad. 41685.

En consecuencia, la fiscalía logró demostrar más allá de toda duda, la responsabilidad del procesado en el delito que se le endilgó, comportamiento que como quedó suficientemente consignado se tipifica en el tipo penal de acto sexual con menor de catorce años tentado, puesto que los mencionados tocamientos revisten una clara connotación sexual, ejecutados sobre una menor de 14 años, en circunstancias de agravación, como se analizó previamente, sin que tenga cabida la duda alegada por el opugnador, en cuanto a la responsabilidad de su defendido en la conducta punible por la que fue acusado y sentenciado por la instancia, máxime cuando los medios de conocimiento presentados por la defensa, no desvirtuaron la responsabilidad del enjuiciado, como lo aduce el censor del fallo confutado.

De esta forma, la Sala encuentra plenamente estructurado el comportamiento punible y la responsabilidad del enjuiciado acreditada más allá de toda duda razonable, por lo que se impone confirmar la sentencia impugnada en los aspectos que fueron motivo de disenso o inconformidad, sin que se advierta algún yerro que autorice la intervención oficiosa en procura de su enmienda.

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 la sentencia proferida el 3 de noviembre de 2021, mediante la cual el Juzgado Doce Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bucaramanga, declaró penalmente responsable a **Néstor Pascual Delgado** del delito de **actos sexuales con menor de catorce años agravado en grado de tentativa**.

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



SUSANA QUIROZ HERNÁNDEZ



PAOLA RAQUEL ÁLVAREZ MEDINA

Registro de proyecto el 25 de mayo de 2023.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

SALA PENAL

Magistrado Ponente: Dr. JUAN CARLOS DIETTES LUNA

Radicación N° 68001-60-00-000-2013-00138-01 / 60069 - 1537

Bucaramanga, junio cinco (5) de dos mil veintitrés (2023)

ASUNTO

Se adopta la decisión legal pertinente respecto del proceso penal promovido contra JOSE VICENTE SANTOS, por la comisión de los delitos de HOMICIDIO AGRAVADO EN CONCURSO HOMOGÉNEO Y SUCESIVO y TENTATIVA DE HOMICIDIO AGRAVADO EN CONCURSO HOMOGÉNEO Y SUCESIVO.

ANTECEDENTES Y CONSIDERACIONES

1.- El 18 de diciembre de 2019 la Juez Cuarto Penal del Circuito de Bucaramanga condenó a Jose Vicente Santos a la pena de 450 meses de prisión e inhabilidad para ejercer derechos y funciones públicas por 20 años, como autor de los punibles de homicidio agravado en concurso homogéneo y sucesivo – dos sucesos - y tentativa de homicidio agravado en concurso homogéneo y sucesivo – tres hechos -, a la par que le negó la suspensión de la ejecución de la pena privativa de la libertad y la prisión domiciliaria, por lo cual dispuso que permaneciera privado de la libertad en un centro penitenciario; también decretó la preclusión del juzgamiento por el delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones, al operar la prescripción de la acción penal.

2.- El pasado 29 de mayo esta Sala confirmó dicho fallo y en el trámite de notificación una servidora del EPAMS de Girón – lugar donde estaba recluido el procesado – informó que estaba en estado de “baja” por muerte ocurrida el 21 de enero de 2021; por consiguiente, el día siguiente se requirió al área jurídica de ese panóptico, a las Notarías de la ciudad y a las Registradurías Nacional y Delegada en Santander del Estado Civil, a fin que remitieran el respectivo registro civil de defunción.

3.- El 31 de mayo la Notaría Séptima de Bucaramanga allegó el registro civil de defunción con indicativo serial N° 09811190, lo cual corrobora que Jose Vicente Santos falleció el 15 de enero de 2021 y se inscribió el fallecimiento el siguiente 20 de enero.

4.- Sería del caso continuar el trámite legal del eventual recurso de casación por interponer, si no fuera porque debe precluirse la actuación y declararse la extinción de la acción penal por muerte, acorde con lo previsto en los artículos 82 de la Ley 599 de 2000 y 332 numeral 1° de la Ley 906 de 2004; en consecuencia, por la secretaría de la Sala Penal del Tribunal se devolverán las diligencias al juzgado de origen.

Por lo brevemente expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, Sala de Decisión Penal, **RESUELVE** Decretar la preclusión de la actuación y extinguir la acción penal por la muerte de JOSE VICENTE SANTOS, quien fue condenado por la presunta comisión de los delitos de HOMICIDIO AGRAVADO EN CONCURSO HOMOGÉNEO Y SUCESIVO y TENTATIVA DE HOMICIDIO AGRAVADO EN CONCURSO HOMOGÉNEO Y SUCESIVO, a la par que se precluyó el juzgamiento por el punible de FABRICACIÓN, TRÁFICO, PORTE O TENENCIA DE ARMAS DE FUEGO, ACCESORIOS, PARTES O MUNICIONES.

Contra esta determinación procede el recurso de reposición.

La secretaría de la Sala Penal del Tribunal debe devolver las diligencias al despacho judicial de origen.

Aprobado en acta virtual N° 540

NOTIFÍQUESE VIRTUALMENTE Y CÚMPLASE.-

Los Magistrados,


 **JUAN CARLOS DIETTES LUNA**
Rama Judicial
Poder Judicial de la Nación
República de Colombia


HAROLD MANUEL GARZÓN PEÑA

PERMISO
SHIRLE EUGENIA MERCADO LORA

SANDRA JULLIETH CORTÉS SAMACÁ
Secretaria

Preclusión por muerte
A/ Jose Vicente Santos
C/ Juzgado Cuarto Penal del Circuito de B/manga

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

SALA PENAL

Magistrado Ponente: Dr. JUAN CARLOS DIETTES LUNA

Radicación Nº 68001-6000-159-2010-00344-01 / 18025 - 1555

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

A S U N T O

Resolver el recurso de apelación interpuesto por la defensa de DIDIER SAMUEL REYES VALENCIA contra la sentencia proferida por el Juez Décimo Penal del Circuito de Bucaramanga, mediante la cual lo condenó como autor del delito de HOMICIDIO AGRAVADO y lo absolvió del punible de FABRICACIÓN, TRÁFICO, PORTE O TENENCIA DE ARMAS DE FUEGO AGRAVADO.

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

Aproximadamente a las 15:00 horas del 20 de enero de 2010, frente al inmueble ubicado en la Calle 58 N° 42W-03 del barrio Estoraques de la ciudad, Didier Samuel Reyes Valencia - luego de mediar un cruce de palabras con Carlos Humberto Ladino Quintero - le disparó en dos oportunidades con arma de fuego, causándole la inmediata muerte, para después emprender la huida en una motocicleta que conducía un conocido.

D E L A A C T U A C I Ó N P R O C E S A L

El 20 de junio de 2014 el Juez Segundo Penal Municipal de Bucaramanga Ambulante con funciones de control de garantías declaró persona ausente a Didier Samuel Reyes Valencia y acto seguido - en presencia de la defensa - la agencia fiscal le imputó - en calidad de autor a título de dolo – la presunta comisión de los delitos de homicidio agravado y fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego de defensa personal agravado – artículos 103, 104 numeral 7° y 365 numeral 5° del Código Penal -; también



se le impuso medida de aseguramiento de detención preventiva intramural y se libró la correspondiente orden de captura, sin que se materializara.

El Juez Décimo Penal del Circuito de Bucaramanga avocó conocimiento de la fase de juzgamiento y la agencia fiscal formuló acusación por los ilícitos atrás reseñados; en la audiencia preparatoria se pactaron estipulaciones y decretó un amplio acervo probatorio; celebró el juicio oral, en sesión del 30 de abril de 2020 escuchó los alegatos de conclusión, anunció que el fallo sería condenatorio, dio trámite a lo previsto en el artículo 447 del C.P.P y leyó la sentencia.

DEL FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Al considerar reunidas las exigencias contempladas en el artículo 381 de la Ley 906 de 2004, el a quo condenó a Didier Samuel Reyes Valencia, como autor del delito de homicidio agravado, a la pena de 402 meses de prisión – aunque erradamente en la parte considerativa aludió en letras a cuatrocientos cinco meses y en cifras a 402 - e inhabilidad para ejercer derechos y funciones públicas por 20 años, sin derecho a algún subrogado, lo cual ameritó cancelar la orden de captura librada para hacer efectiva la medida de aseguramiento intramural y disponer que se librara una nueva de inmediato, con el objeto de acatar lo ordenado en la sentencia.

Adujo que las declaraciones de los testigos de cargo resultaron suficientes para derruir la presunción de inocencia que lo amparaba, al presenciar uno directamente lo sucedido y el otro corroborar que transportó al agresor fuera del lugar de los hechos; también lo absolvió del delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego agravado, por ser atípica dicha conducta.

DE LA IMPUGNACIÓN

Inconforme con el fallo, la defensa lo apeló para lograr su revocatoria, ya que el cognoscente erró al valorar el material probatorio recaudado, dadas las evidentes dudas existentes respecto de la responsabilidad penal del encausado, ante las abiertas contradicciones en las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que incurrieron los testigos Carlos Andrés Jácome Sánchez y Yesid Ladino Afanador, puesto que el último refirió que "...el 20 de enero de 2010 estaba con su primo Carlos Humberto Ladino



Quintero, aproximadamente a la una de la tarde, en la esquina donde siempre se reunían en el barrio Estoraques, fue a la tienda y cuando regresó Didier estaba pidiéndole a su primo que hablaran, pero éste le decía que no, al poco tiempo llegó la mamá y la mujer del acusado, y le dijeron a "Pocos ojos" - advierte que así le decían a la víctima -, ahí tiene a Didier para que lo mate y en ese momento el procesado sacó de su pantaloneta un arma de fuego y le disparó en el pecho, por lo que Carlos trató de resguardarse en una casa, pero Didier lo impactó nuevamente en la espalda, cayendo bocabajo, mientras que el acusado se fue caminando y una cuadra más adelante se subió a una motocicleta que le facilitó la huida...", es decir, (i) dicho testigo presencial observó no solo cuando la víctima fue ultimada, sino - además - (ii) cómo se fue el agresor del lugar, lo cual resultaba creíble.

Sin embargo, Carlos Andrés Jácome Sánchez señaló en el juicio que "...ese día iba a recoger a su padre en una moto, al salir de su casa en el barrio Estoraques observó un tumulto en la esquina, entonces volteó por la otra cuadra y cuando pasó por una rampla vio a Didier sentado, quien le pidió el favor que lo llevara al barrio Mutis. En la noche cuando regresó, su familia le narró sobre la muerte de Ladino Quintero y le recriminaron por haber ayudado a escapar al acusado, y como al día siguiente vio una noticia en el periódico que lo señalaba como el cómplice del homicidio, decidió presentarse a la policía a explicar lo acontecido. Advirtió que no le vio arma de fuego a Didier, y que se enteró de lo sucedido hasta por la noche...", lo cual permitía concluir que cuando llegó observó un tumulto en la esquina, hecho fáctico importante porque evidenciaba que ya habían pasado varios minutos después de los dos disparos y no resultaba lógico que el enjuiciado dispare, salga caminando una cuadra - aproximadamente 100 metros -, simultáneamente las personas se aglomeren en un tumulto y el testigo presencial observe que el procesado fue recogido por una motocicleta, pues contraría las reglas de la experiencia, ya que sabido es que las personas se resguardan de los disparos al ejecutarse hechos violentos y, por lo general, el victimario huye de modo ágil - corre -.

Entonces, extrañamente Yesid Ladino Afanador vio a su prohijado cuando iba caminando y se subió a una motocicleta, lo que también debió observar el conductor de esa moto, pero éste aseveró que el encausado estaba sentado; adicionalmente, no se podía afirmar que la familia de Carlos Andrés Jácome Sánchez sabía de antemano que él era el conductor del velocípedo que transportó al agresor, dado que esa noche lo recriminaron por ayudar a escapar al acusado, hecho confuso y contradictorio.



CONSIDERACIONES DE LA SALA

Controvierte la defensa el fallo dictado para deprecar la absolución de Didier Samuel Reyes Valencia por el delito contra la vida, aspecto sobre el cual 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 los de la responsabilidad penal del acusado, como autor o partícipe; así mismo, el artículo 373 ibídem 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 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 estimará como prueba la producida o incorporada en forma pública, oral, concentrada y sujeta a confrontación y contradicción ante el juez de conocimiento.

2.- El actual sistema penal acusatorio faculta a los jueces para proferir una sentencia condenatoria también basada en indicios, ya que la única restricción normativa de esa naturaleza sería que se fundamentara exclusivamente en pruebas de referencia, según lo dispone el inciso 2º del artículo 381 de la Ley 906 de 2004; al respecto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha discurrido que

“...Son múltiples y específicas las sentencias de esta Corte en las que se ha referido a los requisitos y valoración de la prueba indiciaria, entendida ésta como aquel medio cognoscitivo de proyecciones sustanciales que se identifica en el plano de lo general con la estructura del silogismo deductivo en el cual es dable identificar: (i) La premisa menor o hecho indicador, (ii) La premisa mayor o inferencia lógica en la que tienen operancia los ejercicios de verificabilidad de la sana crítica que se apoyan en leyes de la lógica, la ciencia y postulados de la reflexión y el raciocinio, y (iii) La conclusión o hecho indicado¹...De igual manera se ha sostenido que los indicios pueden ser necesarios cuando el hecho indicador revela en forma cierta o inequívoca la existencia de otro hecho a partir de relaciones de determinación constantes como las que se presentan en las leyes de la naturaleza; y contingentes, cuando según el grado de probabilidad de su causa o efecto, el hecho indicador evidencie la presencia del hecho indicado...A su vez, los últimos pueden ser calificados de graves, cuando entre el hecho indicador y el indicado media un

¹ Sentencia de septiembre 2 de 2009, rad. 29221



nexo de determinación racional, lógico, probable e inmediato, fundado en razones serias y estables, que no deben surgir de la imaginación ni de la arbitrariedad del juzgador, sino de la común ocurrencia de las cosas; y de leves, cuando el nexo entre el hecho indicador y el indicado constituye apenas una de las varias posibilidades que el fenómeno ofrece²...También se resalta que en materia de prueba indiciaria, además de la acreditación del hecho indicante, de la debida inferencia racional fundada en las reglas de la sana crítica y del establecimiento del hecho desconocido indicado, cuando son varias las construcciones de ese orden, “es de singular importancia verificar en el proceso de valoración conjunta su articulación³, de forma tal que los hechos indicadores sean concordantes, esto es, que ensamblen entre sí como piezas integrantes de un todo, pues siendo éstos fragmentos o circunstancias accesorias de un único suceso histórico, deben permitir su reconstrucción como hecho natural, lógico y coherente, y las deducciones o inferencias realizadas con cada uno de aquellos han de ser a su vez convergentes, es decir, concurrir hacia una misma conclusión y no hacia varias hipótesis de solución”⁴...⁵

3.- La agencia fiscal pretendió demostrar que Didier Samuel Reyes Valencia disparó en dos ocasiones contra la humanidad de Carlos Humberto Ladino Quintero – quien estaba indefenso –, le causó la muerte y huyó. En efecto:

3.1. Fueron incorporadas como estipulaciones probatorias: (i) el 20 de enero de 2010 falleció Carlos Humberto Ladino Quintero, a causa de dos disparos con arma de fuego y (ii) se identificó plenamente a Didier Samuel Reyes Valencia (f. 120 y 121).

3.2. Yesid Ladino Afanador – testigo presencial y primo de la víctima – al ser interrogado en la vista pública relató que “el man sacó el revólver” – un 38 niquelado - y le disparó, aludiendo que el arma de fuego la esgrimió “Didier”, “De la pantaloneta que tenía...(…)...le pegó el primer tiro y mi primo se paró y dijo: Uy me cascó, me cascó y se para y él da un paso hacia delante, mi primo sale corriendo para hacia dentro de una casa y le pegó otro tiro en la espalda, mi primo cayó boca abajo y él se fue...(…)...a pie y lo estaba esperando una moto, afuera en la otra cuadra...(…)...Obvio, él se fue en la moto...”.

Ofreció una serie de datos para identificar al agresor, pues señaló que su progenitora se llamaba Alba, el encartado vivió muchos años en el barrio Estoraques, no recordaba el

² Sentencia de diciembre 3 de 2009, rad. 28267

³ Nueva Teoría de la Prueba. Dellepiane Antonio. Editorial Temis. 1991. Pág. 87-92

⁴ Sentencia de diciembre 3 de 2009

⁵ Sentencia de agosto 10 de 2010, rad. 32912



apellido - pero lo apodaban “alias Chapana” -, arribó pocos días antes a arreglar los problemas con Carlos Humberto Ladino Quintero y lo reconoció fotográficamente.

En el conainterrogatorio reiteró lo antedicho porque la defensa lo cuestionó acerca de “¿A qué distancia recogió la motocicleta al presunto victimario?” y contestó que “Digamos a una cuadra, una cuadra sí...(…)...Una cuadra de donde ocurrió lo que pasaba, una cuadra...”⁶; en el redirecto ratificó que el procesado huyó en una motocicleta, aunque no conocía a quien la manejaba, ni sabía su nombre⁷.

3.3. Carlos Andrés Jácome Sánchez admitió conocer a Didier Samuel Reyes Valencia desde pequeño, puesto que estudiaron en el mismo colegio en el barrio Estoraques; narró que “...esa tarde yo me encontraba allá en la cancha, pasó el muchacho y como a los 5 minutos llegó mi sobrino y me dijo: Tío, esto mi nono llamó pa’ que haga el favor y lo recoja; le dije: Ah bueno papi, dígame entonces que ya voy; me dijo que no, que vaya ya; entonces, yo salí y me fui para la casa, de ahí de la esquina me fui y les dije que no podía jugar porque me tenía que ir a recoger a mi papá; ahí llegué y había un tumulto ahí, en la otra esquina; entonces, yo opté, cogí la moto y salí por la cuadra de la cancha del mamón, bajé en la rampla, ahí estaba Didier y me dijo: “Carlos, hágame el favor lléveme al Mutis”; le dije: “Claro, súbase, súbase que voy subiendo” y me pidió que lo dejara en la Consolata del Mutis; yo cogí pa’ Cañaveral, hasta ahí...”.

Al preguntarle si después se enteró a qué se debía el tumulto de la gente, contestó que “en la noche me dijeron que habían matado a “Pocos ojos”; cuando llegué con mi papá, yo llegué como a las 6:30 o 7:00, entonces su familia le comentó; yo dije: ¿Cómo así? y le manifestaron que “dizque usted lo sacó” y yo señalé: ¿Lo saqué de dónde? Él me pidió el favor, yo lo llevé y al otro día fue que en el Q’hubo dijeron que dizque yo era cómplice; yo me acerqué a la SIJIN y allá me entregué diciendo que “el que nada debe, nada teme”; yo llegué allá y dije: “Buenas, vengo a lo de este caso del homicidio del barrio Estoraques, yo soy el muchacho que dicen que yo lo saqué, incluso, iba en la moto de mi hermano”; aclaró que “...yo salí de la casa y vi el tumulto en la otra esquina, porque vivo a mitad de esa cuadra; entonces, yo me fui por el otro lado para llegar a la

⁶ Audiencia de juicio oral de julio 16 de 2019

⁷ Audiencia de juicio oral de julio 16 de 2019



carretera...”, “...Didier estaba ahí sentado en la esquina y me pidió el favor de que lo llevara...”⁸.

En el conainterrogatorio insistió en que “cuando bajó la rampla se encontró a Didier sentado”, no observó que estuviera nervioso, ni sudado, “para nada, él estaba ahí sentado normal, una persona normal ahí sentado”; la defensa le pidió confirmar si el enjuiciado “se subió en la parte de atrás de usted”, contestando que “Sí señora”; a continuación lo interrogó sobre si “¿Usted le siente de pronto en ese contacto un arma de fuego?”, ante lo cual dijo que “No, para nada, no le sentí nada”, no le vio nada, ni un arma de fuego, “Nada, nada, nada”; lo cuestionó acerca de “¿Por qué lo llevó? ¿Usted acostumbra a hacer carreras para que le paguen?” y contestó que “No señora, no, sino que, como un conocido, o sea, a mi desde que sea conocido y me pidan un favor y yo pueda hacerlo, lo hago...”⁹.

4.- Ante la imposibilidad de ubicar al procesado, la defensa desistió de su testimonio.

5.- Analizado en conjunto el acervo probatorio recaudado, bajo la óptica de las reglas de la sana crítica, la Colegiatura concluye lo siguiente:

5.1. Según el informe de necropsia se consignó que existía “lesión en piel tejido celular cutáneo músculos heridas no transfixiante de vena subclavia izquierda de 0,4 cm, herida de pleura visceral y parietal, herida transfixiante del lóbulo superior izquierdo asociada a heridas transfixiantes de vasos y bronquios de medio calibre, hematoma izquierdo de 2000 cm, herida transfixiante en número de 2 hemo pericardio de 150 cm, herida transfixiante de aurícula izquierda en número de 2”¹⁰.

De igual modo, concluyó que “...Se trata de un cadáver de un hombre adulto de contextura mediana y aspecto cuidado en quien se evidencian: Orificio de entrada por proyectil de arma de fuego de carga única y baja velocidad en espalda con orificio de salida en abdomen; orificio de entrada por proyectil de arma de fuego de carga única y baja velocidad en mejilla izquierda con orificio de salida en región submentoniana izquierda, reentrada en base de cuello y proyectil recuperado en parte anterior de doceava vértebra torácica; heridas de pleuras, vena subclavia izquierda, pulmón

⁸ Audiencia de juicio oral de julio 16 de 2019

⁹ Audiencia de juicio oral de julio 16 de 2019

¹⁰ 02.001_A_012_CSJ_110131_001_2011_01_31-NI 18025 (1) – Minuto 15:30



izquierdo, vasos pulmonares y bronquios de mediano calibre, pericardio, corazón, mesocolon a hígado; edema cerebral y pulmonar y palidez visceral...”¹¹, lo cual corrobora la materialidad del ilícito contra la vida de Carlos Humberto Ladino Quintero.

5.2. Yesid Ladino Afanador - primo de la víctima y testigo presencial de lo acontecido – en su categórica y consistente declaración dio claridad acerca que se percató del momento en que Didier Samuel Reyes Valencia – a quien conocía desde antaño - sacó de su pantaloneta un revólver y le propinó dos disparos a la humanidad de Carlos Humberto Ladino Quintero - alias “Pocos ojos” -, uno a la altura del pecho que ameritó que el ofendido saliera corriendo y procurara refugiarse en una casa, pero el procesado le hizo el otro en la espalda y provocó que cayera boca abajo; después el enjuiciado huyó del lugar y abordó una motocicleta, aproximadamente a una cuadra del sitio de los hechos; también fue conteste respecto al conocimiento que tenía sobre la problemática entre el encausado y la víctima, al punto que previo al suceso trágico intentaban hablar para solucionarla, lo cual evidentemente no ocurrió.

Esa directa sindicación no solo ubica al encartado en la fecha, hora y lugar de los hechos juzgados, o sea, aproximadamente a las 3:00 de la tarde del 20 de enero de 2010, en la Calle 58 con Carrera 42W del barrio Estoraques de la ciudad, sino que esclarece la forma en que se desarrolló el episodio delictivo porque el testigo presencial observó directamente al encartado portando el revólver que esgrimió y usó para propinarle dos disparos a su primo en las condiciones preanotadas, versión que merece plena credibilidad porque la respalda el informe de necropsia y no se allegó medio de convicción alguno que refutara su firme relato acerca que el procesado percutió en dos oportunidades el arma de fuego que portaba, causó la muerte de su familiar y huyó del sitio a bordo de una motocicleta en la que se subió como “a una cuadra”.

5.3. Carlos Andrés Jácome Sánchez – vecino del sector – corroboró parcialmente lo antedicho porque manifestó que “llegué y había un tumulto ahí, en la otra esquina” y “Didier estaba ahí sentado en la esquina y me pidió el favor de que lo llevara”, o sea, tal como lo aseveró Yesid Ladino Afanador, Didier Samuel Reyes Valencia se subió a la motocicleta a una distancia aproximada de “una cuadra” – de esquina a esquina -; aquel ciertamente afirmó también que el encartado estaba ahí sentado normal, no lo observó nervioso, ni sudado, tampoco sintió el contacto con un arma de fuego cuando aquel se

¹¹ BasePericialCarlosLadinoQuintero



montó al velocípedo, ni lo vio con algún adminículo letal de esa clase, pero no puede pasar desapercibido que dicho declarante igualmente manifestó desconocer qué había sucedido, la razón del tumulto, solo vino a saberlo a las 6:30 o 7:00 de la noche, cuando regresó con su papá y su familia le informó, de tal forma que obró despreocupadamente, sin prestarle real atención a detalles como los cuestionados, ya que – de ser así – de conocer en verdad lo acaecido, seguramente no lo habría auxiliado para que saliera del lugar, partiendo de la base – en verdad poco creíble – de que solo le hizo “un favor” porque pretendía retirarse del sector con destino al barrio Mutis, pese a las circunstancias, pues reconoció que observó el tumulto.

Adicionalmente, también podría aducirse que Didier Samuel Reyes Valencia – simplemente – se despojó del arma de fuego antes de subirse a la motocicleta y, por ende, eso justifica que Carlos Andrés Jácome Sánchez no haya tenido “contacto” con el revólver utilizado para consumar el reato, mientras el encausado iba como pasajero en el velocípedo.

5.4. Yesid Ladino Afanador – testigo presencial de lo sucedido – espontáneamente expresó que no conocía, ni sabía el nombre de quien manejaba la motocicleta, pero su dicho lo confirmó Carlos Andrés Jácome Sánchez porque admitió no solo conocer a Didier Samuel Reyes Valencia, sino que se desplazaba en la moto de su hermano y fue quien contribuyó a que el procesado saliera del lugar donde ocurrieron los fatídicos hechos; pero – además – su relato conduce a dar por sentado que Didier Samuel Reyes Valencia fue el ejecutor material del ilícito juzgado en la actualidad, al narrar que en la noche supo que el tumulto de la gente se debía a que “habían matado a “Pocos ojos” y su familia le recriminó que “dizque usted lo sacó” – al autor del crimen -, él se cuestionó ¿Cómo así?, señaló ¿Lo saqué de dónde?, cuando él únicamente le “pidió el favor, yo lo llevé” y “al otro día fue que en el Q’hubo dijeron que dizque yo era cómplice; yo me acerqué a la SIJIN y allá me entregué diciendo que “el que nada debe, nada teme”; yo llegué allá y dije: “Buenas, vengo a lo de este caso del homicidio del barrio Estoraques, yo soy el muchacho que dicen que yo lo saqué, incluso, iba en la moto de mi hermano”.

Así las cosas, no existe solo el testimonio directo del presencial - Yesid Ladino Afanador – acerca que observó el preciso momento en que Didier Samuel Reyes Valencia esgrimió el arma de fuego y le propinó dos disparos a su primo Carlos Humberto Ladino Quintero, sino que de lo expresado por Carlos Andrés Jácome



Sánchez surge inequívoco que el procesado fue quien se montó en la motocicleta cerca al lugar donde estaba el tumulto por el aciago acontecer delictivo, como conductor de la moto – incluso – lo tildaron de “cómplice” del “homicidio del barrio Estoraques” y luego de ver la noticia al otro día en el Q’hubo, se acercó a la SIJIN a aclarar su participación y se entregó porque “el que nada debe, nada teme” respecto de la muerte causada por Didier Samuel Reyes Valencia; en consecuencia, en la escena nunca aparece otro posible autor del delito contra la vida, sino exclusivamente este último, recogido en la motocicleta, en la otra esquina de donde se encontraba la gente aglomerada por el ilícito consumado.

5.5. Carlos Andrés Jácome Sánchez resaltó que observó el tumulto de personas y sabido es que ante un acontecer delictivo de esta dimensión, en la escena del reato se acostumbran concentrar los vecinos para establecer qué ocurrió; extrañamente Didier Samuel Reyes Valencia obró de forma contraria, tal vez porque – al ser su autor – conocía de primera mano lo acaecido y únicamente le interesaba salir del sector; ese detalle podría ser casual, pero no puede desconocerse lo sucedido después, en la medida que el procesado desapareció y no se tiene noticia del mismo, para vincularlo a la actuación penal debió agotarse el trámite de declararlo persona ausente y la defensa ni siquiera pudo interrogarlo al interior del juicio oral, ya que desistió de su testimonio ante la imposibilidad de ubicarlo; es decir, si no es penalmente responsable de cometer el reato reprochado, no se entiende por qué el enjuiciado inexplicablemente desapareció luego del fatídico día del hecho juzgado y optó por no comparecer a la actuación penal, sin que la defensa pudiera cuestionarlo sobre lo ocurrido, de lo que surge válido inferir – acorde con las reglas de la experiencia – que con ese comportamiento ha pretendido evadir las nocivas consecuencias de su comportamiento delictivo, tan es así que se le impuso medida de aseguramiento de detención preventiva intramural y se libró la correspondiente orden de captura - sin que se materializara -, al dictarse el fallo condenatorio de primer grado se canceló y dispuso librar de inmediato una nueva orden de captura, para acatar lo allí definido, sin que se conozca que se haya concretado aún.

5.6. La defensa nunca esgrimió una tesis distinta, caso de ser otro el artífice del homicidio, tampoco un móvil diferente, ni que – al menos - Didier Samuel Reyes Valencia obró en legítima defensa, a diferencia de la agencia fiscal, dado que soportó su teoría del caso en válidos medios de convicción, en especial, certera prueba testimonial que pone en contexto lo acontecido, a saber, los dos disparos sorpresivamente propinados



sobre la humanidad de la víctima, impidiéndole defenderse de alguna manera – lo cual da por estructurada la circunstancia de agravación reprochada –, pues recibió inicialmente un disparo de frente, se desplazó unos metros y recibió otro en la espalda, hasta caer boca abajo, o sea, decúbito abdominal, tal como se registró en el informe de necropsia, lo cual corrobora la hipótesis de la agencia fiscal; en todo caso, no se edificó una verdadera tesis exculpatoria que permitiera – siquiera – descartar la presencia del encausado en la zona, ni restar credibilidad al dicho del contundente testigo presencial.

En ese orden de ideas, los planteamientos de la alzada no resultan ajustados a lo que surge del análisis de las pruebas recaudadas y, por ende, al juzgador de primer grado le asistió razón al concluir que se estructuró el convencimiento más allá de toda duda razonable necesario para emitir una sentencia condenatoria, al comprobarse el homicidio de Carlos Humberto Ladino Quintero y edificarse la responsabilidad penal en cabeza de Didier Samuel Reyes Valencia, dado que su conducta dolosa se ajusta a la descripción en el tipo penal endilgado, vulneró el sensible bien jurídico de la vida y obró con conocimiento de la antijuridicidad, sin que medie alguna causal excluyente de culpabilidad, aparte que la ejecutó como imputable.

6.- De cara al atentado contra la seguridad pública resulta imperativo señalar – tal como lo concluyó el a quo – que el tipo objetivo de que trata el artículo 365 del estatuto represor exige un ingrediente normativo que se materializa en la comisión de la conducta “sin permiso de autoridad competente” y la agencia fiscal no arrimó prueba alguna en ese sentido, puesto que se estipuló y desafortunadamente no la incorporó en el juicio oral; por ende, bajo la premisa de estricta legalidad, no era posible endilgar responsabilidad penal por dicho comportamiento y así se declaró, al absolverlo.

No obstante, no puede pasar por alto la Sala que el numeral 5° de “Obrar en coparticipación criminal” se incorporó como circunstancia de agravación por el artículo 19 de la Ley 1453 de 2011 - vigente a partir del 24 de junio de 2011 - y los hechos juzgados acaecieron el 20 de enero de 2010, sencilla razón por la que no podía reprocharse al procesado esta última causal, en aplicación del principio de favorabilidad; por consiguiente, si solo pudo endilgarse el delito de porte ilegal de arma de fuego de defensa personal contemplado en el artículo 365 de la Ley 599 de 2000 – modificado por las Leyes 890 de 2004 y 1142 de 2007 -, la sanción a aplicar sería 4 a 8 años de prisión y - contrario a lo plasmado en el fallo de primer grado - en virtud de lo consagrado



en los artículos 83 de la Ley 599 de 2000 y 292 de la Ley 906 de 2004 la acción penal ya estaría prescrita respecto del delito contra la seguridad pública, al superarse desde antaño el máximo lapso de 48 meses, pues se formuló imputación el 20 de junio de 2014 y ese término feneció el 20 de junio de 2018, mucho antes de proferirse el fallo de primera instancia, aunque nada se dirá al respecto en la parte resolutive de la presente providencia, ya que el procesado fue absuelto por la comisión de esa ilicitud - al catalogarse atípica dicha conducta -, a más que la defensa obró como apelante único y nada controvertió sobre ese tema.

Corolario de lo anterior, no se aprecia una “falta intelectual de fondo” en el criterio jurídico del juez de primer grado respecto de las pruebas recaudadas, tal como lo depreca la censura; por el contrario, su valoración no adolece de defecto alguno, toda vez que se preocupó por evaluar cada uno de los medios de persuasión incorporados en el juicio oral, los apreció en conjunto y acorde con las reglas de la sana crítica, de tal forma que la decisión cuestionada se sustentó en válidos razonamientos fácticos y jurídicos, alejada de posiciones subjetivas o discernimientos infundados, de tal forma que - al no salir avante sus pretensiones - se ratificará íntegramente el fallo impugnado, por ajustarse a la legalidad.

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

RESUELVE

CONFIRMAR el fallo de origen, fecha y naturaleza reseñados, mediante el cual se condenó a DIDIER SAMUEL REYES VALENCIA como autor del delito de HOMICIDIO AGRAVADO.

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° 548

CÚMPLASE.-



Los Magistrados,


JUAN CARLOS DIETTES LUNA

Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia


HAROLD MANUEL GARZÓN PEÑA

PERMISO
SHIRLE EUGENIA MERCADO LORA

SANDRA JULLIETH CORTÉS SAMACÁ
Secretaria

Confirma condena
A/ Didier Samuel Reyes Valencia
D/ Homicidio agravado
Juez 10° Penal del Circuito de B/manga



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE
BUCARAMANGA

SALA DE DECISIÓN PENAL

Magistrada ponente: SUSANA QUIROZ HERNÁNDEZ

Radicación	680016000000202300023NI.23-170A (86.23)
Procedencia	Juzgado 3 Penal Circuito con Funciones de Conocimiento de Bucaramanga
Acusado	Katerin Johana Sanabria Higuera y otros
Delito	Concierto para delinquir y otros
Apelación	Sentencia condenatoria
Decisión	Confirma
Aprobación	Acta nro. 458
Fecha	12 de mayo de 2023
Lectura	18 de mayo de 2023

I. OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

Entrar a resolver el recurso de apelación interpuesto por la defensa técnica de los procesados CESAR AUGUSTO WALTEROS SANTANDER y SERGIO ALEJANDRO SANMIGUEL LÓPEZ, contra la sentencia condenatoria proferida el 21 de febrero de 2023, por el Juzgado 3 Penal del Circuito de Bucaramanga.

1

II. HECHOS JURÍDICAMENTE RELEVANTES

Fueron reseñados en el fallo de primer grado, de conformidad con el escrito de acusación, de la siguiente manera:

Con ocasión a pesquisas realizadas por parte del grupo contra atracos de la SIJIN de la Policía Nacional y dado un hurto sucedido el 25 de enero de 2019 y en el cual se capturo en situación de flagrancia a Alexandra Patricia Pabón y una menor de edad, se logró establecer que desde enero de 2019 y hasta febrero de 2020 un grupo de personas con estructura jerárquica y división de trabajo, concertaron para de manera sistemática, indiscriminada y con vocación de permanencia, efectuar latrocinios, en las modalidades de fleteo, atraco a mano armada, ingreso a residencias, halado de motocicletas, entre otros, y en algunas ocasiones a través del uso de menores de edad, apoderándose de bienes muebles ajenos, que significó a los miembros de la organización un incremento patrimonial de alrededor de \$483.688.000. Las conductas punibles fueron cometidas en Bucaramanga y municipios de su área metropolitana.

También se logró determinar que Mario Oróstegui Castellanos fungía como “burrero” y/o “campanero”; Jhordan Orlando Oróstegui Sanabria “campanero”, “transportista” y “halador”; Jorge Luis Cely Santander, líder del grupo; Feisar Giovanny Anaya Suarez “campanero”, “halador” y “atracador”; Carlos Ferney Cubides Porras “halador” y “campanero”; Alberto García Aguilar “halador” y “campanero”, Víctor Miguel Ardila Rueda, encargado de almacenar las armas de fuego, seleccionador de las víctimas y asaltante; Brayhan Sebastián Carvajal Parra, gestor del ocultamiento y protección de las motocicletas hurtadas, así como de vigilar los movimientos de las patrullas de Policía.

Sergio Alejandro Sanmiguel López, “caletero” y “atracador”; Daniel Hernando Padilla Escobas, “seleccionador y marcador” de las víctimas; Alexandra Patricia Pabón, encargada de transportar armas de fuego, los encargados del asalto y de la venta de los elementos hurtados; Juan Pablo Rincón Guzmán, asaltante y halador de automotores; Iutzi Tahiana Oróstegui Sanabria, “campanera”; Ronald Fernando Galindo Barajas, “caletero”; Lesly Daniela Anaya Monsalve, como administradora de diversos establecimientos comerciales, era quien informaba a los demás miembros los movimientos de los propietarios y demás empleados de los negocios para los que trabajaba; Gelve Fabian León Rueda, “campanero”; Brayhan Alexis Yepes Acevedo, “asaltante”; Hernando Andrés Moreno Rey, “iniciador” y “campanero”; Jefferson Alberto Parra Petro, “campanero” y “transportista”.

Asimismo, Daniel Adrián Martínez González, “campanero”; Sergio Mantilla Corzo, encargado de la conducción del velocípedo para la huida, o sea, “arrastrador”; Cesar Augusto Amaya Velásquez, “campanero”; Jefferson Julián Márquez Niño, al ser conductor, otorgaba información de su empleador a los demás miembros de la banda, o sea, “iniciador”; John Hernán Jaimes Chanagá, “arrastrador” y “campanero”; Katerin Jhoana Sanabria Higuera, “iniciadora”; Cesar Augusto Walteros Santander, “campanero” y “arrastrador”; Jairo Hernando Martínez Basto, encargado de ingresar de forma ilícita con el auxilio de diversas herramientas; y Jairo Edgar Castellanos Moreno, como “campanero”.

por otra parte, se logró establecer la ocurrencia de 21 eventos delictivos en los que participaron los mencionados, pero por ser de interés en esta oportunidad los identificados con los números 7, 8, 9, 14, 15, 19, 20 y 21 – por ser aquellos en los que participaron directamente por quienes se emite sentencia – se hará referencia únicamente a ellos así:

(i). Evento número 7: El 27 de junio de 2019, Nini Johana Merchán y María Carolina Mora Arenas dejaron sus motocicletas marca Suzuki Best, color negro, modelo 2019 y de placas ZNN 01E y la Yamaha YW125X, modelo 2016 de placas ZLG 53D respectivamente en el parqueadero del edificio Bacaregua ubicado en la calle 10 N^a 34-63 del barrio Caldas de esta capital; al siguiente día, un vecino les informó que esos bienes les habían sido hurtados.

Las afectadas fueron contactadas por una persona que le exigió a cada una la suma de \$2.000.000 para la devolución de las motocicletas, pues de lo contrario serían deshuesadas, accediendo a tal exigencia únicamente la señora Mora Arenas, pues entregó \$1.900.000, entregándole los asaltantes su rodante el 2 de julio posterior en la calle 9^a con carrera 20, pero advirtió que al mismo le habían sido modificadas algunas de sus partes.

Nini Johana tasó sus perjuicios en \$7.000.000 y María Carolina en \$5.000.000.

Las autoridades establecieron que los perpetradores de esas conductas delictivas fueron Mario Oróstegui Castellanos (líder), Jorge Luis Cely Santander (campanero y halador), Feisar Giovanny Anaya Suarez (campanero y halador), Víctor Miguel Ardila Rueda (iniciador y campanero) y Brayhan Sebastián Carvajal Parra (caletero).

(ii). Evento número 8: Siendo aproximadamente las 7:30 de la mañana del 17 de julio de 2019, Oscar Myller Rodríguez Jiménez arribó a su lugar de trabajo, a bordo de su motocicleta marca Yamaha FZ 150, modelo 2018 de placas PYC42E; la parqueó en el kilómetro 2 vía al mar, frente a la empresa “Semillas Zulia” y al terminar su jornada laboral a las 5:00 de la tarde, se percató que su bien había

sido hurtado, dando aviso a los uniformados ubicados en el CIA La Virgen de esta ciudad.

Pasado 3 días, fue contactado por un individuo que le exigió la suma de \$2.500.000 para la devolución de su rodante, pues de lo contrario serpia desvalijado. El perjudicado accedió a tal exigencia, llevó el dinero al sector denominado "Las Pulgas", se lo entregó a unos sujetos quienes momentos después le entregaron su bien.

El afectado tasó el monto del hurto en \$5.500.000 y los daños y perjuicios en \$3.000.000, correspondiente el último rubro correspondiente al pago de la extorsión, la reparación del artefacto de encendido de la moto y al pago de los pasajes del vehículo en que se transportó.

Se logró establecer que en esos hechos el halador fue Feisar Giovanni Anaya y el caletero Sergio Alejandro Sanmiguel López.

(iii). Evento número 9: alrededor de las 8:15 de la noche del 21 de agosto de 2019, Adolfo Javier Redondo Conrado caminaba con su esposa sobre la carrera 26 entre calles 33 y 34, en inmediaciones a la licorera Tres J, del barrio Cañaveral de Floridablanca; en ese momento fueron abordados por dos sujetos que se movilizaban en una motocicleta, uno de los cuales esgrimió un arma de fuego y amenazó con atentar en contra de sus vidas si no le entregaban sus pertenencias, razón por la cual los afectados se despojaron de una cadena y anillo de oro blanco y celular marca Motorola G6 plus, avaluado en \$3.500.000.

Con ocasión a exhaustiva investigación se pudo establecer que los perpetradores de ese latrocinio fueron Jorge Luis Cely Santander, Sergio Alejandro Sanmiguel López y un menor de edad instrumentalizado.

El primero fue el encargado de esgrimir el arma de fuego con la que se amenazó a las víctimas para luego despojarlos de sus pertenencias; mientras el segundo, fue era quine lo transportaba y vigilaba la presencia de uniformados de la Policía Nacional.

(iv). Evento número 14: A las 12:45 meridiano del 25 de septiembre de 2019, Carmen Marina Blanco Ramírez parqueó su motocicleta marca Yamaha Bws, modelo 2016 y de placas UVO 85D frente a su vivienda ubicada en la manzana D, casa 1 del barrio Brisas del Paraíso de Bucaramanga, momentos después le fue hurtada, pero agentes del orden la hallaron en la carrera 26 N° 22-06 - lugar donde funcionaba el establecimiento comercial denominado Underground -. La marca del velocípedo estaba alterada, pues plasmaron la NKV 51D.

Las pesquisas arrojaron que Mario Oróstegui Castellanos, Juan Pablo Rincón Guzmán, Iutzi Tahiana Oróstegui Sanabria y Ronald Fernando Galindo Barajas fueron los perpetradores del crimen.

(v). Evento número 15: Siendo las 12:24 de la mañana del 7 de octubre de 2019, John Jairo Gil Fuentes se encontraba con su empleada Lesly Daniela Anaya contando dinero producto de las ventas del negocio de nombre Station 16, ubicado en la carrera 16 N° 15-02; en ese instante arribaron dos sujetos que con arma de fuego en mano y bajo amenazas de atentar en contra de sus vidas le exigió le entregaran todas sus pertenencias, entregándole el prenombrado su celular Note 7 marca Xiaomi, las llaves de su vehículo y \$300.000 en efectivo. Los dos primeros objetos tenían un valor de \$1.000.000 y \$900.000 respectivamente. A la par, el otro asaltante arrebató a Lesly Daniela el dinero que estaba contando.

Los perjudicados tasaron los perjuicios en \$15.000.000.

Se pudo establecer que mancomunadamente Jorge Luis Cely Santander (asaltante), Víctor Miguel Ardila Rueda (coordinador del hurto), Lesly Daniela Anaya Monsalve (iniciadora) y Gelve Fabian León Rueda (campanero) fueron quienes perpetraron el latrocinio.

(vi) Evento número 19: Siendo alrededor de las 9:05 de la noche del 30 de diciembre de 2019, Luz Dayanara Lerma se disponía a guardar su motocicleta marca Yamaha Bws, de placas FLE 82E en el conjunto residencial Vigía del Parque, lugar donde vivía; en ese momento fue interceptada por una motocicleta en la que se transportaban dos sujetos, uno de los cuales con arma de fuego en mano le exigió le entregara las llaves del velocípedo o le dispararía, la afectada accedió y el asaltante emprendió la huida en el bien.

Por pesquisas, se pudo determinar que en el hurto participaron Jorge Luis Cely Santander (atracadador), Víctor Miguel Ardila Rueda (encargado de entregar el arma de fuego al antedicho) y Sergio Mantilla Corzo (quien transportaba al primero).

(vii) Evento número 20: A las 9:00 de la noche del 27 de enero de 2020, Carlos Alfonso Mantilla Picón llegó en su motocicleta a su casa ubicada en la calle 20 N° 10 A-78 del barrio Guanatà de Floridablanca, en ese momento fue interceptado por dos sujetos armador con revolver cada uno, lo tumbaron del velocípedo y le hurtaron un teléfono celular marca Huawei P20, avaluado en \$730.000, considerando el afectado el monto de los perjuicios en \$1.180.000.

Se estableció que los perpetradores del latrocinio fueron Jorge Luis Cely Santander (asaltante), Sergio Mantilla Corzo (transportador), Gelve Fabian León Rueda (marcador y campanero), Cesar Augusto Amaya Velásquez (campanero), John Hernán Jaimés Chanagá (campanero y transportador de los asaltantes), Alexandra Patricia Pabón (campanera) y Jefferson Julián Márquez Niño como iniciador, pues laboraba como conductor del perjudicado.

(vii) Evento número 21: Entre la 1:30 o 3:30 de la madrugada del 17 de febrero de 2020, averiando una reja y rompiendo una pared, una persona ingresó al local comercial Delyfruver, del cual extrajo de una caja fuerte \$100.000.000, logrando huir del lugar con el auxilio de otras personas que lo esperaban en la parte externa del establecimiento.

Los coautores de ese delito fueron Jorge Luis Cely Santander (coordinador y campanero), Gelve Fabian León Rueda (campanero y arrastrador), Alexandra Patricia Pabón (campanera), Cesar Augusto Walteros Santander (campanero y transportista), John Hernán Jaimés Chanagá (campanero y arrastrador), Jairo Hernando Martínez Basto (“burrero”) y Katerin Jhoana Sanabria Higuera fue la persona quien como empleada de ese negocio informó a los demás integrantes del grupo donde estaba el dinero.

III. ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

3.1 El 16 y 17 de diciembre de 2020, ante el Juzgado 1° Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bucaramanga, una vez legalizada la captura, la Fiscalía General de la Nación formuló imputación a los implicados de la siguiente manera:

RONALD FERNANDO GALINDO BARAJAS: coautor a título de dolo de los delitos de hurto calificado y concierto para delinquir – arts 240, inciso 1°, No. 1 y 4 e inciso 4, 340 y 31 del C.P. –.

LESLY DANIELA ANAYA MONSALVE: coautora a título de dolo de los punibles de hurto calificado y agravado, fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones agravado, uso de menores de edad para la comisión de delitos y concierto para delinquir – arts 240 inciso 2°, 241.11, 365 inciso 1° y 3° en sus No. 1, 4 y 7; 188D y 31, todos del C.P. -.

GELVES FABIÁN LEÓN RUEDA: Coautor a título de dolo de los reatos de hurto calificado, hurto calificado y agravado, fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones agravado en concurso homogéneo y sucesivo, uso de menores de edad en la comisión de delitos y concierto para delinquir –arts. 240 inciso 2°, 240 inciso 2°, 241.11, 240 inciso 1° No. 1, 3, 4, 241.11, 365 inciso 1° y 3° en sus No. 1, 4 y 7; 188D y 31 del C.P.-.

CESAR AUGUSTO WALTEROS SANTANDER: Coautor a título de dolo de los delitos de hurto calificado, fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones agravado y concierto para delinquir – arts. 240 inciso 2°, 365 inciso 1° y 3° en sus No. 1, 4 y 7, 340 y 31 del C.P. -.

5

JOHN HERNÁN JAIMES CHANAGÁ: coautor a título de dolo de hurto calificado, hurto calificado y agravado, fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones agravado y concierto para delinquir – arts. 240 inciso 2°, 240 inciso primero, No. 1, 3 y 4, 241.11, 365 inciso 1° y 3° en sus No. 1, 4 y 7, 340 y 31 del C.P. -.

SERGIO ALEJANDRO SANMIGUEL LÓPEZ: coautor a título de dolo de hurto calificado en concurso homogéneo, fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones agravado, uso de menores de edad para la comisión de delitos y concierto para delinquir – arts. 240, inciso 1° No. 1 e inciso 4, 240 inciso 2°, 365 inciso 1° y 3° en sus No. 1, 4 y 7, 340 y 31 del C.P. -.

SERGIO MANTILLA CORZO: coautor a título de dolo de los delitos de hurto calificado en concurso homogéneo, fabricación, tráfico, porte o

tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones agravado y concierto para delinquir – artículos 240 inciso 2° y 4°, 240 inciso 2°, 365 inciso 1° y 3° en sus numerales 1, 4 y 7, 340 y 31 del C.P.-.

KATERIN JHOANA SANABRIA HIGUERA: coautora a título de dolo de los injustos típicos de hurto calificado y agravado y concierto para delinquir – artículos 240 inciso 1°, numerales 1, 3 y 4, 241.11, 340 modificado por la ley 1908 de 2018 y 31 del C.P. –

Ninguno de los imputados aceptó los cargos, mientras que el despacho impuso medida de aseguramiento preventiva en establecimiento carcelario a LEÓN RUEDA, JAIMES CHANAGÁ, MANTILLA CORZO, KATERIN SANABRIA HIGUERA Y ANAYA MONSALVE, EN SU DOMICILIO A GALINDO BARAJAS Y SANMIGUEL LÓPEZ, y a WALTEROS SANTANDER no le impuso ninguna medida.

Por su parte, el 18 y 19 de febrero de 2021, ante el Juzgado Dieciséis Penal Municipal con función de Garantías de esta ciudad, se formuló imputación a BRAYHAN SEBASTIÁN CARVAJAL PARRA, como presunto coautor de los delitos de hurto calificado y agravado y concierto para delinquir – arts. 239, 240 inciso 1° en sus numerales 1 y 4 e inciso 4°, 340 y 31 de la ley 599 de 2000-, cargos que no aceptó, igualmente, el citado juzgado le impuso de aseguramiento de detención preventiva en centro de reclusión.

3.2. Radicado el escrito de acusación, las diligencias correspondieron al Juzgado 3° Penal del Circuito de Bucaramanga, el que realizó audiencia de acusación el 06 de agosto de 2021. Encontrándose fijada audiencia preparatoria, el 07 de septiembre de 2022, la Fiscalía solicitó la variación de la diligencia por la de verificación del preacuerdo, suspendiéndose la misma a efectos de garantizar el reintegro de por lo menos el 50% del incremento patrimonial percibido por los procesados.

3.3 El 09 de noviembre siguiente, una vez se advirtió la legalidad del preacuerdo por el cognoscente, se emitió sentido del fallo condenatorio y se agotó el traslado del art. 447 del C.P.P.

3.4. Finalmente, el 21 de febrero de 2023, se dio lectura a la correspondiente sentencia condenatoria, contra la cual la defensa técnica de CESAR AUGUSTO WALTEROS SANTANDER y SERGIO ALEJANDRO SANMIGUEL LÓPEZ interpuso recurso de apelación, decisión objeto de esta instancia.

IV. EL FALLO DE PRIMER GRADO

El *a quo*, una vez realizó una reseña de la situación fáctica y de la actuación procesal, recordó en que consistieron los términos del preacuerdo frente a cada procesado, y particularmente, para lo que interesa para esta decisión, señaló que el acusado CESAR AUGUSTO WALTEROS SANTANDER por la aceptación de cargos como coautor a título de dolo de las conductas punibles de hurto calificado, fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones agravado y concierto para delinquir en el evento No. 21, acordó como único beneficio el descuento punitivo por la calidad de cómplice, estableciendo una sanción de **cuatro años y diez** meses de prisión.

Mientras que SERGIO ALEJANDRO SANMIGUEL LÓPEZ, preacordó como único beneficio por su aceptación de las conductas de hurto calificado en concurso homogéneo, fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios partes o municiones agravado y concierto para delinquir en los eventos 19 y 21, la dosificación de la sanción retirando el agravante del punible señalado en el artículo 365 del C.P., imponiéndosele una sanción de nueve años y ocho meses de prisión.

Luego, expuso que de los medios de prueba presentados por la Fiscalía en la audiencia de verificación de preacuerdo, aunado a la

aceptación de cargos de los encartados, se lograron acreditar los presupuestos para emitir decisión condenatoria.

Además, expuso que si bien los procesados repararon los perjuicios que generaron con su actuar, ello solo lo realizaron en fecha anterior a la diligencia de individualización de pena y fallo, generando un amplio desgaste de la administración de justicia, y los intereses de las víctimas, de ahí que les concedería la rebaja mínima establecida en el artículo 269 del C.P., es decir, un 50% en la sanción.

En ese orden de ideas y particularmente respecto de los dos procesados frente a los cuales se presentó apelación, impuso como pena definitiva de prisión a WALTEROS SANTANDER, 53 meses y a SANMIGUEL LÓPEZ, 56 meses.

De otro lado, sostuvo que por expresa prohibición legal contenida en el artículo 68A del Código Penal es improcedente la concesión de subrogados penales a favor de los acusados.

Igualmente, expuso que negaría, entre otros, al procesado SERGIO ALEJANDRO SANMIGUEL LÓPEZ, el otorgamiento de la sustitución de la pena por la de prisión domiciliaria ante su condición de padre cabeza de familia, como lo deprecó la defensa, para lo cual, una vez desarrolló normativa y jurisprudencialmente esta figura, consideró que en el presente caso, no se acreditó la inexistencia de *familia extensa*, que pueda atender las necesidades de la progenitora del encartado.

Bajo lo anterior, y a efectos de lo que interesa a esta decisión, resolvió disponer frente a los procesados SANMIGUEL LÓPEZ y WALTEROS SANTANDER, que debían cumplir con su determinación en el establecimiento carcelario que determine el INPEC.

V. DE LA SUSTENTACIÓN DEL RECURSO

5.1 Recurrentes

5.1.1.- Apoderado de Cesar Augusto Walteros.

Inconforme con la anterior decisión, la defensa técnica interpuso recurso de apelación en el que sustentó que erró el fallador al determinar el descuento punitivo dispuesto en el artículo 269 del C.P. por cuanto, le concedió una rebaja de tan solo el 10% de la sanción, desconociendo que por mandato legal el mínimo de este descuento es del 50%. En ese sentido, reprochó que la pena a imponer debió ser de 29 meses.

5.1.2 Apoderado de Sergio Alejandro Sanmiguel López.

Recurrió en apelación la determinación del *A quo*, con miras a su modificación, en el sentido de conceder a su defendido, el sustituto de la prisión domiciliaria ante su calidad de padre cabeza de familia, para lo cual argumentó que no se consideró la inexistencia de otros integrantes de la familia que puedan hacerse cargo de la madre de su defendido de quien se demostró tiene una edad avanzada y padece diferentes quebrantos de salud, así mismo, que su defendido carece de antecedentes penales y no hay nadie más que pueda asumir su cuidado, toda vez que su padre y pareja de su progenitora ya falleció.

VI. CONSIDERACIONES DE LA SALA

6.1. De la competencia.

En virtud de lo dispuesto en el artículo 34.1 de la Ley 906 de 2004, esta Sala es competente para conocer el recurso de apelación interpuesto por la defensa contra la decisión del 21 de febrero de 2023, proferida por el Juzgado 3 Penal del Circuito de esta ciudad.

Para proceder con tal cometido, es pertinente recordar que la competencia de la Sala se encuentra restringida, en virtud del principio de limitación que rige el recurso de apelación¹, a la cuestión planteada por el recurrente y, adicionalmente, a los demás asuntos que estén íntimamente relacionados con el mismo².

6.2. Problema jurídico

Teniendo en cuenta lo expuesto en la alzada, corresponde a la Sala determinar (i) si erró primer grado al determinar el descuento punitivo contemplado en el artículo 269 del C.P, respecto del procesado CESAR AUGUSTO WALTEROS SANTANDER, (ii) si es procedente la concesión de la prisión domiciliaria como padre cabeza de familia a SERGIO ALEJANDRO SANMIGUEL LÓPEZ.

6.3. De la rebaja del 269.

En principio, ha de señalarse que el art. 269 del C.P. reconoce una disminución punitiva de la mitad a las tres cuartas partes para quien siendo **procesado por delitos contra el patrimonio económico**, antes de que se profiera sentencia de primera instancia restituye el objeto material del delito e indemniza a las víctimas que sufrieron algún perjuicio derivado de la conducta punible.

A su vez, la jurisprudencia del órgano de cierre en lo penal, ha indicado a través de diversos pronunciamientos, que para el reconocimiento de la disminución aludida debe cumplirse con los siguientes requisitos: *(i) que la reparación integral ocurra antes de dictarse sentencia de primera o única instancia, (ii) la restitución del objeto material del delito, cuando a ello sea posible, o en su defecto, la cancelación del valor del mismo y, finalmente, que (iii) sea integral, lo cual comporta la obligación de indemnizar los perjuicios causados.*³

¹ De acuerdo con los artículos 34, inciso 1.º, numeral 1.º, y 179 de la Ley 906/2004.

² Al respecto, ver, entre otros, el auto del 2 de abril de 2014, radicación 41754, M. P. Eyder Patiño Cabrera y la Sentencia del 15 de junio de 2016, radicación 47666, M. P. José Luis Barceló Camacho; CSJ, SP. ¹¹ CSJ SP, 30 may. 2012, Rad. 38243; SP-10400, 5 ago. 2014, Rad. 42495

³ CSJ SP, 5 dic. 2018, rad. 53843.

Igualmente, es menester aclarar que el porcentaje de descuento punitivo a que se hace acreedor el procesado, se fija de manera discrecional por el operador judicial, atendiendo, entre otros factores, el mayor o menor desgaste que conllevó para la administración de justicia llegar hasta la sentencia que ponga fin a la actuación⁴. De suerte que, la pena a imponer será reducida de manera proporcional al momento en que se materialice la reparación integral de los daños ocasionados, pues de este modo se podrá apreciar la intención efectiva del procesado en resarcirlos.

Teniendo en cuenta lo anterior, procede la Sala a resolver el reparo propuesto por el apoderado de CESAR AUGUSTO WALTEROS, respecto a que el *A quo* erró al determinar este descuento punitivo, toda vez que de la pena de prisión de 58 meses, realizó una rebaja punitiva, imponiéndole como sanción 53 meses, desconociendo que por mandato legal el mínimo de este descuento es del 50%; de ahí que el término punitivo que debía establecer era de 29 meses.

11

Descendiendo al caso examinado, se observa que en efecto, WALTEROS SANTANDER, por la aceptación de su responsabilidad por los punibles de hurto calificado, fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorias, partes o municiones agravado y concierto para delinquir, aceptó recibir como único beneficio a efectos punitivos, el descuento punitivo por actuar en calidad de cómplice, fijándose una pena de **58** meses de prisión⁵, 54 meses por el delito de hurto calificado con el descuento punitivo por la calidad de cómplice y 4 meses por los restantes delitos.

Igualmente, se tiene que el *A quo*, precisó que si bien los procesados repararon integralmente a las víctimas, ello lo ejecutaron en la última fase procesal, por lo que ante su desinterés por los

⁴ “El descuento debe ser establecido por el juzgador de manera discrecional, que no arbitraria, en atención al interés mostrado por el acusado en cumplir pronta o lejanamente, total o parcialmente, con los fines perseguidos por la disposición penal, que no son otros que velar por la reparación de los derechos vulnerados a las víctimas.” - Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, SP16816-2014

⁵ Conforme acta diligencia del 10 de diciembre de 2021 y el fallo de primer grado.

perjuicios causados, frente al artículo 269 del C.P. les concedería el mínimo de descuento establecido, es decir, 50% y concretamente, respecto del procesado CESAR WALTEROS, indicó que le impondría una sanción de 53 meses producto del descuento a la sanción de 58 meses.

Así pues, reprochó el apelante, que debió otorgársele una sanción de 29 meses, correspondientes al 50% de 58 meses; sin embargo, omite el apelante que esta pena corresponde a la acordada por su responsabilidad no solo por el punible de hurto calificado, sino por los delitos contemplados en los artículos 340 y 365 del Código Penal, los que se resalta no son atentatorios del patrimonio económico.

Al respecto, es preciso aclarar inicialmente que no se desconoce que este descuento por corresponder a una situación posterior al delito *no afecta los límites punitivos, sino que se aplica luego de dosificada la sanción que corresponde a la conducta ejecutada*⁶, y que en este caso como términos del preacuerdo se estableció una sanción producto de la dosificación de los delitos por los cuales aceptaron la responsabilidad los procesados; no obstante, ello no implica que contrario a lo dispuesto en el artículo 269 del Código Penal, se conceda una rebaja punitiva por unos punibles que no son atentatorios del patrimonio económico.

En ese orden de ideas, es equivocado por el defensor pretender una rebaja punitiva de la mitad en la pena preacordada, pues se itera, esta solo procede por la conducta establecida en el artículo 240 del Código Penal.

En consecuencia, toda vez que como términos del preacuerdo se estableció un termino de 54 meses por el punible de hurto calificado y agravado y 4 meses por los restantes delitos; se procederá a realizar el descuento punitivo del 269 del C.P., únicamente frente al punible contra el patrimonio económico, estableciéndose una pena de prisión de veintisiete (27) meses, a los cuales se le sumará los 4

⁶ AP2759 de 2021

meses, que se acordó se le impondría en razón al concurso de conductas punibles; es decir, 31 meses.

Así las cosas, la Sala modificará la decisión recurrida para en definitiva imponerle una sanción de prisión **31** meses y la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de los derechos y funciones públicas por el mismo término.

Ahora bien, es preciso señalar que la Juez de Primer Grado, al realizar la aplicación del descuento punitivo por el artículo 269 del C.P., frente a los demás procesados, resolvió rebajar en un monto del 50 % a la pena preacordada que se itera, abarca no solo delitos contra el bien jurídico del patrimonio económico, proceder que se desarrolló es errado, no obstante, como se trata de apelante único, no puede esta Colegiatura agravar la situación de los procesados, por aplicación expresa del principio de *non reformatio in pejus*.

Así pues, se procederá con el análisis del segundo aspecto de reproche en la alzada, recuérdese, la negativa de la prisión domiciliaria por padre cabeza de familia al procesado SANMIGUEL LÓPEZ.

6.4 6.3. Del padre cabeza de familia.

Pues bien, en atención a la alegada condición de padre cabeza de familia de SERGIO SANMIGUEL LÓPEZ, ha de precisarse que es posible reconocer la prisión domiciliaria cuando se dan los presupuestos objetivos y subjetivos consagrados en el artículo 1° de la Ley 750 de 2002, entre ellos: *“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.”*

Lo anterior, en concordancia con el artículo segundo de la Ley 82 de 1993, modificado por el artículo 1 de la Ley 1232 de 2008,

define a la madre cabeza de familia de la siguiente manera, definición extensiva para quien ostente la condición de padre 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”.

En el marco jurisprudencial el Alto Tribunal Constitucional, precisó que para acreditar la condición de madre/padre cabeza de familia y por lo tanto, acceder al beneficio establecido en la Ley 750 de 2002, deben presentarse los siguientes presupuestos:

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

14

Descendiendo al caso que ocupa la atención de esta Sala, lo primero que debe indicarse es que, en el traslado del artículo 447 del C.P.P., la defensa técnica de SERGIO ALEJANDRO SANMIGUEL LÓPEZ petitionó la concesión en favor de este la prisión domiciliaria en virtud de su condición de ser padre cabeza de familia.

Al efecto, argumentó que este es el único que puede hacerse cargo del cuidado y manutención de su madre, María Eugenia López Murillo, quien padece de problemas de salud como diabetes, hipertensión, trastorno depresivo-ansioso, trastorno de pánico, linfedema en brazo derecho y cáncer de mamá, por los que no se le puede dejar sola.

Igualmente, solicitó considerar que carece de antecedentes penales, que en audiencias preliminares se le concedió la sustitución

de la medida, y que su progenitor y pareja de su madre, falleció en el año 2009.

Para soportar lo anterior, el defensor aportó la siguiente documentación:

(i) contrato de arrendamiento del inmueble situado en la Cl 34 No. 34-28 apto. 201 edificio Ottawa en Bucaramanga, suscrito el 02 de marzo de 2019, para uso de vivienda de la arrendataria Maria Eugenia López Murillo, y su hijo Sergio Alejandro Sanmiguel López.

(ii) Paz y salvo por concepto de arriendos del 31 de marzo de 2022.

(iii) Recibo de servicio público del inmueble antes citado.

(iv) Constancia de 28 de 2022, suscrita por residentes del edificio Ottawa, en la que se consigna que López Murillo, reside únicamente con el acusado, siendo este el encargado de sus cuidados.

(v) Declaración juramentada de Hernán Darío Rincón Almeida del 19 de noviembre de 2020, en la que indica que desde hace cuatro años conoce al procesado, hijo de López Murillo, quienes vivían en la vivienda situada en la Cl 34 No. 34-28, y que este última le había comentado que SERGIO había decidido independizarse, pero en ocasiones se queda allí cuando su madre se encontraba enferma.

(vi) Certificado carencia de antecedentes penales en la Policía Nacional.

(vii) Certificado del 30 de marzo de 2022 del presidente de la junta de acción comunal del barrio Las Américas, en el que se indica que SERGIO reside en la vivienda ya citada, ubicada en el edificio Ottawa.

(viii) Resolución 1779 del 21 de mayo de 2019, de la Secretaría de Educación de este municipio, por medio de la cual se da por terminada la designación en provisionalidad como docente de ciencias políticas en el colegio Las Américas a la madre del acusado.

(ix) Constancia del 28 de marzo de 2022, suscrita por la rectora de la Escuela Normal Superior de Bucaramanga, en la que se informa que la madre del encartado ha laborado desde el año 2019 como docente voluntaria del programa “aulas hospitalarias”.

(x) Oficio del 28 de marzo de 2022, en el que la madre del procesado manifiesta que en el año 2019 finalizó su vinculación laboral como docente del Estado, por lo que se dedica a la impresión de guías educativas para algunos profesores del

“Colegio Las Américas”, labor que es realizada por su hijo SANMIGUEL LÓPEZ, ante sus problemas de salud.

(xi) Registro civil de defunción No. 06573772 del 9 de febrero de 2009, del señor Ramon Yesid Sanmiguel Herrera, padre del procesado.

(xii) Registro civil de nacimiento de Sergio Alejandro Sanmiguel López.

(xiii) Historia clínica de la madre del procesado, de 60 años de edad, en la que se advierte padece de trastorno mixto por ansiedad y depresión, y tiene antecedentes en el año 2011 de cáncer de mama derecha, tratamiento que finalizó en el año 2012.

Pues bien, a pesar de lo anterior, considera la Sala de Decisión Penal, que los argumentos expuestos y los medios probatorios allegados por el letrado de la defensa no ostentan la trascendencia que se le pretendió aplicar, ello pues, no se corroboró que SERGIO ALEJANDRO SANMIGUEL LÓPEZ sea la única persona de la cual se deba predicar el cuidado de su madre, María Eugenia López Murillo; máxime que tampoco se acreditó con certeza una incapacidad física o síquica que la imposibilite a para asumir su propia subsistencia.

16

Sobre el particular, no cabe duda alguna que el encartado demostró su domicilio en esta ciudad, que su progenitora María Eugenia López Murillo, finalizó su vinculación laboral como docente en el año 2019, y tiene afectaciones en su salud, además, que es el procesado quien la apoya para el sostenimiento del hogar a través de la impresión de guías estudiantiles que posteriormente son vendidas.

Igualmente, no se discute su carencia de antecedentes penales y que su padre falleció en el año 2009; no obstante, los mismos medios cognoscitivos allegados demuestran que la ausencia de SANMIGUEL LÓPEZ no determina el estado de abandono de su madre, en primer lugar, al advertirse que las enfermedades a que hizo alusión la defensa que sufría la progenitora del encartado, no se advierten de tal trascendencia para colegir que se encuentra impedida para valerse por sí misma.

Recuérdese, conforme la historia clínica de María Eugenia se conoce que fue diagnosticada con trastorno mixto de ansiedad y depresión, además de presentar en el año 2011 antecedente de cáncer de mama, recibiendo tratamiento que finalizó al año siguiente; es decir, situaciones en su salud que se itera no implican un deterioro en la persona a tal punto que requiera de la permanente asistencia de su hijo para su subsistencia.

Y es que, conforme declaración juramentada del señor Hernán Darío Rincón Almeida, se tiene que el acusado, previo a su privación de la libertad se había independizado de su progenitora y la visitaba ocasionalmente, cuando ella se enfermaba, lo cual corrobora aún más que López Murillo, no se encuentra incapacitada para asumir su propio cuidado.

En segundo término, por cuanto si bien es cierto se acreditó el fallecimiento del progenitor del encartado, ello no implica la inexistencia de familia extensa, quienes en el evento de necesitarlo la señora María Eugenia, se encuentran en la obligación de velar por sus derechos y bienestar, sin embargo, frente a la imposibilidad de estos para el apoyo en el cuidado de la progenitora del acusado, el censor no realizó ninguna argumentación.

Así las cosas, considera la Sala de Decisión Penal, que los argumentos expuestos por el letrado de la defensa, no ostentan la trascendencia que se le pretendió aplicar; ello pues, no se corroboró que María Eugenia López Murillo, requiera un cuidado permanente, ni que su hijo, el aquí procesado, SANMIGUEL LÓPEZ sea la única persona de la cual se deba predicar el mismo; en otras palabras, la ausencia del acusado no determina el estado de abandono de su progenitora, por lo cual, la determinación que en derecho corresponde adoptar es la de confirmar el proveído impugnado.

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

VII. RESUELVE:

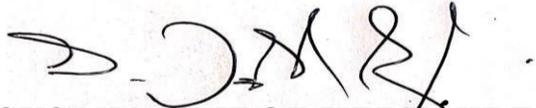
PRIMERO. MODIFICAR los numerales octavo y décimo de la sentencia recurrida en el sentido de condenar a CESAR AUGUSTO WALTERO SANTANDER, por los delitos de hurto calificado, fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones agravado y concierto para delinquir, a las penas de prisión y de inhabilitación para el ejercicio de derecho y funciones públicas por el término de **(31)** meses.

SEGUNDO. CONFIRMAR en todo lo demás que fue objeto de recurso, la sentencia del 21 de febrero de 2023 proferida por el Juzgado 3 Penal del Circuito de Bucaramanga.

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

18

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,


SUSANA QUIROZ HERNÁNDEZ
Magistrada


PAOLA RAQUEL ALVAREZ MEDINA
Magistrada


JAIRO MAURICIO CARVAJAL BELTRÁN
Magistrado



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE
BUCARAMANGA

SALA DE DECISIÓN PENAL

Magistrada ponente: SUSANA QUIROZ HERNÁNDEZ

Radicación	680016000000202300023NI.23-170A (86.23)
Procedencia	Juzgado 3 Penal Circuito con Funciones de Conocimiento de Bucaramanga
Acusado	Katerin Johana Sanabria Higuera y otros
Delito	Concierto para delinquir y otros
Apelación	Sentencia condenatoria
Decisión	Confirma
Aprobación	Acta nro. 542
Fecha	05 de junio de 2023
Lectura	08 de junio de 2023

I. OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

Complementar el fallo de segunda instancia aprobado mediante acta No. 428 del 12 de mayo de 2023 y leído el 18 de mayo de 2023, ante la omisión en resolver el recurso de apelación interpuesto por la defensa técnica de SERGIO ALEJANDRO SANMIGUEL LÓPEZ, contra la sentencia proferida el 21 de agosto de 2023, por el Juzgado 3 Penal del Circuito de Bucaramanga, mediante la cual lo condenó como coautor responsable de las conductas punibles de hurto calificado en concurso homogéneo, fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios partes o municiones agravado y como autor del delito de concierto para delinquir.

1

II. HECHOS JURÍDICAMENTE RELEVANTES

Fueron reseñados en el fallo de primer grado, de conformidad con el escrito de acusación, de la siguiente manera:

Con ocasión a pesquisas realizadas por parte del grupo contra atracos de la SIJIN de la Policía Nacional y dado un hurto sucedido el 25 de enero de 2019 y en el cual se capturo en situación de flagrancia a Alexandra Patricia Pabón y una menor de edad, se logró establecer que desde enero de 2019 y hasta febrero de 2020 un grupo de personas con estructura jerárquica y división de trabajo, concertaron para de manera sistemática, indiscriminada y con vocación de permanencia, efectuar latrocinios, en las modalidades de fleteo, atraco a mano armada, ingreso a

residencias, halado de motocicletas, entre otros, y en algunas ocasiones a través del uso de menores de edad, apoderándose de bienes muebles ajenos, que significó a los miembros de la organización un incremento patrimonial de alrededor de \$483.688.000. Las conductas punibles fueron cometidas en Bucaramanga y municipios de su área metropolitana.

También se logró determinar que Mario Oróstegui Castellanos fungía como “burrero” y/o “campanero”; Jhordan Orlando Oróstegui Sanabria “campanero”, “transportista” y “halador”; Jorge Luis Cely Santander, líder del grupo; Feisar Giovanny Anaya Suarez “campanero”, “halador” y “atracador”; Carlos Ferney Cubides Porras “halador” y “campanero”; Alberto García Aguilar “halador” y “campanero”, Víctor Miguel Ardila Rueda, encargado de almacenar las armas de fuego, seleccionador de las víctimas y asaltante; Brayhan Sebastián Carvajal Parra, gestor del ocultamiento y protección de las motocicletas hurtadas, así como de vigilar los movimientos de las patrullas de Policía.

Sergio Alejandro Sanmiguel López, “caletero” y “atracador”; Daniel Hernando Padilla Escobas, “seleccionador y marcador” de las víctimas; Alexandra Patricia Pabón, encargada de transportar armas de fuego, los encargados del asalto y de la venta de los elementos hurtados; Juan Pablo Rincón Guzmán, asaltante y halador de automotores; Iutzi Tahiana Oróstegui Sanabria, “campanera”; Ronald Fernando Galindo Barajas, “caletero”; Lesly Daniela Anaya Monsalve, como administradora de diversos establecimientos comerciales, era quien informaba a los demás miembros los movimientos de los propietarios y demás empleados de los negocios para los que trabajaba; Gelve Fabian León Rueda, “campanero”; Brayhan Alexis Yepes Acevedo, “asaltante”; Hernando Andrés Moreno Rey, “iniciador” y “campanero”; Jefferson Alberto Parra Petro, “campanero” y “transportista”.

Asimismo, Daniel Adrián Martínez González, “campanero”; Sergio Mantilla Corzo, encargado de la conducción del velocípedo para la huida, o sea, “arrastrador”; Cesar Augusto Amaya Velásquez, “campanero”; Jefferson Julián Márquez Niño, al ser conductor, otorgaba información de su empleador a los demás miembros de la banda, o sea, “iniciador”; John Hernán Jaimés Chanagá, “arrastrador” y “campanero”; Katerin Jhoana Sanabria Higuera, “iniciadora”; Cesar Augusto Walteros Santander, “campanero” y “arrastrador”; Jairo Hernando Martínez Basto, encargado de ingresar de forma ilícita con el auxilio de diversas herramientas; y Jairo Edgar Castellanos Moreno, como “campanero”.

por otra parte, se logró establecer la ocurrencia de 21 eventos delictivos en los que participaron los mencionados, pero por ser de interés en esta oportunidad los identificados con los números 7, 8, 9, 14, 15, 19, 20 y 21 – por ser aquellos en los que participaron directamente por quienes se emite sentencia – se hará referencia únicamente a ellos así:

(i). Evento número 7: El 27 de junio de 2019, Nini Johana Merchán y María Carolina Mora Arenas dejaron sus motocicletas marca Suzuki Best, color negro, modelo 2019 y de placas ZNN 01E y la Yamaha YW125X, modelo 2016 de placas ZLG 53D respectivamente en el parqueadero del edificio Bacaregua ubicado en la calle 10 N^a 34-63 del barrio Caldas de esta capital; al siguiente día, un vecino les informó que esos bienes les habían sido hurtados.

Las afectadas fueron contactadas por una persona que le exigió a cada una la suma de \$2.000.000 para la devolución de las motocicletas, pues de lo contrario serían deshuesadas, accediendo a tal exigencia únicamente la señora Mora Arenas, pues entregó \$1.900.000, entregándole los asaltantes su rodante el 2 de julio posterior en la calle 9^a con carrera 20, pero advirtió que al mismo le habían sido modificadas algunas de sus partes.

Nini Johana tasó sus perjuicios en \$7.000.000 y María Carolina en \$5.000.000. Las autoridades establecieron que los perpetradores de esas conductas delictivas fueron Mario Oróstegui Castellanos (líder), Jorge Luis Cely Santander (campanero y halador), Feisar Giovanny Anaya Suarez (campanero y halador), Víctor Miguel Ardila Rueda (iniciador y campanero) y Brayhan Sebastián Carvajal Parra (caletero).

(ii). Evento número 8: Siendo aproximadamente las 7:30 de la mañana del 17 de julio de 2019, Oscar Myller Rodríguez Jiménez arribó a su lugar de trabajo, a bordo de su

motocicleta marca Yamaha FZ 150, modelo 2018 de placas PYC42E; la parqueó en el kilómetro 2 vía al mar, frente a la empresa “Semillas Zulia” y al terminar su jornada laboral a las 5:00 de la tarde, se percató que su bien había sido hurtado, dando aviso a los uniformados ubicados en el CIA La Virgen de esta ciudad.

Pasado 3 días, fue contactado por un individuo que le exigió la suma de \$2.500.000 para la devolución de su rodante, pues de lo contrario sería desvalijado. El perjudicado accedió a tal exigencia, llevó el dinero al sector denominado “Las Pulgas”, se lo entregó a unos sujetos quienes momentos después le entregaron su bien.

El afectado tasó el monto del hurto en \$5.500.000 y los daños y perjuicios en \$3.000.000, correspondiente el último rubro correspondiente al pago de la extorsión, la reparación del artefacto de encendido de la moto y al pago de los pasajes del vehículo en que se transportó.

Se logró establecer que en esos hechos el halador fue Feisar Giovanni Anaya y el caletero Sergio Alejandro Sanmiguel López.

(iii). Evento número 9: alrededor de las 8:15 de la noche del 21 de agosto de 2019, Adolfo Javier Redondo Conrado caminaba con su esposa sobre la carrera 26 entre calles 33 y 34, en inmediaciones a la licorera Tres J, del barrio Cañaveral de Floridablanca; en ese momento fueron abordados por dos sujetos que se movilizaban en una motocicleta, uno de los cuales esgrimió un arma de fuego y amenazó con atentar en contra de sus vidas si no le entregaban sus pertenencias, razón por la cual los afectados se despojaron de una cadena y anillo de oro blanco y celular marca Motorola G6 plus, avaluado en \$3.500.000.

Con ocasión a exhaustiva investigación se pudo establecer que los perpetradores de ese latrocinio fueron Jorge Luis Cely Santander, Sergio Alejandro Sanmiguel López y un menor de edad instrumentalizado.

El primero fue el encargado de esgrimir el arma de fuego con la que se amenazó a las víctimas para luego despojarlos de sus pertenencias; mientras el segundo, fue era quine lo transportaba y vigilaba la presencia de uniformados de la Policía Nacional.

(iv). Evento número 14: A las 12:45 meridiano del 25 de septiembre de 2019, Carmen Marina Blanco Ramírez parqueó su motocicleta marca Yamaha Bws, modelo 2016 y de placas UYO 85D frente a su vivienda ubicada en la manzana D, casa 1 del barrio Brisas del Paraíso de Bucaramanga, momentos después le fue hurtada, pero agentes del orden la hallaron en la carrera 26 N° 22-06 - lugar donde funcionaba el establecimiento comercial denominado Underground -. La marca del velocípedo estaba alterada, pues plasmaron la NKV 51D.

Las pesquisas arrojaron que Mario Oróstegui Castellanos, Juan Pablo Rincón Guzmán, Iutzi Tahiana Oróstegui Sanabria y Ronald Fernando Galindo Barajas fueron los perpetradores del crimen.

(v). Evento número 15: Siendo las 12:24 de la mañana del 7 de octubre de 2019, John Jairo Gil Fuentes se encontraba con su empleada Lesly Daniela Anaya contando dinero producto de las ventas del negocio de nombre Station 16, ubicado en la carrera 16 N° 15-02; en ese instante arribaron dos sujetos que con arma de fuego en mano y bajo amenazas de atentar en contra de sus vidas le exigió le entregaran todas sus pertenencias, entregándole el prenombrado su celular Note 7 marca Xiaomi, las llaves de su vehículo y \$300.000 en efectivo. Los dos primeros objetos tenían un valor de \$1.000.000 y \$900.000 respectivamente. A la par, el otro asaltante arrebató a Lesly Daniela el dinero que estaba contando.

Los perjudicados tasaron los perjuicios en \$15.000.000.

Se pudo establecer que mancomunadamente Jorge Luis Cely Santander (asaltante), Víctor Miguel Ardila Rueda (coordinador del hurto), Lesly Daniela Anaya Monsalve (iniciadora) y Gelve Fabian León Rueda (campanero) fueron quienes perpetraron el latrocinio.

(vi) Evento número 19: Siendo alrededor de las 9:05 de la noche del 30 de diciembre de 2019, Luz Dayanara Lerma se disponía a guardar su motocicleta marca Yamaha Bws, de placas FLE 82E en el conjunto residencial Vigía del Parque, lugar donde vivía; en ese momento fue interceptada por una motocicleta en la que se transportaban dos sujetos, uno de los cuales con arma de fuego en mano le exigió le

entregara las llaves del velocípedo o le dispararía, la afectada accedió y el asaltante emprendió la huida en el bien.

Por pesquisas, se pudo determinar que en el hurto participaron Jorge Luis Cely Santander (atracador), Víctor Miguel Ardila Rueda (encargado de entregar el arma de fuego al antedicho) y Sergio Mantilla Corzo (quien transportaba al primero).

(vii) Evento número 20: A las 9:00 de la noche del 27 de enero de 2020, Carlos Alfonso Mantilla Picón llegó en su motocicleta a su casa ubicada en la calle 20 N° 10 A-78 del barrio Guanatà de Floridablanca, en ese momento fue interceptado por dos sujetos armados con revolver cada uno, lo tumbaron del velocípedo y le hurtaron un teléfono celular marca Huawei P20, avaluado en \$730.000, considerando el afectado el monto de los perjuicios en \$1.180.000.

Se estableció que los perpetradores del latrocinio fueron Jorge Luis Cely Santander (asaltante), Sergio Mantilla Corzo (transportador), Gelve Fabian León Rueda (marcador y campanero), Cesar Augusto Amaya Velásquez (campanero), John Hernán Jaimes Chanagá (campanero y transportador de los asaltantes), Alexandra Patricia Pabón (campanera) y Jefferson Julián Márquez Niño como iniciador, pues laboraba como conductor del perjudicado.

(vii) Evento número 21: Entre la 1:30 o 3:30 de la madrugada del 17 de febrero de 2020, averiando una reja y rompiendo una pared, una persona ingresó al local comercial Delyfruver, del cual extrajo de una caja fuerte \$100.000.000, logrando huir del lugar con el auxilio de otras personas que lo esperaban en la parte externa del establecimiento.

Los coautores de ese delito fueron Jorge Luis Cely Santander (coordinador y campanero), Gelve Fabian León Rueda (campanero y arrastrador), Alexandra Patricia Pabón (campanera), Cesar Augusto Walteros Santander (campanero y transportista), John Hernán Jaimes Chanagá (campanero y arrastrador), Jairo Hernando Martínez Basto (“burrero”) y Katerin Jhoana Sanabria Higuera fue la persona quien como empleada de ese negocio informó a los demás integrantes del grupo donde estaba el dinero.

III. ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

3.1 Para lo que aquí interesa, el 16 y 17 de diciembre de 2020, ante el Juzgado 1° Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bucaramanga, una vez legalizada la captura de SERGIO ALEJANDRO SANMIGUEL LÓPEZ, la Fiscalía General de la Nación formuló imputación, como coautor a título de dolo de los delitos de hurto calificado en concurso homogéneo, fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones agravado, uso de menores de edad para la comisión de delitos y concierto para delinquir – arts. 240, inciso 1° No. 1 e inciso 4, 240 inciso 2°, 365 inciso 1° y 3° en sus No. 1, 4 y 7, 340 y 31 del C.P. –.

El implicado no aceptó los cargos, mientras que el despacho le impuso medida de aseguramiento preventiva en establecimiento carcelario.

3.2. Radicado el escrito de acusación, las diligencias correspondieron por reparto al Juzgado 3° Penal del Circuito de Bucaramanga, el que realizó audiencia de acusación el 06 de agosto de 2021. Encontrándose fijada audiencia preparatoria, el 10 de diciembre de 2021, la Fiscalía solicitó la variación de la diligencia por la de verificación del preacuerdo, suspendiéndose la misma a efectos de garantizar el reintegro de por lo menos el 50% del incremento patrimonial percibido por los procesados.

3.3 El 09 de noviembre de 2022, una vez se advirtió la legalidad del preacuerdo por el cognoscente, se emitió sentido del fallo condenatorio y se agotó el traslado del art. 447 del C.P.P.

3.4. Finalmente, el 21 de febrero de 2023, se dio lectura a la correspondiente sentencia condenatoria, contra la cual la defensa técnica de CÉSAR AUGUSTO WALTEROS SANTANDER y SERGIO ALEJANDRO SANMIGUEL LÓPEZ interpusieron recurso de apelación, decisión objeto de esta instancia, en lo que hace a este último procesado.

3.5 El 18 de mayo del año en curso, al finalizar la audiencia de lectura de fallo de segunda instancia en el que se resolvieron las anteriores alzadas, el defensor SANMIGUEL LÓPEZ, postuló que un aspecto de su apelación no había sido objeto de pronunciamiento. En consecuencia, por el despacho de la suscrita se revisó el expediente y advirtió que en efecto se pasó por alto el reparo sustentado en la página 13 del recurso respecto de otorgar el descuento punitivo consagrado en el artículo 269 del C.P.; lo que hacía viable su estudio.

IV. EL FALLO DE PRIMER GRADO

Para lo que corresponde resolver en esta oportunidad y es objeto de alzada, el a *quo* expuso que de los medios de prueba presentados por la Fiscalía en la audiencia de verificación de preacuerdo, aunado a la aceptación de cargos de los encartados, se logró acreditar los presupuestos para emitir decisión condenatoria, luego de recordar los

términos de la negociación, particularmente, que SERGIO ALEJANDRO SANMIGUEL LÓPEZ, acordó como único beneficio por su aceptación de las conductas de hurto calificado en concurso homogéneo, fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios partes o municiones agravado y concierto para delinquir en los eventos 8 y 9, la dosificación de la sanción retirando el agravante del punible señalado en el artículo 365 del C.P., imponiéndosele una sanción de nueve años por el punible de hurto calificado y agravado y ocho meses de prisión en virtud del concurso de conductas punibles.

Además, expuso que, si bien los procesados repararon los perjuicios que generaron con su comportamiento, ello solo lo realizaron en fecha anterior a la diligencia de individualización de pena y fallo, generando un amplio desgaste de la administración de justicia, y los intereses de las víctimas, de ahí que les concedería la rebaja mínima establecida en el artículo 269 del C.P., es decir, un 50% en la sanción. En ese sentido y concretamente frente a SANMIGUEL LÓPEZ, impuso una pena definitiva de 56 meses de prisión.

De otro lado, sostuvo que por expresa prohibición legal contenida en el artículo 68A del Código Penal es improcedente la concesión de subrogados penales a favor del acusado, y le negó la prisión domiciliaria por su alegada condición de padre cabeza de familia.

V. DE LA SUSTENTACIÓN DEL RECURSO

5.1 Recurrente

5.1.2 Apoderado de Sergio Alejandro Sanmiguel López.

Recurrió en apelación la determinación del *A quo*, con miras a su modificación, en el sentido de conceder a su defendido, una rebaja superior frente a lo establecido en el artículo 269 del C.P, ello, teniendo en cuenta el interés del acusado en reparar a las víctimas desde las primeras fases procesales.

VI. CONSIDERACIONES DE LA SALA

6.1. De la competencia.

En virtud de lo dispuesto en el artículo 34.1 de la Ley 906 de 2004, esta Sala es competente para conocer el recurso de apelación interpuesto por la defensa de SANMIGUEL LÓPEZ contra la decisión del 21 de febrero de 2023, proferida por el Juzgado 3 Penal del Circuito de esta ciudad.

6.2 Precisión preliminar.

Pues bien, sobre el particular, ha de precisarse que ante el vacío normativo de la Ley 906 de 2004 respecto de la adición y corrección de sentencias, en virtud del principio de integración¹ contemplado en el artículo 25 de esa norma, ha de realizarse remisión a lo dispuesto en el artículo 412 de la Ley 600 de 2000 -Código procedimental anterior- el que prevé:

ARTICULO 412. IRREFORMABILIDAD DE LA SENTENCIA. La sentencia no es reformable ni revocable por el mismo juez o sala de decisión que la hubiere dictado, salvo en caso de error aritmético, en el nombre del procesado o de omisión sustancial en la parte resolutive.

Solicitada la corrección aritmética, o del nombre de las personas a que se refiere la sentencia, la aclaración de la misma o la adición por omisiones sustanciales en la parte resolutive, el juez podrá en forma inmediata hacer el pronunciamiento que corresponda.

Este precepto debe integrarse para su interpretación, con lo dispuesto en el artículo 287 del Código General del Proceso -Ley 1564 de 2012-; el que establece:

ARTÍCULO 287. ADICIÓN. Cuando la sentencia omite resolver sobre cualquiera de los extremos de la litis o sobre cualquier otro punto que de conformidad con la ley debía ser objeto de pronunciamiento, deberá adicionarse por medio de sentencia complementaria, dentro de la ejecutoria, de oficio o a solicitud de parte presentada en la misma oportunidad.

El juez de segunda instancia deberá complementar la sentencia del inferior siempre que la parte perjudicada con la omisión haya apelado; pero si dejó de resolver la demanda de reconvención o la de un proceso acumulado, le devolverá el expediente para que dicte sentencia complementaria.

¹ ARTÍCULO 25. INTEGRACIÓN. En materias que no estén expresamente reguladas en este código o demás disposiciones complementarias, son aplicables las del Código de Procedimiento Civil y las de otros ordenamientos procesales cuando no se opongan a la naturaleza del procedimiento penal.

Los autos solo podrán adicionarse de oficio dentro del término de su ejecutoria, o a solicitud de parte presentada en el mismo término.

Dentro del término de ejecutoria de la providencia que resuelva sobre la complementación podrá recurrirse también la providencia principal.

Así, es claro que el Código Procedimental Penal anterior, establece la improcedencia de corrección de las sentencias, a no ser que se trate de errores aritméticos o de palabras o de una omisión sustancial en la parte resolutive de la providencia; sin embargo, el CGP otorga la posibilidad al Juez de adicionar mediante sentencia complementaria respecto de los aspectos sobre los cuales debió pronunciarse. Último precepto que en virtud del principio de interpretación del efecto útil de las normas² resulta la menos traumática para subsanar lo acontecido en el presente caso.

Igualmente, ha de considerarse los moduladores de la actividad judicial, dispuestos en el artículo 27 del C.P.P, conforme al cual *“En el desarrollo de la investigación y en el proceso penal los servidores públicos se ceñirán a criterios de necesidad, ponderación, legalidad y corrección en el comportamiento, para evitar excesos contrarios a la función pública, especialmente a la justicia”*.

8

Por otra parte, debe tenerse en cuenta la garantía al debido proceso y concretamente los derechos de contradicción y defensa que le asiste a SERGIO ALEJANDRO SANMIGUEL LÓPEZ, no siendo válido que se perjudique por errores en el trámite.

Bajo lo anterior, en consideración de la Sala, la medida más favorable para garantizar los derechos que le asisten al acusado SERGIO ALEJANDRO SANMIGUEL LÓPEZ, es la de proferir sentencia complementaria a la ya emitida por esta Colegiatura el pasado 12 de mayo, en el sentido de resolver la impugnación propuesta por su

² *“Según este principio, en caso de perplejidades hermenéuticas, el operador jurídico debe preferir, entre las diversas interpretaciones de las disposiciones aplicables al caso, aquella que produzca efectos, sobre aquella que no, o sobre aquella que sea superflua o irrazonable. Este criterio hermenéutico encuentra indudables puntos de contacto con diversos principios constitucionales. Así por ejemplo, cuando se aplica a la interpretación de disposiciones constitucionales, es un desarrollo de los principios de supremacía y del carácter normativo de la Constitución; cuando se aplica a la interpretación de disposiciones legales, permite concretar la voluntad del legislador y, en consecuencia, salvaguardar el principio democrático”*. C-569 de 2004.

defensa técnica. En ese sentido, se explica el carácter del presente proveído y las razones por las que se profiere.

6.3. Problema jurídico

Teniendo en cuenta lo expuesto en la alzada, corresponde a la Sala determinar (i) si erró primer grado al determinar el descuento punitivo contemplado en el artículo 269 del C.P, respecto del procesado SERGIO ALEJANDRO SANMIGUEL LÓPEZ.

6.4. De la rebaja del art. 269 del C.P.

En principio, ha de señalarse que el art. 269 del C.P. reconoce una disminución punitiva de la mitad a las tres cuartas partes para quien siendo **procesado por delitos contra el patrimonio económico**, antes de que se profiera sentencia de primera instancia restituye el objeto material del delito e indemniza a las víctimas que sufrieron algún perjuicio derivado de la conducta punible.

9

A su vez, la jurisprudencia del órgano de cierre en lo penal, ha indicado a través de diversos pronunciamientos, que para el reconocimiento de la disminución aludida debe cumplirse con los siguientes requisitos: *(i) que la reparación integral ocurra antes de dictarse sentencia de primera o única instancia, (ii) la restitución del objeto material del delito, cuando a ello sea posible, o en su defecto, la cancelación del valor del mismo y, finalmente, que (iii) sea integral, lo cual comporta la obligación de indemnizar los perjuicios causados.*³

Igualmente, es menester aclarar que el porcentaje de descuento punitivo a que se hace acreedor el procesado, **se fija de manera discrecional** por el operador judicial, atendiendo, entre otros factores, el mayor o menor desgaste que conllevó para la administración de justicia llegar hasta la sentencia que ponga fin a la actuación⁴. De

³ CSJ SP, 5 dic. 2018, rad. 53843.

⁴ “El descuento debe ser establecido por el juzgador de manera discrecional, que no arbitraria, en atención al interés mostrado por el acusado en cumplir pronta o lejanamente, total o parcialmente, con los fines perseguidos por la disposición penal, que no son otros que velar por la reparación de los derechos vulnerados a las víctimas.” - Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal,

suerte que, la pena a imponer será reducida de manera proporcional al momento en que se materialice la reparación integral de los daños ocasionados, pues de este modo se podrá apreciar la intención efectiva del procesado en resarcirlos.

Teniendo en cuenta lo anterior, procede la Sala a resolver el reparo propuesto por el apoderado de SANMIGUEL LÓPEZ, respecto a que el *A quo* erró al determinar este descuento punitivo, toda vez que debió concederle una rebaja superior al 50%.

Descendiendo al caso examinado, se observa que en efecto, SANMIGUEL LÓPEZ, por la aceptación de su responsabilidad por los punibles de hurto calificado, fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorias, partes o municiones agravado y concierto para delinquir, aceptó recibir como único beneficio, el descuento punitivo por actuar en calidad de cómplice, fijándose una pena definitiva de **nueve años y 8 meses de prisión**⁵, nueve años por el delito de hurto calificado con el descuento punitivo por la calidad de cómplice y 8 meses por los restantes delitos.

Igualmente, se tiene que el *A quo*, precisó que, si bien los procesados repararon integralmente a las víctimas, ello lo ejecutaron en la última fase procesal, por lo que, ante su desinterés por los perjuicios causados, frente al artículo 269 del C.P. les concedería el mínimo de descuento establecido, es decir, 50%.

Al respecto, se tiene que, desde la radicación del escrito de acusación, el 18 de abril de 2021, se estableció que el acusado participó en dos eventos los No. 8 y 9, ocurridos el 17 de julio y 21 de agosto de 2019, respectivamente, en el primero con un monto de lo hurtado de \$5.000.000 y como víctima, Oscar Myller Rodríguez Jiménez, y en el segundo, una suma de lo apropiado de \$4.600.000 al perjudicado Adolfo Javier Redondo Conrado.

SP16816-2014

⁵ Conforme acta diligencia del 10 de diciembre de 2021 y el fallo de primer grado.

Así mismo, que en sesión del 10 de diciembre de 2021, se intentó la verificación del preacuerdo, aprobándose el mismo de manera parcial, ante la ausencia de reparación a las víctimas por lo menos en un 50% y así dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 349 del C.P.P, y finalmente, que fue previo a la diligencia del 09 de noviembre de 2022 que se realizó el reintegro a los perjudicados, lo cual generó la aprobación del preacuerdo.

Es decir, se reparó a la víctima casi dos años después de su vinculación a la actuación penal, teniendo en cuenta que se formuló imputación el 16 de diciembre de 2020, por hechos que ocurrieron aproximadamente tres años atrás.

En ese sentido, se advierte acertada la determinación del fallador en otorgar el descuento punitivo mínimo, contemplado en el artículo 269 del C.P, es decir, del 50% de la sanción, por cuanto si bien los procesados aceptaron su responsabilidad, si hubo un desgaste superior a los tres años para la administración de justicia.

Ahora bien, como las decisiones de esta Sala no solo son de acierto sino de legalidad, se advierte un yerro de la falladora, al realizar la aplicación del descuento punitivo por el artículo 269 del C.P. de manera genérica y comprensiva para todos los delitos acusados, toda vez que resolvió rebajar en un monto del 50 % a la pena preacordada, que abarca no solo delitos contra el bien jurídico del patrimonio económico, proceder que contraría lo dispuesto en el artículo 269 del C.P., y que por lo tanto, fue errado. Sin embargo, como se trata de apelante único, no puede esta Colegiatura agravar la situación del acusado, por aplicación expresa del principio de *non reformatio in pejus*.

De conformidad con lo expuesto, se confirmará la decisión recurrida frente a este aspecto en particular.

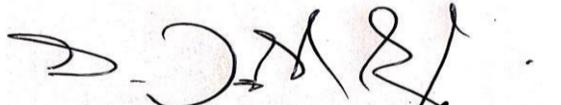
En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, en Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

VII. RESUELVE:

PRIMERO. COMPLEMENTAR la sentencia de segunda instancia proferida el 12 de mayo de 2023 y leída el 18 de mayo último, en el sentido de **CONFIRMAR** en lo que fue objeto de apelación el fallo condenatorio del 21 de febrero de 2023, proferido en contra de SERGIO ALEJANDRO SANMIGUEL LÓPEZ, por el Juzgado 3 Penal del Circuito de Bucaramanga, objeto de apelación.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,


SUSANA QUIROZ HERNÁNDEZ

Magistrada


PAOLA RAQUEL ÁLVAREZ MEDINA

Magistrada


JAIRO MAURICIO CARVAJAL BELTRÁN
Magistrado