



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 BRAYAN JOEL VILLAMIZAR VARGAS Y OTRO** por el punible de **HURTO CALIFICADO Y AGRAVADO**, se ha dictado sentencia de segunda instancia de fecha **2 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 **30 DE JUNIO DE 2023**, siendo las 8:00 a.m.

Sandra Jullieth Cortés Samacá
Secretaria

RI 22-390A

LINK EDICTO PUBLICADO EN EL MICROSITIO DE LA RAMA EL 30 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 DIEGO ANDRÉS CARREÑO SUÁREZ** por el punible de **VIOLENCIA INTRAFAMILIAR AGRAVADA**, se ha dictado sentencia de segunda instancia de fecha **24 DE MAYO DE 2023**.

Para notificar al procesado e intervinientes que no pudieron serlo personalmente ni por correo electrónico, se fijó EDICTO a través del microsítio de la Secretaría de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bucaramanga en la página web de la Rama Judicial, por el término de tres días, hoy **30 DE JUNIO DE 2023**, siendo las 8:00 a.m.

Sandra Jullieth Cortés Samacá
Secretaria

RI 20-358A

LINK EDICTO PUBLICADO EN EL MICROSITIO DE LA RAMA EL 30 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 YEOSPM LEONES VÁSQUEZ** por el punible de **HURTO CALIFICADO Y AGRAVADO**, se ha dictado sentencia de segunda instancia de fecha **28 DE ABRIL DE 2023**.

Para notificar al procesado e intervinientes que no pudieron serlo personalmente ni por correo electrónico, se fijó EDICTO a través del micrositio de la Secretaría de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bucaramanga en la página web de la Rama Judicial, por el término de tres días, hoy **30 DE JUNIO DE 2023**, siendo las 8:00 a.m.

Sandra Jullieth Cortés Samacá
Secretaria

RI 21-751A

LINK EDICTO PUBLICADO EN EL MICROSITIO DE LA RAMA EL 30 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 DÍAZ MENDOZA** por el punible de **LESIONES PERSONALES DOLOSAS**, se ha dictado sentencia de segunda instancia de fecha **15 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 **30 DE JUNIO DE 2023**, siendo las 8:00 a.m.

Sandra Jullieth Cortés Samacá
Secretaria

RI 20-589A

LINK EDICTO PUBLICADO EN EL MICROSITIO DE LA RAMA EL 30 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 ALFREDO RAFAEL RIVERA CORTINA** por el punible de **ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE 14 AÑOS**, se ha dictado sentencia de segunda instancia de fecha **15 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 **30 DE JUNIO DE 2023**, siendo las 8:00 a.m.

Sandra Jullieth Cortés Samacá
Secretaria

RI 20-309A

LINK EDICTO PUBLICADO EN EL MICROSITIO DE LA RAMA EL 30 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 EDGAR AUGUSTO PEDRAZA GÓMEZ Y OTROS** por el punible de **CONTRARO SIN CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS LEGALES**, se ha dictado sentencia de segunda instancia de fecha **15 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 **30 DE JUNIO DE 2023**, siendo las 8:00 a.m.

Sandra Jullieth Cortés Samacá
Secretaria

RI 23-186A

LINK EDICTO PUBLICADO EN EL MICROSITIO DE LA RAMA EL 30 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 **DARRIN JIMÉNEZ MACHADO** por el punible de **VIOLENCIA INTRAFAMILIAR AGRAVADA**, 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 **30 DE JUNIO DE 2023**, siendo las 8:00 a.m.

Sandra Jullieth Cortés Samacá
Secretaria

RI 20-646A

LINK EDICTO PUBLICADO EN EL MICROSITIO DE LA RAMA EL 30 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

<i>Magistrado ponente</i>	<i>Harold Manuel Garzón Peña (Despacho 6)</i>
<i>Radicación</i>	<i>68001-60-00-159-2022-02125-01 (CI 879)</i>
<i>Asunto</i>	<i>Apelación sentencia preacuerdo - Proceso especial abreviado</i>
<i>Procedencia</i>	<i>Juzgado 1º Penal Municipal de Floridablanca con funciones mixtas</i>
<i>Procesado</i>	<i>Brayan Joel Villamizar Vargas y otro</i>
<i>Delito</i>	<i>Hurto calificado y agravado</i>
<i>Decisión</i>	<i>Confirmar</i>
<i>Fecha de registro</i>	<i>25 de abril de 2023</i>
<i>Fecha de aprobación</i>	<i>2 de mayo de 2023</i>
<i>Acta de aprobación No.</i>	<i>408</i>

Bucaramanga (Santander), dos (2) de mayo de dos mil veintitrés (2023)

MATERIA DE ESTUDIO

El recurso de apelación interpuesto y sustentado por el defensor del procesado BRAYAN JOEL VILLAMIZAR VARGAS contra la sentencia proferida el pasado 23 de mayo por la titular del Juzgado 1º Penal Municipal de Floridablanca con funciones mixtas, mediante la cual, condenó a su prohijado y a JORGE ALFREDO VILLAMIZAR SANTOS como coautores del delito de hurto calificado y agravado, en virtud de preacuerdo celebrado en el trámite de este proceso especial abreviado.

ANTECEDENTES

a) Hechos jurídicamente relevantes.

El 3 de marzo de 2022, siendo aproximadamente las 14:10 horas, a la altura de la Calle 6ª con Carrera 13, barrio "Villabel" del municipio de Floridablanca, el señor ÁLVARO STIVEN BENITEZ CAMAÑO transitaba en su bicicleta marca GW, evaluada en la suma de 1'200.000, rumbo a su puesto de trabajo, siendo interceptado por dos hombres, quienes se hallaban estacionados en una motocicleta, cuyo pasajero se bajó y con arma blanca en mano lo amenazó para que entregara aquel velocípedo, de modo que optó por dejarlo abandonado y empezar a correr, siendo perseguido por el conductor de la moto, quien lo intimidó diciéndole que se fuera o de lo contrario le "daría plomo".



Con la ayuda de los residentes de una casa vecina logró dar aviso a la Policía Nacional, de manera que uniformados de esa institución emprendieron la búsqueda de los asaltantes, sorprendiéndolos en posesión de la cicla y de una navaja, motivo por el cual, procedieron a su captura, una vez la víctima confirmó que los dos habían desplegado la acción ilícita. Fue así como se estableció que se trataba de JORGE ALFREDO VILLAMIZAR SANTOS (conductor de la moto) y su hijo BRAYAN JOEL VILLAMIZAR VARGAS (pasajero).

b) Actuación procesal.

4 de marzo de 2022: En audiencia preliminar, la titular del Juzgado 3º Penal Municipal de Floridablanca con funciones mixtas declaró ajustado al ordenamiento jurídico la captura en flagrancia de JORGE ALFREDO y BRAYAN JOEL.

Acto seguido, el fiscal del caso corrió traslado del escrito de acusación, atribuyendo a los dos un cargo como coautores del delito de hurto calificado y agravado de que tratan los artículos 239, 240, inciso 2º y 241, numeral 10º del Código Penal, para lo cual acotó que atribuía una circunstancia calificante por haberse ejercido violencia sobre la víctima y otra específica de mayor reproche por haber actuado dos personas en el latrocinio. Ambos decidieron no aceptar su responsabilidad penal en ese momento.

Por último, en audiencia que tuvo lugar inmediatamente después, aquella funcionaria les impuso medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario.

9 de mayo de 2022: Habiendo correspondido el conocimiento de aquél escrito al Juzgado 1º Penal Municipal de Floridablanca con funciones mixtas, se instaló la audiencia concentrada, en cuyo desarrollo se presentó preacuerdo, según el



cual, los procesados aceptan cargos a cambio de ser sancionados con la pena prevista para un cómplice. Al respecto, la prisión fue individualizada en 240 meses, siendo disminuida en un 50% por la “*complicidad*” y el guarismo resultante de 120 meses a su vez se redujo en un 60% por concurrir la reparación integral como fenómeno posdelictual, ello para una pena final de 48 meses.

La negociación fue aprobada y se adelantó el trámite previsto en el artículo 447 del Código de Procedimiento Penal.

23 de mayo de 2022: Se corrió traslado de la respectiva sentencia condenatoria, la cual fue apelada por el defensor del procesado BRAYAN JOEL.

c) Sentencia de primera instancia.

Luego de haber explicado por qué motivo los procesados podían ser declarados penalmente responsables vía preacuerdo y de establecer como pena la que fue objeto de pacto, la jueza de primer grado concluyó que no había lugar a concederles la suspensión condicional de la ejecución de la pena, ni la prisión domiciliaria a que alude el artículo 38B del Código Penal, por la prohibición contemplada en el artículo 68A, inciso 2º, del mismo cuerpo normativo, en virtud de la conducta punible por la cual están siendo objeto de reproche penal.

De otro lado, con respecto a BRAYAN JOEL, también negó el otorgamiento de prisión domiciliaria bajo la condición de padre cabeza de familia que alegó su defensor, para lo cual describió el contenido de los medios de conocimiento aportados por el defensor como soporte de esa pretensión, concluyendo que los mismos no eran suficientes para predicar que en realidad tuviera esa calidad. Al respecto, indicó:



“Con base en lo anterior, si bien se tiene que BRAYAN JOEL VILLAMIZAR tiene una hija menor de edad, no hay prueba suficiente para determinar que el diagnóstico médico de la madre de la menor, le impide laborar para ver por su sustento, tampoco se demostró que BRAYAN JOEL VILLAMIZAR no tenga otros familiares que puedan apoyar la obligación económica para con la menor; nótese como las historias clínicas dan cuenta de que la enfermedad diagnosticada a KATHERIN PAOLA JAIMES es estable, no se acreditó incapacidad o discapacidad permanente que le impidan valerse por sí misma.”

Tal decisión la fundamentó además en jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia (sentencia SP1251-2020), resaltando que, en todo caso, la menor de edad *“cuenta con otras personas que legalmente están en la obligación de apoyarla y asistirle tanto económica como moralmente, como en sus cuidados”*.

d) Razones de la impugnación.

El defensor de BRAYAN JOEL cuestiona que la jueza de primer grado no analizó todo lo expuesto durante el trámite del artículo 447 del Código de Procedimiento Penal, ni los medios de conocimiento aportados, a pesar de haberse acreditado que él, quien cuenta con un arraigo plenamente establecido, según figura en certificación aportada, es padre de una menor de edad y que la mamá se encuentra impedida para trabajar, dado el avanzado estado de la enfermedad que le aqueja.

Igualmente, destaca que aportó una constancia, según la cual, existe una “empresa” que pagará un salario mensual a su procurado, de modo que pueda cumplir la condena y a su vez velar por la manutención de su núcleo familiar, esto sumado a declaraciones extraproceso, las cuales demuestran, más allá de toda duda razonable, cómo se encuentra conformado el mismo.

En tales condiciones, pide se revoque lo decidido por aquella funcionaria y se conceda la prisión domiciliaria a su prohijado como padre cabeza de familia, ya que es un infractor primario de la ley penal, máxime cuando la única



persona con la que cuenta es su padre, quien también está privado de la libertad por cuenta de este proceso, ahora cuando la mamá no se encuentra en el país desde hace muchos años, siendo claro que su compañera sentimental y progenitora de la infante se encuentra en estado de vulnerabilidad al no poder cubrir sus gastos.

e) Intervención de los no recurrentes.

Guardaron silencio.

CONSIDERACIONES

a) Competencia.

De conformidad con lo preceptuado en el numeral 1º del artículo 34 de la Ley 906 de 2004, esta Corporación es competente para decidir el recurso de apelación interpuesto y sustentado por el defensor de BRAYAN JOEL, ya que fue proferida por una jueza penal municipal perteneciente a este distrito judicial.

b) Problema jurídico a resolver.

¿Hay lugar a conceder al procesado BRAYAN JOEL prisión domiciliaria bajo la alegada condición de padre cabeza de familia?

c) Caso concreto.

El artículo 1º de la Ley 750 de 2002 establece:

“La ejecución de la pena privativa de la libertad se cumplirá, cuando la infractora sea mujer cabeza de familia, en el lugar de su residencia o en su defecto en el lugar



señalado por el juez en caso de que la víctima de la conducta punible resida en aquel lugar, siempre que se cumplan los siguientes requisitos:

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 la sentencia C-183 de 2003, la Corte Constitucional declaró exequibles los apartados subrayados condicionadamente, en el sentido que esa prisión domiciliaria también puede ser concedida a los hombres que ostenten la condición de padres cabeza de familia.

De otro lado, el artículo 461 del Código de Procedimiento Penal determina:

“El juez de ejecución de penas y medidas de seguridad podrá ordenar al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario la sustitución de la ejecución de la pena, previa caución, en los mismos casos de la sustitución de la detención preventiva.”

Así las cosas, importa citar el artículo 314, numeral 5º, del mismo compendio normativo, modificado por el artículo 17 de la Ley 2292 de 2023, puesto que allí se determina:

“La detención preventiva en establecimiento carcelario podrá sustituirse por la del lugar de la residencia en los siguientes eventos:

(...)

5. Cuando la procesada fuere mujer cabeza de familia de hijo menor de edad o que sufre incapacidad permanente, o tenga a un adulto mayor o una persona que no puede valerse por sí misma bajo su cuidado. La persona que haga sus veces podrá acceder a la misma medida. En estos eventos, el juez atenderá especialmente a las necesidades de protección de la unidad familiar y a la garantía de los derechos de las personas que se encuentran bajo su dependencia.”

Como puede apreciarse, para que sea viable conceder prisión domiciliaria con fundamento en las anteriores normas, indispensable resulta que el procesado ostente la condición de padre cabeza de familia, debiéndose comprender que



no se trata de un beneficio contemplado para él, sino de una medida afirmativa para personas de especial protección.

Al respecto, en la sentencia arriba citada acotó la máxima guardiana del texto superior:

“Sin embargo, en virtud de los derechos fundamentales de los niños, que prevalecen sobre los demás (artículo 44, C.P.), el legislador no puede proteger exclusivamente los derechos al cuidado y amor de los niños y niñas, dada su estrecha relación con sus derechos a la salud y con su desarrollo integral, cuando éstos se ven expuestos a riesgos y cargas desproporcionadas por la ausencia de la madre - puesto que dependen de ella por ser la cabeza de la familia - y desentenderse completamente de los derechos de los menores cuando dependen del padre. Desde la perspectiva de los menores, la desprotección de sus derechos sería contraria a la Constitución y, por ello, la norma parcialmente acusada será declarada constitucional con el condicionamiento mencionado. Se advierte que el padre cabeza de familia cuyos hijos dependen de él, no para su manutención económica sino para su cuidado y protección real y concreta, podrán acceder al derecho de prisión domiciliaria sólo cuando se reúnan los requisitos establecidos en la ley, y señalados en esta sentencia, para que el juez penal competente decida, en cada caso, si ello es manifiestamente necesario en aras del interés superior del hijo menor o del hijo impedido.”

De otro lado, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia recordó en auto AP5550-2021:

“Así pues, es claro que la condición de madre cabeza de familia para acceder a la prisión domiciliaria, requiere ausencia del cónyuge o compañero permanente, pero además, y esto es lo más importante en este asunto, *«deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros del núcleo familiar»*, de modo que si hay otros parientes que puedan encargarse del cuidado, atención y protección de los menores, no se cumplen las referidas exigencias legales.

Recuérdese, como ya lo ha señalado la Sala, para que proceda la sustitución de la pena por ser cabeza de hogar, se requiere que efectivamente el penalmente responsable sea la única persona con la que cuentan los hijos menores para procurar su cuidado.

Con tal beneficio, lo pretendido por el legislador es la protección para los menores de edad y de las personas incapaces o incapacitadas para trabajar; no para los adultos que han decidido realizar conductas delictivas, siendo totalmente improcedente invocar tal creación legal, sin realmente concurrir en el penalmente responsable, para burlar la justicia y evadir el cumplimiento de la pena. No puede confundirse proveedor económico, con madre o padre cabeza de familia.”



Mientras que en la sentencia SP030-2023 indicó:

“188. La Ley 750 de 2002 permite el cambio de sitio de reclusión (domiciliaria en lugar de intramuros) cuando la mujer o el hombre es la única persona a cargo del cuidado y la manutención de sus hijos menores de edad, siempre y cuando se reúnan los puntuales requisitos previstos en la ley y desarrollados por la jurisprudencia.

189. Así, desde la sentencia de casación del 22 de junio de 2011 emitida dentro del radicado 35943, en posición reiterada y uniforme, la Sala de Casación Penal ha sostenido que para conceder la prisión domiciliaria para un padre o una madre cabeza de familia, no es suficiente la simple verificación de tal calidad, sino que es necesario evaluar también la naturaleza del delito, para establecer si la ofensa legal es incompatible con cualquiera de las aristas que conforman el interés superior del menor o el condenado representa un peligro para la comunidad en general y para el menor en particular.”

Este es el sentido en que debe ser interpretado el artículo 2º de la Ley 82 de 1993, modificado por el artículo 1º de la Ley 1232 de 2008, así como el artículo 38I, numeral 4º del Código Penal, adicionado por el artículo 7º de la Ley 2292 de 2023.

Descendiendo al caso concreto, si bien el procesado BRAYAN JOEL VILLAMIZAR VARGAS es padre de una menor de edad cuyo registro civil de nacimiento se aportó (tiene 3 años), lo cierto es que ella cuenta con su progenitora, joven KATHERIN PAOLA JAIMES RINCÓN, quien en realidad no sufre una enfermedad tan grave como lo pretende evidenciar el defensor recurrente, tanto así que aportó copia de la historia clínica de atención por especialista en reumatología, adscrito al Centro Médico SINAPSIS IPS S.A, el pasado 12 de mayo, en la cual figura:

“ANALISIS: PACIENTE CON DERMATOMIOSITIS JUVENIL SIN PODER DEFINIR ASOCIACIÓN CON SUPERPISICION, ULTIMO CONTROL EN SEPTIEMBRE DE 2021 POR TMAS DE ASEGURAMIENTO, SIN RECAIDA MUSCULAR PERO SI CON ACTIVIDAD CUTANEA, NO APORTA PARACLINICOS, SE CONSIDERA RETOMAR TTO. DERIVAR A CX PLASTICA Y DERMATOLOGIA.”

Ahora bien, es cierto en ese documento se dejó la siguiente nota:



“... POR LESIONES EN GLUTEOS PRESENTA DIFICULTADES PARA SEDESTACIÓN Y BIPEDESTACIONB PROLONGADAM SE CONSIDERA NO ES CANDIDATA POR AHORA A INGRESO EN CAMPO LABORAL”

No obstante, si la situación en realidad hubiera sido tan apremiante, la Sala no comprende por qué la joven mamá dejó de acudir tantos meses a control médico (8 meses aproximadamente), siendo llamativo cómo en últimas lo hizo, pocos días después de haberse celebrado la audiencia en que fue aprobado el preacuerdo, siendo insuficiente que se hubiera consignado que, por ese momento, no era candidata para trabajar, pues, además de corresponder a algo simplemente temporal, nada enseña que ciertamente afronte una pérdida de capacidad para laborar.

En todo caso, la infante también cuenta con la abuela materna, señora DIANA PAOLA RINCÓN ESPITIA, quien se limitó a señalar en declaración extraproceso que, desde hace 2 años, no ha podido brindar colaboración económica a su hija y nieta porque no trabaja, empero, lo relevante es que sí tiene capacidad para laborar.

Téngase presente que, si BRAYAN JOEL se encuentra actualmente privado de la libertad es por haber infringido la ley penal como lo hizo sin reflexionar en que ello traería como consecuencia su separación del hogar, de modo que la progenitora y la familia extensa (abuelos, tíos, hermanos, etc.), cuya totalidad de integrantes es desconocida, son los llamados a velar por el cuidado y manutención de la menor de edad tantas veces mencionada.

De esta forma, como no está demostrado que exista una real deficiencia de ayuda de los demás miembros de la familia, ello impide sostener que el procesado VILLAMIZAR VARGAS ostenta la condición de padre cabeza de la misma, lo cual impone confirmar la sentencia apelada en lo que fue objeto de concreta impugnación al ser improcedente el otorgamiento de prisión domiciliaria bajo ese supuesto de hecho.



República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público

Distrito Judicial de Bucaramanga (Santander)
Tribunal Superior
Sala Penal

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

RESUELVE:

CONFIRMAR el fallo apelado en lo que fue objeto de concreta apelación.

Contra esta providencia procede el recurso extraordinario de casación en los términos de la Ley 906 de 2004.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Los Magistrados,

HAROLD MANUEL GARZÓN PEÑA

SHIRLE EUGENIA MERCADO LORA

GUILLERMO ÁNGEL RAMÍREZ ESPINOSA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

SALA PENAL

Magistrado Ponente: DR. JUAN CARLOS DIETTES LUNA

Radicación N° 68-001-60-00-159-2019-04379-01 / 1570

Bucaramanga, mayo veinticuatro (24) de dos mil veintitrés (2023)

A S U N T O

Resolver el recurso de apelación interpuesto por la defensa de DIEGO ANDRÉS CARREÑO SUÁREZ contra la sentencia dictada por la Juez Primero Penal Municipal con Funciones Mixtas de Floridablanca, mediante la cual lo condenó como autor del delito de VIOLENCIA INTRAFAMILIAR AGRAVADA.

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

Aproximadamente a las 5:00 pm del 18 de junio de 2019, Diego Andrés Carreño Suárez llegó a visitar a su hija SACM - de dos años de edad - a la casa de su suegra, ubicada en el barrio García Echeverry de Floridablanca, donde vivía desde hacía dos días su compañera permanente Eugenia Mosquera Ayala, pues lo abandonó, ante el continuo maltrato que le brindaba; Diego Andrés Carreño Suárez se sentó junto a Eugenia Mosquera Ayala y empezó a reclamarle por su intención de no querer seguir viviendo con él, de repente le propinó un puño y empezó a golpearla con un palo, a la par que le decía que “si no era de él, no

sería de nadie”; Eugenia Mosquera Ayala se defendió y lo golpeó con un casco, lo cual enojó más al agresor, así que la afectada ingresó rápidamente a la vivienda para protegerse, pero Diego Andrés Carreño Suárez continuó golpeándola; la progenitora de Eugenia Mosquera Ayala le exigió detenerse y aprovechó para evadirse del lugar en su motocicleta, llevándose consigo a la niña; sobre las 9:00 pm Diego Andrés Carreño Suárez regresó a la vivienda, le pidió a Eugenia Mosquera Ayala que no lo denunciara, pero nuevamente la agredió, así que sus familiares alertaron a la Policía Nacional, unos gendarmes arribaron al lugar y lo capturaron, mientras la amenazaba de muerte.

DE LA ACTUACIÓN PROCESAL

Una vez puesto el retenido a disposición de las autoridades competentes, el 19 de junio de 2019 se celebraron las audiencias preliminares presididas por el Juez Cuarto Penal Municipal de Bucaramanga con funciones de control de garantías, al interior de las cuales se legalizó la captura en situación de flagrancia; la agencia fiscal le imputó la presunta comisión del delito de violencia intrafamiliar agravada – artículo 229 inciso 2º del Código Penal, modificado por la Ley 1850 de 2017, vigente al momento de los hechos¹ –, cargo no aceptado por el encartado; también se le impuso medida de aseguramiento de detención preventiva en su residencia aunque, luego sustituida por privación de la libertad en establecimiento carcelario, por lo cual se ordenó su captura, aún sin materializar.

Presentado el correspondiente escrito, la cognoscente avocó conocimiento y convocó la correspondiente audiencia, al interior de la cual se formuló acusación por el ilícito atrás reseñado; celebró la audiencia preparatoria y después el juicio oral en varias sesiones, anunciando al final que el fallo sería condenatorio, el cual leyó en sesión separada, luego de adelantar la audiencia prevista en el artículo 447 del C.P.P.

¹ La Ley 1959 entró a regir el 20 de junio de 2019

DE LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Al considerar reunidas las exigencias contempladas en el artículo 381 de la Ley 906 de 2004, el 25 de junio de 2020 la a quo resolvió condenar a Diego Andrés Carreño Suárez a la pena de 72 meses de prisión e inhabilidad para ejercer derechos y funciones públicas por igual lapso, como autor del punible de violencia intrafamiliar agravada, a la par que le negó la suspensión de la ejecución de la pena privativa de la libertad y la prisión domiciliaria, por lo que reiteró la orden de aprehensión para cumplir la condena.

Expuso que la agencia fiscal demostró que Diego Andrés Carreño Suárez y Eugenia Mosquera Ayala convivían desde hacía varios años y pese a que el día de los hechos estaban físicamente separados, su núcleo familiar permanecía vigente; el procesado agredió física y verbalmente a Eugenia Mosquera Ayala, conducta que no podía calificarse como ausente de responsabilidad penal - por supuestamente tratarse de una legítima defensa -, a más que se vulneró efectivamente el bien jurídico tutelado, al tratarse de un reiterado obrar agresivo.

DE LA IMPUGNACIÓN

Inconforme con el fallo, la defensa lo apeló con el objeto que fuera revocado, al no demostrarse que su prohijado y la afectada convivían, así que el derrotero jurisprudencial que tuvo en cuenta la cognoscente – posterior al fallo – no podía tenerse en cuenta, por vulnerar el principio de legalidad; tampoco se acreditó el supuesto maltrato físico, verbal y psicológico de Eugenia Mosquera Ayala; por el contrario, el comportamiento de Diego Andrés Carreño Suárez obedeció a una legítima defensa contra las agresiones físicas de su ex pareja, lo cual descartaba la estructuración del punible reprochado.

En escrito separado demandó la nulidad de lo actuado desde la audiencia de “formulación de acusación”, ya que al inicio de la “audiencia preparatoria” (sic) la a

quo impuso una serie de medidas de protección a favor de Eugenia Mosquera Ayala, decisión extraña a la competencia asignada al juez de conocimiento, por ser del resorte del homólogo juez con funciones de control de garantías, hecho que – además – generaba incompetencia, pues quien ejercía las segundas, no podía conocer del juicio oral.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

La censura demanda revocar el fallo condenatorio y en su lugar, absolver a Diego Andrés Carreño Suárez por el delito de violencia intrafamiliar agravada, al no demostrarse la convivencia de los involucrados – requisito esencial para configurar dicho reato -, a más que su comportamiento obedeció a una legítima defensa y no se lesionó el bien jurídico tutelado; adicionalmente, demandó la nulidad de lo actuado, aspectos sobre los cuales la Colegiatura estima lo siguiente:

1.- El Título VI del Libro III de la Ley 906 de 2004 regula lo atinente a la “Ineficacia de los actos procesales” y prevé en los artículos 455 y siguientes las taxativas causales de nulidad, a saber, por derivarse de prueba ilícita, incompetencia del juez y violación del derecho de defensa o del debido proceso en aspectos sustanciales, normatividad declarada exequible condicionadamente por la Corte Constitucional en la sentencia C-591 de 2005; ahora bien, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha precisado que dicha figura se fundamenta en una serie de principios que

“...si bien es cierto no están previstos en una determinada norma del Código de Procedimiento Penal por el que se tramitó este asunto, también es verdad que válidamente no puede sostenerse que en ese régimen una propuesta de esa naturaleza no esté regida por aquellos, como así ha tenido oportunidad de puntualizarlo la Sala²...Tales axiomas se concretan en los siguientes postulados: sólo es posible solicitar la nulidad por los motivos expresamente previstos en la ley (principio de taxatividad); quien alega la configuración de un vicio enervante debe especificar la causal que invoca y

² Sentencias de noviembre 18 de 2008 y marzo 18 de 2009, radicados 30539 y 30710

señalar los fundamentos de hecho y de derecho en los que se apoya (principio de acreditación); no puede deprecarla en su beneficio el sujeto procesal que con su conducta haya dado lugar a la configuración del vicio invalidante, salvo el caso de ausencia de defensa técnica (protección); aunque se configure la irregularidad, ella puede convalidarse con el consentimiento expreso o tácito del sujeto perjudicado, a condición de ser observadas las garantías fundamentales (convalidación); no procede la invalidación cuando el acto tachado de irregular ha cumplido el propósito para el cual estaba destinado, siempre que no se viole el derecho de defensa (principio de instrumentalidad); quien alegue la rescisión tiene la obligación indeclinable de demostrar no sólo la ocurrencia de la incorrección denunciada, sino que ésta afecta de manera real y cierta las bases fundamentales del debido proceso o las garantías constitucionales (principio de trascendencia) y, además, que para enmendar el agravio no existe remedio procesal distinto a la declaratoria de nulidad (principio de residualidad)...”³

De igual modo, el alto Tribunal de la Justicia Ordinaria ha indicado que

“...el derecho de defensa del procesado se encuentra limitado de manera desproporcionada al no exigirse la aplicación del principio de congruencia entre la imputación de cargos y la formulación de la acusación, es decir, limitándola a la relación existente entre la acusación y la sentencia. Ahora bien, la exigencia de la mencionada congruencia es de orden fáctico, lo cual implica que la calificación jurídica de los hechos siga siendo provisional, pudiendo variar entre ambas audiencias; bien entendido, dentro de unos márgenes racionales. En efecto, la intensidad que presenta el principio de congruencia entre la acusación y la sentencia es mayor que la existente entre la imputación de cargos y la formulación de la acusación, precisamente por el carácter progresivo y evolutivo que caracteriza al proceso penal. En efecto, precisamente el objeto de la etapa investigativa consiste en recolectar evidencia física y material probatorio que permitan sustentar adecuadamente un escrito de acusación, en tanto que el juicio oral es el escenario donde cada parte expondrá su teoría del caso, etapa procesal que inicia, precisamente, con la audiencia de formulación de la acusación...”⁴

2.- La defensa cuestionó que en la audiencia preparatoria la cognoscente impuso una serie de medidas de protección a favor de Eugenia Mosquera Ayala, soslayando la competencia de los jueces con funciones de control de garantías,

³ Sentencia de noviembre 17 de 2010

⁴ Sentencia de junio 5 de 2019, Rad 51007

obrar que también implicaba apartarse del conocimiento de las diligencias, ya que ejercer funciones de control de garantías le impedía actuar como juez de conocimiento; al respecto, la Corte Constitucional ha sostenido que

“... El artículo 42 de la Constitución Política dispone que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad, que el Estado y la sociedad garantizan la protección integral de la familia, y que cualquier forma de violencia dentro del núcleo familiar se considera destructiva de su armonía y unidad, razón por la cual será sancionada conforme a la ley... En desarrollo de lo anterior, el Congreso de la República expidió la Ley 294 de 1996, por la cual se dictaron normas para prevenir, remediar y sancionar la violencia intrafamiliar. El artículo 4º de la ley en cita, modificado por el artículo 16 de la Ley 1257 de 2008, señala que: “Toda persona que dentro de su contexto familiar sea víctima de daño físico, psíquico, o daño a su integridad sexual, amenaza, agravio, ofensa o cualquier otra forma de agresión por parte de otro miembro del grupo familiar, podrá pedir, sin perjuicio de las denuncias penales a que hubiere lugar, al comisario de familia del lugar donde ocurrieren los hechos y a falta de este al Juez Civil Municipal o Promiscuo Municipal, una medida de protección inmediata que ponga fin a la violencia, maltrato o agresión o evite que esta se realice cuando fuere inminente...”⁵

Así mismo, el artículo 16 de la Ley 1257 de 2008 modificó el artículo 4º de la Ley 294 de 1996 - modificado por el artículo 1º de la Ley 575 de 2000 – y estableció sobre las medidas de protección que “...Toda persona que dentro de su contexto familiar sea víctima de daño físico, psíquico o daño a su integridad sexual, amenaza, agravio, ofensa o cualquier otra forma de agresión por parte de otro miembro del grupo familiar, podrá pedir, sin perjuicio de las denuncias penales a que hubiere lugar, al comisario de familia del lugar donde ocurrieren los hechos ... una medida de protección inmediata que ponga fin a la violencia, maltrato o agresión o evite que se realice cuando fuere inminente. ...”; acerca de las medidas de protección en casos de violencia intrafamiliar, el artículo 17 dispuso que

“...Si la autoridad competente determina que el solicitante o un miembro de un grupo familiar ha sido víctima de violencia, emitirá mediante providencia motivada una medida definitiva de protección, en la cual ordenará al agresor abstenerse de realizar la conducta objeto de la queja, o cualquier otra similar contra la persona ofendida u otro miembro del

⁵ Sentencia T-306 de 2020

grupo familiar. El funcionario podrá imponer, además, según el caso, las siguientes medidas: a) Ordenar al agresor el desalojo de la casa de habitación que comparte con la víctima, cuando su presencia constituye una amenaza para la vida, la integridad física o la salud de cualquiera de los miembros de la familia; b) Ordenar al agresor abstenerse de penetrar en cualquier lugar donde se encuentre la víctima, cuando a juicio del funcionario dicha limitación resulte necesaria para prevenir que aquel perturbe, intimide, amenace o de cualquier otra forma interfiera con la víctima o con los menores, cuya custodia provisional le haya sido adjudicada....(...)...e) Si fuere necesario, se ordenará al agresor el pago de los gastos de orientación y asesoría jurídica, médica, psicológica y psíquica que requiera la víctima; f) Cuando la violencia o maltrato revista gravedad y se tema su repetición, la autoridad competente ordenará una protección temporal especial de la víctima por parte de las autoridades de policía, tanto en su domicilio como en su lugar de trabajo, si lo tuviere; g) Ordenar a la autoridad de policía, previa solicitud de la víctima, el acompañamiento a esta para su reingreso al lugar de domicilio, cuando ella se haya visto en la obligación de salir para proteger su seguridad...i) Suspender al agresor la tenencia, porte y uso de armas; en caso de que estas sean indispensables para el ejercicio de su profesión u oficio, la suspensión deberá ser motivada; j) Decidir provisionalmente quién tendrá a su cargo las pensiones alimentarias, sin perjuicio de la competencia en materia civil de otras autoridades, quienes podrán ratificar esta medida o modificarla; k) Decidir provisionalmente el uso y disfrute de la vivienda familiar, sin perjuicio de la competencia en materia civil de otras autoridades, quienes podrán ratificar esta medida o modificarla; l) Prohibir al agresor la realización de cualquier acto de enajenación o gravamen de bienes de su propiedad sujetos a registro, si tu viere sociedad conyugal o patrimonial vigente. Para este efecto, oficiará a las autoridades competentes. Esta medida será decretada por autoridad judicial; m) Ordenar al agresor la devolución inmediata de los objetos de uso personal, documentos de identidad y cualquier otro documento u objeto de propiedad o custodia de la víctima; n) Cualquiera otra medida necesaria para el cumplimiento de los objetivos de la presente ley...(...)...Parágrafo 2º. Estas mismas medidas podrán ser dictadas en forma provisional e inmediata por la autoridad judicial que conozca de los delitos que tengan origen en actos de violencia intrafamiliar. Parágrafo 3º. La autoridad competente deberá remitir todos los casos de violencia intrafamiliar a la Fiscalía General de la Nación, para efectos de la investigación del delito de violencia intrafamiliar y posibles delitos conexos...”

De igual modo, el artículo 2º ibídem estableció

“... Autoridades competentes. Se entiende por autoridad competente para la imposición

de las medidas de protección consagradas en el artículo 17 de la Ley 1257 de 2008 y las normas que lo modifiquen o adicionen, el Comisario de Familia del lugar donde ocurrieren los hechos. En aquellos municipios donde no haya Comisario de Familia, el competente será el Juez Civil Municipal o Promiscuo Municipal del domicilio del demandante o del lugar donde fue cometida la agresión....Cuando los casos lleguen a la Fiscalía General de la Nación por el delito de violencia intrafamiliar, el Fiscal o la víctima solicitarán al Juez de Control de Garantías la imposición de las medidas de protección que garanticen su seguridad y el respeto a su intimidad de conformidad con los artículos 11 y 134 de la Ley 906 de 2004, contemplando, incluso, las medidas de protección provisionales señaladas en el artículo 17 de la Ley 1257 de 2008. Una vez proferida la medida provisional por el Juez de Control de Garantías, en cuaderno separado a la actuación penal, remitirá las diligencias a la Comisaría de Familia, Juez Civil Municipal o Promiscuo Municipal para que se continúe con el procedimiento en la forma y términos señalados en la Ley 575 de 2000 y en el presente Decreto, o las normas que los modifiquen o adicionen. ...”

El alto Tribunal en el campo penal⁶ – citando a la Corte Constitucional⁷ - aludió a

“...la «obligación de abordar con enfoque o perspectiva de género los procesos judiciales atinentes o asociados a la violencia física, psicológica, económica o de cualquier otra índole, ejercida en contra de las mujeres⁸ dentro o fuera del ámbito familiar»⁹, precisando que su cumplimiento debe buscar realización más allá del «plano nominal o formal, pues su relevancia práctica depende de las acciones concretas que se realicen para cumplir el objetivo de erradicar todas las expresiones de violencia de género, que constituye el propósito central de varios tratados internacionales sobre derechos humanos suscritos por Colombia.»¹⁰ Entre los diversos instrumentos de derecho internacional aplicables por hacer parte del bloque de constitucionalidad¹¹, emanados de reuniones u organismos de la Organización de las Naciones Unidas - ONU que se han ocupado de la problemática que a nivel mundial representa la violencia de género, se destacan la «Declaración sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer» de 1967, la «Convención sobre la

⁶ Rad. 55406 de 2020

⁷ Sentencias T-012 de 2016, T-027 de 2017, T-514 de 2017, T-462 de 2018, entre muchas más

⁸ «¹ Aunque es claro que este enfoque también puede predicarse frente a otros grupos sociales, tal y como se ha resaltado en la jurisprudencia relacionada en este apartado»

⁹ CSJ SP4135-2019, 1° de octubre de 2019, rad. 52394, entre otras decisiones.

¹⁰ Idem

¹¹ Sentencias C-355 y C-667 de 2006 y T-878 de 2014

Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer - CEDAW» de 1981¹², y la «Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer» aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de diciembre de 1993, cuyo artículo 1 establece que...por "violencia contra la mujer" se entiende todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la vida privada. A su turno, el artículo 2 de la misma Declaración consagra las clases de violencia que se puede ejercer contra las mujeres y los ámbitos a que se extiende, sin limitarse o restringirse solamente a ellos, son: a) La violencia física, sexual y psicológica que se produzca en la familia, incluidos los malos tratos, el abuso sexual de las niñas en el hogar, la violencia relacionada con la dote, la violación por el marido, la mutilación genital femenina y otras prácticas tradicionales nocivas para la mujer, los actos de violencia perpetrados por otros miembros de la familia y la violencia relacionada con la explotación; b) La violencia física, sexual y psicológica perpetrada dentro de la comunidad en general, inclusive la violación, el abuso sexual, el acoso y la intimidación sexuales en el trabajo, en instituciones educacionales y en otros lugares, la trata de mujeres y la prostitución forzada; c) La violencia física, sexual y psicológica perpetrada o tolerada por el Estado, dondequiera que ocurra..."

Añadió que

"...En el ámbito regional, la «Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer»¹³, Convención de Belém do Pará de 1994, constituyó un avance fundamental para ampliar la definición de los actos de agresión contra las mujeres al señalar que se entenderá por violencia contra la mujer cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado. La violencia contra la mujer puede consistir, entonces, en cualquier acción, omisión, coacción o privación que cause daño en la vida, integridad física, psicológica, sexual, o cualquier tipo de perjuicio, los cuales pueden ocurrir en cualquier momento y en el ámbito público o privado. De tal manera, la violencia de género es un concepto amplio que abarca una multitud de comportamientos alejados del tipo afectivo, en que predomina el sometimiento de la mujer a la voluntad del hombre.

¹² Ratificada por Colombia mediante la Ley 51 de 1981

¹³ Ratificada por Colombia mediante la Ley 248 de 1995

También sostuvo que a la administración de justicia le asiste una serie de deberes frente a las mujeres víctimas de conductas con tales características que involucran actos discriminatorios, así que

“...el enfoque de género permite evidenciar que en determinadas circunstancias las consecuencias jurídicas pueden ir en detrimento de los derechos de las mujeres: «De ahí que, entonces, se convierta en un “deber constitucional” no dejar sin contenido el artículo 13 Superior y, en consecuencia, interpretar los hechos, pruebas y normas jurídicas con base en enfoques diferenciales de género.»¹⁴ En ese contexto, la Corte Constitucional ha identificado los siguientes deberes concretos de la administración de justicia: a) desplegar toda actividad investigativa en aras de garantizar los derechos en disputa y la dignidad de las mujeres; b) analizar los hechos, las pruebas y las normas con base en interpretaciones sistemáticas de la realidad, de manera que en ese ejercicio hermenéutico se reconozca que las mujeres han sido un grupo tradicionalmente discriminado y como tal, se justifica un trato diferencial; c) no tomar decisiones con base en estereotipos de género; d) evitar la revictimización de la mujer a la hora de cumplir con sus funciones; reconocer las diferencias entre hombres y mujeres; e) flexibilizar la carga probatoria en casos de violencia o discriminación, privilegiando los indicios sobre las pruebas directas, cuando estas últimas resulten insuficientes; f) considerar el rol transformador o perpetuador de las decisiones judiciales; g) efectuar un análisis rígido sobre las actuaciones de quien presuntamente comete la violencia; h) evaluar las posibilidades y recursos reales de acceso a trámites judiciales e; i) analizar las relaciones de poder que afectan la dignidad y autonomía de las mujeres.¹⁵...”

Sin embargo, “...resulta claro que el abordaje de los casos penales con perspectiva de género no implica el desmonte de las garantías debidas al procesado y la imposición automática de condenas, pues ello daría lugar a la contradicción inaceptable de “proteger” los derechos humanos a través de la violación de los mismos, lo que socavaría las bases de la democracia y despojaría de legitimidad la actuación estatal...”.

Ahora bien, al revisar lo sucedido al inicio de la cuestionada audiencia preparatoria, se observa que la cognoscente puso de presente que

¹⁴ Sentencia T-012 de 2016

¹⁵ Idem

“...quien se presenta como Eugenia Ayala, tuvimos que suspender la audiencia, pero ha sido reconocida como víctima en esta audiencia, ha manifestado dentro de la misma que había sido agredida recientemente físicamente por el procesado y que no le había sido posible interponer la denuncia; igualmente, en un estado de conmoción indicó que la menor hija que tiene es en común y había sido retirada del hogar teniendo ella la custodia, el día de hoy, al haber estado en esta audiencia, por lo que se solicitó al procesado la información de la menor, indicando que la misma estaba en su residencia porque su abuela le estaba dando alimentos, ya se normalizó la situación de la menor y se le solicitó a la víctima que procediera a dirigirse de manera inmediata a la Fiscalía para que interpusiera las denuncias correspondientes; más allá de la audiencia preparatoria que es lo que nos ocupa el día de hoy, es urgente resolver una situación de prevención frente a la medida; habrá que indicar el Despacho que la medida de protección que se ordenó desde el 19 de junio de 2019 para Diego Andrés Carreño en este caso, se las voy a recordar, son las contempladas en la Ley 1257 de 2008 artículo 17 literales d y f, la primera la obligación de acudir a un tratamiento reeducativo y terapéutico en una institución pública especializada que ofrezca tales servicios, quiero que me indique si usted ya está recibiendo tratamiento terapéutico en atención a la orden dada por el juez de garantías. PROCESADO: Sí señora. JUEZ: ¿En qué institución y qué resultado tiene a la fecha? PROCESADO: En la institución de la Santo Tomás de Piedecuesta y esto, yo hablé con la psicóloga esta última cita. JUEZ: ¿Cuántas terapias ha adelantado? PROCESADO: Cuatro. JUEZ: Bien, voy a solicitarle por medio de la defensa que, dentro de los tres días hábiles siguientes a esta audiencia, acredite ante el Despacho el cumplimiento de todo lo que anunció el procesado hoy, en cumplimiento de acudir al tratamiento reeducativo y terapéutico. Frente al literal f) es que cuando se tema la repetición de la agresión o la presunta agresión de la que se señaló al procesado, se ordenará una medida temporal hacia la víctima, en este caso, tanto en el lugar de domicilio como en el lugar de trabajo...”

A continuación, le dijo que

“...Voy a recordarle Diego Andrés que la detención que usted tiene es de carácter domiciliario y eso implica que usted no puede trasladarse de su domicilio sin el permiso del personal de INPEC que es quien ejerce su custodia, esto quiere decir que usted no puede dirigirse al domicilio de ella o al lugar de trabajo de ella y acusar ningún tipo de contacto físico, agresión, acoso, contacto vía electrónica, algún contacto por correo electrónico que dé cuenta por parte de la víctima de algún hecho de violencia o algún tipo de agresión; y se lo recuerdo porque la víctima hoy en esta Sala indicó entonces que fue

víctima hace dos meses de una puñalada en su cuerpo, este hecho nuevo que ella va a poner de presente y el cual el juez correspondiente se encargará de efectuar, pero si estas medidas que se impusieron en sede de garantías no se cumplen por su parte, deberá revocar el mismo para que usted vaya intramuros, hasta tanto no se adelante el juicio oral en su contra. ¿Es claro para usted? PROCESADO: Sí señora. JUEZ: Por parte del despacho en el mismo momento se ordenará entonces a través del INPEC que se haga un seguimiento del cumplimiento de la orden de la medida domiciliaria por parte de Diego Andrés Carreño en la Calle 50 # 3- 84 Lagos Dos de Floridablanca. JUEZ: ¿Usted, la situación de la menor la tiene ya en conocimiento de alguna Comisaría? PROCESADO: Señora juez iba a ir hoy, pero como tenía la audiencia acá, pues no pude ir. JUEZ: En esta audiencia no voy a adelantar la preparatoria, para modificar las medidas de protección emitidas a favor de la víctima en el siguiente sentido: Teniendo en cuenta que dadas las aseveraciones que ha hecho la víctima en este momento y que será de análisis por el respectivo juez, estas medidas son de carácter preventiva, perspectiva de género para este caso, para la persona que es mujer y víctima de violencia, en este caso será la contemplada en el literal b), en la cual se le va a ordenar al procesado Diego Andrés Carreño Suárez abstenerse de penetrar cualquier lugar donde se encuentre la víctima, sea su lugar de domicilio, sea su lugar de residencia o cualquier sitio publico donde esté, para que se abstenga de acercarse a ella porque en audiencias iniciales ustedes habían indicado una convivencia, pero eso es un hecho que ya no se da; mientras usted constituya un peligro para la víctima hay que imponer esta medida. La del literal c), se le prohibirá a usted esconder, trasladar o similar a la menor en común hasta tanto la Comisaría de Familia haga las valoraciones correspondientes frente a la custodia y la regulación de visitas. De esta medida se le compulsarán copias a la Comisaría por parte del Despacho, el mismo día, solicitando a la autoridad de familia intervenga por la menor SACM, para que la Comisaría de Familia haga las evaluaciones correspondientes para determinar el bienestar actualmente del menor - estando en cabeza de la madre - y regule las visitas que corresponden al padre. Se insiste a través de la defensa que se deberá acreditar el cumplimiento de la medida del literal d), esto es, lo de la medida reeducativa, esa es la modificación de las medidas que se impondrán hoy...”

Entonces, cierto es que la juez de primer grado impuso – al interior de la audiencia preparatoria – dos medidas de protección a favor de Eugenia Mosquera Ayala, situación sui generis que – per sé – no afectó alguna garantía fundamental; en efecto, tal como ampliamente se reseñó, el Estado Colombiano ha adoptado una serie de compromisos a nivel internacional con el propósito de proteger la vida e integridad personal de las mujeres, especialmente las víctimas de cualquier tipo de

violencia, preocupándose así por reducir la discriminación a que históricamente se vio sometida por el hecho de ser mujer, al punto que el legislador ha venido adoptando una serie – entre otras – de medidas de protección en los casos donde se presente violencia – en este caso – doméstica, procurando la intervención inmediata para cesar o evitar actos inminentes de agresión, tanto así que facultó a los Comisarios de Familia y a las autoridades judiciales para imponer las previstas en el artículo 17 de la Ley 1257 de 2008, así que las fijadas por la cognoscente – literal b) y c) – se encuentran en el marco de la legalidad, al ponerse de presente (i) la supuesta puñalada asestada días atrás por el procesado a Eugenia Mosquera Ayala y (ii) se llevó a su hija SACM sin la anuencia de la progenitora, a pesar que tenía su custodia temporal, a más que – como la misma a quo lo advirtió – las impuso de manera temporal, mientras la competente Comisaría de Familia adelantaba lo de su cargo, para lo cual ordenó compulsarle copias.

Si el parágrafo 2° de la aludida normatividad faculta que las medidas de protección pueden “...ser dictadas en forma provisional e inmediata por la autoridad judicial que conozca de los delitos que tengan origen en actos de violencia intrafamiliar...”, nada le impedía a la a quo disponer lo necesario para garantizar la seguridad y la tranquilidad de Eugenia Mosquera Ayala en su entorno personal y familiar, pues ella misma advirtió que Diego Andrés Carreño Suárez continuaba ejerciendo actos de violencia en su contra, lo cual no podía pasar inadvertido, precisamente por la obligación de analizar el presente asunto bajo la perspectiva de género y la posibilidad de que Eugenia Mosquera Ayala fuera agredida física o verbalmente, máxime si – como se sabe – fue necesario que a Diego Andrés Carreño Suárez se le sustituyera la inicial medida de aseguramiento impuesta en su residencia por una de carácter intramural.

Entonces, contrario a lo argumentado por el recurrente, se evidencia que la juez de primer grado actuó ajustada a la normatividad vigente y adoptó las medidas provisionales que aseguraran – en ese momento – una cabal protección a la vida e integridad personal de Eugenia Mosquera Ayala, sin que dicho proceder soslayara las competencias de otros funcionarios judiciales, pues también fue clara en advertir que sería el juez competente el encargado de adoptar las medidas definitivas para cesar el presunto comportamiento violento de Diego

Andrés Carreño Suárez, a más que la gravedad y urgencia de lo relatado por la afectada ameritaba adoptar prontas decisiones para protegerla, obrar que tampoco implicó que la a quo debiera declararse impedida para continuar conociendo las diligencias, pues en la decisión cuestionada no aludió a aspectos esenciales del asunto puesto a su conocimiento, tales como el núcleo fáctico, la estructuración del delito, la presunta responsabilidad penal u otro similar, sino que conjuró una situación inminente que requería atención inmediata, en todo caso, posterior a los hechos materia de juzgamiento.

Sabido es que la Sala de Casación Penal¹⁶ de la Corte Suprema de Justicia ha indicado que "...la comprensión de este concepto no debe asumirse en sentido literal, sino que es preciso que esa intervención, para que adquiera un efecto trascendente acorde con los fines de la norma, tenga la aptitud suficiente para comprometer la ecuanimidad y la rectitud de funcionario. Su actividad dentro del proceso, debe haber sido esencial y no simplemente formal¹⁷, de fondo, sustancial, trascendente, que lo vincule con la actuación puesta a su consideración de tal manera que le impida actuar con la imparcialidad y la ponderación que de él esperan no solamente los sujetos procesales sino la comunidad en general..."; en otra providencia precisó que "...la participación anterior en el proceso no debe entenderse en su tenor literal sino en su dimensión teleológica, es decir, desde la perspectiva de los fines del instituto de los impedimentos y recusaciones, en especial los de garantizar la independencia e imparcialidad del juez y evitar se afecten éstas.....En otras palabras, la intervención previa que impide al funcionario conocer del asunto, es aquella que va al fondo de éste y compromete ostensiblemente el criterio sobre su resolución, en especial, la que anticipa un juicio de responsabilidad, que es a la postre el aspecto central sobre el que recae el juicio oral...".

En consecuencia, la intervención de la funcionaria judicial se ajustó a lo consagrado en los artículos 134 inciso 2º y 342 del Código de Procedimiento Penal, donde se contempla la facultad del juez de conocimiento de adoptar medidas de protección para las víctimas, a efectos de conjurar posibles reacciones contra estas o su familia,

¹⁶ AP481, rad. 50922 de febrero 7 de 2018

¹⁷ Sentencia de 7 de 2020, rad. 19300

originadas en el cumplimiento de su deber testifical, sin que implicara comprometer su objetivo criterio, tampoco valoró material probatorio o anticipó conceptos sobre la responsabilidad penal o la materialidad de la conducta punible; por el contrario, resultaba imperativo adoptar decisiones con perspectiva de género, pues todos los jueces - al igual que las demás autoridades - están llamados a cumplir los preceptos constitucionales y legales, así como materializar un control de convencionalidad que incluya los parámetros previstos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y los Tratados concordantes, tales como la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer - Convención De Belém Do Pará -, ratificada por Colombia desde 1996, así que nada impedía a la cognoscente obrar como lo hizo, mucho menos que - por ello - debiera declararse impedida para continuar conociendo el juzgamiento.

Evidentemente no se estructuró alguna irregularidad que implique acudir al extremo remedio procesal demandado, pues – tal como se advirtió - no se evidencia alguna transgresión al debido proceso, el acto reprochado no afectó la esencia del enjuiciamiento, debiendo colegirse que la audiencia preparatoria – en sí misma reprochada - cumplió los fines constitucionales y legales para los cuales está prevista, a más que no se estructuró la presunta incorrección relacionada con un obrar fuera de su competencia, emergiendo notoria la inexistencia del yerro susceptible de invalidez.

No cabe duda que la integridad del proceso penal no depende de los criterios particulares de los sujetos procesales, sino del cumplimiento de las exigencias legales y aun cuando el presente asunto emerge como sui generis, pues es – en realidad – poco usual que se adopten medidas de protección en la fase de juzgamiento, resultaba adecuado que se hiciera por la urgencia y eventual afectación de la vida e integridad personal de Eugenia Mosquera Ayala y/o su menor hija.

Obsérvese que la defensa no enarboló argumentos suficientes para demostrar que la cognoscente incurriera en algún yerro que diera lugar a configurar la causal de nulidad prevista en el artículo 457 de la Ley 906 de 2004 – principio de taxatividad –, pues tan solo aludió a ello de forma genérica; el supuesto yerro fue convalidado

porque no se interpuso algún recurso contra la decisión adoptada en ese momento; el acto tachado de irregular cumplió el propósito para el cual estaba destinado – proteger la integridad de Eugenia Mosquera Ayala y/o su menor hija, decisión que no vulneró el derecho de defensa porque se permitió la controversia - instrumentalidad -; no se afectaron de manera real y cierta las bases fundamentales del debido proceso o las garantías constitucionales, pues – tal como se dijo – se trató de una decisión ajena al núcleo esencial del juicio oral – trascendencia - y, además, no se requiere acudir a este remedio procesal – residualidad – porque la cognoscente no debió declararse impedida, por supuestamente ejercer funciones de control de garantías, máxime si – constitucionalmente – le son reconocidas; por lo tanto, al no configurarse alguna irregularidad susceptible de nulitar, se torna imperativo validar las diligencias desarrolladas.

3.- El artículo 229 de la Ley 599 de 2000 sanciona todo acto de maltrato – físico o psicológico – que recaiga sobre un integrante del núcleo familiar del agresor, sin hacer distinción en cuanto a su gravedad; en ese contexto, el delito de violencia intrafamiliar comprende todo daño físico o psíquico, trato cruel, intimidatorio o degradante, amenaza, agravio, ofensa o cualquier otra forma de agresión, producida entre miembros de una familia.

El impugnante alegó la atipicidad de la conducta por no acreditarse la convivencia necesaria entre el procesado y la denunciante, por lo cual resulta imprescindible destacar que el tipo penal fue modificado por la Ley 1959 de 2019, en el sentido que – entre otros – también se estructura el comportamiento cuando se maltrata a “...Los cónyuges o compañeros permanentes, aunque se hubieren separado o divorciado...El padre y la madre de familia, aun cuando no convivan en el mismo hogar, si el maltrato se dirige contra el otro progenitor...”; no obstante, como esa normatividad entró a regir el 20 de junio de 2019 y los hechos reprochados tuvieron lugar el 18 de junio de ese año, inviable resulta su aplicación, en virtud de los principios de legalidad y favorabilidad, puesto que la aludida normatividad extendió los alcances del reato y resultaría más gravoso aplicar su contenido a hechos anteriores a su vigencia.

En ese sentido, cuestiona el recurrente que - para soportar la tipicidad de la conducta endilgada - la cognoscente tuvo en cuenta una decisión de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia – Radicado 53037 del 19 de febrero de 2020 - posterior a los hechos reprochados, lo cual supuestamente afectó los aludidos principios, pero olvida que tales prerrogativas están previstas para que – en lo relevante para este asunto - situaciones regidas bajo el impero de una normatividad no se estudien bajo otros preceptos anteriores o posteriores que resultan menos favorables, lo que claramente no sucedió en este caso.

Al analizar la sentencia del alto Tribunal emerge nítido que los hechos allí relacionados tuvieron ocurrencia el “9 de julio de 2015”, mientras que el delito reprochado fue “...violencia intrafamiliar, cometido en la circunstancia de agravación punitiva prevista en el inciso segundo del artículo 229 del Código Penal – por cuanto la conducta recayó sobre una mujer -...”, así que no le asiste razón al señalar que no podía tenerse en cuenta para resolver el caso concreto, pues la mera fecha de la decisión – aunque posterior a los hechos ahora juzgados – no era óbice para omitir su análisis, pues no abarcó la novedosa modificación del tipo penal e, incluso, allí la alta Corporación refirió que “...los hechos tuvieron ocurrencia en vigencia de la disposición legal que fue modificada, por lo que sobre sus fundamentos deberá examinarse la tipicidad de la conducta desplegada por el acusado...”; por ende, la cognoscente estaba facultada para tenerla en cuenta dentro del estudio del asunto puesto a su consideración.

Al respecto, el máximo Tribunal en el campo penal otorgó un alcance específico al delito de violencia intrafamiliar, al señalar que “...Se trata de un tipo penal subsidiario, pues únicamente será aplicable si el maltrato físico o psicológico, no constituye delito sancionado con pena mayor, como ocurre, por ejemplo, con cierta clase de lesiones personales o el homicidio. Los sujetos, tanto activo como pasivo son calificados, toda vez que deben hacer parte del mismo núcleo familiar...”¹⁸: también expuso que “...para la configuración del delito de violencia intrafamiliar es necesario que victimario y víctima pertenezcan a la misma unidad familiar, “que habiten en la misma casa”.....pues de no ser ello así, la agresión de uno a otro no satisface la exigencia típica de maltratar a un miembro del mismo núcleo familiar y

¹⁸ Sentencia de junio 7 de 2017, rad. 48047

tampoco vulnera el bien jurídico de la “armonía y unidad de la familia”, caso en el cual deberá procederse, por ejemplo, conforme a las normas que regulan el delito de lesiones personales agravadas en razón del parentesco si a ello hay lugar...”¹⁹.

De igual modo, ha precisado que

“...El “núcleo familiar” es un concepto inherente a la convivencia o vida en común, en tanto que semánticamente núcleo es la formación de un todo por agregación de otros, esto es unión, fusión, cohesión por contraposición a desunión; por lo cual, es preciso entender que ese ingrediente normativo del tipo penal comprende únicamente a los integrantes de la familia que viven conjuntamente en un lugar, esto es, a quienes conviven o comparten un sitio...(…)...Desde esta perspectiva la familia es omnicompreensiva, el “núcleo familiar” es restrictivo; aquella se constituye por la sola existencia del vínculo natural o jurídico, este adicionalmente por la “convivencia”; se es familia de alguien sin necesidad de vivir con ella, pero no es posible formar parte del “núcleo familiar” si no lo integra. No otro es el alcance de tal expresión, en la medida que el bien jurídico tutelado es el de la “armonía y la unidad” familiar, la cual es comprensible respecto de quienes por vivir en unión comparten los objetivos y propósitos del grupo parental del que hacen parte o al cual se han integrado. En el sentido indicado el hijo común es parte de la familia, como lo son su padre y su madre, pero si estos no conviven no constituyen “núcleo familiar” por la existencia de aquél...”²⁰

En similar sentido ha expresado que

“...el contexto nuclear exigido por el tipo penal implica un nexo real y no meramente formal de una familia en su conjunto. El núcleo, según el fallo, supone una verdadera unión y conjunción, desvirtuándose si hay desunión o disyunción entre sus integrantes. Ello, en la medida en que “lo que el tipo penal protege no es la familia en abstracto como institución básica de la sociedad, sino la coexistencia pacífica de un proyecto colectivo que supone el respeto por la autonomía ética de sus integrantes. En ese sentido, fáctica y normativamente ese propósito concluye entre parejas separadas, pero se mantiene respecto a los hijos, frente a quienes la contingencia de la vida en común no es una condición de la tipicidad por la intemporalidad que supone el vínculo entre padres e hijos”. A fin de clarificar cuando existe ese núcleo, la Sala acudió al concepto de unidad

¹⁹ Idem

²⁰ Sentencias de abril 30 de 2019, rad. 49687 y de abril 27 de 2022, rad. 52330

doméstica, determinada, por lo menos, a partir de la convivencia de la víctima y el victimario “bajo un mismo techo” y las relaciones de afecto existentes en razón de la coexistencia. Pero más allá de esa alusión al “mismo techo”, la Corte enfatizó en que el núcleo familiar ha de definirse a partir de la comunidad de vida, la cual implica, entre otras circunstancias, cohabitación, colaboración económica y personal en las distintas circunstancias de la existencia, así como convivencia permanente, traducida en duración, constancia y perseverancia en esa forma de vida en común. La comunidad de vida, para la Sala, ha de articularse con el concepto de unidad doméstica, pues “no se trata de asegurar la tranquilidad y armonía de la familia in extenso, sino del hogar en concreto, palabra que se refería al sitio donde se reunía la familia para calentarse y alimentarse”. Con ello, se lee en la sentencia, la noción de unidad familiar corresponde establecerla a partir de “reconocer una realidad social constitucionalizada, de modo que se circunscribe a quienes comparten un techo”, ya que “no son los vínculos biológicos o consanguíneos los que articulan la unidad familiar doméstica, sino la comunidad integrada”²¹

En el presente asunto la conducta desplegada por el procesado se enmarca dentro de la adecuación típica que realizó la agencia fiscal frente al punible de violencia intrafamiliar, ya que se acreditó que Diego Andrés Carreño Suárez y Eugenia Mosquera Ayala preservaban su núcleo familiar, independientemente de que suspendieran la convivencia en varias oportunidades, para luego regresar, intentando retomar la unidad familiar; dicha situación se tornó reiterada y común en el entorno familiar, sin que ello implique que se desdibujó tal figura. En efecto:

3.1. Eugenia Mosquera Ayala admitió saber de Diego Andrés Carreño Suárez hacía cinco años, iniciaron una relación sentimental cuando ella tenía 13 años de edad y él 15 años; tuvieron una hija y vivieron juntos, pero decidió separarse e irse a vivir con sus padres a raíz del mal trato que le daba; su relación se caracterizaba porque él se quedaba con ella por días; el 18 de junio de 2019 Diego Andrés Carreño Suárez llevaba tres días sin ir a la casa, pero arribó y le pidió que le abriera la puerta, se sentó en la parte de afuera y ella decidió decirle que quería separarse definitivamente de él porque – al parecer - sostenía una relación amorosa con otra mujer que estaba embarazada, lo cual generó una reacción violenta de su parte; su padre intervino para evitar que continuara agrediéndola, la gente llegó a mirar qué pasaba y “....en ese momentico, como a las 5:00 de la

²¹ SP2251 de 2019, rad. 53048

tarde, Diego sale corriendo y se lleva a la niña...”; luego de aproximadamente una hora la señora Priscila – madre de Diego Andrés Carreño Suárez – llamó a su progenitor y le informó que la niña estaba con ellos en la casa; sobre las 9:40 de la noche Diego Andrés Carreño Suárez volvió a su residencia a entregar la niña y le pidió la recibiera, ella inicialmente se negó porque sabía que podía agredirla de nuevo, pero decidió salir acompañada de su progenitora, mientras que su padre llamó a la Policía; cuando decidió entrar, Diego Andrés Carreño Suárez la agredió nuevamente, arribaron los gendarmes y evitaron que la discusión y las agresiones continuaran, lo capturaron y optó por denunciarlo.

3.2. Cointa Ayala – madre de Eugenia Mosquera Ayala - dijo conocer a Diego Andrés Carreño Suárez hacía algunos años porque sostuvo una relación con su hija desde que tenía 13 años de edad, se fueron a vivir siendo muy jóvenes y tuvieron una hija; convivieron un tiempo en su casa - ubicada en el barrio García Echeverry – y otro en la casa de Natalia – la mamá de Diego Andrés Carreño Suárez –, pero discutían mucho y era una constante que se dejaran y regresaran, pues sucedía cada quince días o menos y cuando peleaban el procesado se iba para la casa de sus padres; luego de lo ocurrido el 18 de junio de 2019 – cuando la agredió – se reconciliaron, pero las peleas fueron una constante y ella decidió sacarlos de la casa, por lo que se fueron a vivir a la morada de la abuela del enjuiciado, aunque - debido al maltrato - finalmente su hija decidió retornar a la casa y se dejaron definitivamente; resaltó que las peleas sucedían porque Diego Andrés Carreño Suárez sostenía una relación amorosa con otra mujer.

3.3. Angel Yesid Velasco – agente de la Policía Nacional – aseveró que – junto a su compañero Mantilla – capturaron en flagrancia a Diego Andrés Carreño Suárez porque recibieron una llamada de alerta sobre una riña en la Calle 36 # 11E del barrio García Echeverry de Floridablanca; al arribar al lugar, Eugenia Mosquera Ayala y Cointa Ayala les informaron que Diego Andrés Carreño Suárez había agredido a la primera - su compañera sentimental -, lo cual corroboró el policial Anthony Ferney Mantilla, a más que vieron que Eugenia Mosquera Ayala tenía un golpe en su brazo y escucharon como Diego Andrés Carreño Suárez la amenazó.

3.4. Claudia Yaneth Rojas Arias – médico adscrita al Instituto Nacional de Medicina Legal – practicó un examen físico a Eugenia Mosquera Ayala el 21 de junio de 2019 - de 17 años de edad para la fecha -, del cual concluyó que presentaba un mecanismo traumático de lesión contundente en el miembro superior izquierdo, a nivel del codo, con una equimosis de 7x4 cm que no limitaba la función, generándose una incapacidad médico legal definitiva de 10 días, sin secuelas médico legales, de ahí que la remitió a valoración del riesgo.

En el conainterrogatorio mencionó que el hallazgo se basaba en el inicial relato de la paciente, luego de lo cual auscultaba su cuerpo, para verificar si producto de la agresión señalada “sufrió un trauma y de acuerdo a ese trauma registrar qué tipo de trauma es”, lo cual era valioso para su conclusión.

3.5. Oscar Mauricio Acero - funcionario de Policía Judicial – atendió a Eugenia Mosquera Ayala y adelantó el procedimiento de actos urgentes, quien le relató que mantenía una relación de noviazgo con Diego Andrés Carreño Suárez, con quien convivía desde que tenía 15 años de edad.

A su turno, la defensa arrimó la versión de Diego Andrés Carreño Suárez, quien renunció a su derecho de guardar silencio y declaró que el 18 de junio de 2019 vivía en el barrio La Joya de Bucaramanga con su pareja, fue a la casa de su ex compañera Eugenia Mosquera Ayala para llevarle el dinero de la cuota alimentaria de su hija, pero pelearon, así que decidió irse para donde su progenitora llevándose consigo a la niña; en esa fecha ya no convivían, pues se habían separado desde hacía mucho tiempo atrás, después de su captura Eugenia Mosquera Ayala le dijo “...que si dejaba la otra muchacha, le quitaba la denuncia...”.

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

4.1. Entre Diego Andrés Carreño Suárez y Eugenia Mosquera Ayala existía una unidad familiar para el 18 de junio de 2019, independientemente que no existiera una convivencia diaria bajo el mismo techo, pues aunque tenían la vocación de

permanencia y compartían un mismo proyecto de vida, la irregular situación sentimental por la que atravesaban – fundada en los constantes actos de agresión y violencia por parte del procesado – implicaba que abandonara la residencia durante unos días, pero al final – luego de reconciliarse – retornaba al entorno familiar para continuar el proyecto de vida común, lo cual descarta la teoría planteada por la defensa acerca que desde tiempo atrás residía en un lugar distinto, pues los testigos de cargo narraron al unísono que la constante en la pareja eran las peleas y agresiones, tanto así que Cointa Ayala – cansada de la situación - optó por pedirles que se fueran de su casa.

Cierto es que Eugenia Mosquera Ayala adujo que desde tres días antes de los hechos juzgados el encausado no pernoctaba en la residencia común, pero lo anterior obedeció – precisamente – a la irregular relación que sostenían, sin que resulte creíble lo expresado por Diego Andrés Carreño Suárez acerca que mucho tiempo atrás se había separado de aquella y vivía en el barrio La Joya de Bucaramanga, pues respaldó esa afirmación con su simple dicho, pero en el acta de captura en situación de flagrancia²² obra que su progenitora – Francys Natalia Suárez Velásquez – residía en la “Carrera 11E # 25-33”, misma dirección registrada para Eugenia Mosquera Ayala, lo cual corrobora la versión de Cointa Ayala acerca que durante un tiempo estuvieron viviendo en la casa de la progenitora del procesado, aparte que en el acta de derechos del capturado²³ no quiso aportar los datos de su dirección, mucho menos firmarla o plasmar su huella dactilar, lo cual habría resultado valioso para acreditar su relato, pero no lo hizo.

Entonces, el contexto familiar estuvo rodeado de múltiples vicisitudes porque en varias oportunidades fue necesario suspender la convivencia y retomarla, convirtiéndose las agresiones y separaciones en un episodio común y repetitivo que la llevó a los estados conocidos, pero esa situación no desdibujó la unidad familiar que conformaban porque seguían vinculados emocionalmente y conjuntamente ejercían su rol de padres, al punto que el ánimo de la pareja era mantener la relación sentimental, desafortunadamente truncada por el comportamiento agresivo de Diego Andrés Carreño Suárez, con quien Eugenia

²² F.6 a 8 archivo “G. Pruebas”

²³ F. 9 Ibidem

Mosquera Ayala convivía . aunque muchas veces de manera intermitente - derivado de los distanciamientos que se presentaban cada vez que las agresiones se hacían intolerables para la mujer.

Además, las separaciones temporales no rompieron el vínculo familiar, pues Eugenia Mosquera Ayala y su hija aún dependían económicamente del procesado, tanto así que él mismo refirió que el día de los hechos - previo a la agresión por la que fue capturado - estuvo en la casa donde permanecía alojada Eugenia Mosquera Ayala porque le llevó el dinero de la manutención de su hija e incluso, continuaba acosándola, asediándola y agrediéndola en la misma casa.

Tal como lo reseñó la cognoscente, el alto Tribunal en el campo penal ha discurrido que

“...el análisis del contexto lógico de la situación permite sostener que habrá eventos en los que no obstante no existir una convivencia permanente bajo el mismo techo entre los conyugues y, aún más, cuando se producen rupturas en la relación que interrumpen la cohabitación (por decisión propia, fruto de acuerdo o conflicto, o por disposición judicial en virtud de la imposición de medidas de protección), es posible frente a la ley derogada la realización del tipo penal de Violencia intrafamiliar a partir del cumplimiento de sus elementos estructurantes, entre ellos, el relacionado con el núcleo familiar al que se encuentran integrados los sujetos activo y pasivo de la conducta, sin que con ello resulte afectado el principio de estricta tipicidad...por paradójico que pueda parecer, el bien jurídico de la unidad y armonía familiares se podría ver afectado cuando los vínculos de pareja persisten bajo formas contrarias a proyectos de vida en común, fundados en principios de solidaridad y respeto. Los entornos familiares en los que se ejerce de manera sistemática la violencia contra la mujer, es un buen ejemplo de ello. Es frecuente en tales casos, bajo entornos sumidos en actos de dominación, subordinación y agresión cotidiana, que se vea vulnerado el bien jurídico de la familia, objeto de protección penal, no solamente por el hecho de la persistente violencia contra la pareja fruto de la convivencia, sino aun en situaciones en que el agresor es expulsado o separado del entorno familiar por decisión de la mujer o como consecuencia de medidas de protección impuestas por las autoridades judiciales o administrativas (Medidas de protección en casos de violencia intrafamiliar, artículo 17 de la Ley 1257 de 2008). En tales eventos, como lo ilustra el caso sometido a estudio, la separación del acusado del entorno doméstico no fue suficiente para que se desvinculara del mismo, continuando atado al

núcleo familiar mediante actos de dominación, acoso y control, lo cual se tradujo en una constante alteración y afectación del bien jurídico de la unidad y armonía familiares. De hecho, el retiro de la casa de habitación, aun como medida de protección impuesta judicialmente, no implicó su desafectación del contexto manteniendo su dominio, subordinación y poder materializado en actos de sojuzgamiento sobre la pareja y el grupo filial...”

Y concluyó que “...debe admitirse que se pueden presentar contextos en los que aunque la coexistencia no resulte pacífica ni represente un proyecto colectivo que suponga el respeto por la autonomía ética de sus integrantes, pervive un núcleo familiar que es digno de protección conforme a la norma de prohibición inserta en el tipo penal del artículo 229 del Código Penal vigente para el momento de los hechos. Por eso, resulta inevitable la consideración sobre las condiciones personales de los miembros de ese grupo familiar y los vínculos subyacentes a las relaciones, por mucho que estas resulten disfuncionales...”²⁴.

Bajo tal entendimiento, resulta claro que Diego Andrés Carreño Suárez y Eugenia Mosquera Ayala compartían no solo una unidad familiar, sino también afecto, solidaridad, protección, asistencia y respeto, último que transgredió con sus actos violentos, los que claramente lesionaron esa convivencia pacífica, tornándose en constantes actos de dominación, acoso y control que, incluso, atentaron contra la integridad física de la víctima.

4.2. No existe duda acerca de la lesión sufrida el 18 de junio de 2019 por Eugenia Mosquera Ayala, pues la doctora Claudia Yaneth Rojas Arias - adscrita para la fecha de los hechos al Instituto Nacional de Medicina Legal – confirmó que presentaba una equimosis de 7x4 cm que no limitó su función y generó una incapacidad médico legal de 10 días definitivas, sin secuelas, hecho que coincide con el relato de la afectada, en el que señaló a Diego Andrés Carreño Suárez como su pareja sentimental y agresor, al igual que los gendarmes - desde su órbita - también corroboraron lo sucedido porque – tras llegar al lugar de los hechos - Eugenia Mosquera Ayala señaló a Diego Andrés Carreño Suárez como la persona que la agredió con un palo, puño y patadas, observaron una lesión en su

²⁴ Rad. 53037 del 2020

brazo y se percataron de la amenaza que profirió el procesado por haberlo sindicado, de ahí que lo capturaron en situación de flagrancia.

Lo antedicho permite concluir que lo ocurrido el 18 de junio de 2019 cuando Diego Andrés Carreño Suárez atacó a Eugenia Mosquera Ayala sí constituyó maltrato físico y verbal, resaltándose que la hipótesis de la defensa acerca que el obrar del procesado tuvo su génesis en una legítima defensa no contó con asidero probatorio, pues los testigos de cargo ni siquiera propusieron la posibilidad de que ello hubiese acontecido y – tal como se dijo – si su teoría defensiva apuntaba a esa puntual circunstancia, debió preocuparse por allegar medios de convicción que así lo demostraran; no obstante, – contrario a ello – los testigos de cargo con sus relatos desvirtuaron esa hipótesis, pues fueron contestes y categóricos al afirmar que lo acontecido – en realidad – fue un acto desmesurado de Diego Andrés Carreño Suárez; acerca de la “carga dinámica de la prueba”, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha discurrido que

“...en un sistema democrático de derecho como el que nos rige, la carga de la prueba, en tratándose del proceso penal, corresponde al Estado, representado por la Fiscalía General de la Nación [pero], ello no significa, empero, que toda la actividad probatoria deba ser adelantada por la Fiscalía [...] A este efecto, la Corte estima necesario acudir al concepto de “carga dinámica de la prueba” que tiene relación con la exigencia que procesalmente cabe hacer a la parte que posee la prueba, para que la presente y pueda así cubrir los efectos que busca. Porque, dígame si [...] el principio de presunción de inocencia demanda demostrar del Estado los elementos suficientes para sustentar la solicitud de condena, no puede pasar por alto que en los eventos en los cuales la fiscalía cumple con la carga probatoria necesaria, allegando pruebas suficientes para determinar la existencia del delito y la participación que en el mismo tiene el acusado, si lo buscado es controvertir la validez o la capacidad suasoria de esos elementos, es a la contraparte, dígame defensa o procesado, a quien corresponde entregar los elementos de juicio suficientes para soportar su pretensión...”²⁵

Entonces, el papel de la defensa – al plantear una postura contraria a la agencia fiscal – debió ser activo y no solo limitado a resguardarse bajo la responsabilidad que le asistía al representante del ente acusador de desvirtuar la presunción de

²⁵ Sentencia de marzo 27 de 2009, rad 31103

inocencia, razón por la cual debió demostrar su teoría con pruebas válidamente practicadas al interior del juicio oral, pero ello no ocurrió.

4.3. También se comprobó a cabalidad la causal de agravación endilgada porque (i) Eugenia Mosquera Ayala era menor de edad para la fecha de los hechos y en el plenario se comprobó que se trató de una serie de actos que desencadenaron una violencia generalizada contra la mujer; la agencia fiscal demostró que el comportamiento delictivo se desplegó bajo un contexto de violencia de género y fue repetitivo; respecto del entendimiento que debe otorgarse a la agravante punitiva de recaer la acción en una mujer, la alta Corte en el campo penal ha expuesto que

“...La Corte, en providencia CSJ SP4135–2019, 1 oct. 2019, rad. 52394, a espacio se encargó de clarificar los contornos que permiten estructurar la aludida causal de agravación, al considerar: (i) los antecedentes de la norma (Ley 882 de 2004), a través de la cual se adicionó la circunstancia de mayor punibilidad que, en lo concerniente a la mujer como sujeto pasivo de violencia doméstica, está orientada a garantizar la igualdad, a combatir la discriminación en razón del sexo y a erradicar la violencia ejercida contra este sector de la población; (ii) el estudio de constitucionalidad (sentencia C–368–2014) de la mencionada reforma legislativa; (iii) algunos referentes de derecho comparado, puntualmente el del sistema jurídico español, donde el delito de violencia intrafamiliar y la circunstancia de agravación están regulados de manera semejante; y, (iv) la igualdad y la consecuente prohibición de discriminación por razón del sexo o por la identidad de género, como un bien jurídico adicional en el delito de violencia intrafamiliar...”

Al dar sentido y alcance a la circunstancia de mayor punibilidad prevista en el inciso 2° del artículo 229 del Código Penal, razonó que

“...está supeditada a la demostración de que la conducta constituye violencia de género, en la medida en que sea producto de la discriminación de las mujeres, del hecho de considerarlas inferiores, de su cosificación y, en general, cuando la conducta reproduce la referida pauta cultural que, con razón, pretende ser erradicada».....De ello, la Sala derivó la importancia de que, en los casos de violencia intrafamiliar –como una de las expresiones de la violencia de género–, la aplicación del agravante implique que el respectivo referente factual sea incluido por parte de la fiscalía en la hipótesis de hechos jurídicamente relevantes, siendo: [d]eterminante el contexto en el que ocurren los actos de

agresión, no solo porque ello facilita el entendimiento del caso y la valoración de las pruebas, sino además porque la existencia de escenarios sistemáticos de violencia y discriminación pueden hacer parte de los hechos jurídicamente relevantes, toda vez que: (i) en sí mismos, pueden ser subsumidos en la norma que penaliza la violencia ejercida contra las integrantes de la Familia y dispone la agravación de la pena cuando la misma recae sobre una mujer o sobre otras personas que deben ser objeto de especial protección (niños, ancianos, etcétera), como cuando constituyen violencia física, psicológica u otras formas de agresión; (ii) esos ámbitos de dominación y discriminación deben ser visibilizados, como presupuesto de su erradicación, que es, precisamente, uno de los objetivos principales de la penalización de la violencia de género y, puntualmente, de la ocurrida en el seno de la familia; (iii) desestimar el contexto en el que ocurre la violencia de género y analizar aisladamente las agresiones puede dar lugar a su banalización, punto de partida para que este flagelo sea perpetuado, lo que, desde esta perspectiva, vacía de contenido las normas penales orientadas a sancionar este tipo de atentados contra los derechos humanos; y (iv) ese contexto hace parte de las circunstancias que rodean el delito, cuya relevancia jurídica puede ser más notoria cuando encajan en alguno de los presupuestos previstos en los artículos 54 a 58 del Código Penal, sin perjuicio de que puedan ser subsumidas en cualquiera de las normas de la parte especial de esa codificación, independientemente de que resulten favorables o no al procesado...”

Amén de lo anterior, precisó que

“...a pesar de la importancia del contexto para visibilizar la violencia ejercida en contra de las mujeres y establecer su verdadera gravedad, en ninguna circunstancia puede entenderse que se trata de un elemento estructural del delito, ni permite descartar que un solo acto de agresión, así se trate de un hecho aislado, constituya violencia intrafamiliar (Cfr. § 5.2 y 5.3).....Puntualícese – también – que, para que se materialice la circunstancia de agravación punitiva prevista en el inciso segundo del artículo 229 del Código Penal, no es necesario demostrar que el sujeto activo actuó con un propósito específico, o bajo un determinado convencimiento, o con una intención especial (sin perjuicio de los elementos estructurales del dolo); basta con acreditar un elemento objetivo, atinente a la lesividad de la conducta en lo que concierne al bien jurídico de la igualdad y el consecuente derecho a no ser discriminado, esto es, que la conducta desplegada por el sujeto activo se inserte o reproduzca la pauta cultural de sumisión de la mujer respecto del hombre...(…)...no basta con invocar que la conducta recayó sobre una mujer, sino que, además, resulta imperioso constatar la necesidad de proteger un

bien jurídico adicional – al de la familia –, en este caso, consistente en la igualdad y la consecuente prohibición de discriminación...”

Así las cosas, resulta claro que no se estructuró alguna causal de nulidad, Diego Andrés Carreño Suárez atentó verbal y físicamente contra Eugenia Mosquera Ayala, sin que ello derivara de una legítima defensa, proceder que se adecuó a la descripción típica de la conducta punible de violencia intrafamiliar agravada, puesto que para la fecha de ocurrencia de los hechos Eugenia Mosquera Ayala era menor de edad - tenía 17 años – y fue sometida constantemente a maltrato, discriminación y sumisión por su ex pareja, de tal forma que los argumentos de la censura escapan a la correcta interpretación de lo que ha entendido la jurisprudencia nacional sobre el punible reprochado al procesado.

En consecuencia, ante la acertada valoración probatoria efectuada por la a quo, no queda otro camino que ratificar el fallo impugnado.

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.- NO DECRETAR la nulidad alegada por la defensa de DIEGO ANDRÉS CARREÑO SUÁREZ.

SEGUNDO.- CONFIRMAR el fallo de origen, fecha y naturaleza reseñados mediante el cual se condenó a DIEGO ANDRÉS CARREÑO SUÁREZ como autor del delito de VIOLENCIA INTRAFAMILIAR AGRAVADA.

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° 494

CÚMPLASE.-

Los Magistrados,


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


HAROLD MANUEL GARZÓN PEÑA


SHIRLE EUGENIA MERCADO LORA

SANDRA JULLIETH CORTÉS SAMACÁ
Secretaria

Confirma condena

A/ Diego Andrés Carreño Suárez

D/ Violencia Intrafamiliar agravada

Juez 1º Penal Municipal de Floridablanca con funciones mixtas



<i>Magistrado ponente</i>	<i>Harold Manuel Garzón Peña (Despacho 6)</i>
<i>Radicación</i>	<i>68001-60-00-159-2021-00498-01 [CI-789]</i>
<i>Asunto</i>	<i>Apelación sentencia allanamiento - Ley 906 de 2004</i>
<i>Procedencia</i>	<i>Juzgado 2º Penal Municipal de Floridablanca con funciones mixtas</i>
<i>Procesado</i>	<i>Yeison Leones Vásquez</i>
<i>Delito</i>	<i>Hurto calificado y agravado</i>
<i>Decisión</i>	<i>Confirmar</i>
<i>Fecha de registro</i>	<i>24 de abril de 2023</i>
<i>Fecha de aprobación</i>	<i>28 de abril de 2023</i>
<i>Acta de aprobación No.</i>	<i>399</i>

Bucaramanga (Santander), veintiocho (28) de abril de dos mil veintitrés (2023)

MATERIA DE ESTUDIO

El recurso de apelación interpuesto por la defensa de YEISON LEONES VÁSQUEZ contra la sentencia proferida el 22 de octubre de 2021, mediante la cual, la Jueza 2ª Penal Municipal de Floridablanca con funciones mixtas lo condenó, en virtud de allanamiento a cargos, como coautor del delito de hurto calificado y agravado.

ANTECEDENTES

a) Hechos jurídicamente relevantes.

El 26 de enero de 2021, siendo aproximadamente las 7:30 a.m., YEISON LEONES VÁSQUEZ y otro sujeto no identificado irrumpieron en el parqueadero “El Bambú” –ubicado en la calle 30 No. 11E-79 de Floridablanca–, donde amedrentaron al guardia de seguridad con armas cortopunzantes para luego amarrarlo con un lazo y hacerse a la motocicleta de placa VHA-70E, propiedad de SILVIA JULIANA JAIMES ÁLVAREZ.

b) Actuación procesal.

El 27 de enero de 2021, ante el Juzgado 6º Penal Municipal de Bucaramanga con funciones de control de garantías, descentralizado en Floridablanca, se impartió



legalidad al procedimiento de captura del señor YEISON LEONES VÁSQUEZ. Acto seguido, fiscalía le formuló imputación por el delito de hurto calificado y agravado, de acuerdo con lo contemplado en los artículos 239, 240, incisos 2° y 4°, y 241, numerales 10° y 11°, del Código Penal, en calidad de coautor, cargo que no fue aceptado por el procesado. Finalmente, se le impuso medida de aseguramiento consistente en detención preventiva en su lugar de domicilio.

El 26 de marzo siguiente la fiscalía radicó escrito de acusación, el cual correspondió por reparto al Juzgado 2° Penal Municipal de Floridablanca con funciones mixtas, cuyo titular celebró audiencia de formulación de acusación el 22 de junio posterior. La audiencia preparatoria se instaló el 20 de agosto del mismo año, instancia en la que el señor LEONES VÁSQUEZ manifestó su deseo de aceptar los cargos. Verificada la legalidad del allanamiento, se anunció sentido condenatorio del fallo y se corrió el traslado contemplado en el artículo 447 del Código de Procedimiento Penal.

El 22 de octubre de 2021 se corrió traslado de la respectiva sentencia a las partes e intervinientes. Contra esa decisión la defensa interpuso el recurso que resuelve ahora la Sala.

c) Sentencia de primera instancia.

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

Al momento de dosificar la sanción, la jueza partió de la pena prevista en los artículos 239, 240, inciso 2° y 241, inciso 1° del Código Penal, con lo que obtuvo unos extremos de 144 a 336 meses, los cuales dividió en cuartos para ubicarse en el primero de ellos, comprendido entre 144 meses y 192 meses. Una vez allí, se apartó del extremo inferior aduciendo que «no solo se afectó el patrimonio



*económico de la víctima, sino que también se puso en grave riesgo la integridad física de quien vigilaba el parqueadero al ser intimidado en forma violenta con un arma cortopunzante e, incluso, ser amarrado; pudiendo resultar gravemente lesionado al oponer resistencia a las exigencias de sus asaltantes», con lo que fijó la sanción en 150 meses de prisión. A este monto le redujo un 33,3% con ocasión del allanamiento a cargos en sede de audiencia preparatoria, por lo que individualizó la sanción definitiva en 100 meses de prisión. Asimismo, impuso la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso. Además, entendiendo que no se repararon integralmente los perjuicios ocasionados a la víctima, consideró improcedente aplicar la rebaja consagrada en el artículo 269 *idem*.*

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

d) Razones de la impugnación.

Inconforme con la decisión, el titular de la defensa técnica demandó su revocatoria para que se tase nuevamente la sanción impuesta porque, en su parecer, la jueza de primera instancia ignoró el principio *pro homine* y el de favorabilidad al individualizar la pena en un monto “demasiado alto” para un ciudadano sin antecedentes, quien obró en error de prohibición al creer que apoderándose la motocicleta saldaba una deuda de su antiguo empleador.

Añadió que debió aplicarse la rebaja contemplada en la Ley 1826 de 2017 para el allanamiento a cargos, es decir el 50%, monto que, de acuerdo con la falladora, era aplicable a la aceptación de cargos antes de la audiencia preparatoria.



e) Intervención de los no recurrentes.

La representación judicial de las víctimas se opuso al recurso impetrado por la defensa.

Señala la no recurrente que hubo una aceptación de cargos espontánea, consciente, libre y voluntaria, la cual se dio con el debido asesoramiento del abogado defensor, habiendo sido esa actuación procesal objeto del debido control de legalidad. También señala que la instancia procesal en que se dio el allanamiento fue la audiencia preparatoria, razón por la que la reducción del monto de la pena no podía superar la tercera parte, como en efecto lo hizo la juzgadora.

Considera que no es viable el descuento punitivo por reparación, pues la dueña de la motocicleta objeto de hurto, SILVIA JULIANA JAIMES ÁLVAREZ, no fue indemnizada en manera alguna. Añade que el señor LEONES VÁSQUEZ se mostró indiferente ante la posibilidad de indemnizar el daño y que, por tanto, no es viable aplicar el descuento que se prevén el artículo 269 del C.P.

Por lo expuesto, se opone a que se modifique el fallo con base en la violación al principio de favorabilidad penal, ahora cuando la sanción impuesta al enjuiciado es la más favorable, de acuerdo a la aplicación rigurosa de la ley penal.

CONSIDERACIONES

a) Competencia.

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



b) Problema jurídico a resolver.

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

¿Se individualizó correctamente la pena aplicable a YEISON LEONES VÁSQUEZ?

Al efecto, se estudiará si

¿Es procedente aplicar por favorabilidad al caso concreto la rebaja punitiva por allanamiento contemplada en la Ley 1826 de 2017?

d) Caso concreto.

De la aplicación favorable del artículo 539 de la Ley 906 de 2004.

Para resolver dicho asunto, impera precisar en primer lugar que el artículo 29 de la Constitución Política elevó a categoría de derecho fundamental el principio de favorabilidad al señalar que *“en materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable”*.

Sobre dicho apotegma, además, la Corte Suprema de Justicia ha señalado que aquel: *“implica un juicio comparativo que debe realizarse entre dos o más disposiciones cuando hay tránsito de legislación o concurrencia de ordenamientos, para deducir cuál regula de manera más benigna una situación sustancial o procesal con efectos sustanciales”*¹.

Empero, la aplicación favorable de una norma penal o procesal penal sobre otra, tal como se advirtió, supone que ambos preceptos normativos regulen la

¹ CSJ SP, 23 nov. 2017, rad. 37.638.



misma situación, solo que una de ellas permite un tratamiento más benéfico para el procesado.

Pues bien, al revisar el artículo 534 de la Ley 906 de 2004, adicionado por el artículo 10 de la Ley 1826 de 2017, se encuentra que el procedimiento especial abreviado y sus normas están destinados a un grupo específico de conductas punibles.

Así, dicha norma previene que:

“El procedimiento especial abreviado de que trata el presente título se aplicará a las siguientes conductas punibles:

1. Las que requieren querrela para el inicio de la acción penal.
2. ... (C. P. artículo 239); hurto calificado (C. P. artículo 240); **hurto agravado (C. P. artículo 241), numerales del 1 al 10;**

En caso de concurso entre las conductas punibles referidas en los numerales anteriores y aquellas a las que se les aplica el procedimiento ordinario, la actuación se regirá por este último.

PARÁGRAFO. Este procedimiento aplicará también para todos los casos de flagrancia de los delitos contemplados en el presente artículo.”

Por consiguiente, como lo ha reconocido en plurales ocasiones la Corte Suprema de Justicia, la rebaja por allanamiento contemplada en el artículo 539 de la Ley 906 de 2004 es solo aplicable favorablemente a aquellos procesados responsables de conductas que, aunque se juzguen por el procedimiento ordinario, se encuentren enlistadas en dicha norma:

“... ya esta Corporación tiene establecido que la aplicación favorable de ese cuerpo normativo a quienes son procesados bajo trámite ordinario (específicamente en lo que tiene que ver con el monto de la rebaja de pena por allanamiento a cargos) sólo tiene cabida cuando se procede por uno de los delitos enlistados en el artículo 10° de la misma. El acceso carnal abusivo con incapaz de resistir agravado no es uno de ellos:



«...conforme parágrafo del artículo 539 de la Ley 906 de 2004, adicionado por la Ley 1826 de 2017, las rebajas conferidas por el allanamiento a los cargos, **no aplican para delitos distintos de los enlistado en la misma**, que fija como excepción en el parágrafo del artículo 16, “las prohibiciones previstas en la ley, referidas a la naturaleza del delito”.

Así mismo, la Corte encuentra necesario precisar que remitidos a los antecedentes de la Ley 1826, los criterios teleológicos que la informaron, así como a las razones de política criminal que le dieron origen, según ya se dejó visto, lo abreviado del procedimiento y los beneficios sustanciales derivados de su aplicación, especialmente en materia de justicia premial, se explican por la naturaleza de las conductas punibles que, en opinión razonable del legislador, dentro de la libertad de configuración que se le confiere, representan una gravedad menguada, criterio diferenciador, que justifica el trato más benigno, así como la no inclusión en su ámbito de cobertura de otros delitos, haciendo selección de las primeras para someter su investigación y juzgamiento al procedimiento especial.

Esa realidad mencionada desautoriza cobijar por virtud del principio de favorabilidad los delitos que no hacen parte del plexo limitado por la Ley 1826, amén de que al relacionar el contenido de los artículos 539 y 534, en cuanto se refieren a los hechos regidos por la norma, en el ámbito procesal y sustancial, es inequívoco que convergen exclusivamente al listado de las conductas punibles ya enunciadas, por los motivos a los cuales se viene haciendo referencia».

De ahí que «el beneficio punitivo contemplado en la citada ley, procede por favorabilidad para aquellos asuntos rituados bajo el procedimiento de la Ley 906 de 2004», pero únicamente si se adelantan «por los delitos enunciados en el artículo 10 de la Ley 1826 de 2017»².

Por consiguiente, comoquiera que el delito de hurto agravado por cometerse en establecimiento abierto al público, contemplado en el numeral 11° del artículo 241, imputado a YEISON, no se encuentra enlistado en el grupo de conductas que deben tramitarse bajo la égida del procedimiento especial abreviado, sus normas, incluidos los descuentos punitivos allí contemplados, no le son aplicables.

Pero es que, inclusive, en la regla 16 de dicho procedimiento especial se contempla que “*El beneficio punitivo será de hasta una tercera parte si la aceptación se hace una vez instalada la audiencia concentrada y de una sexta parte de la pena si ocurre una vez instalada la audiencia de juicio oral.*”, como también ocurre en el procedimiento de la Ley 906 de 2004, cuyo artículo 356 señala en

² En ese sentido CSJ AP, 30 sep. 2020, rad. 56.935, entre muchas otras.



su numeral 5° *“Que el acusado manifieste si acepta o no los cargos. En el primer caso se procederá a dictar sentencia reduciendo **hasta en la tercera parte** la pena a imponer, conforme lo previsto en el artículo 351. En el segundo caso se continuará con el trámite ordinario”*.

Así, ninguna equivocación cometió la juzgadora al aplicarle al procesado un descuento de la tercera parte en virtud del allanamiento a cargos, pues este se realizó una vez instalada la audiencia preparatoria y así lo explicó la *a quo* al procesado y su defensor, como lo admite el propio recurrente.

Por lo demás, habida cuenta de que la aceptación de cargos se adelantó de forma libre, espontánea y voluntaria, sin que se advierta vicio alguno del consentimiento, del todo impertinente resulta alegar que YEISON actuó bajo el erróneo convencimiento de que con su proceder estaba saldando una deuda impagada por su antiguo empleador, ya que un planteamiento de esa naturaleza lleva implícita una retractación inadmisibles, como también ha sido elucidado por el máximo órgano de la jurisdicción ordinaria en su jurisprudencia, con mayor razón si desafía la lógica albergar la idea que un asalto como el acaecido el día de los hechos, en el que se amenazó al vigilante del parqueadero con armas cortopunzantes e incluso se le amarró, obedeció a un simple error de percepción sobre la ilicitud del comportamiento.

Resta acotar que ninguna irregularidad en el ejercicio de individualización de la pena aprecia la Sala, pues la juzgadora eligió correctamente el cuarto concreto de punibilidad aplicable y dentro del mismo se apartó motivadamente del extremo inferior.

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



República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público

Distrito Judicial de Bucaramanga (Santander)
Tribunal Superior
Sala Penal

RESUELVE:

CONFIRMAR el fallo apelado en todo lo que fue objeto de concreta impugnación.

Contra esta sentencia procede el recurso extraordinario de casación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Los magistrados,

HAROLD MANUEL GARZÓN PEÑA

SHIRLE EUGENIA MERCADO LORA

GUILLERMO ÁNGEL RAMÍREZ ESPINOSA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SALA PENAL

Magistrado Ponente: DR. JUAN CARLOS DIETTES LUNA

Radicación N° 68081-6000-159-2014-01064-01 / 89032-1606

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

ASUNTO

Resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de JUAN DÍAZ MENDOZA contra el fallo mediante el cual el Juez Tercero Promiscuo Municipal de Girón condenó a ISAÍAS SERRANO VARGAS a pagar perjuicios materiales y morales, por la comisión del delito de LESIONES PERSONALES DOLOSAS.

ACONTECER DELICTIVO

El 30 de enero de 2014 estaba sentado Juan Díaz Mendoza en la cafetería donde laboraba, ubicada en El Malecón del municipio de Girón, arribó Isaías Serrano Vargas y sin mediar palabra lo golpeó en el rostro, causándole lesiones que le produjeron una incapacidad médico legal definitiva de 20 días y deformidad física en el rostro de carácter permanente.

DE LA ACTUACIÓN PROCESAL

En la audiencia preparatoria celebrada el 20 de enero de 2017 ante el Juez Tercero Promiscuo Municipal de Girón, Isaías Serrano Vargas aceptó los cargos formulados por el delito de lesiones personales dolosas – artículos 111, 113 incisos 2° y 4° y 114 inciso 2° de la Ley 599 de 2000, modificados por la Ley 890 de 2004 –, lo cual ameritó condenarlo a la pena de 45 meses y 25 días de prisión, multa de 32 salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilidad para ejercer derechos y funciones públicas por igual lapso de la pena privativa de la libertad, como autor del punible de lesiones personales dolosas, a la par que le concedió la suspensión de la ejecución de la pena privativa de la libertad.

Una vez ejecutoriado tal proveído, el apoderado de víctimas promovió el incidente de reparación integral, tasó los perjuicios materiales - lucro cesante - en \$808.080 y 20 salarios mínimos legales mensuales vigentes¹ por el daño biológico o perjuicio a la salud; las partes formularon los alegatos de conclusión y se profirió sentencia.

DEL FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Al considerar reunidas las exigencias previstas en los artículos 104 y 105 de la Ley 906 de 2004, el 17 de septiembre de 2020 el a quo condenó a Isaías Serrano Vargas a pagar a favor de Juan Díaz Mendoza la suma de \$808.080 por concepto de perjuicios materiales – lucro cesante - y 9 salarios mínimos legales mensuales vigentes por el daño moral.

DE LA IMPUGNACIÓN

Inconforme con el fallo, la apoderada de la víctima lo apeló con el objeto que fuera revocado, pues el a quo realizó una incorrecta tasación de los perjuicios morales, al solo fijar el monto de la indemnización en 9 salarios mínimos legales mensuales vigentes, pese a que la Corte Suprema de Justicia siempre ha fijado el tope máximo de los perjuicios morales en 1000 salarios mínimos legales mensuales vigentes - artículo 97 del Código Penal – y por ende, en el presente caso el límite máximo no era 100, sino 1000 salarios mínimos legales mensuales vigentes, lo cual significaba que la suma de 20 salarios mínimos legales mensuales vigentes deprecada no es desorbitante, sino apropiada para lograr la verdadera reparación integral de su prohijado, máxime si las lesiones causadas son de carácter permanente - cicatriz y deformidad del rostro -, sumado a las dificultades respiratorias, hecho que ameritaba aumentar el valor irrisorio fijado en la sentencia por ese concepto.

DEL NO RECURRENTE

La defensa adujo que el a quo actuó conforme a Derecho y la sanción pecuniaria impuesta a su prohijado resulta adecuada y no genera un real detrimento en su capacidad adquisitiva para subsistir, ya que devenga ingresos inferiores a un salario mínimo legal mensual, pero basta para la manutención de su núcleo familiar; el derecho

¹ Exp. Isaías Serrano Vargas (1) – Folio 102

a la reparación de los daños ocasionados por el delito cumple varias finalidades legítimas porque permite el ejercicio efectivo del derecho al debido proceso e impide que una indemnización de perjuicios excesivamente onerosa transforme la justicia penal en una justicia esencialmente vindicativa, a más que facilita el restablecimiento de los derechos de las víctimas y perjudicados dentro de parámetros razonables, sin permitir un enriquecimiento injustificado, lo cual sucedería si el afectado recibe una indemnización que supere el valor de los daños efectivamente causados.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

La censura demanda modificar el monto de los perjuicios morales fijados a favor de Juan Díaz Mendoza, al ser insuficientes para resarcir el daño ocasionado con el ilícito ejecutado, aspecto sobre el cual la Colegiatura estima lo siguiente:

1.- La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha discurrido que para emitir condena por los perjuicios causados con la comisión del delito

“...se requiere demostrar tanto la existencia del daño como su monto, regla que aplica para toda clase de perjuicios, exceptuándose de ella el denominado pretium doloris o perjuicio moral subjetivo, pues cuando corresponde tasarlo, dada su naturaleza intrínseca y personalísima, que pertenece al fuero interno de las víctimas o perjudicados, su cuantificación corresponde al prudente juicio del juzgador, según los parámetros establecidos en el inciso 2º del artículo 97 de la Ley 600 de 200 (sic), pero sin que en manera alguna esa facultad legal «abarque la declaración de su existencia»². Esta Corporación se ha referido a las diferentes especies de perjuicio que genera la conducta punible y los requisitos que deben concurrir para su reconocimiento. En CSJ AP, 29 mayo. 2013, rad. 40160, al respecto señaló: De lo anteriormente expuesto, se puede concluir: El delito produce la obligación de reparar los perjuicios causados, los que pueden ser del orden material e inmaterial. A) Los daños que sean susceptibles de cuantificación económica (materiales y morales objetivados³) deben

² SP de marzo 25 de 2015, rad. 42600

³ La jurisprudencia nacional distingue, como atrás se precisó, entre perjuicios morales subjetivados y objetivados. Por los primeros se entiende el dolor, sufrimiento, tristeza, angustia, miedo originados por el daño en la psiquis de la víctima y por los segundos, las repercusiones económicas que tales sentimientos puedan generarle. Esta última clase de perjuicio y su cuantía debe probarse por parte de quien lo aduce. En tal sentido, su tratamiento probatorio es similar al de los perjuicios materiales, tal como fue expuesto por la Corte Constitucional en la sentencia C-916 de 2002

probarse en el proceso y su cuantía dependerá de lo acreditado⁴. En otras palabras, para obtener indemnización por el perjuicio material y por los perjuicios morales objetivados se debe demostrar: a) su existencia y b) su cuantía; de esta manera se diferencian de los de carácter moral subjetivado, donde solo basta acreditar la existencia del daño, luego de lo cual, el Juez, por atribución legal, fijará el valor de la indemnización en tanto que la afectación del fuero interno de las víctimas o perjudicados impide la valoración pericial por inmiscuir sentimientos tales como tristeza, dolor o aflicción...”⁵

Entonces, los perjuicios materiales – daño emergente y lucro cesante – son lesivos del ámbito económico del afectado y por ende, reciben un tratamiento probatorio somero, pues el patrimonio es determinable aritméticamente y cuantificable, pero los perjuicios morales afectan de manera subjetiva u objetiva al individuo, siendo cualquiera susceptible de reparación o compensación – dependiendo del caso – a través del incidente de reparación integral.

3.- Las pruebas aportadas al trámite incidental van encaminadas a demostrar los daños y perjuicios causados con la comisión del punible, dado que el juez de conocimiento debe hacer efectivo el restablecimiento de los derechos; para adoptar la decisión de condenar o no, el juez debe acudir a las reglas de la sana crítica, los principios de la prueba judicial y las presunciones.

En consecuencia, la tasación racional y el pago de los daños y perjuicios dependerá de que esté probada su existencia con fundamento en el detrimento patrimonial y la afectación de la órbita interna de la víctima, por la tristeza, el dolor o la aflicción que sienta o haya sentido a consecuencia de la conducta punible, siendo evidente que no es válido decretarlos arbitrariamente o con base en suposiciones; en cuanto a los perjuicios morales subjetivados, tan solo se requiere probar la existencia del daño y en el caso concreto, se allegaron como pruebas documentales la historia clínica de la víctima acerca de las lesiones causadas a su humanidad (f. 65 a 68) y los informes periciales médico legales de enero 31 de 2014 (f.57 y 59), febrero 20 de 2014 (f.58 y 60) y julio 21 de 2014 (f.61 y 64); también se recibieron las siguientes declaraciones:

3.1. Juan Díaz Mendoza aseveró que - por las lesiones sufridas - tiene la nariz torcida, un conducto obstruido y sufre de vértigo; percibe \$160.000 mensuales, antes

⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, marzo 9 de 2011, rad. 17175

⁵ Sentencia de octubre 15 de 2015, rad. 42175

devenagaba \$50.000 diarios y tuvo que vender la caseta que administraba para evitar problemas con Isaías Serrano Vargas.

3.2. Omaira Rueda Leal – esposa de la víctima – señaló que - debido a la lesión ocasionada por el condenado - a su marido se le inflamó el rostro y los labios, se le veían heridas en las cejas, cambió mucho, tenía constantes dolores de cabeza y a ella le tocó asumir la responsabilidad del hogar; a su cónyuge le partieron la nariz, si le da una gripa no puede respirar bien, sufre depresión, se le baja la tensión y vive encerrado en la casa porque el vértigo lo afecta y se cae; tuvieron que vender el negocio para evitar problemas con el condenado, quien después de los hechos continuó haciéndole la vida imposible; a la madre de su marido le ha tocado pagar médicos particulares para solventar el tratamiento requerido por su esposo.

4.- Al estudiar los medios de convicción allegados refulge evidente que la censura está llamada a prosperar, pues acreditaron los daños materiales y morales sufridos por Juan Díaz Mendoza, producto de las lesiones personales dolosas de las que fue declarado penalmente responsable Isaías Serrano Vargas; en particular, acerca del daño moral, su demostración y forma de tasación, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha pregonado que

“...comporta el menoscabo a la dimensión afectiva, los sentimientos, el amor en la familia, la parte social, los atentados contra el honor, la reputación, las consideraciones sociales; por lo mismo, no puede establecerse a partir de métodos matemáticos como acontece con los perjuicios materiales. Varios criterios ha desarrollado la jurisprudencia para calcularlos: “Dada la inasible naturaleza del daño no patrimonial, debe buscarse, ‘con ayuda del buen sentido (...) y con apoyo en hechos probados que den cuenta de las circunstancias personales de los damnificados reclamantes, una relativa satisfacción para estos últimos proporcionándoles de ordinario una suma de dinero que no deje incólume la agresión, pero que tampoco represente un lucro injustificado que acabe por desvirtuar la función institucional que prestaciones de ese linaje están llamadas a cumplir’ (sentencia de 25 de noviembre de 1992. Exp. 3382...”⁶

En sentencia de unificación la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado precisó que

“...el concepto de perjuicio moral se encuentra compuesto por el dolor, la aflicción y en general los sentimientos de desesperación, congoja, desasosiego, temor, zozobra, etc., que invaden a

⁶ SP 6029 de 2017, rad. 36784

la víctima directa o indirecta de un daño antijurídico, individual o colectivo (...) En casos excepcionales, como los de graves violaciones a los derechos humanos, entre otros, podrá otorgarse una indemnización mayor de la señalada en todos los eventos anteriores, cuando existan circunstancias debidamente probadas de una mayor intensidad y gravedad del daño moral, sin que en tales casos el monto total de la indemnización pueda superar el triple de los montos indemnizatorios antes señalados. Este quantum deberá motivarse por el juez y ser proporcional a la intensidad del daño...”⁷

5.- Advierte el Tribunal que el cognoscente no acertó al tasar los perjuicios morales derivados de la conducta punible, en cuantía inferior a la que debió reconocer, puesto que los medios de convicción aportados sirven para demostrar que Juan Díaz Mendoza sufrió un detrimento considerable en su salud física y psicológica, a raíz de las lesiones causadas a su integridad física el 30 de enero de 2014, lo que amerita una compensación dineraria mayor; en efecto, en la historia clínica de la ESE Clínica Girón se evidencia “cuadro clínico de 4 años de evolución, antecedente de fractura de tabique nasal - corregida 2 veces -, cefaleas hemisferianas derechas tipo pulsátiles asociada a náuseas y/o vómito, con pérdida de la estabilidad corporal con las cefaleas”, lo cual generó un trastorno depresivo, asociado a las dificultades económicas, físicas y de salud generadas por las lesiones en su humanidad, hechos confirmados por el afectado y su esposa porque aquel padece de baja la tensión, sufre vértigo, vive encerrado en la casa, tuvo que vender su establecimiento de comercio y vio reducidos drásticamente los ingresos de su núcleo familiar.

El mismo a quo destacó en el fallo de primer grado que “...Adicionalmente, es de relieves la deformidad nasal sufrida por Juan Díaz Mendoza, consistente en una desviación de la pirámide nasal hacia la izquierda con obstrucción de fosa nasal derecha, lo cual, como lo señaló el afectado y su señora esposa, le ha generado constantes dificultades para respirar, secuela esta de carácter permanente y que resulta mucho más gravosa en la medida en que en nuestra cultura y en la sociedad resulta mucho más visible y valorado el aspecto estético del rostro, razón por la cual una deformidad en él tiene un mayor impacto psicológico que puede provocar en las personas angustias, depresión y hasta aislamiento de la persona que la padece, hechos que han sido destacados por la señora Omaira Rueda Leal, quien anotó que su esposo ya no es el mismo y que después de la riña ya no le gusta salir y permanece

⁷ Sentencia de agosto 28 de 2014, Rad. 26251

en casa, circunstancia que, sin duda, deviene de la alteración que se produjo en su rostro tras el ataque de Isaías Serrano Vargas...”.

Corolario de todo lo anterior, por concepto de perjuicios morales resultaba jurídicamente viable fijar una suma de dinero superior, en compensación por la agresión y el irreparable daño causado, conforme lo ha decantado la Corte Suprema de Justicia⁸ y por consiguiente, se aumentará al equivalente de 15 salarios mínimos legales mensuales vigentes la cuantía fijada en la sentencia de primera instancia, aspecto que será objeto de modificación.

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

R E S U E L V E

CONFIRMAR el fallo de origen, fecha y naturaleza reseñados, mediante el cual se condenó a ISAÍAS SERRANO VARGAS – al interior del incidente de reparación integral - a pagar perjuicios materiales y morales, por la comisión del delito de LESIONES PERSONALES DOLOSAS, con la **MODIFICACIÓN** consistente en que – los últimos – se fijan en el equivalente a QUINCE (15) SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES.

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° 575

NOTIFÍQUESE VIRTUALMENTE Y CÚMPLASE.-

⁸ Sentencia de 25 de noviembre de 1992, rad. 3382

Los Magistrados,



JUAN CARLOS DIETTES LUNA



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia



HAROLD MANUEL GARZÓN PEÑA



SHIRLE EUGENIA MERCADO LORA

SANDRA JULLIETH CORTÉS SAMACÁ

Secretaria

Confirma y modifica perjuicios morales -

A/ Isaías Serrano Vargas

D/ Lesiones personales dolosas

Juez 3° Promiscuo Municipal de Girón

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SALA PENAL

Magistrado Ponente: DR. JUAN CARLOS DIETTES LUNA

Radicación N° 68-001-60-00-258-2014-00471-01 / 1562

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

A S U N T O

Resolver el recurso de apelación interpuesto por la defensa de ALFREDO RAFAEL RIVERA CORTINA contra la sentencia proferida por el Juez Segundo Penal del Circuito de Bucaramanga, mediante la cual lo condenó como autor del delito de ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE 14 AÑOS y lo absolvió del punible de ACTOS SEXUALES CON MENOR DE 14 AÑOS AGRAVADO EN CONCURSO HOMOGÉNEO.

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

El 11 de marzo de 2014 Blanca Nieves García Castro denunció que LFSG¹ - su menor hija - le contó que su padrastro Alfredo Rafael Rivera Cortina abusó sexualmente de ella, todos los fines de semana, de abril de 2013 a mediados de febrero de 2014, en la Casa N° 13 Peatonal 14 del barrio Brisas de Provenza de la ciudad, cuando su mamá iba a trabajar; aquel inicialmente le tocó la cara, luego le metió la lengua en los oídos, le lamía el cuerpo, le chupaba los senos y bajaba la mano, hasta que un día le quitó la lycra y se le subió encima, ella sintió mucho dolor en la vagina y sangró, él le dijo que se fuera a bañar y cuando lo hizo vio un líquido de color blanco, sin saber qué era, él le dio una bebida de color verde y limpió todo para que su madre no se diera cuenta; la primera vez que ocurrió tenía 12 años y la última vez fue cerca de 20 días antes de la denuncia, o sea, a mitad de febrero de 2014, cuando su mamá salió a sacar una cita médica.

¹ Nacida el 11 de noviembre de 2000

DE LA ACTUACIÓN PROCESAL

En audiencias preliminares celebradas el 21 de abril de 2015 por el Juez Quinto Penal Municipal de Bucaramanga con funciones de control de garantías, se impartió legalidad a la captura por orden judicial previa de Alfredo Rafael Rivera Cortina; la agencia fiscal le imputó la presunta comisión de los delitos de acceso carnal abusivo con menor de 14 años agravado en concurso homogéneo y sucesivo, en concurso heterogéneo con actos sexuales con menor de 14 años agravado en concurso homogéneo y sucesivo – artículos 208, 209, 211 numeral 5°, 31 y 55 numeral 1° del Código Penal –; también le impuso medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento de reclusión, si bien luego le concedieron la libertad provisional, por vencimiento del término legalmente previsto.

Presentado el correspondiente escrito, el Juez Segundo Penal del Circuito de la ciudad avocó conocimiento y convocó la audiencia en que se formuló acusación por los ilícitos atrás reseñados, celebró la audiencia preparatoria y luego el juicio oral en varias sesiones; al final anunció que el fallo sería condenatorio, dio trámite a lo previsto en el artículo 447 del C.P.P y leyó la sentencia.

DE LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Al considerar reunidas las exigencias contempladas en el artículo 381 de la Ley 906 de 2004, el 20 de mayo de 2020 el a quo resolvió condenar a Alfredo Rafael Rivera Cortina a la pena de 156 meses de prisión e inhabilidad para ejercer derechos y funciones públicas por igual lapso, como autor del punible de acceso carnal abusivo con menor de 14 años – pues suprimió la agravante del artículo 211 numeral 5° del estatuto represor y el concurso homogéneo y sucesivo -, a la par que lo absolvió del delito de acto sexual abusivo con menor de 14 años agravado en concurso homogéneo, le negó cualquier subrogado y dispuso librar orden de captura.

Adujo que la menor LFSG en la entrevista rendida el 11 de marzo de 2014 ante la profesional forense narró con claridad las circunstancias de modo, tiempo y lugar

en que sucedieron los actos libidinosos en su contra, versión que ratificó en el juicio oral, a más que se dio la corroboración periférica de lo ocurrido con las demás probanzas arrimadas a la actuación penal.

DE LA IMPUGNACIÓN

Inconforme con el fallo, la defensa lo apeló con el objeto que fuera revocado al fundamentarse en pruebas de referencia, lo cual prohíbe el artículo 381 de la Ley 906 de 2004; echó de menos una base pericial sólida de psiquiatría forense para determinar la veracidad o falsedad del relato de la menor, a más que se restó importancia al testimonio de la progenitora, promotora de la denuncia y quien posteriormente varió su declaración, diciendo la verdad del presunto abuso sexual; la menor LFSG en el juicio oral también manifestó que no recordaba nada, ante la presión guardó silencio y pese a ello el a quo - desestimando las reglas de la valoración probatoria – lo interpretó como una manifestación de dolor o trauma, cuando realmente obedeció a la incapacidad de la niña de sostener su dicho inicial del presunto ataque sexual.

De igual modo, se vulneró el debido proceso cuando la defensora de familia incidió en las respuestas de la menor, sin que el juez tomará control de la audiencia; no se supo cuándo, ni cómo ocurrieron los supuestos contactos sexuales, contradicción muy fuerte y duda insalvable que debió resolverse a favor del procesado; no se probó en juicio que los recortes de papel con aparentes mensajes no aptos del encausado hacia la menor fueran entregados por aquel, llevados por un emisario o certeramente dirigidos a la menor, a más que su contenido no es nocivo para la niña; por el contrario, los hijos del enjuiciado comentaron que su progenitor les dejaba notas en un cuaderno de lo que debían realizar o comprar para la casa, sumado a que escribía canciones; la jurisprudencia ha sostenido que el dictamen psicológico no constituye prueba directa del abuso o del acto sexual en sí mismo y no se profundizó en la denuncia formulada por Blanca Nieves García, ni por qué las autoridades competentes no hicieron nada cuando informó la problemática con sustancias alucinógenas que pudo observar en su residencia.

DE LOS NO RECURRENTE S

El apoderado de víctimas pidió ratificar el fallo de primer grado porque se demostró la responsabilidad penal del encartado; la defensa alude a dudas o contradicciones que surgen de los relatos de la denunciante y su hija, pero es loable la valentía de LSFG al asistir al juicio oral y reseñar los vejámenes a que fue sometida por la expareja de su progenitora, máxime si es una menor que desconoce el procedimiento legal y distintos estudios enseñan que los niños coinciden en señalar que un juzgado "es un sitio donde se lleva a la gente mala, creen que por el hecho de ser citados a estas diligencias van a tener problemas de tipo legal"; entonces, la seguridad con que se arriba al estrado se va menguando a medida que el interrogatorio avanza, aunado al amplio lapso transcurrido entre la comisión del punible y la celebración de la última audiencia, lo cual produce en la víctima un deterioro global en la exactitud de su narración.

La defensa hizo referencia a los escritos que presentó la agencia fiscal, desestimando lo dicho por la menor, pero lo cierto era que científicamente se comprobó que los elaboró el encausado y estudiado en conjunto el restante material probatorio, el a quo logró el convencimiento más allá de toda duda necesario para proferir la sentencia condenatoria que pidió ratificar.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

La censura demanda revocar el fallo condenatorio y en su lugar, absolver a Alfredo Rafael Rivera Cortina, pues el fallo de primera instancia se fundamentó en pruebas de referencia, 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 ibidem dispone que los hechos y circunstancias de interés para la solución correcta del caso se podrán probar por cualquiera de los medios establecidos para tal efecto o por cualquier otro medio técnico o científico que no viole los derechos humanos, debiéndose practicar por

regla general al interior de la audiencia de juicio oral, al punto que el artículo 16 ejusdem contempla que únicamente se 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.

2.- En el marco de la Ley 906 de 2004 la valoración de los medios de convicción recaudados, la demostración del punible y la responsabilidad penal se distinguen por la prevalencia del principio de libertad probatoria – en contraposición al extinto de tarifa legal –, por medio del cual se puede llegar a tener conocimiento del objeto central del proceso penal o sus aspectos accesorios trascendentes por cualquier vía probatoria legal; al respecto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia 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 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...”²

En ese caso también advirtió que bajo tales circunstancias es posible efectuar una “corroboración periférica” de todos los datos que permitan cargar de credibilidad 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...(…)...Es claro que no es posible, ni conveniente, hacer un listado taxativo de las formas de corroboración de la declaración de la víctima, porque ello dependerá de las particularidades del caso. No obstante, resulta útil traer a colación algunos ejemplos de corroboración, con el único propósito de resaltar la posibilidad y obligación de realizar una investigación verdaderamente exhaustiva: (i) el daño psíquico sufrido por el menor; (ii) el cambio comportamental de la víctima; (iii) las características del inmueble o el lugar donde ocurrió el abuso sexual; (iv) la verificación de que los presuntos víctima y victimario pudieron estar a solas según las circunstancias de tiempo y lugar incluidas en la teoría del caso; (v) las actividades realizadas por el procesado para procurar estar a solas con la víctima; (vi) los contactos que la presunta víctima y el procesado hayan tenido por vía telefónica, a través de mensajes de texto, redes sociales, etcétera; (vii) la explicación de por qué el abuso sexual no fue percibido por otras personas presentes en el lugar donde el mismo tuvo ocurrencia, cuando ello sea pertinente; (viii) la confirmación de circunstancias específicas que hayan rodeado el abuso sexual...”³

De igual modo, el máximo Tribunal de la Justicia Ordinaria en el campo penal ha razonado sobre la presunción de no autodeterminación de la sexualidad del sujeto pasivo y la importancia de no cuestionar su personalidad que

“...el legislador al elevar en comportamiento delictual el acceso carnal abusivo con menor, partió de la premisa que un menor de 14 años no tenía la autodeterminación de su

² Sentencia del 11 de mayo de 2011, rad. 35080

³ Sentencia de marzo 16 de 2016, rad. 43866

sexualidad, es decir, que no cuenta con capacidad para decidir, de manera libre, en dicha materia. Por tal razón, al sentenciador no le es dado entrar a cuestionar dicha presunción, sino aplicar el derecho e interpretarlo desde un plano de la equidad y, por ende, respetando las consideraciones que se tuvieron para penalizar ese comportamiento. De otro lado, la Sala quiere dejar en claro que las condiciones éticas, sexuales, morales, culturales, políticas, psicológicas, etc., de una persona no la excluye de ser sujeto pasivo de un delito sexual, puesto que lo que se busca proteger es la libertad sexual y la dignidad de las personas, esto es, el derecho que se tiene para disponer del cuerpo en el ámbito erótico sexual como a bien tenga, mucho más cuando se trata de menores, por cuanto al no haber logrado aún la plenitud de su madurez psicológica, les resulta imposible comprender a cabalidad el significado y los alcances del acto sexual y de los que con él están relacionados. En otras palabras, se protege en forma directa la determinación sexual de la persona, la cual no puede ser violentada, anulada o viciada, siendo un imperativo normativo que se presume la invalidez del consentimiento expresado por persona menor de 14 años o por quien se encuentre en estado de inconsciencia por causa física o síquica...”⁴

3.- La agencia fiscal centró sus esfuerzos probatorios en demostrar - más allá de toda duda razonable - la responsabilidad penal de Alfredo Rafael Rivera Cortina frente a los delitos reprochados que atentaron contra la libertad, integridad y formación sexual de LSFG; en efecto, además de las estipulaciones probatorias consistentes en (i) la carencia de antecedentes penales del procesado, (ii) su plena identidad y (iii) la minoría de edad de la víctima al momento de los sucesos juzgados, se recaudaron las siguientes pruebas:

3.1. Blanca Nieves García Castro - madre de la afectada – refirió que tenía cuatro hijos, a saber, LFGB de 15 años y un niño de 8 años producto de su relación con Fredy Fernando Sandoval Fábrega, al igual que NSRB y DVRD - niñas de 6 y 5 años -, hijas del procesado⁵; en marzo de 2014 vivía con sus hijas en el barrio Brisas de Provenza y trabajaba los fines de semana en un asadero - de 7:00 a.m. a 5:00 o 6:00 p.m. -; el procesado “a ratos” cuidaba a sus hijos, les llevaba la comida a las niñas y se iba”⁶, aunque no sucedía todas las veces, pues no vivía

⁴ Septiembre de 2005

⁵ Min. 25:44

⁶ Min. 28:00 y 42:57

con él, ya que mientras perduró su relación sentimental cada uno habitó su propia casa⁷, hecho que reiteró en el conainterrogatorio, agregando que el procesado le hacía visitas a las niñas tres veces al día y ella siempre estaba presente⁸.

La menor LSG le dijo que “Mamá yo le voy a comentar una cosa, pero a mí me da miedo”⁹; “él - Alfredo Rafael Rivera Cortina - estaba haciéndome esto y esto a mí”¹⁰; la niña le dijo que él la estaba “tocando así” y le “hacía así”¹¹; eso sucedía en la casa de la menor¹²; la niña se lo contó porque extrañaba mucho a sus hermanas; estaba convencida que el encartado no se iba a quedar con las niñas, pues tenía que “devolverlas como sea”¹³; cuando su hija le dijo lo sucedido, estaba en conflicto con el enjuiciado por la custodia de sus dos hijas, dado que se las había llevado, situación que las tenía angustiadas a las dos¹⁴; ese pleito duró como cuatro años, su hijo mayor y la víctima se involucraron varias ocasiones para defenderla y finalmente ella se quedó con la custodia de las menores¹⁵.

En el conainterrogatorio admitió que el procesado tuvo en alguna ocasión la custodia de las niñas¹⁶, pero nunca dejaron de vivir con ella¹⁷; al preguntarle por una constancia del Bienestar Familiar, a través de la cual ella le entregaba voluntariamente las niñas al procesado, dijo no recordarlo, tampoco que el mismo día en que interpuso la denuncia - en horas de la tarde -, el encartado la denunció a ella - en horas de la mañana -; la menor nunca le contó si en esa época tenía novio¹⁸, probablemente porque a esa edad le daba miedo compartirle esos detalles; la niña a veces salía sola¹⁹ y para la época del juicio sí tenía pareja²⁰;

⁷ Min.42:57

⁸ Min. 1:05:02

⁹ Min. 40:42

¹⁰ Min. 42:00

¹¹ Min. 43:10

¹² Min. 45:15

¹³ Min. 41:50

¹⁴ Min. 32:15

¹⁵ Min. 44:00

¹⁶ Min. 56:00

¹⁷ Min. 1:06:00

¹⁸ Min. 50:30

¹⁹ Min. 51:10

después de lo ocurrido la menor siguió viviendo con ella y tienen una buena relación, sin que hayan vuelto a hablar del tema porque no querían recordar lo sucedido.

Aunque en el interrogatorio directo negó haber visitado al procesado en la cárcel²¹, en el contrainterrogatorio aceptó que lo hizo “como dos veces”²² en la Cárcel Modelo, si bien no volvió porque trabajaba los fines de semana y no le quedaba tiempo para ir²³; expuso que inicialmente lo negó porque “no sabía cómo se sentía” y tuvo contacto telefónico con el enjuiciado, pero debido a que él llamaba a las niñas; manifestó no saber leer; el procesado le colaboraba mucho con sus hijas y era muy bueno con ellas; la menor afectada fue remitida a valoración médica solo hasta que instauró la denuncia²⁴; uno de sus hijos tenía problemas de drogadicción, pero ya no vivía con ella; no tenía conocimiento acerca de si los hijos del procesado – que no son de ella – tenían problemas de adicción, pues nunca compartieron²⁵; Martha “Grilla”, Esperanza y una hermana²⁶ se encargaban de cuidar a sus hijas y los fines de semana LFSG la acompañaba a su trabajo²⁷, ya que nunca la dejaba sola en su hogar.

Ante las preguntas del Despacho, aclaró que a veces llevaba a LFSG y otras se quedaba en su hogar o donde la señora que le cuidaba las otras niñas²⁸; admitió que quiso retirar la denuncia, pero no fue posible porque en estos procesos no se puede desistir²⁹ y lo hizo porque cuando lo denunció “no esperaba que él fuera ir a caer preso”³⁰.

²⁰ Min. 51:20

²¹ Min. 48:00

²² Min. 52:50

²³ Min. 53:00

²⁴ Min. 48:20

²⁵ Min. 39:20

²⁶ Min. 1:07:50

²⁷ Min 1:08:28

²⁸ Min.1:27:00

²⁹ Min. 1:10:30

³⁰ Min. 1:11:00

3.2. Margareth Rocío Marín Valencia - psicóloga del ICBF / CAIVAS - indicó que su trabajo consistía en valorar menores en los casos de sospecha de abuso sexual, para verificar el estado emocional del adolescente y sus familiares³¹; LFSG fue remitida por la Fiscalía para la valoración inicial realizada el 3 abril de 2014³², donde la menor le expresó que estaba preocupada “porque la mamá la culpaba de la situación”³³ referente a “una violación de su padrastro”³⁴, a quien identificó como “Alfredo”³⁵; los episodios ocurrieron un año antes de la entrevista, cuando ella tenía como “12 años”;³⁶ la niña no le contó detalles de los actos desplegados por su padrastro, simplemente manifestó que la había violado, la mamá no le creía y la culpaba porque sabía que ella muchas veces le pedía dinero para “las onces”³⁷; al valorar las diferentes áreas, detectó que el sueño de la menor estaba alterado, al tener pesadillas nocturnas con las situaciones vividas “frente al abuso”³⁸.

El ICBF le hizo varios seguimientos a LFSG³⁹ y contó lo sucedido de manera espontánea; en esas sesiones LFSG siempre expresó su preocupación porque “la Fiscalía fue a recoger unos condones que estaban en la parte de abajo de su cama” y “el hermano también había confrontado a la mamá preguntándole que si los utilizaba con ella”⁴⁰, pero decía que no.

Realizada la valoración citaron al procesado y le comunicaron la restricción que tenía respecto de LFSG, pues en los seguimientos descubrieron que la niña se ponía ansiosa al verlo⁴¹; también concluyó que sentía temor por el hombre que llamaba “Alfredo”, presentaba bajo apetito y sentimientos de culpa, ya que la

³¹ Min. 7:50

³² Min. 12:40

³³ Min. 13:18

³⁴ Min. 13:34

³⁵Min.13:30

³⁶ Min 13:57

³⁷ Min. 14:06

³⁸ Min.13:40

³⁹ Min.14:25

⁴⁰ Min.14:50

⁴¹ Min. 15:30

mamá todo el tiempo le reprochaba que le pidiera dinero al encartado⁴², si él ya tenía a cargo las obligaciones de sus hermanitas⁴³; la afectada igualmente sentía temor por sus hermanas y eso motivó que le contara lo ocurrido a su progenitora, pues un día “Alfredo” se las llevó, no aparecían y sentía miedo que les ocurriera lo mismo⁴⁴.

Dentro de la intervención psicológica no se pudo establecer si la menor había tenido experiencias sexuales con otra persona, dado que no la cuestionaron al respecto y la niña tampoco lo comentó⁴⁵, si bien “más adelante” – al parecer en el 2015 - recibieron una queja del padre de LFSG acerca de un presunto abuso por parte del hermano mayor - consumidor de sustancias psicoactivas -, situación desvirtuada por aquella, quien lo negó y afirmó que quería mucho a su hermano, quien - por el contrario - la protegía a ella y a sus hermanas⁴⁶.

El procesado se llevó a sus dos menores hijas porque - según la madre de la víctima - ella fue varias veces a la defensoría, decía que “habían secuestrado a la niña” y el papá no aparecía; fue varias veces “a centros zonales” porque no encontraba a sus hijas, puso anuncios para ubicarlas y estaban con el papá⁴⁷; recordó que valoró a las hijas del procesado y no tenía certeza acerca de si les realizaron entrevista forense, pero aseguró que al evaluarlas no reportaron algún riesgo, expusieron sufrir maltrato por parte de ambos progenitores, pero no producto de abusos⁴⁸.

En la primera valoración la madre de LFSG se mostró apática y creía que la versión de la niña era mentira; no obstante, le pusieron de presente la obligación de garantizar la protección de la menor y le comunicaron las distintas restricciones⁴⁹; inicialmente se negaba a creer lo dicho por su hija, puesto que

⁴² Min. 16:30

⁴³ Min. 16:40

⁴⁴ Min. 16:48

⁴⁵ Min. 19:10

⁴⁶ Min.19:41

⁴⁷ Min. 18:00

⁴⁸ Min. 21:50

⁴⁹ Min. 22:10

nunca vio que ocurriera algo, pero - finalmente - accedió a cumplir la restricción impuesta al encartado,⁵⁰ pese a lo cual la madre tenía “buena relación vincular con la niña”.

En el conainterrogatorio le pidieron explicar las razones por las que en el informe que leyó se plasmó que “el estado de la menor era normal”, si la niña “había sido objeto de acceso carnal”, ante lo cual contestó que realizaba una “valoración psicológica de la niña”, no del “abuso sexual”; si bien la afectada le contó todo lo ocurrido con el abuso, las circunstancias “de tiempo, espacio y modo” corresponden a una entrevista forense⁵¹; cuando recibió la entrevista a LFSG, entró sola y su progenitora la acompañó⁵²; al preguntarle a la niña si conocía los motivos por los que fue citada, dijo que los relacionados “anteriormente”⁵³.

Al cuestionarla acerca de si LFSG confesó las circunstancias del abuso porque “el papá de las niñas había secuestrado a sus menores hermanitas y tenía temor de ello”, respondió que - en principio – LFSG no utilizó el término “secuestro”; inicialmente dijo que “el papá había sacado las niñas a pasear y que esa vez las hermanitas no llegaban y la mamá estuvo angustiada, él después llegó, pero en medio de eso ella alcanzó a contarle”⁵⁴; más adelante - en otro seguimiento - la niña le informó “que sentía temor porque las hermanitas no aparecían”⁵⁵.

Respecto de la primera valoración de LFSG la defensa arguyó que no aparecían los motivos por los que contó lo sucedido, pero la profesional aclaró que en las demás evaluaciones – al hacerle seguimiento a su historial - la afectada reportó que ese fue el motivo – lo de sus hermanas - por el que confesó lo ocurrido⁵⁶; en la valoración inicial dijo saber que la citaron “por una violación por parte del padrastro que se llamaba Alfredo”⁵⁷, comentó que se sentía mal porque la mamá

⁵⁰ Min. 17:28

⁵¹ Min. 24:30

⁵² Min. 27:20

⁵³ Min. 27:40

⁵⁴ Min.28:00

⁵⁵ Min.28:15

⁵⁶ Min.29:20

⁵⁷ Min.29:30

no le creía lo que le contaba, le decía que “Quién la mandó” y por qué su padrastro la violó⁵⁸; sobre la segunda valoración la defensa cuestionó a la perito acerca de si observó que “la niña hacía los mismos señalamientos, en razón a la preocupación que le asistía porque el padre tenía a las hermanitas”, a lo cual respondió que esas acusaciones se debían “no necesariamente a que el papá las tuviera con presunto abuso”, sino que era una preocupación de LFSG porque sus hermanas menores no aparecían⁵⁹.

En lo concerniente a la actitud de la progenitora de LFSG, indicó que su primera impresión fue que estaba “alterada, molesta porque eso no era así”⁶⁰ y después fue más consciente con el proceso⁶¹; al principio “no creía que su hija fuera víctima de abuso sexual”, pero al explicarle que mientras la FGN investigaba era necesario adoptar esas medidas de protección, demostró comprensión y compromiso⁶².

La técnica que empleó con la menor fue la “observación conceptual”, consistente en analizar la forma en que la afectada se expresa y si hay coherencia entre su emoción y lo que narra, aunque esa valoración no determina si lo dicho es cierto o no, solo busca verificar su estado emocional frente a una presunta vulneración de sus derechos⁶³; reiteró que la niña tenía alterado el sueño por pesadillas y la alimentación por bajo apetito⁶⁴; también entrevistó a la progenitora y la orientaron respecto a las pautas de crianza, pues era autoritaria y sobreprotectora⁶⁵; al interrogarla la defensa acerca de si pudo determinar las razones por las que la mamá le atribuía “cierta responsabilidad a la niña” sobre lo ocurrido, contestó que “era porque le pedía plata para las onces”⁶⁶.

⁵⁸ Min.30:20

⁵⁹ Min.30:40

⁶⁰ Min.30:50

⁶¹ Min.30:50

⁶² Min.31:40

⁶³ Min.32:10

⁶⁴ Min.32:50

⁶⁵ Min.34:00

⁶⁶ Min.35:50

Insistió en que su trabajo no consistía en evaluar si los relatos de la menor eran ciertos o no, sino determinar la necesidad de implementar medidas de protección basada en los antecedentes⁶⁷; la información que recopiló no se la comunicó a la madre de la afectada, sino a la Defensora de Familia; la progenitora tenía conocimiento de los hechos y dudas sobre la responsabilidad del procesado, pero dejaron la menor a su cuidado con el compromiso de atender las orientaciones de la Defensoría de Familia y cumplir la restricción⁶⁸.

Al interrogarla la defensa acerca de si notó algún cambio mental en LFSG desde la primera entrevista hasta que refirió “el secuestro”, respondió que la niña mencionó una moto que la había “perseguido como por amenazas”, pues “Alfredo” ya tenía conocimiento de la denuncia, de ahí que en la siguiente sesión estuvo “un poco alterada por la situación”, al sentir temor de que el procesado ya supiera⁶⁹; sin embargo, en las siguientes entrevistas estuvo más tranquila, se sentía más protegida dentro de su casa, ya después las hermanas aparecieron y sus notas mejoraron⁷⁰.

En el redirecto aseveró que las intervenciones de los menores las realizaba el ICBF a través del CAIVAS de la FGN; eran unas “valoraciones del estado emocional”, distintas a las entrevistas forenses que recaudaban las psicólogas del CTI para determinar las circunstancias de tiempo, modo y lugar de los hechos⁷¹.

En el recontra aclaró que la restricción de las visitas se ordenó mediante auto notificado al encartado cuando lo citó la Defensora de Familia⁷² y el mejoramiento del desempeño académico de LFSG se estableció con el certificado escolar que usualmente solicitan⁷³.

⁶⁷ Min.34:40

⁶⁸ Min.35:00

⁶⁹ Min.36:30

⁷⁰ Min.37:10

⁷¹ Min.41:30

⁷² Min.49:40

⁷³ Min. 50:20

3.3. Marcela Núñez Jaime - psicóloga adscrita al CTI desde 1995 y al CAIVAS durante cuatro años – expuso que su labor consiste en practicar entrevistas forenses a víctimas de abuso sexual y violencia intrafamiliar⁷⁴; incorporó el informe de investigador de campo del 11 de marzo de 2014, correspondiente a la entrevista psicológica recibida a LFSG, a fin de establecer las circunstancias de tiempo, modo y lugar de los hechos juzgados; en la fecha de la entrevista la niña contaba con 13 años de edad y cursaba sexto grado⁷⁵; sobre los antecedentes de carácter familiar dijo que la progenitora de la afectada le relató que vivía con ella, sus cinco hijos y su compañero Alfredo Rafael Rivera Cortina; ella y el procesado llevaban cuatro años de relación y producto de esa unión tenían dos hijas⁷⁶; utilizó el “protocolo SATAC” para desarrollar la entrevista⁷⁷.

La menor le contó que “era abusada sexualmente por su padrastro desde la edad de 12 años”, quien aprovechaba los momentos en los que “ella se encontraba sola y sobre la cama”, “la penetraba vaginalmente y posterior a esto le daba un líquido a beber”⁷⁸; el último abuso ocurrió cuando su mamá “fue a sacar una cita en CAPRECOM”, veinte días antes de la denuncia⁷⁹; el abuso inició en el 2013 “como en abril o marzo”⁸⁰ y los episodios duraron aproximadamente “11 meses”⁸¹.

Leyó el aparte de la entrevista donde la niña le comentó que los abusos ocurrían “solamente los sábados y los domingos”, cuando su mamá tenía algo que hacer, su padrastro “se quedaba en la casa”; la primera vez que ocurrió ella estaba sola, acostada en su cama y su padrastro llegó después de que su mamá se fue a trabajar; primero le besó “todo el cuerpo”, luego se le “subió encima”, le “metió la lengua en los oídos” y le metió el pene en la vagina⁸².

⁷⁴ Min.55:40

⁷⁵ Min.57:50

⁷⁶ Min. 58:00

⁷⁷ Min.58:50

⁷⁸ Min.59:20

⁷⁹ Min.1:00:30

⁸⁰ Min. 1:01:40

⁸¹ Min.1:03:40

⁸² Min. 1:02:00

LFSG le dijo que hasta el día anterior a la entrevista decidió contar lo sucedido, pues a la casa de ella iban unas amigas de la mamá y se ponía “nerviosa”, “le dijeron” a su progenitora que le preguntara “¿qué pasaba?”⁸³ y por eso le contó el día anterior de la entrevista, cuando iban en un bus; su madre se encontró con un policía y éste le dijo que no le comentara nada al procesado, para no alertarlo; tanto ella como su progenitora tenían nervios⁸⁴; concretamente manifestó que el abuso consistía en que “era penetrada vaginalmente por su padrastro, posterior le daba un líquido amargo”⁸⁵; sentía “odio hacia el procesado”⁸⁶; la menor no le dijo si ese tipo de situaciones sucedieron antes con otra persona; la niña le dijo “No, a mí me dolió, pero me hice una niña fuerte”⁸⁷; en esa diligencia la acompañó su progenitora - quien autorizó la entrevista – y la Defensora de Familia⁸⁸; la actitud de la afectada al iniciar la entrevista era de “intranquilidad, expectativas”, fue “empática con la entrevistadora”, no advirtió “alteración alguna” o “síntomas de cuadro clínico psicopatológico”⁸⁹, pero sugirió seguimiento psicológico por el ICBF porque se trataba de una presunta “víctima de abuso sexual”, quien durante la entrevista estuvo nerviosa y expectante⁹⁰.

En el conainterrogatorio aclaró que “la técnica SATAC” no estaba avalada para practicar una “experticia de verdad-mentira” - efectuada por “psiquiatría en el INML”⁹¹ -, sino que se realizaba “a discreción del despacho”⁹²; su labor consistía en “establecer circunstancias de modo, tiempo y lugar de ocurrencia de los hechos”; la menor en la última pregunta mencionó “al hijo menor del señor Alfredo”, pero – según el protocolo - solo plasman ese dicho en el informe y “la Fiscalía” se encarga de decidir qué hacer con ese dato⁹³.

⁸³ Min. 1:04:30

⁸⁴ Min. 1:05:32

⁸⁵ Min. 1:06:10

⁸⁶ Min. 1:06:40

⁸⁷ Min. 1:07:20

⁸⁸ Min. 1:08:20

⁸⁹ Min. 1:08:30

⁹⁰ Min. 1:09:20

⁹¹ Min. 1:09:50

⁹² Min. 1:10:50

⁹³ Min. 1:12:40

En el redirecto afirmó que en el informe se citó textualmente lo expresado por la menor en la entrevista⁹⁴ y en el recontra reconoció que - antes de asistir a la diligencia – hizo “una lectura somera” del caso.

3.4. La menor LFSG aseveró que se acercó a las instalaciones de la FGN con su progenitora, a radicar una denuncia de “acceso carnal a menor de 14 años”⁹⁵ contra su “padrastro”⁹⁶, del que fue víctima; refirió que “él estaba abusando de mi hace un año y medio, algo así”⁹⁷, “él me tocaba los senos”⁹⁸ y “me daba una cosita verde en un vaso”⁹⁹, “me tocaba la vagina”, “con las manos y con el pene”¹⁰⁰, lo hacía “por debajo” de la ropa¹⁰¹, cuando se levantaba “aparecía toda mojada”¹⁰²; después que eso pasaba el procesado le decía que no le fuera a decir nada a la mamá¹⁰³ - quien se encontraba trabajando en el asadero¹⁰⁴ - y la amenazaba con hacerle algo a su hermano o a ella – su mamá - si contaba lo ocurrido¹⁰⁵; el enjuiciado nunca le pidió que le tocara sus partes íntimas¹⁰⁶, nunca lo vio desnudo¹⁰⁷ y no recordaba si él le pidió alguna vez que se quitara la ropa¹⁰⁸; negó que el encausado le ofreciera algo a cambio de dejarse tocar¹⁰⁹ o para que callara lo sucedido¹¹⁰; al preguntarle si alguien vio lo ocurrido, dijo que “las niñas chiquitas”¹¹¹ se daban cuenta; no sentía nada por él; cuando estaba narrando lo

⁹⁴ Min. 1:16:20

⁹⁵ Min. 1:32:20

⁹⁶ Min. 1:32:35

⁹⁷ Min. 1:33:30

⁹⁸ Min. 1:36:17

⁹⁹ Min. 1:37:00

¹⁰⁰ Min. 1:38:30

¹⁰¹ Min. 1:38:50

¹⁰² Min. 1:38:55

¹⁰³ Min. 1:42:50

¹⁰⁴ Min. 1:36:30

¹⁰⁵ Min, 1:51:30

¹⁰⁶ Min. 1:40:00

¹⁰⁷ Min. 1:40:20

¹⁰⁸ Min. 1:41:00

¹⁰⁹ Min. 1:43:27

¹¹⁰ Min. 1:44:40

¹¹¹ Min. 1:42:37

ocurrido, aseguró que el enjuiciado le entregó unas cartas¹¹², aunque no recordaba lo que decían¹¹³; después de lo sucedido, nunca había tocado el tema con su progenitora¹¹⁴, con quien sostenía una relación que calificó “normal”.

En el contrainterrogatorio dijo no recordar la fecha y hora de los hechos¹¹⁵; el encartado nunca vivió en la misma casa de ella¹¹⁶, ni con sus hermanas N y V¹¹⁷, pero cuidaba a estas últimas - día y noche -¹¹⁸; a ella y a su hermano también los cuidaba cuando su mamá salía a trabajar¹¹⁹; el encausado la amenazaba para que no contara lo ocurrido¹²⁰ y le decía que si le decía algo a su progenitora “le podía hacer algo a mi hermano o a su mamá”¹²¹; conocía a Martha “Grilla” porque cuidaba a su hermanita y a la señora Esperanza porque era vecina¹²², no así a Carlos Andrés González¹²³; sobre su relación con Jonathan Stiven Rivera expuso que antes no era muy buena, pero actualmente no han tenido problemas¹²⁴; las amigas de su mamá que le producían nervios se llamaban Martha y Margarita¹²⁵.

En el redirecto la agencia fiscal - con el fin de refrescar memoria - le solicitó a la Defensora de Familia que diera lectura a un aparte de la entrevista¹²⁶ que rindió y le preguntaron si recordaba “haber dicho eso en la entrevista”, a lo cual respondió que “Sí”¹²⁷; el juez de conocimiento ordenó dar lectura al aparte leído a la menor, a fin que quedara registrado en audio; procedió la defensa a decir que le preguntó a

¹¹² Min. 1:34:10

¹¹³ Min. 1:45:45

¹¹⁴ Min. 1:44:30

¹¹⁵ Min. 1:49:00

¹¹⁶ Min. 1:49:40

¹¹⁷ Min.,.1:50:03

¹¹⁸ Min. 1:40:50

¹¹⁹ Min. 1:50:20

¹²⁰ Min. 1:51:20

¹²¹ Min. 1:51:35

¹²² Min. 1:51:50

¹²³ Min. 1:53:30

¹²⁴ Min. 1:52:45

¹²⁵ Min. 1:52:00

¹²⁶ Min. 2:00:40

¹²⁷ Min. 2:00:00

la niña “¿Tú sabes por qué estás aquí?”, contestó “Sí” y contó que “la primera vez que yo estaba sola en mi casa, acostada en mi cama, llegó mi padrastro y primero comenzó a besarme todo el cuerpo, luego se me subió encima, me metió la lengua en los oídos y me metió el pene en la vagina”¹²⁸.

Al preguntarle el Despacho, aclaró que las amigas de su mamá eran “Martha y Margarita”; al cuestionarla acerca de si el padrastro le había tocado los senos y la vagina en más de una ocasión, indicó que no quería hablar¹²⁹.

3.5. Ana Elvira Aguilera Norato - médico adscrita al INML de la ciudad desde 1984 y encargada de realizar valoraciones de lesiones no fatales - incorporó el informe pericial de clínica forense de valoración sexológica practicada el 12 de marzo de 2014 a la menor LFSG, de 13 años de edad, en la que estuvo presente la madre de la víctima; la examinada relató que – aproximadamente desde abril de 2013 - su padrastro abusaba sexualmente de ella, los fines de semana, en horas de la mañana, mientras su mamá estaba en el trabajo; “le quitaba la ropa, le metía la lengua en la oreja, le chupaba los “pitones”, le besaba todo el cuerpo, después se le montaba encima y le metía el pene en la vagina; cuando terminaba, la mandaba a que se bañara y él se quedaba limpiando la cama; la primera vez le salió un poquito de sangre, cuando iba a orinar le salía un líquido blanco de mal olor, después le daba a tomar un líquido verde que no le decía para qué era, pero ella se lo tomaba; siempre la amenazó diciéndole que si le contaba a la mamá le hacía algo a su madre y a los hermanos; la última vez que eso pasó fue hace como 20 días”¹³⁰; en el documento se plasmó que la niña no recordaba la fecha exacta en que ocurrieron los hechos, pero iniciaron en abril de 2013 y ocurrían todos los fines de semana¹³¹.

Respecto a los antecedentes familiares, agregó que en el informe consignó las condiciones expuestas por la niña y su progenitora¹³², al igual que los hallazgos

¹²⁸ Min. 2:01:35

¹²⁹ Min. 2:07:00

¹³⁰ Min. 13:30

¹³¹ Min.14:30

¹³² Min. 15:10

reportados en la historia clínica del 5 de marzo – al parecer, de 2014 -, junto con los resultados de los exámenes practicados; la edad clínica de la menor coincidió con su edad real¹³³; en el examen genital encontró – entre otras cosas - un himen de forma anular, con tres desgarros antiguos cicatrizados, localizados en los meridianos 3, 6 y 9 de las manecillas del reloj, lo que clínicamente orientaba a un tiempo de evolución superior a 10 días, indicativo de penetración vaginal, hecho que coincidía con los relatos de la niña¹³⁴; dentro de la valoración no se registró si la menor había tenido relaciones sexuales con otra persona¹³⁵.

En el conainterrogatorio aseveró que la menor narró los hechos y explicó que en los informes de valoración sexológica se registraba - en la primera parte del texto - la denuncia que el paciente – o su acudiente – presentaba¹³⁶, junto a la orden de la autoridad y la historia clínica, lo cual servía de apoyo al médico para determinar lo que debía examinar, sin que dicha información se tomara como complemento de los relatos del examinado, quien debía ceñirse a contar lo ocurrido y no se le permitía utilizar material de apoyo¹³⁷; quien narró lo plasmado en el acápite de “Antecedentes” seguramente fue la mamá de la niña, información que generalmente transcribía en la medida que se contaba¹³⁸; al interrogarla acerca de si los dictámenes de este tipo deben emitirse por un especialista en ginecología, contestó que “No” y contaba con formación médica en ese campo; ese tipo de especialistas se requerían para casos de orden más especializado¹³⁹.

En el redirecto manifestó que - antes de acudir al examen - la menor ya había sido valorada en una institución de salud, donde le practicaron exámenes médicos relacionados con el caso y contactaron a la policía de infancia y adolescencia; la historia clínica que contenía esa información fue aportada por la madre de la menor el día del examen y usualmente se devuelve¹⁴⁰.

¹³³ Min. 18:30

¹³⁴ Min. 22:30

¹³⁵ Min. 25:00

¹³⁶ Min. 38:00

¹³⁷ Min. 30:30

¹³⁸ Min. 33:00

¹³⁹ Min. 41:40

¹⁴⁰ Min. 46:00

En el recontra dijo que en el informe consignó lo que estaba en la historia clínica.

3.6. Yadir Alexander Cristancho Navarro - perito en documentología y grafología forense del CTI - incorporó el informe de investigador de laboratorio del 12 de marzo de 2015, donde plasmó los resultados de las muestras grafológicas tomadas al procesado, para establecer uniprocedencia con unos escritos recolectados como medios de prueba; examinó tres hojas de material dubitado que recibió del investigador PT Juan Carlos Rico Díaz¹⁴¹, donde obran las siguientes palabras¹⁴²:

- Escrito N° 1: “saves”, “cuanto”, “te”, “estraño”, “tu”, “saves”, “qu-”, impuestas con tinta fluida de tonalidad negra, generalmente utilizada por marcador permanente punta fina, sobre una hoja de papel tamaño cuerno, con renglones de tipo caligrafía identificada con la marca “EL CID”, sobre su borde inferior derecho.
- Escrito N° 2: “Hola”, “eRes”, “Muy especial”, “te-Q-M”, “Sigue”, “así”, “y”, “SeRas”, “la”, “mejoR”, impuestas con cera de tonalidad roja, generalmente usada por crayones, sobre una hoja de papel tamaño cuaderno, con renglones cuadriculados.
- Escrito N° 3: “La”, “verdad”, “q”, “no”, “se”, “cuales”, “son”, “Mis”, “Centimiento”, “Por ti”, “lo”, “que”, “si”, “estoy”, “seguro”, “es q”, “te”, “Amo”, “Mucho”, “y no”, “se”, “si” “Cera”, “Pecado”, “Amarte”, “qu”, “Dios”, “me”, “Condene”, “porque”, “no”, “puedo”, “dejarte”, “de”, “Amarte”, “y”, “a ti”, “te”, “pido”, “perdón”, “si”, “me”, “enamore”, “de”, “ti”, impuestos con tinta de tonalidad negra, sobre una hoja de papel tamaño cuaderno con reglones.

Pudo identificar que “existía semejanza en muchas características”¹⁴³ que le permitían “establecer que los escritos que obran en los documentos cuestionados, fueron suscritos por la persona a la cual se le tomaron las muestras escriturales, en este caso el señor Alfredo Rafael Rivera Cortina”¹⁴⁴, lo cual plasmó en el

¹⁴¹ Min. 1:28:30

¹⁴² Min. 1:27:40 y 1:30:30

¹⁴³ Min. 1:39:00

¹⁴⁴ Min. 1:39:00

informe, en el acápite de “Interpretación de resultados”¹⁴⁵; no había duda que “los documentos que fueron escritos en las hojas - documentos cuestionados - presentaban las mismas características grafonómicas y los mismos gestos escriturares hallados en las muestras tomadas al señor Alfredo Rivera”¹⁴⁶.

En el contrainterrogatorio afirmó que tenía certeza sobre la uniprocedencia entre las muestras analizadas¹⁴⁷ y reiteró que al realizar el análisis de los tres elementos recolectados, logró identificar que fueron elaborados por el encartado.

4.- La defensa se concentró en derruir la teoría de la agencia fiscal y recaudó las siguientes pruebas:

4.1. Blanca Nieves García Castro – madre de LFSG - manifestó que no era pareja del procesado desde que lo privaron de la libertad, pero lo visitaba; tenía cinco hijos, a saber, Jose Javier Corzo García, LFSG, NR, DVR y WS; vivía solo con tres de ellos, pues Jose Javier y LFSG ya tenían sus propios hogares¹⁴⁸; cuando LFSG vivía con ella, los fines de semana siempre se la llevaba a su trabajo¹⁴⁹; en el 2013 y 2014 laboraba en un asadero, en el horario de 8:00 a.m. a 3:00 o 4:00 p.m.¹⁵⁰ y le permitían ir acompañada de su hija¹⁵¹; sus otros tres hijos quedaban al cuidado de Esperanza Sandoval¹⁵²; en la época de los hechos juzgados su hijo Jose Javier consumía alucinógenos, desde que se organizó con su pareja, se fue de la casa y no volvió a consumir¹⁵³.

En el contrainterrogatorio afirmó que siempre se ha encargado de la manutención de sus hijos y ha costeado los gastos con su salario, los bonos de “Familias en acción”, las ayudas de sus hermanas y la colaboración económica del procesado

¹⁴⁵ Min. 1:39:35

¹⁴⁶ Min. 1:42:15

¹⁴⁷ Min. 1;44:56

¹⁴⁸ Min. 9:00

¹⁴⁹ Min. 13:00

¹⁵⁰ Min.21:36

¹⁵¹ Min. 21:12

¹⁵² Min. 10:20

¹⁵³ Min.14:40- 21:40

- cuando estaba en libertad -; actualmente recibe auxilio de sus hermanos, hijos y el padre del encartado, quienes han estado pendientes de las niñas desde que este último está en la cárcel, situación que la hizo cambiar de opinión sobre la denuncia que presentó en su contra, puesto que “salir adelante con cuatro hijos es muy duro”¹⁵⁴.

La agencia fiscal la cuestionó acerca que en la declaración rendida antes en el juicio oral aseveró que sus hijas permanecían en la casa - al cuidado de Esperanza -, pero al interrogarla directamente la defensa, expuso que siempre llevaba a la menor víctima al trabajo, ante lo cual contestó que siempre iba con su hija mayor – la afectada - a trabajar¹⁵⁵, nunca dejó a sus hijas solas en la casa, siempre estaban bajo su cuidado o el de Esperanza, el procesado las visitaba entre semana y solo podía verlas cuando ella estaba en la casa, pues no le permitía estar con ellas, ni con nadie más¹⁵⁶; agregó que el enjuiciado nunca vivió con ella – al tener su propia casa - y le colaboraba con la alimentación¹⁵⁷; sabía “leer muy poco y escribir tampoco bien”¹⁵⁸; nunca ha cambiado de opinión sobre lo ocurrido y siempre ha dicho la verdad.

4.2. Elkin Alfredo Rivera Sierra - hijo del procesado y de Blanca Nieves García Castro – comentó que no estaba muy involucrado en esa relación, sabía que “eran novios” y “no vivían juntos”; su papá le ayudaba a recoger en las noches en el negocio de comidas a su pareja, él pasaba y siempre veía a LFSG¹⁵⁹; con el paso del tiempo empezó a tratarse con los hijos de Blanca Nieves García Castro y cuando quedó embarazada de NR, la pareja comenzó a discutir, “se dejaron un tiempo”, volvieron y tuvieron a VR; después siguieron viéndose, pero “nunca vivieron juntos”; al empezar el proceso de custodia, su padre tuvo a las niñas un rato, pero “nunca tuvo la intención de quitárselas del todo” a la madre, siempre dejaba que las vieran y “él las llevaba para que se quedaran allá el fin de semana”; en marzo Blanca Nieves García Castro sufrió un supuesto ataque de rabia del que

¹⁵⁴ Min. 19:20

¹⁵⁵ Min. 22:00

¹⁵⁶ Min. 23:00

¹⁵⁷ Min. 22:40

¹⁵⁸ Min.19:55

¹⁵⁹ Min. 7:00 Aud. 15-11-2016

dijo estar arrepentida, denunció a su padre y pegó carteles que lo tildaban de “secuestrador”; su papá regresó de un viaje de Bogotá y “entregó las niñas”; a diario iba a la FGN, hasta que lo capturaron¹⁶⁰.

Los problemas por las menores comenzaron “en el 2009 o 2010”, cuando Blanca Nieves García Castro llegaba a la casa del procesado, a reclamarle por llevarse “las niñas”; le armaba escándalo y eso lo sabía la policía, pues ella llegaba con los uniformados al lugar¹⁶¹; todo se calmó un poco cuando nació la niña menor¹⁶²; este tipo de situaciones se presentaban porque Blanca Nieves García Castro “quería” que el encartado “se la pasara en la casa de ella”, su padre no quería eso, ella insistía y hasta lo presentaba “como el esposo”¹⁶³.

La pareja nunca convivió, solo pasaron juntos un fin de semana que ella “se quedó en la casa”; el encartado desde que se separó de la mamá, siempre vivió con sus hijos¹⁶⁴, sus hermanas N y V; “casi toda la vida” vivieron el procesado, él y sus otras hermanas, ya que su papá trabajaba en la noche y Blanca Nieves García Castro de día; la pareja acordó que la madre en las mañanas llevaría a las niñas a la casa del encausado o al colegio y éste las recogería y cuidaría hasta por la noche, cuando la mamá pasara a recogerlas; hubo un tiempo “desde principios” del 2012 que las menores comenzaron a dormir en la casa del procesado y la progenitora “ocasionalmente se las llevaba un fin de semana para la casa”¹⁶⁵, lo cual perduró hasta el “viaje a Bogotá”, “como en el 2014”¹⁶⁶.

Entre el 2012 y 2014 su padre frecuentaba la vivienda de la víctima y no se quedaba a dormir allá porque trabajaba de noche y en el día compartía con sus hermanas¹⁶⁷; en ese tiempo nunca hubo una “pelea extrema” entre la pareja y únicamente se presentaban problemas si su padre “decía que iba a salir a otro

¹⁶⁰ Min. 2:06:00

¹⁶¹ Min.2:09:45

¹⁶² Min-2:07:20

¹⁶³ Min.2:10:15

¹⁶⁴ Min.2:10:40

¹⁶⁵ Min. 2:12:10

¹⁶⁶ Min. 2:13:10

¹⁶⁷ Min. 2:13:40

lado”¹⁶⁸; en esas fechas su padre iba ocasionalmente a la casa de sus hijas en la moto y las recogía porque vivían cerca¹⁶⁹; en esas visitas pudo entrar a la casa y Blanca Nieves García Castro le entregaba a las niñas¹⁷⁰.

A LFSG la conoció un fin de semana que Blanca Nieves García Castro fue a la casa de él “con los hijos de ella”, los trató poco, solo el saludo; a veces visitaba a sus hermanas en las tardes, en algunas ocasiones también estaba allí la víctima, con quien dialogó por última vez quince días antes de su declaración, cuando ella le preguntó cómo iba lo de su papá¹⁷¹; el día anterior a esa conversación la menor le dijo que “se sentía mal”¹⁷² por la situación del procesado y le comentó que “claramente que todo era mentira y que estaba arrepentida”¹⁷³; el tema “quedó ahí como cortado”, a los pocos días había una audiencia y no se realizó; ese día fue a visitar a sus hermanas, se vio con ella y le manifestó que “estaba arrepentida de todo lo que había pasado, que lo había hecho por un acto de rabia”, “todo era mentira”, “quería decir la verdad, pero la estaban presionando”¹⁷⁴, se puso a llorar ahí”¹⁷⁵ y decidió grabar la conversación con el celular¹⁷⁶; LFSG le contó que la presionaban la “doctora y la Defensoría del Pueblo” e imaginaba que la “doctora” era “la fiscal”¹⁷⁷; luego la menor le dijo que “no había sido eso lo que pasó”.

La primera vez que dialogó con LFSG le manifestó que lo del “abuso” lo dijo porque veía “sufrir a la mamá” por culpa del procesado y no quería que “siguiera sintiendo eso”, aparte que le dio rabia que el encartado acusara al hermano de ser drogadicto¹⁷⁸; la segunda vez que se encontraron, él le pidió aclarar lo que le dijo y grabó el “pedazo” donde expuso que “Todo lo que dijo no es verdad”, estaba

¹⁶⁸ Min. 2:14:30

¹⁶⁹ Min. 2:32:00

¹⁷⁰ Min. 2:32:30

¹⁷¹ Min. 2:15:15

¹⁷² Min. 2:17:25 / 2:48:30

¹⁷³ Min. 2:17:30

¹⁷⁴ Min. 2:18:05

¹⁷⁵ Min. 2:18:00

¹⁷⁶ Min. 2:18:00

¹⁷⁷ Min. 2:18:30

¹⁷⁸ Min.2:48:30

“arrepentida” porque Alfredo Rafael Rivera Cortina estaba en un lugar “que no debe” y era “inocente”; al indagarle por qué no dijo eso en la audiencia, LFSG le respondió que le habían dicho que si se retractaba, ella y la mamá irían a la cárcel, reiteró que la defensora y la psicóloga la presionaban y tenía entendido que el procesado no podía ver a sus hijas porque “la doctora” señaló que no era posible, pues - de hacerlo - el ICBF le retiraba la custodia a su madre¹⁷⁹.

Tenía conocimiento que LFSG y su mamá visitaron a su padre en la Cárcel Modelo, fueron para que N y V visitaran a su papá¹⁸⁰; el trato entre el procesado y la afectada era “normal”, su progenitor la trataba “como una hija más”, ella vivía con ellos y nunca vio que su padre la tratara “demasiado bien”¹⁸¹; no conocía la personalidad de LFSG porque no la trató mucho, actualmente residía cerca de él con su pareja - según lo escuchado a la mamá -¹⁸² y la menor era “como adelantada a la edad”, dado que con solo 14 o 15 años ya vivía con una pareja¹⁸³.

Cuando la defensa le puso de presente lo expresado por LFSG en la entrevista respecto del presunto abuso sexual por Jonathan Steven Rivera¹⁸⁴, explicó que dicha situación no era cierta y refirió lo ocurrido ese día que tornaba imposible que el abuso hubiera sucedido¹⁸⁵.

Aseveró que su padre siempre había trabajado en vigilancia, salía de la casa a las 6:00 o 7:00 p.m. y regresaba a las 5:00 o 6:00 a.m.; en la mañana ayudaba a alistar las niñas para el colegio; en un tiempo que su hermana estudió en la mañana, la señora la llevaba al colegio y el procesado o él la recogían¹⁸⁶; en su tiempo libre dormía, escribía y veía televisión¹⁸⁷, siempre había vivido con su

¹⁷⁹ Min. 2:49:30

¹⁸⁰ Min. 2:19:00

¹⁸¹ Min.2:19:30

¹⁸² Min.2:20:40

¹⁸³ Min. 2:22:40

¹⁸⁴ Min.2:26:20

¹⁸⁵ Min.2:27:20

¹⁸⁶ Min.2:30:00

¹⁸⁷ Min.6:20 Aud. 15-11-2019

padre, quien se hizo cargo de él y su familia hasta la detención, dado que su relación con la progenitora era distante¹⁸⁸.

Podía asegurar que su padre y LFSG nunca estuvieron a solas, siempre iba cuando Blanca Nieves García Castro lo llamaba a decirle que las niñas estaban listas, o le decía que le llevara las menores porque ya había llegado de trabajar; además, la afectada se iba a trabajar con su progenitora¹⁸⁹, las niñas nunca estaban solas y cuando no vivían con ellos, si la mamá estaba trabajando, las cuidaba una vecina que se las entregaba a su papá para que se las llevara; LFSG nunca fue sola a la casa de ellos¹⁹⁰ y no creía que en esa época su madre dejara a las menores al cuidado de la afectada, en virtud a que tenía 12 o 13 años¹⁹¹; la víctima y su progenitora en ocasiones iban a almorzar o cenar a la casa del procesado, se recostaban después del trabajo y se iban para su casa¹⁹².

Del hijo mayor de Blanca Nieves García Castro afirmó que era adicto a los estupefacientes y a su padre le preocupaba su convivencia con las niñas¹⁹³; Blanca Nieves García Castro trabajaba los fines de semana en un restaurante, allí la veía junto a LFSG y algunas veces con sus otros hijos¹⁹⁴; su padre constantemente cargaba “una agenda, una carpeta” y dejaba por escrito “si había que hacer algo en la casa”¹⁹⁵, a veces escribía canciones porque se la pasaba escuchando música, utilizaba “el mismo cuaderno de donde dejaba las notas”, ese “era un cuaderno escolar de los grandes”¹⁹⁶, del cual - lo último que supo - era que lo tenía “la señora Blanca”¹⁹⁷; los escritos “del cuaderno” eran “canciones de vallenato de Diomedes” y su padre lo hacía para aprenderse las letras¹⁹⁸.

¹⁸⁸ Min.2:38:10

¹⁸⁹ Min.2:32:50

¹⁹⁰ Min. 2:34:00

¹⁹¹ Min.2:36:17

¹⁹² Min.9:30 Aud., 15/11/16

¹⁹³ Min.12:30 15/11/16

¹⁹⁴ Min.16:00

¹⁹⁵ Min.-18:00

¹⁹⁶ Min.18:30

¹⁹⁷ Min.18:50

¹⁹⁸ Min. 19:50

En el conainterrogatorio aclaró que entre abril de 2013 y febrero de 2014 vivía con su papá en el barrio Punta Paraíso y Blanca Nieves García Castro lo hacía en el barrio Brisas de Provenza, o sea, quedaban a 15 minutos ida y vuelta caminando¹⁹⁹; de los siete años que llevaba de conocer a Blanca Nieves García Castro, siempre había trabajado en restaurantes y asaderos, por el sector de Provenza; tenía conocimiento que entre semana laboraba gran parte del día y los fines de semana trabajaba en la jornada de la mañana - hasta el medio día - o desde medio día hasta la tarde²⁰⁰.

Una o dos veces fue a la casa de LFSG, a acompañar a su papá o a su hermano a recoger a sus hermanas, sin ingresar a la vivienda²⁰¹; se enteró del proceso penal porque su papá le contó; conocía del conflicto de la pareja por la custodia de sus hermanas, la cual tuvo su padre en el “2012” o “2013”, el cual inició porque su padre estaba preocupado por el comportamiento del hermano mayor de las niñas – Javier -, elevó una queja en el ICBF²⁰² y obtuvo la custodia de ellas “en el 2013, casi iniciando el 2014”²⁰³; insistió en que Blanca Nieves García Castro visitó a su progenitor mientras estuvo privado de la libertad, incluso, pedía visitas para llevar a sus hijas y - al parecer - también asistió LFSG²⁰⁴; el día que capturaron a su padre, Blanca Nieves García Castro le dijo que “ella no sabía que eso era tan grave”, “había intentado quitar el denunció y no la dejaron”²⁰⁵.

4.3. Jonathan Steven Rivera Sierra - hijo del procesado – admitió vivir con su padre Alfredo Rafael Rivera Cortina, sus hermanos Elkin y Junior; ninguno de ellos convivió en algún momento con Blanca Nieves García Castro y su familia en la misma casa, siempre en hogares separados; desde que conoció a la ex pareja de su padre creyó que tenía algo raro, como “algo de loca”²⁰⁶ y su hogar se conformaba por su hijo Javier - quien era drogadicto y tenía varias mujeres -,

¹⁹⁹ Min. 22:30

²⁰⁰ Min. 24:00

²⁰¹ Min. 25:10

²⁰² Min. 28:30

²⁰³ Min. 28:40-

²⁰⁴ Min. 30:30

²⁰⁵ Min. 31:30

²⁰⁶ Min. 34:00

LFSG - desde muy pequeña con novios y desordenada en el colegio ⁻²⁰⁷, WS - un niño - y sus hermanas NR y DVR - producto de la relación entre Blanca Nieves García Castro y su padre; cuando esta última estaba trabajando, a NR y DVR las cuidaba la “señora Esperanza”²⁰⁸ y si no tenía con quien dejarlas, se las llevaba para el trabajo²⁰⁹, lo que igual hacía con LFSG, quien siempre la acompañaba a todas partes²¹⁰; no tenía conocimiento quién cuidaba a las niñas los fines de semana²¹¹; su papá era vigilante, acostumbraba a escribir poesía y letras de canciones en un cuaderno que se le perdió y - al parecer - estaba en poder de Blanca Nieves García Castro²¹²; su padre era una persona respetuosa y trabajadora que no se metía con nadie²¹³.

Ante las preguntas complementarias del juzgador reiteró que los hijos de Blanca Nieves García Castro eran Javier, WS, LFSG, N y V, siendo Javier el del problema de drogadicción²¹⁴.

4.4. Andelfo Méndez Cáceres²¹⁵ - investigador privado - trabajó como policía judicial, lo contrataron para realizar labores de campo, verificar las condiciones de tiempo, modo y lugar de los hechos, tomar entrevistas y recolectar pruebas, lo cual hizo en el 2015²¹⁶; concluyó que “al parecer sí hubo un delito de acceso carnal violento”, pero lo pudieron cometer otros sujetos diferentes al procesado²¹⁷, caso de (i) “Jonathan, el hijo del acusado”²¹⁸, quien - según las versiones de la mamá de LFSG - “tuvo al parecer un acceso más físico con la menor”²¹⁹; (ii) “Jose

²⁰⁷ Min. 34:30

²⁰⁸ Min. 36:00

²⁰⁹ Min. 36:40

²¹⁰ Min. 37:00

²¹¹ Min. 38:30

²¹² Min. 36:27

²¹³ Min. 38: 30

²¹⁴ Min. 39:00

²¹⁵ F. 170 y 267 / Audiencias de juicio oral del 24 de enero de 2017 y 28 de mayo de 2018

²¹⁶ Min.45:00

²¹⁷ Min. 46:30

²¹⁸ Min. 47:02

²¹⁹ Min. 50:12

Javier²²⁰, hijo de Blanca Nieves García Castro, quien vivía en la misma vivienda de la afectada, sufría problemas de drogadicción y pudo cometer el abuso en estado de alucinación, máxime si tenía cercanía con la menor²²¹; (iii) “Carlos Andrés González”²²² porque sus conversaciones con LFSG en Facebook permitían inferir una cercanía con ella²²³ o (iv) “Andrés Felipe”²²⁴ por ser la pareja actual de LFSG y podía tener acceso a ella sin problema, ya que - al parecer - llevaban varios años juntos²²⁵; sin embargo, no los investigó la agencia fiscal.

Entrevistó a Elkin Alfredo Rivera y determinó que el procesado era buen padre, visitaba constantemente a sus hijas menores – solo cuando la mamá estaba presente -, no tenía antecedentes de ser obsesivo con el sexo y era honrado, trabajador y cumplidor con todos sus hijos²²⁶; los vecinos del barrio aseguraron que nada extraordinario acaeció en la casa donde vivía LFSG, el encausado iba a visitar a sus hijas en esa vivienda o en las de los vecinos que las cuidaban; de todas las veces que se acercó a la casa de la víctima, solo en dos ocasiones la encontró con la mamá y en una de ellas le dijo que si era su deseo arreglar la situación, podía contactarse con el apoderado²²⁷; en esas visitas estuvo presente la pareja de LFSG, pues vivía en esa casa con ella²²⁸.

Incorporó cuatro pantallazos del perfil de Facebook de LFSG y el 5 de noviembre de 2015 encontró (i) una publicación de carácter íntimo del 31 de mayo que Carlos Andrés González le escribió, (ii) una fotografía del actual compañero sentimental de LFSG, a quien encontró en la vivienda de ella en una de las visitas²²⁹ y (iii) una publicación de Claudia Yanet Orduz Jaimes - posible conocida de Blanca Nieves

²²⁰ Min. 47:20

²²¹ Min. 51:10

²²² Min. 47:35

²²³ Min. 50:40

²²⁴ Min. 48:00

²²⁵ Min. 50:20

²²⁶ Min.14:45

²²⁷ Min. 44:00

²²⁸ Min. 21:31 6 / Audiencia de septiembre de 2018

²²⁹ Min. 29:20

García Castro²³⁰ -, donde expresaba su opinión sobre lo ocurrido al interior de la familia de la menor, cuyo contenido – según él - demostraba que el procesado le colaboraba a la menor²³¹.

En el conainterrogatorio aseveró que la vivienda de la menor estaba ubicada en el barrio Brisas de Provenza, a donde se llegaba caminando²³²; no recordaba la fecha de los hechos juzgados y no verificó el tiempo transcurrido entre las conversaciones que encontró en el muro de la menor y la fecha de los hechos; las investigaciones las realizó en el 2015²³³, no tenía a la menor como contacto en la red social, pero a la información se podía acceder de manera pública²³⁴; a Blanca Nieves García Castro le dijo en su vivienda que si deseaba solucionar la situación podía “acercarse y arreglar con el abogado”²³⁵.

4.5. Alfredo Rafael Rivera Cortina renunció a su derecho de guardar silencio y expuso que desde 20 años atrás se desempeñaba como vigilante, siempre en el turno nocturno²³⁶; en la época del juicio vivía con uno de sus hijos y su nuera; conoció a Blanca Nieves García Castro en el 2008, con quien procreó a NR y VR; nunca convivió con ella, pues cada uno vivía en su propia casa²³⁷; cuando comenzaron a salir, se encontraban a escondidas porque LFSG decía que el papá de ella se había ido de la casa por culpa de él²³⁸; la relación era “normal”, su pareja en los días de descanso lo invitaba a almorzar y compartían con los hijos de ella²³⁹; la relación se terminó porque el hijo mayor de Blanca Nieves García Castro consumía estupefacientes, ella no creía pese a que todos le decían, un día llegó a la casa y vio que el muchacho estaba consumiendo, cuando ella volvió de

²³⁰ Min. 32:45

²³¹ Min. 32:45

²³² Min. 43:00

²³³ Min. 42:40

²³⁴ Min. 46:00

²³⁵ Min. 44:29

²³⁶ Min. 10:30

²³⁷ Min. 11:30

²³⁸ Min. 12:40

²³⁹ Min. 14:20

la tienda le reclamó, tomó las niñas, se las llevó²⁴⁰, al día siguiente - en marzo de 2013²⁴¹ - denunció al hijo de aquella en la FGN y desde ese momento comenzaron los problemas.

Reconocía que cometió un error cuando se llevó “a las niñas a escondidas” - sus hijas -, a quienes tuvo durante tres o cuatro días; cuando volvió asistió a una cita en el ICBF, acordaron que estaría con las menores de día y se las llevaría a la mamá de noche, pues una de ellas aún “tomaba seno”; ese día la Defensora de Familia le comentó que lo denunciaron por el delito de “acceso carnal abusivo” y le informó que por ley no podía tener a sus hijas, de ahí que le entregó la custodia a la mamá²⁴²; su relación con LFSG era “normal”, nunca tuvieron problemas, aunque su entonces pareja le contó que estaba brava porque iba a la casa²⁴³; tuvo la custodia de sus hijas desde el 12 de octubre de 2012²⁴⁴, antes fueron a varias audiencias y su argumento era los problemas de drogadicción que se presentaban en la casa donde sus descendientes residían²⁴⁵.

Incorporó el acta de conciliación N° 1403 HF. 1752-09 suscrita en el ICBF el 4 de octubre de 2012, donde se consignó el acuerdo con su ex pareja de encargarse de la custodia de las menores N y V, fijaron los gastos y obligaciones, así como determinaron que las visitas serían libres, junto a ella; también incorporó la constancia del ICBF del 3 de septiembre de 2012, donde se plasmó que la diligencia no se realizó por inasistencia de Blanca Nieves García Castro; insistió en que el proceso de custodia lo inició porque no le gustaba la forma en que sus hijas vivían y la situación de drogadicción que se presentaba en ese hogar²⁴⁶; antes de tener su custodia, visitaba las niñas casi todos los días a medio día y a veces les llevaba almuerzo a todos; cuando iba a visitarlas en esa época - 2009 y 2010 - sus hijas siempre estaban con la mamá²⁴⁷, aunque en la época en que

²⁴⁰ Min.15:33

²⁴¹ Min.16:30

²⁴² Min.19:00

²⁴³ Min. 22:40

²⁴⁴ Min. 24:00

²⁴⁵ Min. 25:00

²⁴⁶ Min. 29:30

²⁴⁷ Min. 32:00

LFSG tenía 13 o 14 años, cuando él iba a recoger a sus hijas, las menores estaban con su mamá y a veces se encontraban en la casa de “doña Esperanza”, quien cuidaba a todos los menores, salvo a LFSG, ya que se iba al asadero con la mamá²⁴⁸.

Antes del problema no le conoció alguna pareja o pretendiente a LFSG; cuando estuvo privado de la libertad se enteró de la relación con su actual compañero, con el que vivía, de quien supo porque un investigador lo buscó en las redes sociales²⁴⁹; mientras estuvo en el centro carcelario Blanca Nieves García Castro lo visitó tres veces, una fue sola, otra con sus hijas y la última con N, V y LFSG²⁵⁰; cuando lo visitó con LFSG, ella todavía era menor; ese día lloraron juntos porque LFSG reconoció que “se equivocó” y no hablaron nada más²⁵¹; él le pidió perdón a LFSG y a Blanca Nieves García Castro por haberse llevado las niñas a escondidas y por hacerlas sufrir²⁵²; pensaba que su ex pareja iba a visitarlo para que pudiera ver a sus hijas; estando en reclusión mantuvo contacto con su expareja y en alguna ocasión le dijo que estaba arrepentida “de la denuncia”, intentó retirarla y no fue posible²⁵³; Blanca Nieves García Castro aceptó que lo hizo por la rabia que sintió cuando se llevó a sus hijas²⁵⁴ y no volvió porque “una doctora” le comunicó que si iba de nuevo con las niñas a la cárcel, se las quitarían²⁵⁵.

Después de salir en libertad por vencimiento de términos, la relación con su ex pareja era buena y hablaban “normal”²⁵⁶; la última vez que habló con LFSG fue el 7 de febrero, pues lo llamó a reclamarle porque el ICBF se llevó a N, V y W, lo cual era culpa de él, pero eso ocurrió porque denunció en la FGN que el compañero de

²⁴⁸ Min. 33:35

²⁴⁹ Min. 39:00

²⁵⁰ Min. 40:00

²⁵¹ Min. 43:30

²⁵² Min. 47:00

²⁵³ Min. 42:00

²⁵⁴ Min. 42:25

²⁵⁵ Min. 49:00

²⁵⁶ Min. 52:00

LFSG estaba vendiendo droga en la casa de Blanca Nieves García Castro²⁵⁷; después de lo ocurrido, siempre grababa las llamadas con su expareja, quedó registrado que su yerno vendía droga y confesó que su hijo menor W halló una bolsa de “bazuco” con la que se intoxicó²⁵⁸.

Blanca Nieves García Castro no lo favoreció con su declaración en el juicio oral, simplemente dijo la verdad²⁵⁹, no otra distinta a que cuando él se llevó a las niñas estaba desesperada y “no pasó nada”²⁶⁰; sin embargo, Freddy Sandoval - padre de LFSG - le comentó que la señora le iba a decir a LFSG que volviera a la FGN a acusarlo²⁶¹; nunca tuvo contacto sexual con LFSG, ni sabía si la versión del abuso era de la mamá o de la niña, dado que Blanca Nieves García Castro afirmaba que LFSG le contó lo del “acceso”, pero LFSG indicaba que nunca le dijo nada a su madre²⁶².

En el conainterrogatorio agregó que su primera hija nació el 4 de noviembre de 2009 y la segunda el 22 de abril de 2010; cuando se conoció con Blanca Nieves García Castro, ella tenía tres hijos e igual él; nunca vivió bajo el mismo techo con su ex pareja²⁶³; su relación se dañó cuando descubrió el problema de drogadicción del hijo mayor de ella²⁶⁴; la denuncia en su contra se formuló en el 2014; durante el tiempo que las menores estuvieron a su cargo, las cuidaba de día y la mamá de noche; la señora Esperanza las cuidaba antes que tuviera la custodia; su relación con Blanca Nieves García Castro finalizó en el 2012, cuando recibió la custodia de N y V²⁶⁵; las niñas se las llevó a la Costa, a escondidas, en marzo de 2014, sin avisarle a ella²⁶⁶; el proceso de restablecimiento de derechos lo inició en el 2011 porque Blanca Nieves García Castro dejaba a sus hijas al cuidado de doña

²⁵⁷ Min. 53:20

²⁵⁸ Min. 58:00

²⁵⁹ Min. 1:00:20

²⁶⁰ Min. 1:03:10

²⁶¹ Min. 1:01:00

²⁶² Min. 1:04:50

²⁶³ Min. 1:07:00

²⁶⁴ Min. 1:09:40

²⁶⁵ Min. 1:11:00

²⁶⁶ Min. 1:15:20

Esperanza, ella también trabajaba y las dejaba solas²⁶⁷; los gastos de sus hijos mayores y las niñas eran su responsabilidad; aunque Blanca Nieves García Castro trabajaba también, él se hacía cargo de ellas porque aquella era “desordenada con la plata”²⁶⁸.

Antes de los hechos juzgados nunca le conoció novio a LFSG; solo en el 2015, estando en la cárcel, supo de una pareja²⁶⁹; la visita de LFSG la organizó la misma menor²⁷⁰ y cuando le pidió perdón fue por el sufrimiento que ella le ocasionó²⁷¹; N y V estaban al cuidado del ICBF y pese a pedir su custodia, se la han negado por los cargos formulados en su contra dentro del presente proceso penal²⁷²; en septiembre de 2018 se enteró que el compañero de LFSG vendía drogas e instauró la denuncia contra Blanca Nieves García Castro - dueña de la casa -, LFSG y su pareja²⁷³; a LFSG la abordaron dos personas antes de declarar en el juicio oral y le dijeron que si negaba los hechos, el ICBF se iba a llevar a sus hermanas, ella y la mamá irían a prisión²⁷⁴.

En el redirecto aclaró que LFSG le dijo que las amenazas se las hicieron antes de entrar a declarar, las efectuaron “una doctora y una Defensora de Familia”, pero no dio sus nombres²⁷⁵.

En el recontra adujo que - según escuchó - LFSG solo respondió “Sí” a una pregunta, no le permitieron estar en el juicio oral y no sabía quién formuló los interrogantes²⁷⁶.

²⁶⁷ Min. 1:17:00

²⁶⁸ Min. 1:21:00

²⁶⁹ Min. 1:18:00

²⁷⁰ Min. 1:23:00

²⁷¹ Min. 1:24:30

²⁷² Min. 1:25:00

²⁷³ Min. 1:26:00

²⁷⁴ Min. 1:34:10

²⁷⁵ Min. 1:36:00

²⁷⁶ Min. 1:38:00

5.- Del análisis en conjunto y bajo la óptica de las reglas de la sana crítica del material probatorio recaudado, el Tribunal concluye lo siguiente:

5.1. En distintas oportunidades la – en esa época - menor LFSG describió las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que sucedieron las diferentes agresiones sexuales; sin embargo, previamente aclara la Colegiatura que la Fiscalía General de la Nación – entre otros compromisos – tiene el de procurar que en la indagación de delitos sexuales cometidos contra menores de edad se materialice el principio pro infans, el cual le impone “exigencias reforzadas de diligencia”, según las cuales debe “ejecutar todos los esfuerzos investigativos necesarios para materializar los derechos fundamentales de los menores víctimas en el marco del proceso, especialmente, verdad, justicia, reparación y la garantía de no repetición”²⁷⁷.

Por lo anterior, el orden jurídico propende por la protección de los derechos y garantías de los niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos sexuales; la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha razonado que “la Ley 1653 de 2013 contempla medidas orientadas a que, en el curso de los procesos penales que se adelanten con ocasión de tales ilícitos, se evite su revictimización, la cual puede seguirse de su participación como testigos en los juicios criminales. Incluso, desde antes de la promulgación de esa normatividad, la Sala había propendido porque en procesos de tal naturaleza se adoptarán las medidas posibles para evitar el sometimiento de los menores víctimas a las afectaciones que puede conllevar su participación en diligencias judiciales”²⁷⁸.

Es así que “la regulación procesal penal confiere a la Fiscalía varias herramientas para que la versión de los menores ofendidos (que muchas veces constituye la única fuente de información indicativa de la ocurrencia de tales conductas punibles) pueda ser utilizada como prueba, con miras a lograr la condena de los responsables por su comisión, materializando, en la mayor medida posible, los derechos de las víctimas y, a la vez, sin restringir irrazonablemente la garantías defensivas de contradicción y confrontación”.

²⁷⁷ Auto A-009 de 2015

²⁷⁸ SP 934 de mayo 20 de 2020, rad. 52045

Entre esas herramientas jurídicas la agencia fiscal cuenta con la opción de llevar la versión de la víctima al juicio como prueba de referencia; el máximo Tribunal ha discernido que “...Luego de analizar la jurisprudencia de la Corte Constitucional y de esta Corporación, dejó sentado que la incorporación de ese tipo de declaraciones es posible, así el testigo haya sido presentado en juicio, toda vez que así, es claro que en los planos legislativo y jurisprudencial, desde hace varios años existe consenso frente a la necesidad de evitar que en los casos de abuso sexual los niños sean nuevamente victimizados al ser interrogados varias veces sobre los mismos hechos y, principalmente, si son llevados como testigos al juicio oral, lo que puede convertir para ellos el procedimiento en el escenario hostil a que hacen alusión el Tribunal Constitucional de España y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en las decisiones citadas por la Corte Constitucional en la sentencia C-177 de 2014...”²⁷⁹.

Entonces, resulta claro que en el caso bajo estudio no pueden desecharse las declaraciones anteriores al juicio de la menor perjudicada, a pesar que LFSG fue objeto de escrutinio directo cuando fue llevada al juicio oral, lo que pudo generar su victimización secundaria y propiciar que permaneciera en silencio frente a varios cuestionamientos; dentro de sus diferentes intervenciones procesales, se encuentran las siguientes:

5.1.1. Marcela Núñez Jaimes - psicóloga del CAIVAS – incorporó el informe de investigador de campo del 11 de marzo de 2014, relativo a la entrevista psicológica recibida a LFSG – acompañada de su progenitora - quien la autorizó – y la Defensora de Familia -, a fin de establecer las circunstancias de tiempo, modo y lugar de los hechos juzgados; LFSG tenía 13 años de edad en la fecha de la entrevista; le dijo que “...era abusada sexualmente por su padrastro desde la edad de 12 años”; él aprovechaba cuando “ella se encontraba sola y sobre la cama”, “la penetraba vaginalmente y posterior a esto le daba un líquido a beber”; la última vez que fue objeto de abuso ocurrió cuando su mamá “fue a sacar una cita en CAPRECOM”, veinte días antes de la denuncia; todo inició en el 2013 “como en abril o marzo” y los episodios duraron aproximadamente “11 meses”; los abusos ocurrían “solamente los sábados y los domingos”; si su mamá tenía algo que

²⁷⁹ Sentencia de 28 de octubre 2015, rad. 44056

hacer, su padrastro “se quedaba en la casa”; la primera vez que ocurrió, LFSG estaba sola, acostada en su cama, su padrastro llegó después de que su mamá se fuera a trabajar, primero le besó “todo el cuerpo”, luego se le “subió encima”, le “metió la lengua en los oídos” y “le metió el pene en la vagina”

La citada profesional encontró respaldo afectivo frente a los hechos narrados, ya que en la entrevista la afectada mostró “actitud expresiva”, fue “empática con la entrevistadora”, no advirtió “alteración alguna”, ni “signos” o “síntomas de cuadro clínico psicopatológico”, pero sugirió seguimiento psicológico por el ICBF, al tratarse de una presunta “víctima de abuso sexual”, de tal forma que no existían válidos elementos de juicio que permitieran determinar que LFSG faltó a la verdad o un tercero la coaccionó.

También aseveró que LFSG puso de presente por qué le contó a su madre hasta el día anterior a la entrevista, a saber, a la casa iban unas amigas de su mamá, se ponía “nerviosa”, “le dijeron” a su progenitora que le preguntara “¿qué pasaba?” y por eso decidió contarle, cuando iban en un bus; su progenitora consultó a un policía y éste le dijo que no le dijera nada al procesado, para no alertarlo.

5.1.2. Ana Elvira Aguilera Norato - médico adscrita al INML de la ciudad - incorporó el informe pericial de clínica forense de valoración sexológica practicada el 12 de marzo de 2014 a la menor LFSG, en la que estuvo presente la madre de la víctima; LFSG precisó las circunstancias de tiempo, modo y lugar que rodearon los hechos y describió con claridad que – aproximadamente desde abril de 2013 – su padrastro abusaba sexualmente de ella los fines de semana, en horas de la mañana, mientras su mamá estaba en el trabajo; narró que su padrastro “le quitaba la ropa, le metía la lengua en la oreja, le chupaba los “pitones”, le besaba todo el cuerpo, después se le montaba encima y le metía el pene en la vagina; cuando terminaba, la mandaba a que se bañara y él se quedaba limpiando la cama; la primera vez le salió un poquito de sangre; cuando iba a orinar le salía un líquido blanco de mal olor, después le daba a tomar un líquido verde que no le decía para que era, pero ella se lo tomaba; siempre la amenazó diciéndole que si le contaba a la mamá le hacía algo a la mamá y a los hermanos; la última vez que eso pasó “fue hace como 20 días”; dicha profesional plasmó en su informe que

LFSG no recordaba la fecha exacta en que sucedieron los hechos, pero iniciaron en abril de 2013 y ocurrían todos los fines de semana; la edad clínica coincidía con su edad real.

En el examen genital se encontró – entre otras cosas - un himen de forma anular, con tres desgarros antiguos cicatrizados, localizados en los meridianos 3, 6 y 9 de las manecillas del reloj, lo que clínicamente orientaba a un tiempo de evolución superior a 10 días, indicativo de penetración vaginal, hecho que coincidía con los relatos de LFSG, sin que se registrara que la menor tuvo antes relaciones sexuales con otra persona; por lo tanto, científicamente se demostró que LFSG fue accedida carnalmente cuando no contaba aún con 14 años de edad, siendo Alfredo Rafael Rivera Cortina el único sindicado por la niña como autor de esos hechos, producto del abuso sexual de que fue objeto.

5.1.3. El 3 abril de 2014 nuevamente contó lo sucedido ante la psicóloga del ICBF / CAIVAS - Margareth Rocío Marín Valencia -, a quien le indicó que “...se encontraba preocupada “porque la mamá la culpaba de la situación” referente a “una violación de su padrastro”, a quien identificó como “Alfredo”; estos episodios ocurrieron un año antes de la entrevista, cuando ella tenía como “12 años”...”.

En consecuencia, distinto a lo aducido por la defensa, emerge nítido que las citadas profesionales fueron testigos de las condiciones en que LFSG – en tres ocasiones - efectuó su relato previo, es decir, la coincidencia y concordancia de su versión al narrar los hechos que afectaron su integridad sexual permite inferir que dijo la verdad y no mintió sobre lo que realmente vivió, pues siempre mantuvo un mismo hilo conductor, aludió a detalles particulares que llamaron su atención durante el desarrollo de los eventos en que fue abusada sexualmente y guardó coherencia frente a lo expresado por los restantes testigos de cargo; puntualizó en diversas ocasiones que el agresor le daba a beber un líquido color verde luego de cometer los reiterados abusos, los hechos acaecieron en el hogar materno - la Peatonal 14 Casa N° 13 del barrio Brisas de Provenza de la ciudad -, solo los fines de semana, cuando su mamá trabajaba y su padrastro se quedaba en la casa, lo cual no se opone a la versión de la progenitora, quien en el juicio oral indicó que en esa época laboraba en un asadero los fines de semana - de 7:00 a.m. a 5:00

p.m. - y el procesado a ratos cuidaba a los menores y les llevaba la comida.

5.2. Al concurrir al juicio oral, LFSG aseveró categóricamente que se acercó a las instalaciones de la FGN con su progenitora, a radicar una denuncia de “acceso carnal a menor de 14 años” contra su “padrastro” Alfredo Rafael Rivera Cortina, del que fue víctima; refirió que “estaba abusando de mi hace un año y medio, algo así”, “él me tocaba los senos” y “me daba una cosita verde en un vaso”, “me tocaba la vagina”, “con las manos y con el pene”, lo hacía “por debajo” de la ropa, cuando se levantaba “aparecía toda mojada”; después que eso pasaba el procesado le decía que no le fuera a decir nada a la mamá - quien estaba trabajando en el asadero - y la amenazaba con hacerle algo a su hermano o a su madre, si contaba lo ocurrido; negó que el encausado le ofreciera algo a cambio de dejarse tocar o para que callara lo sucedido; no sentía nada por el encartado, quien le entregó unas cartas, aunque no recordaba lo que decían; el enjuiciado nunca vivió en la misma casa de ella, ni con sus hermanas N y V, pero cuidaba a estas últimas - día y noche -, a ella y a su hermano también los cuidaba cuando su mamá salía a trabajar; las amigas de su madre que le producían nervios se llamaban Martha y Margarita; al refrescar memoria – por intermedio de la Defensora de Familia – dijo recordar lo que contó en el sentido que “la primera vez que yo estaba sola en mi casa, acostada en mi cama, llegó mi padrastro y primero comenzó a besarme todo el cuerpo, luego se me subió encima, me metió la lengua en los oídos y me metió el pene en la vagina”, de tal manera que en el juicio oral LFSG narró en forma clara y detallada todo lo acontecido, contribuyendo a afincar la teoría del caso de la agencia fiscal.

5.3. Tal como inicialmente se reseñó, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha pregonado que – dentro de la corroboración periférica - deben analizarse varios aspectos cuando se valora la existencia del abuso sexual, a saber, “...(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...” o “...(i) el daño psíquico sufrido por el menor; (ii) el cambio

comportamental de la víctima; (iii) las características del inmueble o el lugar donde ocurrió el abuso sexual; (iv) la verificación de que los presuntos víctima y victimario pudieron estar a solas según las circunstancias de tiempo y lugar incluidas en la teoría del caso; (v) las actividades realizadas por el procesado para procurar estar a solas con la víctima; (vi) los contactos que la presunta víctima y el procesado hayan tenido por vía telefónica, a través de mensajes de texto, redes sociales, etcétera; (vii) la explicación de por qué el abuso sexual no fue percibido por otras personas presentes en el lugar donde el mismo tuvo ocurrencia, cuando ello sea pertinente; (viii) la confirmación de circunstancias específicas que hayan rodeado el abuso sexual...”; en el caso concreto refulge evidente lo siguiente:

5.3.1. Alfredo Rafael Rivera Cortina - en su calidad de padrastro – tenía la confianza de LFSG y sus familiares, en especial, de su progenitora, al punto que la madre no creyó lo contado por su menor hija acerca de la delictiva conducta de su ex pareja e, incluso, la regañaba porque le pedía dinero, hechos que facilitaron el despliegue de tan repudiable accionar criminal, a más que la niña tuvo que callar la ocurrencia de los actos libidinosos por más de un año, producto del reiterado interés del encausado para que LFSG no le contara nada a su mamá y del temor que la menor sentía frente a las amenazas desplegadas por el encausado respecto de su madre y hermano, las cuales adquirieron una mayor connotación cuando el encartado “desapareció” a sus otras hermanas y sintió aún más miedo de que materializara las amenazas; no otra cosa se puede concluir cuando la psicóloga del ICBF / CAIVAS evocó que LFSG “sentía temor por sus hermanas, quienes fueron el motivo por el que le contó a su mamá lo que ocurrió, pues un día “Alfredo” se las llevó y al ver que no aparecían, temió que les ocurriera lo mismo”.

5.3.2. El procesado conocía a plenitud la rutina de la madre de LFSG, sabía cuando debía desplazarse a su lugar de trabajo y si la menor afectada iba a quedar sola, falta algo momento propicio para su obrar lujurioso, conforme lo relató LFSG; de igual modo, conocía la forma en que estaba distribuido el inmueble donde permanecía la víctima y procuró que nunca los observara alguien – delito a puerta cerrada -, pese a lo cual LFSG declaró que “las niñas chiquitas” se dieron cuenta de lo ocurrido, aunque – tal vez por su corta edad – nunca fueron siquiera objeto de entrevista.

5.3.3. En la relación de Alfredo Rafael Rivera Cortina y Blanca Nieves García Castro existieron varios conflictos, sin que se deduzca que alguno de ellos motivó la denuncia instaurada para promover el presente proceso penal, menos aún que fuera fruto de una mentira para perjudicar al procesado, tan es así que este último manifestó expresamente en el juicio oral que no sabía si la versión del abuso era de la mamá o de la niña, dado que Blanca Nieves García Castro afirmaba que LFSG le contó lo del “acceso”, pero LFSG indicaba que nunca le dijo nada a su madre; es más, indicó que su relación con LFSG era “normal” y nunca tuvieron problemas, por lo cual LFSG ni algún otro familiar tenían motivos ajenos al hecho para incriminarlo, tanto así que se probó que - con la denunciante - eran progenitores de dos menores más - NSRB y DVRD -, sin que existieran otras razones para denunciarlo; en efecto:

5.3.3.1. Alfredo Rafael Rivera Cortina expuso que el proceso de custodia de las pequeñas hijas procreadas por ambos empezó en el 2011 porque no le gustaba la forma en que sus hijas vivían y la situación de drogadicción que se presentaba en ese hogar; visitaba las niñas casi todos los días a medio día, a veces estaban con su mamá y otras en la casa de “doña Esperanza”, pero la vecina también trabajaba y las dejaba solas; tuvo la custodia de sus hijas desde el 12 de octubre de 2012, para lo cual incorporó el acta de conciliación N° 1403 HF. 1752-09 suscrita en el ICBF el 4 de octubre de 2012, donde se consignó el acuerdo con su ex pareja de encargarse de la custodia de las menores N y V, fijaron las obligaciones y determinaron que las visitas serían libres, junto a ella; por lo tanto, el trámite del proceso de custodia cursó en época anterior a la del abuso sexual denunciado, o sea, de abril de 2013 a mediados de febrero de 2014, sin que tuviera incidencia lo uno en lo otro.

5.3.3.2. Alfredo Rafael Rivera Cortina comentó que la relación sentimental con Blanca Nieves García Castro supuestamente culminó en el 2012, cuando recibió la custodia de N y V; también aseveró que el hijo mayor de su ex pareja consumía estupefacientes y ella no creía - pese a que todos le decían -; un día arribó a la casa, vio que el muchacho estaba consumiendo alucinógenos, al volver su compañera de la tienda, le reclamó, tomó las niñas y se las llevó; al día siguiente denunció al hijo en la FGN, lo que - aseguró - hizo en marzo de 2013 y desde ese

momento comenzaron los problemas; por el contrario, la denuncia en su contra por abuso sexual se formuló en el 2014, o sea, más de un año después, hecho indicativo de que el problema familiar surgido con anterioridad no tuvo vínculo - causa a efecto – con la noticia criminal que su ex pareja instauró por la presunta comisión del delito sexual en detrimento de LFSG.

5.3.3.3. Alfredo Rafael Rivera Cortina reconoció que cometió un error cuando se llevó “a las niñas a escondidas” - sus hijas -, pero también afirmó que estuvo con ellas únicamente durante tres o cuatro días, se las llevó a la Costa y cuando volvió asistió a una cita en el ICBF, pactaron con Blanca Nieves García Castro que estaría con las menores de día y se las llevaría a la mamá de noche, pues una de ellas aún “tomaba seno”; ese día la Defensora de Familia le comentó que lo denunciaron por el delito de “acceso carnal abusivo” y le informó que por ley no podía tener a sus hijas, de ahí que le entregó la custodia a la mamá, por lo cual surge claro que un transitorio episodio de esa índole no tiene la virtud suficiente para generar la malsana idea de denunciar a la pareja por la supuesta comisión de un grave delito sexual – aprovechando su condición de padrastro -, máxime si se solucionó con prontitud y acordaron amigablemente lo correspondiente a la custodia y visitas de sus pequeñas hijas comunes.

5.3.3.4. Alfredo Rafael Rivera Cortina relievó que - después de salir en libertad por vencimiento de términos - la relación con su ex pareja era buena y hablaban “normal”; aunque la última vez que habló con LFSG fue el 7 de febrero, pues lo llamó a reclamarle porque el ICBF se llevó a N, V y W, lo cual era culpa de él; destacó que eso ocurrió porque en septiembre de 2018 denunció en la FGN a LFSG, a su compañero y su progenitora, pues se enteró que la pareja de LFSG estaba vendiendo “droga” en la casa de Blanca Nieves García Castro; después de lo sucedido, siempre grababa las llamadas con su expareja, quedó registrado que su yerno comercializaba “droga” y su hijo menor W halló una bolsa de “bazuco”, con la que se intoxicó; por ende, resulta claro que todos estos hechos son posteriores a la ejecución de las ilicitudes por parte del procesado y no pueden catalogarse como impulsores de lo expresado años atrás por LFSG acerca que su padrastro abusó sexualmente de ella.

Por consiguiente, ninguno de esos conflictos familiares sirve de pretexto para argumentar que alguno sirvió de motivo para radicar la denuncia contra el encausado, por el abuso sexual de que fue objeto LFSG.

5.3.3.5. LFSG aseguró que Alfredo Rafael Rivera Cortina le entregó unas cartas, lo cual también mencionó en la entrevista psicológica del 11 de marzo de 2014, acontecer de suma importancia porque tales documentos fueron objeto de peritazgo por un experto en documentología y grafología, el cual concluyó que eran uniprocedentes la escritura dubitada de los textos y las muestras indubitadas que le tomaron al enjuiciado, previa autorización; dichos manuscritos estaban dirigidos a LFSG - pues así lo afirmó en el juicio oral -, aparte que su contenido permite inferir un cercano vínculo entre el emisor y el receptor.

Cierto es que la defensa pretendió convencer a la audiencia acerca que dichos manuscritos no estaban dirigidos a LFSG, para lo cual arrió la declaración de Elkin Alfredo Rivera Sierra y Jonathan Steven Rivera Sierra - hijos del procesado -, pues el primero expuso que su progenitor constantemente cargaba “una agenda, una carpeta” o “un cuaderno escolar de los grandes” y dejaba por escrito “si había que hacer algo en la casa”, a veces escribía canciones porque se la pasaba escuchando música, eran “canciones de vallenato de Diomedes” y su padre lo hacía para aprenderse la letra, mientras que el segundo adujo que su papá acostumbraba a escribir poesía y letras de canciones en un cuaderno que se le perdió y - al parecer - estaba en poder de Blanca Nieves García Castro; sin embargo, las conclusiones a que se arrió en el citado experticio son contundentes y luego de establecerse su uniprocedencia con los manuscritos del procesado, al revisarse el contenido nada diferente puede concebirse, máxime si LFSG confirmó que recibió esas cartas, donde obran expresiones cariñosas como “saves cuanto te “estraño”, “eRes Muy especial”, “te-Q-M”, “Sigue así y SeRas la mejoR”, “La verdad q no se cuales son Mis Centimiento Por ti”, “lo que si estoy seguro es q te Amo Mucho y no se si Cera Pecado Amarte”, “qu Dios me Condene porque no puedo dejar de Amarte” y “a ti te pido perdón si me enamore de ti”, todo lo cual guarda relación con los episodios delictivos rememorados por LFSG.

5.3.3.6. Las profesionales que examinaron a LFSG avizoraron sentimientos de intranquilidad y expectativa cuando la menor relató las agresiones sexuales de las que fue víctima y detectaron que el sueño de la afectada estaba alterado porque padecía pesadillas nocturnas que rememoraban las situaciones vividas frente al abuso sexual; Margareth Rocío Marín Valencia - psicóloga del ICBF / CAIVAS - indicó que en los seguimientos efectuados a LFSG determinaron que la niña se ponía ansiosa al ver al procesado, también concluyó que sentía temor por el hombre que llamaba “Alfredo”, presentaba bajo apetito y sentimientos de culpa; LFSG igualmente sentía temor por sus hermanas y eso motivó que le contara lo ocurrido a su progenitora, pues un día “Alfredo” se las llevó, no aparecían y sentía miedo que les ocurriera lo mismo.

En fin, fueron varias las circunstancias que corroboraron periféricamente lo ya concluido acerca de la responsabilidad penal del procesado en relación con los vejámenes sufridos por LFSG.

5.4. Si bien a la postre Blanca Nieves García Castro varió su versión en el juicio oral y destacó que LFSG nunca permanecía sola, lo cierto es que su dicho debe valorarse probatoriamente de cara a la sana crítica, ya que la denunciante realizó afirmaciones tales como que - antes – cuando estaba en libertad, el enjuiciado le colaboraba económicamente con la manutención de sus hijos; quiso retirar la denuncia, pero no fue posible porque en estos procesos no se puede desistir y lo hizo porque cuando lo denunció “no esperaba que él fuera ir a caer preso”; después recibió ayudas de los parientes del encartado, quienes estuvieron pendientes de sus hijas desde que ingresó al centro carcelario, lo cual - sin duda - incidió en el cambio de aptitud de la denunciante, la que – adicionalmente – pese a lo acaecido, lo visitó tres veces mientras estuvo recluido, una sola, otra con sus hijas y la última con N, V y LFSG.

No obstante, no puede desconocerse que su inicial relato contribuyó a dar solidez a lo afirmado por LFSG, en la medida que – finalmente – denunció penalmente a su ex pareja, autorizó los exámenes periciales y entrevistas de LFSG, a la par que entendió las necesarias restricciones que debía atender para evitar que Alfredo Rafael Rivera Cortina continuara ejecutando la acción ilícita, si le permitía que se

acercara de nuevo a LFSG.

Además, al interrogarla la agencia fiscal en el juicio oral acerca de “si para esa época que usted salía a trabajar los fines de semana en el asadero, Alfredo Rafael quedaba con el cuidado de sus hijos”, respondió que “Pero a ratos doctora”, lo cual es coherente con el relato de LFSG, pues señaló que “...la primera vez que ocurrió, estaba sola, acostada en su cama y su padrastro llegó después de que su mamá se fuera a trabajar”.

5.5. El procesado pretendió aducir que LFSG estaba arrepentida de la denuncia y su estado de privación de la libertad, puesto que – supuestamente – no fue cierto que hubiera sucedido algún acto de la dimensión mencionada en la noticia criminal; así, expuso que la visita de LFSG al panóptico la organizó la misma menor y le pidió perdón por el sufrimiento que ella le ocasionó; ese día lloraron juntos porque LFSG reconoció que “se equivocó” y no hablaron nada más; él le pidió perdón a LFSG y a Blanca Nieves García Castro por haberse llevado las niñas a escondidas y por hacerlas sufrir; estando en reclusión mantuvo contacto con su expareja y en alguna ocasión le dijo que estaba arrepentida “de la denuncia”, intentó retirarla y no fue posible; Blanca Nieves García Castro aceptó que lo hizo por la rabia que sintió cuando se llevó a sus hijas y no volvió porque “una doctora” le comunicó que si iba de nuevo con las niñas a la cárcel, se las quitarían.

A su turno, Elkin Alfredo Rivera Sierra - hijo del procesado – relató que la última vez que dialogó con LFSG fue quince días antes de su declaración y ella le preguntó cómo iba lo de su papá; el día anterior LFSG le dijo que “se sentía mal” por la situación de su padre y “claramente que todo era mentira y que estaba arrepentida”; el día en que no se realizó una audiencia fue a visitar a sus hermanas, se vio con ella y le manifestó que “estaba arrepentida de todo lo que había pasado, que lo había hecho por un acto de rabia”, “todo era mentira”, “quería decir la verdad, pero la estaban presionando” y se puso “a llorar ahí”; LFSG le contó que la presionaban la “doctora y la Defensoría del Pueblo” e imaginaba que la “doctora” era “la fiscal”; luego la menor le dijo que “no había sido eso lo que pasó”; la primera vez que dialogó con LFSG le manifestó que lo del

“abuso” lo dijo porque veía “sufrir a la mamá” por culpa del procesado y no quería que “siguiera sintiendo eso”, aparte que le dio rabia que el encartado acusara al hermano de ser drogadicto; la segunda vez que se encontraron, él le pidió aclarar lo que le dijo y grabó el “pedazo” donde expuso que “Todo lo que dijo no es verdad”, estaba “arrepentida” porque Alfredo Rafael Rivera Cortina estaba en un lugar “que no debe” y era “inocente”; al indagarle por qué no dijo eso en la audiencia, LFSG le respondió que le habían dicho que si se retractaba, ella y la mamá irían a la cárcel.

Pese a lo anterior, al interior del juicio oral LFSG insistió en el abuso sexual de que fue objeto por parte del encausado, nunca sugirió que sus múltiples relatos carecieran de veracidad, ni tildó de “inocente” al procesado, simplemente reafirmó la contundente sindicación, sin que se vislumbre la existencia de presiones por parte de algún sujeto procesal, en aras que declarara en contra de su voluntad o falazmente; por el contrario, su espontánea y voluntaria versión ratificó lo expresado con anterioridad en la denuncia por su progenitora y lo manifestado por ella ante distintas expertas, tal como atrás se reseñó.

5.6. Aunque Andelfo Méndez Cáceres - investigador privado de la defensa – producto de lo acopiado en el 2015 concluyó que “al parecer sí hubo un delito de acceso carnal violento”, pero lo pudieron cometer otros sujetos diferentes al procesado - “Jonathan, el hijo del acusado”, “Jose Javier, el hijo de Blanca Nieves García Castro, quien vivía en la misma vivienda y sufría problemas de drogadicción”, “Carlos Andrés González” porque sus conversaciones con LFSG en Facebook permitían inferir una cercanía con ella o “Andrés Felipe” por ser la pareja de LFSG y llevar varios años juntos -.

Sin embargo, lo cierto es que no arrió a la actuación algún concreto material probatorio que respaldara su dicho y comprometiera la responsabilidad penal de alguna de esas personas, respecto de las cuales nunca se pronunció LFSG sindicándolas de ser quienes abusaron sexualmente de ella, dado que exclusivamente radicó la autoría en Alfredo Rafael Rivera Cortina; incluso, Margareth Rocío Marín Valencia - psicóloga del ICBF / CAIVAS – señaló que dentro de la intervención psicológica no se pudo establecer si la menor tuvo

experiencias sexuales con otra persona, dado que no la cuestionaron al respecto y la niña tampoco lo comentó, aunque “más adelante” – al parecer en el 2015 - recibieron una queja del padre de LFSG acerca de un presunto abuso por parte del hermano mayor - consumidor de sustancias psicoactivas -, situación desvirtuada por LFSG, quien lo negó y afirmó que quería mucho a su hermano, el que - por el contrario - la protegía a ella y a sus hermanas.

El investigador privado de la defensa tampoco recordó siquiera la fecha de los hechos juzgados, ni verificó el tiempo transcurrido entre las conversaciones que encontró en el muro de LFSG y la fecha de los hechos, a más de aseverar que a Blanca Nieves García Castro le dijo en su vivienda que si deseaba solucionar la situación podía “acercarse y arreglar con el abogado”, circunstancia que ameritará compulsar copias de la actuación con destino a la Dirección Seccional de Fiscalías de Santander, a fin que investigue si pudo incurrir o no en la presunta comisión de un delito.

5.7. Frente a la restricción consagrada en el artículo 381 inciso 2° de la Ley 906 de 2004, la máxima Corporación en el campo penal ha decantado que

“...deben tenerse en cuenta aspectos como los siguientes: (i) la prueba de referencia no puede asimilarse automáticamente a prueba indirecta; (ii) así como la responsabilidad penal puede estar basada en prueba indirecta, la prohibición de basar la condena únicamente en prueba de referencia puede ser superada con este tipo de pruebas (indirectas); (iii) la Fiscalía tiene el deber de realizar lo que esté a su alcance para lograr la corroboración de la versión de la víctima, incluso a través de las denominadas “corroboraciones periféricas” y (iv) una cosa es la prohibición legal de que la condena esté basada exclusivamente en prueba de referencia, y otra que las pruebas plurales - algunas pueden ser de referencia - sean suficientes para desvirtuar la presunción de inocencia, según el estándar de conocimiento establecido por el legislador...”²⁸⁰

En el presente evento las diversas versiones que rindió paulatinamente la menor LFSG muestran la persistencia en la incriminación contra Alfredo Rafael Rivera Cortina, se observa coherencia y consistencia en su narración, describió con exactitud al agresor, también las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que

²⁸⁰ Sentencia de marzo 16 de 2016, rad. 43866

sucedieron los vejámenes, mantuvo el hilo cronológico y detallado de la forma y el contexto en que era agredida sexualmente, mostrándose la versión de LFSG similar ante todos los profesionales que compareció, pues aludió a los periodos de su ocurrencia, de tal manera que los diferentes expertos confirmaron los dichos de la menor de edad, con quien tuvieron contacto directo; aunque sabido es que – tal como lo ha discurrido el alto Tribunal en el campo penal – lo expresado por un perito debe tomarse como un simple criterio auxiliar y es al juzgador a quien compete valorar la credibilidad de lo afirmado - atendiendo lo previsto en el artículo 404 de la Ley 906 de 2004 -, lo cierto es que las aludidas pruebas dejaron entrever datos concretos de los vejámenes sexuales de que fue objeto, los que – cada uno desde su perspectiva – ratificaron.

La contundencia de tales medios de convicción también permite acreditar la tesis inculpativa porque diversos aspectos confluyen en la corroboración periférica de lo acontecido, de tal manera que no pueden catalogarse esas versiones de simple referencia, pues – se reitera – cada uno percibió detalles puntuales sobre diferentes aristas que – al analizar en conjunto – contribuyen a generar el convencimiento más allá de toda duda razonable sobre la existencia del punible y la responsabilidad penal del encausado; a pesar de la actitud de la afectada en el juicio oral – lo cual reclama la defensa -, la sindicación que efectuó desde inicios de la investigación fue categórica, sin que la defensa desvirtuara con algún medio persuasivo tan firme señalamiento; según lo decantado por la alta Corporación “...la apreciación positiva de la prueba testimonial no se supedita a que las distintas declaraciones exhiban absoluta y total concordancia y uniformidad, sino a que posean consistencia en lo esencial del relato, de suerte que permitan forjar el conocimiento sobre el núcleo del mismo, con independencia de las variaciones que se adviertan respecto de particularidades tangenciales, que pueden modificarse por el paso del tiempo y otras circunstancias similares...”.

En consecuencia, el compendio de pruebas acopiado por la agencia fiscal resulta suficiente para derruir la presunción de inocencia que cobija al enjuiciado, sin que los reproches de la censura debilitaran la convicción - más allá de duda razonable – acerca de la responsabilidad penal del procesado.

6.- La agencia fiscal imputó a Alfredo Rafael Rivera Cortina el agravante del

numeral 5 del artículo 211 del estatuto represor, esto es, "...La conducta se realizare sobre pariente hasta el cuarto grado de consanguinidad, cuarto de afinidad o primero civil, sobre cónyuge o compañera o compañero permanente, o contra cualquier persona que de manera permanente se hallare integrada a la unidad doméstica, o aprovechando la confianza depositada por la víctima en el autor o en alguno o algunos de los partícipes. Para los efectos previstos en este artículo, la afinidad será derivada de cualquier forma de matrimonio o de unión libre..."; esa permanencia del procesado en la unidad doméstica de la víctima - por ser parte del mismo núcleo familiar y vivir bajo el mismo techo - no fue debidamente probada en el juicio oral, sino que – por el contrario – se acreditó que nunca convivió con Blanca Nieves García Castro; no obstante, no puede desconocerse que el enjuiciado aprovechó la confianza depositada en él por LFSG, quien reconocía su autoridad como padrastro; adicionalmente, la menor fue objeto de expresiones cariñosas por parte de aquel y - al final – la amedrentó, todo producto del cercano vínculo existente, pues – por esa condición - tenía la oportunidad de acceder a su morada y aprovechar los momentos de soledad, sin que asista razón al cognoscente al desestimar dicha circunstancia de agravación punitiva, cuyo reproche no puede mantenerse porque la defensa obra como apelante único y la Colegiatura acata el principio de prohibición de reforma en peor

7.- El artículo 31 de la Ley 906 de 2004 consagra que "...El que con una sola acción u omisión o con varias acciones u omisiones infrinja varias disposiciones de la ley penal o varias veces la misma disposición, quedará sometido a la que establezca la pena más grave según su naturaleza, aumentada hasta en otro tanto, sin que fuere superior a la suma aritmética de las que correspondan a las respectivas conductas punibles debidamente dosificadas cada una de ellas..."; en el juicio oral se probó que - aproximadamente de abril de 2013 hasta mediados de febrero de 2014 – el procesado abusó sexualmente de LFSG, mientras su mamá estaba en el trabajo; contrario a lo que adujera el a quo, al encartado también era viable endilgarle la comisión de otros punibles objeto de imputación y acusación, yerro que no puede subsanar la Colegiatura en respeto al principio de prohibición de reforma en peor, en virtud a que la defensa obra como apelante único.

En síntesis, surgió el convencimiento más allá de toda duda razonable acerca de la responsabilidad penal de Alfredo Rafael Rivera Cortina, quien dolosamente

– actuando como imputable - atentó en forma efectiva contra la libertad, integridad y formación sexual de LFSG – en ese entonces menor de edad -, al penetrarla vaginalmente en forma abusiva, al menos en una oportunidad, lo cual ameritó que el a quo lo condenara solo por el delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años – ya que desechó la agravante específica y el concurso de punibles -, sin que su conducta esté amparada por alguna causal eximente de responsabilidad penal, pero tampoco pueda agravarse su situación jurídica porque la defensa obra como apelante único y el superior no puede reformar en peor el fallo dictado.

Corolario de lo anterior, se ratificará la sentencia impugnada, lo cual no obsta para compulsar copias de la actuación con destino a la Dirección Seccional de Fiscalías de Santander, a fin que investigue si Andelfo Méndez Cáceres - investigador privado de la defensa – pudo incurrir o no en la presunta comisión de un delito.

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

R E S U E L V E

PRIMERO.- CONFIRMAR el fallo de origen, fecha y naturaleza reseñados, mediante el cual se condenó a ALFREDO RAFAEL RIVERA CORTINA como autor del delito de ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE 14 AÑOS y lo absolvió del punible de ACTOS SEXUALES CON MENOR DE 14 AÑOS AGRAVADO EN CONCURSO HOMOGÉNEO Y SUCESIVO.

SEGUNDO.- ORDENAR que la secretaría de la Sala Penal del Tribunal compulse copias de la actuación con destino a la Dirección Seccional de Fiscalías de Santander, a fin que investigue si Andelfo Méndez Cáceres - investigador privado de la defensa – pudo incurrir o no en la presunta comisión de un delito.

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° 575

CÚMPLASE.-

Los Magistrados,



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



HAROLD MANUEL GARZÓN PEÑA



SHIRLE EUGENIA MERCADO LORA

SANDRA JULLIETH CORTÉS SAMACÁ

Secretaria

Confirma condena

A/ Alfredo Rafael Rivera Cortina

D/ Acceso carnal abusivo con menor de 14 años

Juez 2º Penal del Circuito de B/manga

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL

TRIBUNAL SUPERIOR DE BUCARAMANGA
SALA DE DECISIÓN PENAL

Magistrada Ponente: Shirle Eugenia Mercado Lora

Radicación:	680816000136-2010-02811 (23-186A)
Procedencia:	Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Bucaramanga
Procesado:	Edgar Augusto Pedraza Gómez y otros
Delito:	Contrato sin cumplimiento de requisitos legales
Apelación:	Sentencia absolutoria
Decisión:	Confirma
Aprobado:	Acta N° 405
Fecha:	28 de abril de 2023

I. ASUNTO POR DECIDIR

La Sala resuelve el recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía contra la sentencia del 27 de febrero de 2023 mediante la cual el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Bucaramanga decretó la preclusión de la investigación adelantada en contra de Elber de Jesús Hernández Dávila y Manuel Guillermo Camacho por el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales y a su vez, absolvió a Edgar Augusto Pedraza Gómez, Edgar Alfonso Plata Lozano, Carolina Alexandra Gómez Peñaloza y Rosalía Solorzano Angulo, por el ilícito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales.

II. HECHOS

En la sentencia de primera instancia¹ se registran los siguientes hechos:

“Producto del Convenio Interadministrativo N° 00001886 del 13 de noviembre de 2009 celebrado entre EDGAR PEDRAZA actuando como secretario de Infraestructura de Santander y EDGAR ALFONSO PLATA LOZANO como Gerente de Aguas de Barrancabermeja, por valor de 10.000 millones de pesos, cuyo objeto era la Construcción de Obras de Sectorización para el Acueducto Urbano de Barrancabermeja-Santander, la referida empresa Aguas de Barrancabermeja S. A E.S. P adelantó proceso contractual bajo el número 016 de 2009 cuyo objeto era la interventoría de la “construcción Obras Sectorización para el acueducto urbano de Barrancabermeja, Santander”.

“Adicionalmente, el 20 de mayo de 2010 se suscribió contrato número 017 entre la empresa AGUAS DE BARRANCABERMEJA y el CONSORCIO RUITOQUE representado legalmente por

¹ 111FalloAbsolutorio27Febrero2023.pdf – 01PrimeraInstancia Expediente digital.

MANUEL CAMACHO CARVAJAL-; a quien se le trasladó el 100% del vínculo obligacional dispuesto en el convenio N° 00001886 y en la ley contractual, por cuanto Aguas de Barrancabermeja no contaba con la idoneidad, ni la infraestructura, ni la posibilidad real para desarrollar y cumplir las condiciones y obligaciones adquiridas en el convenio; hecho que generó que AGUAS subcontratara la totalidad del objeto del convenio con el consorcio Ruitoque, desvirtuando la naturaleza del convenio interadministrativo, al ser dos particulares quienes lo estaban ejecutando, (interventor y consorcio), desnaturalizando la figura, los intereses y los fines de un contrato interadministrativo, surgiendo una “TRIANGULACIÓN” o “TERCERIZACION” contractual, debiendo entonces haberse acudido a un procedimiento de licitación pública.”

III. ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

3.1. El 30 de abril de 2013, ante el Juzgado Segundo Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Barrancabermeja, la Fiscalía General de la Nación formuló imputación en contra de Edgar Augusto Pedraza Gómez y Edgar Alfonso Plata Lozano por el delito de contrato sin cumplimiento de los requisitos legales -artículo 410 del Código Penal-, cargo que no fue aceptado por los procesados.

A su vez, el 2 de septiembre de 2013 ante el Juzgado Segundo Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Barrancabermeja, se formuló imputación en contra de Rosalía Solorzano Angulo y Carolina Alexandra Gómez Peñaloza por el mismo ilícito, cargo que no fue aceptado por las procesadas.

Finalmente, el 26 de noviembre de 2013 ante el Juzgado Primero Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Barrancabermeja, la Fiscalía General de la Nación formuló imputación en contra de Elber de Jesús Hernández Dávila y Manuel Guillermo Camacho Carvajal por el ilícito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales en la modalidad de intervinientes, cargos que no fueron aceptados.

3.2. Posteriormente, la audiencia de formulación de acusación se celebró el 9 de julio de 2015.

3.3. El 22 de junio de 2017, estando convocados los sujetos procesales para la realización de la audiencia preparatoria, la defensora de Elber de Jesús Hernández Dávila solicitó la preclusión de la investigación en favor de su defendido de conformidad con la causal 3 del artículo 332 del Código Penal, solicitud que fue denegada por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito.

3.4. Contra dicha determinación, la defensora de Hernández Dávila interpuso recurso de apelación, el cual fue resuelto por esta Corporación mediante auto del 5 de abril de 2018.

3.5. Posteriormente, una vez las diligencias retornaron al juzgado de conocimiento, la audiencia preparatoria se surtió en sesiones del 16 de agosto de 2018 y 5 de abril de 2019.

3.6. A su vez, el juicio oral se desarrolló en múltiples sesiones del 18 de octubre de 2019, 20 de febrero de 2020, 5 de marzo de 2020, 8 de octubre de 2020, 25 de noviembre de 2021, 25 de marzo de 2022, 21 de junio de 2022, 28 de junio de 2022, 27 de julio de 2022, 23 de agosto de 2022 y 24 de octubre de 2022.

3.7. Finalmente, el 12 de diciembre de 2022 se profirió el sentido de fallo de carácter absolutorio y el 27 de febrero de 2023 se dio lectura a la sentencia de primer grado, contra la cual el ente acusador interpuso recurso de apelación.

IV. PROVIDENCIA IMPUGNADA

El A quo inició su argumentación planteando el problema jurídico a resolver y continuó con el análisis de la vigencia de la acción penal, concretamente en lo que atañe a los cargos elevados respecto de Manuel Guillermo Carvajal Camacho y Elber de Jesús Hernández Dávila.

Con ocasión a dicho análisis, resolvió decretar la preclusión de la investigación por el advenimiento de la causal 1 prevista en el artículo 332 del Código de Procedimiento Penal en favor de Carvajal Camacho y Hernández Dávila.

Acto seguido, efectuó un desarrollo normativo y jurisprudencial en torno al ilícito previsto en el artículo 410 del Código Penal, a partir del cual reseña que siendo la fiscalía la titular de la acción penal, tiene el deber de estructurar adecuadamente los hechos jurídicamente relevantes.

Así, indicó que cuando la Fiscalía incumplía ese mandato, la solución que venía postulando la Corte Suprema de Justicia era que, si dicha irregularidad se advertía al concluir el debate y existían suficientes elementos materiales probatorios que permitían afirmar la responsabilidad del acusado, debía decretarse la nulidad de lo actuado, ya fuere a partir de la audiencia de acusación o de formulación de imputación, en el entendido que ello constituye una vulneración al derecho al debido proceso y defensa del acusado y, en caso contrario debía prevalecer la decisión absolutoria sobre la nulidad.

No obstante, señaló que recientemente esa Colegiatura recordó que la imputación y la acusación, constituyen actos de parte de la Fiscalía, luego los yerros en que allí se incurra carecen de control material y, por tanto, no pueden ser corregidos por vía de la nulidad.

De conformidad con el planteamiento expuesto en precedencia, destacó que resultan evidentes las falencias en el recuento fáctico de los hechos, así como la vinculación de los procesados al diligenciamiento, en el entendido que el ente acusador se limitó a señalar que Edgar Augusto Pedraza Gómez, en su condición de secretario de infraestructura de Santander celebró el convenio interadministrativo No. 01886-09 con la empresa Aguas de Barrancabermeja, con flagrante desconocimiento de las disposiciones normativas que rigen la contratación estatal, vulnerando principios de selección objetiva, transparencia, responsabilidad, economía y legalidad, sin precisar cuáles fueron los requisitos indispensables para el trámite, suscripción y liquidación de tales convenios que omitió.

Seguidamente, refirió que similar situación se advierte al analizar la imputación y acusación efectuado respecto de Edgar Alfonso Plata Lozano, pues con relación a este solo se afirmó que incumplió los mismos principios al suscribir, como gerente de la empresa Aguas de Barrancabermeja, el aludido convenio interadministrativo y celebrar el contrato de consultoría No. 016 de 2009 con Elber de Jesús Hernández Dávila, en tanto que de Rosalía Solorzano, en su condición de gerente de dicha empresa y Carolina Alexandra Gómez, directora de contratación de Aguas de Barrancabermeja, también se vieron inmersas en dicho comportamiento por suscribir el contrato No. 017 de 2009 con el Consorcio Ruitoque.

En ese sentido, refirió que la fiscalía desconoció que, al tratarse de un tipo penal en blanco, le asistía el deber de especificar cuáles eran esas normas que complementaban el tipo penal y que fueron desconocidas por los procesados en su condición de funcionarios públicos, tanto al momento de la celebración del Convenio Interadministrativo, como el contrato de consultoría No. 016 de 2009 y el No. 017 de la misma anualidad.

Continuó su argumentación, reiterando que era imprescindible señalar cuáles fueron esas normas de contratación estatal que se dejaron de considerar y la forma de intervención de cada uno de los involucrados en esos procesos de contrataciones cuestionados, pues de otro modo, ello les impedía a los acusados conocer claramente, cuál era el comportamiento que se les reprochaba, dificultando el ejercicio de la defensa técnica.

Al margen de las señaladas falencias, afirmó que al concluir el debate probatorio el ente acusador no logró demostrar los supuestos fácticos de la acusación, ello en el entendido que, si bien se demostró por vía de estipulaciones probatorias que Edgar Alfonso Plata Lozano, en su calidad de gerente de la empresa Aguas de Barrancabermeja S.A suscribió el reseñado convenio interadministrativo,

lo cierto es que el objeto del mismo no era el indicado por la Fiscalía en el pliego acusatorio, sino el de “Aunar esfuerzos entre las premencionadas entidades estatales para desarrollar el proyecto denominado “CONSTRUCCIÓN OBRAS DE SECTORIZACIÓN PARA EL ACUEDUCTO URBANO DEL MUNICIPIO DE BARRANCABERMEJA, DEPARTAMENTO DE SANTANDER”, como quedó plasmado en EST.12-1, así como se desprende de la cláusula primera del aludido convenio del 13 de noviembre de 2009.

Luego, señaló que contrario a lo aducido por la fiscalía, la empresa Aguas de Barrancabermeja S.A en ningún momento se comprometió a ejecutar de manera directa, por sus propios medios, recursos humanos y logísticos el objeto del convenio, destacando para ello el contenido de la cláusula 7 del mencionado negocio jurídico.

A partir de lo anterior, indicó que, si la obligación era “destinar todos los recursos” asignados por el ente territorial para materializar la construcción de esas obras de sectorización en el acueducto de la ciudad portuaria, no puede considerarse como desnaturalización del objeto de este el contratar la realización de tales obras con la empresa privada.

Además, destacó que como parte de la EST No. 11 que la fiscalía y defensa aceptaron dar por probado que, como parte final del “INFORME DE CONVIVENCIA Y OPORTUNIDADES ESTUDIOS Y DOCUMENTOS PREVIOS “CONSTRUCCION OBRAS DE SECTORIZACIÓN PARA EL ACUEDUCTO URBANO DEL MUNICIPIO DE BARRANCABERMEJA” en la que al considerar viable la ejecución del convenio, se estableció que se debía proceder a realizar el correspondiente proceso de contratación.

En ese sentido, señaló que, si para la ejecución del convenio era necesario realizar el proceso de contratación pertinente, no podría decirse que cuando la empresa Aguas de Barrancabermeja S.A, por intermedio de su gerente -Edgar Alfonso Plata Lozano- hizo lo propio, estuviera actuando de forma contraria al deber contractual adquirido con el departamento de Santander.

Seguidamente, refirió que se logró establecer que la empresa Aguas de Barrancabermeja S.A por intermedio de su gerente, estaba facultada para contratar, de conformidad con los términos del “Manual de Contratación” expedido por la junta directiva de la citada empresa el 21 de septiembre de 2005, sin que se hubiese acreditado que el procesado adelantado para contratar con la firma Consorcio Ruitoque estuviera alejado de las facultades conferidas, así como tampoco el contrato de consultoría realizado con Elber de Jesús Hernández Dávila.

En cuanto a Carolina Alexandra Gómez, adujo que si bien se acreditó su condición de directora de contratación administrativa de la empresa Aguas de Barrancabermeja S.A, lo cierto es que no se precisó en los hechos jurídicamente relevantes cuál fue el comportamiento irregular por ella desplegado y, por el contrario, lo único evidenciado es que participó en la fase de ejecución del contrato, al suscribir el acta de inicio y liquidación del mismo.

Por otra parte, en lo que atañe a Rosalía Solorzano Angulo señaló que si bien se demostró, de manera tangencial, que esta fungía como gerente de la empresa Aguas de Barrancabermeja S.A. para el mes de octubre del 2010, cuando designó a Carolina Alexandra Gómez Peñaloza como directora de contratación de esa empresa, lo cierto es que no quedó claro si ostentaba tal condición para la fecha en la que se suscribieron los contratos 016 y 017 de 2009, aunado a que no se precisó por parte del ente acusador cual fue la labor que esta cumplió en el desarrollo de los aludidos contratos y más aún, que ello lleve a cuestionar su proceder a la luz de la legislación penal.

En suma, refirió que de conformidad con lo reseñado por el investigador Jefferson David de Jesús Said Marciales, el proceso de investigación fiscal adelantado por la contraloría departamental en torno a esas presuntas irregularidades concluyó con la cesación de la investigación, al no haberse acreditado su existencia, quedando demostrado la razón de ser de ese convenio interadministrativo que se cumplió de manera plena.

En mérito de lo expuesto, refirió que resulta válido concluir que no se ha demostrado más allá de toda razonable la ocurrencia del suceso objeto de juzgamiento, así como la participación y responsabilidad de los encausados en ese proceder, motivo por el cual profirió fallo absolutorio en favor de los procesados.

V. DE LA IMPUGNACIÓN

5.1 Fiscalía General de la Nación

En la oportunidad procesal pertinente y de manera escrita, el ente acusador solicitó que, se revoque la decisión de primera instancia y, en su lugar se profiera condena en contra de Edgar Augusto Pedraza Gómez, Edgar Alfonso Plata Lozano, Carolina Alexandra Gómez Peñaloza y Rosalía Solorzano Angulo por el delito de contrato sin cumplimiento de los requisitos legales.

Así, inicialmente se refirió a los argumentos esbozados por el A quo en cuanto a la carencia o deficiencia de los hechos jurídicamente relevantes, señalando que sobre el particular se puede denotar en la imputación, acusación y

alegatos sobre los que se sustentan la litis que, Edgar Augusto Pedraza Gómez - secretario de infraestructura del Departamento de Santander-, celebró el convenio interadministrativo 000001886 con la empresa Aguas de Barrancabermeja S.A. E.S.P, siendo representante Edgar Alfonso Plata Lozano, desconociendo con ello la normatividad legal y constitucional que rige la contratación estatal, violando los principios de transparencia, selección objetiva, responsabilidad, económica y legalidad.

En cuanto a Rosalía Solorzano Angulo como gerente y representante legal de Aguas de Barrancabermeja S.A. E.S.P y Carolina Alexandra Gómez Peñaloza como directora de contratación de la empresa Aguas de Barrancabermeja, se señaló que tramitaron el contrato 017 de 2017 con el Consorcio Ruitoque, con el que se daba cumplimiento en su totalidad al objeto del convenio interadministrativo 000001886 de 2009 celebrado entre la Gobernación de Santander y la empresa Aguas de Barrancabermeja S.A. E.S.P., desconociendo con ello la normatividad legal y constitucional que rige la contratación estatal, violando con ello los principios de transparencia, selección objetiva, responsabilidad, economía y legalidad.

Además, señaló que más adelante se desarrolló el por qué se considera que dicho actuar fue irregular, indicándose que con su proceder los procesados trasladaron el vínculo originado en el convenio interadministrativo 000001886 de 2009, al subcontratar integralmente el objeto del mismo mediante contrato 017 de 2010 celebrado con el Consorcio Ruitoque, demostrándose así que la empresa Aguas de Barrancabermeja S.A E.S.P no tenía ni la capacidad técnica, ni operativa para cumplir con el compromiso que había adquirido y que debía darse en desarrollo del convenio, luego, tras hacer referencia a las normas y principios transgredidos, afirmó que ello conllevó a la tercerización de contratos encaminada a soslayar los principios de la contratación estatal.

En ese sentido, indicó que se puede observar que el eje central de la acusación si cumplió con la delimitación de los roles en que cada uno de los acusados tuvieron injerencia en las dos operaciones contractuales en desarrollo de un marco de interés mutuo, es decir Edgar Augusto Pedraza Gómez como secretario de infraestructura del departamento de Santander y ordenador del gasto, quien celebró el aludido convenio con Edgar Alfonso Plata Lozano, representante legal de la época de la empresa Aguas de Barrancabermeja S.A. E.S.P que por lo tanto también era ordenar del gasto de dicha entidad pública.

Seguidamente, reseño que también se dejó sentado la norma aplicable el referido negocio jurídico, que no es otra que la Ley 489 de 1993, cuya finalidad era la de “Aunar esfuerzos comunes” respetando las reglas de la contratación directa señalada en el numeral 2 del artículo 4 de la Ley 1150 de 2007.

No obstante, afirmó que lo que realmente se hizo fue entregarle el presupuesto que debía ser contratado con las reglas de la Ley 80 de 1993, a través de un procedimiento especial de carácter privado no atado a las exigencias del estatuto de contratación, para a partir de esto subcontratar todos los aspectos de los ítems del convenio, proceder contrario a los fines del estado y a los principios de la función pública y la moralidad y legalidad establecida en las causales de contratación del ya citado artículo 4 de la Ley 1150 de 2007.

En cuanto a Carolina Alexandra Gómez Peñaloza (coautora del trámite), como directora de contratación y Rosalía Solorzano Angulo (coautora del trámite y autora de la celebración) como gerente de la empresa Aguas de Barrancabermeja S.A. E.S.P, indicó que se señaló que tramitaron y además Solorzano Angulo celebró el contrato No. 017 de 2017 con el consorcio Ruitoque, con el que se daba cumplimiento en su totalidad al objeto del convenio interadministrativo 000001886 de 2009 celebrado entre la Gobernación de Santander y la empresa Aguas de Barrancabermeja S.A E.S.P.

Así las cosas, indicó que todas estas irregularidades resultaron conociéndose en el desarrollo de la averiguación penal que se adelantaba en razón a denuncia por la presunta celebración del contrato de interventoría No. 016 de 2010 para el contrato 016 de mayo de 2010, lo que presumía la existencia de algo irregular según el denunciante Omar Elías Morales, por cuanto se estaba firmando un contrato de interventoría para una obra que no se había contratado aún.

De ese modo, concluyó que de conformidad con los hechos jurídicamente relevantes y lo probado en el juicio oral, los procesados cometieron la conducta endilgada así; Edgar Augusto Pedraza al haber celebrado el Convenio Interadministrativo 000001886 de 2009 sin los requisitos legales esenciales reseñados, por cuanto, desconociendo lo normatividad, optó por sacar el contrato de la esfera departamental para radicarlo en donde se ejecutaría el mismo por medio de Aguas de Barrancabermeja, cuyo esfuerzo económico estaría puesto solo en 30 vallas informativas por un valor no superior a los 55 millones de pesos frente al total del contrato que se acercaba a los 10 mil millones de pesos, así como Edgar Alfonso Plata, al haber celebrado el referido convenio.

A su vez, en cuanto a Carolina Alexandra Gómez Peñaranda reiteró que está procesado incurrió en la conducta punible referida, por cuanto como directora de contratación de la empresa Aguas de Barrancabermeja S.A. E.S.P revisó en sus aspectos legales y jurídicos el contrato 017 de 2010 y Rosalía Solorzano Angulo lo cometió al haber celebrado el contrato 017 de 2010 sin los requisitos esenciales.

Ahora, con ocasión a los argumentos esbozados en la sentencia de primera instancia relacionado con la inexistencia de pruebas en torno a la responsabilidad de los procesados, señaló que conforme lo probado en el juicio el convenio interadministrativo 000001886 se celebró optando por una figura contractual que genera la inaplicabilidad de las reglas de la selección dispuestas en la Ley 80 de 1993, no obstante, reseñó que ello no es óbice para inobservar los principios contemplados en el artículo 209 de la Constitución Nacional y lo fines esenciales del Estado.

En otras palabras, afirmó que, como cualquier actividad del gasto público, debió pasar por un proceso de identificación de una necesidad, la maduración del proyecto a evaluar, los riesgos, requisitos de orden técnico, financiero y jurídico, los cuales hubiesen permitido determinar que la empresa Aguas de Barrancabermeja, pese a la función que habitualmente desarrollaba, no tenía la capacidad, ni la infraestructura para cumplir con el objeto del mismo, motivo por el cual debió darse aplicación inmediata al principio de selección objetiva.

Por otra parte, señaló que no es posible pretender alegar el desconocimiento de las normas por parte de los servidores públicos procesados, en el entendido que cada cargo público tiene sus funciones y en el acto de posesión correspondiente juran cumplirlas fielmente de acuerdo con la constitución y la ley.

Seguidamente, tras referirse a un extracto de la decisión de primer grado, destacó que ello deja en evidencia la inobservancia del A quo respecto del contenido de la Ley 489 de 1998 que rige los convenios interadministrativos que en su artículo 95 prevé lo que determina el por qué y para qué de su existencia.

Acto seguido, indicó que en el caso concreto no se buscó contratar una parte del objeto del convenio, sino que debido a que Aguas de Barrancabermeja no podía cumplir con lo convenido, contrató la totalidad del objeto del convenio interadministrativo, circunstancias que se demostró con la prueba documental relacionada con el convenio 000001886 de 2009 y el contrato 017 de 2010, que fue introducida en el desarrollo del juicio oral.

En ese sentido, cuestionó cuál era el esfuerzo que se estaba aunado con la empresa Aguas de Barrancabermeja, afirmando que lo que realmente se realizó fue una maniobra que permitiera inobservar entre otros, el principio de selección objetiva y propender por aumentar el flagelo de la corrupción de tanto aqueja al país.

Por otra parte, destacó que los hechos objeto de juzgamiento corresponden a un ilícito cometido en desarrollo de la etapa precontractual – trámite y celebración- sin que se haya traído a discusión o confrontación la etapa de

ejecución contractual. Además, resaltó la diferencia que existe entre las finalidades de las jurisdicciones administrativa, fiscal y penal, por cuanto versa sobre aspectos bien distintos.

Por otra parte, refirió que de la prueba documental surge evidente la irregularidad advertida, pues del informe de convivencia y oportunidades- estudio y documentos previos del 12 de noviembre de 2009 suscrito por el procesado Pedraza Gómez, señala entre otros aspectos que los fundamentos de la modalidad de selección plasmados allí son debido a que “(...) Aguas de Barrancabermeja S.A. E.S.P, entidad prestadora de los servicios públicos de acueducto y alcantarillado en el municipio de Barrancabermeja la cual cuenta con la infraestructura técnica, operativa y administrativa necesaria para ejecutar las obras del presente convenio (...)”, lo cual no es cierto a tal punto que todo lo entrega para cumplir con el convenio.

Además, refirió que otro aparte que fue omitido en el análisis probatorio fue el presupuesto técnico y económico en el que se contempla en el ítem 1008 la valla informativa proyecto por valor de \$ 41.580.000, valor exiguo para la cuantía de diez mil millones y la contratación de una interventoría, la cual debía ser ejercida por la empresa especializada en obras de servicios públicos domiciliarios y no ser contratado por aparte, incluso indicó que llama poderosamente la atención que en dicho presupuesto se contempló el AIU , aspectos presupuestales que son propios de los contratos estatales del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 -contratos de obra-.

Lo anterior, debido a que desde un inicio se está proyectando a que este contrato tenga utilidad, pese a que bajo el apoyo mutuo del artículo 95 y 96 de la Ley 489, no puede existir utilidad para los convenios interadministrativos, es decir, que desde el inicio ya se sabía que estos recursos serían contratados indirectamente a otros, demostrándose así la inobservancia a las reglas de selección y lo establecido en la acusación.

Con ocasión al verbo rector tramitar, hizo alusión a un pronunciamiento del Consejo de Estado, a partir del cual estableció que dentro de la fase precontractual en el que se debe imponer la limitante que rige la función pública y por ende su contratación, como lo es el principio de legalidad, cuya inobservancia de sus axiomas, esto es, planeación, economía, responsabilidad, transparencia y selección objetiva, se enmarca en la configuración del reseñado delito.

Finalmente, señaló que se demostró efectivamente que se afectó el bien jurídico de la administración pública sin ninguna justificación, teniendo como base para ello, el artículo 209 de la Constitución Nacional, la Ley 1150 artículo 2 numeral 4 y la Ley 489 de 1999. En ese sentido, solicitó que se revoque la decisión de primer grado y, en su lugar se emita sentencia de carácter condenatorio en

contra de Edgar Augusto Pedraza Gómez y Edgar Alfonso Plata Lozano, en calidad de autores y de Carolina Alexandra Gómez Peñaloza y Rosalía Solorsano Angulo en calidad de coautores por el delito tipificado en el artículo 410 del Código Penal.

5.6. No recurrentes

5.6.1. Defensor de Edgar Augusto Pedraza Gómez

Como sujeto procesal no recurrente el defensor abordó su argumentación haciendo alusión a los aspectos que fueron demostrado en el devenir del juicio oral, destacando que de conformidad con la prueba practicada se logró establecer que el convenio interadministrativo 001886 de 2009 fue producto de una obligación de ejecución del proyecto aprobado por el Banco de proyectos del municipio de Barrancabermeja.

Igualmente señaló que, se acreditó que previo a la firma del convenio interadministrativo se hacía necesario una serie de procedimientos técnicos y legales, que no estaban a cargo del ingeniero Pedraza, dirigidos a soportar los estudios previos y presupuestales para la ejecución del proyecto, los cuales fueron elaborados por Luz Yaneth Niño Lizcano, quien concurrió al estrado judicial a corroborar dichas circunstancias.

Además, refirió que también logró acreditarse a través de la prueba documental estipulada 11,12,12-1 y 13 y los testimonios de Luz Yaneth Niño Lizcano y Edgar Augusto Pedraza que una vez elaborados dichos estudios, el área jurídica procedió a la elaboración del convenio interadministrativo, dependencia en la que no tenía injerencia su defendido.

Seguidamente, refirió que se probó quienes habían sido las partes que suscribieron el referido convenio interadministrativo, haciendo alusión a la naturaleza de cada una de ellas y destacando las actividades que de conformidad con el certificado de existencia y representación legal tiene previstas la empresa de Aguas de Barrancabermeja de Santander S.A E.S.P que le permitían celebrar el convenio en mención. Con ocasión a lo anterior, concluyó que las partes celebrantes del contrato tenían aptitud para signarlo, dadas sus características específicas.

Con ocasión al objeto del convenio, que por demás estimó acreditado en el juicio oral, señaló que la empresa Aguas de Barrancabermeja, a la luz de las obligaciones contraídas en la cláusula 7 del convenio, procedió a firmar los contratos 016 y 017 de acuerdo con lo estipulado en el Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública y a los incisos tercero y cuarto del literal c, del numeral 4, del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007.

En ese sentido, concluyó que con dicho actuar se garantizaron los principios constitucionales de la función administrativa y la gestión fiscal, el deber de selección objetiva y del régimen de inhabilidades e incompatibilidades.

A su vez, reseñó que también se probó que el ingeniero Pedraza dio cumplimiento a lo pactado en la cláusula decimotercera del convenio interadministrativo, ello a través del acta de nombramiento de la ingeniera y el dicho de la misma, junto con el de su prohijado.

En cuanto a la fase de liquidación del contrato, destacó que el ente acusador, no elevó reparo alguno sobre el particular.

En mérito de lo expuesto, concluyó que la argumentación esbozada por el ente acusador corresponde a una lectura sesgada y fraccionada de las normas que regían la contratación estatal para la época de los hechos.

Lo anterior en el entendido que, la afirmación de la fiscalía conforme la cual la subcontratación realizada por la empresa Aguas de Barrancabermeja, estructura la figura denominada tercerización, es completamente alejada de la realidad, pues las leyes 80 y 1150 establecen la viabilidad de la modalidad de contrato cuando son entidades estatales que se unen para promover la ejecución de proyectos acordes a la competencias administrativas de las mismas, aspecto que consideró que se satisface en el caso concreto.

Destacando además que, se logró acreditar que, en la fase precontractual, de celebración y liquidación, se cumplieron todos los requisitos legales previstos en las mentadas leyes.

Por otra parte, afirmó que el ente acusador olvidó que el literal C, del numeral 4, del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007 -vigente para la época de la celebración del convenio interadministrativo 0018886 de 2009-, autorizaba celebrar subcontratos sometidos a régimen especial de la entidad ejecutora, situación que para el caso concreto era viable dado el objeto social de la empresa aguas de Barrancabermeja.

Continuó su argumentación, señalando que le asiste razón al A quo al sostener que no se logró demostrar más allá de toda duda razonable la ocurrencia de la conducta endilgada a su prohijado, pues en el devenir del juicio no se probó que este hubiese tramitado el convenio interadministrativo 001886 de 2009 sin el cumplimiento de los requisitos establecidos en la ley, destacando así las actuaciones surtidas en la fase precontractual que se incorporaron al acervo probatorio.

Finalmente, también consideró acertado el planteamiento del juez de primera instancia conforme el cual estableció que el proceso penal adelantado en contra de su prohijado, adolecía de hechos que comportan una conducta delictiva, pues en el acto de acusación se manifestó que la vinculación del señor Pedraza al proceso penal obedecía a que, como secretario de infraestructura de la gobernación de Santander, firmó el convenio interadministrativo 001886 de 2009 con la empresa estatal Aguas de Barrancabermeja cuyo objeto consistió en la construcción de obras de sectorización por el acueducto urbano del municipio de Barrancabermeja, Santander, indicando que pese a ser competente para asignar dicho convenio, vulneró los principios de selección objetiva, transparencia, responsabilidad, económica y legalidad, proceder que a su juicio afecta el ejercicio de la defensa.

Con ocasión a lo anterior, refirió que como quedó demostrado, previo a la suscripción del convenio en mención, se cumplieron con los requisitos establecidos para su ejecución.

Así las cosas, destacó que no puede pretender el ente acusador, por vía del recurso de apelación, sanear sus falencias dentro del trámite procesal y dar por sentado que su prohijado debía asumir hechos que nunca le fueron comunicados, como las normas que presuntamente fueron ignoradas o transgredidas, la forma como se vieron vulnerados los principios de la contratación estatal e incluso cual había sido su participación en el presunto actuar delictivo; yerro que a su juicio, deja en evidencia la carencia de teoría del caso de la fiscalía y por consiguiente la ausencia de prueba que soportara los hechos que permitan concluir la ocurrencia de alguna conducta con relevancia penal.

En mérito de lo expuesto, solicitó que se confirme la decisión de primer grado.

VI. CONSIDERACIONES DE LA SALA

6.1. De la competencia

De conformidad con el numeral 1° del artículo 34 de la Ley 906 de 2004, es competente la Sala para conocer del recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía General de la Nación contra la sentencia del 27 de febrero de 2023 proferida por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Bucaramanga, 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

Conforme a lo reseñado, le corresponde a la Sala determinar si las pruebas practicadas en el devenir del juicio oral lograron desvirtuar la presunción de inocencia que le asiste a Edgar Augusto Pedraza Gómez, Edgar Alfonso Plata Lozano, Carolina Alexandra Gómez Peñaloza y Rosalía Solorzano Angulo, con miras a que se revoque la decisión absolutoria y, en su lugar, se emita una en sentido condenatorio. Ello, claro está, tendiendo en cuenta que los medios de conocimiento sólo son aquellos que se han producido como prueba dentro de la audiencia pública.²

6.3. De la delimitación de los hechos jurídicamente relevantes

Sobre el particular, destaca la Sala que el artículo 250 de la Constitución Política establece que la Fiscalía está facultada para investigar los hechos que tengan las características de un delito; por lo cual se infiere que la relevancia jurídica de un hecho está condicionada a su correspondencia con la norma penal.³

Por otro lado, los artículos 288⁴ y 337 de la ley 906 de 2004⁵, regulan el contenido de la imputación y de la acusación, respectivamente, y disponen que, en

² Artículo 16 C.P.P.

³ CSJ, SP3168-2017, Radicado 44599, del 8 de marzo de 2017, M.P Patricia Cuellar Salazar

⁴ Artículo 288. Contenido

Para la formulación de la imputación, el fiscal deberá expresar oralmente:

1. Individualización concreta del imputado, incluyendo su nombre, los datos que sirvan para identificarlo y el domicilio de citaciones.
2. Relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes, en lenguaje comprensible, lo cual no implicará el descubrimiento de los elementos materiales probatorios, evidencia física ni de la información en poder de la Fiscalía, sin perjuicio de lo requerido para solicitar la imposición de medida de aseguramiento.
3. Posibilidad del investigado de allanarse a la imputación y a obtener rebaja de pena de conformidad con el artículo 351.

⁵ Artículo 337. Contenido de la acusación y documentos anexos

El escrito de acusación deberá contener:

1. La individualización concreta de quiénes son acusados, incluyendo su nombre, los datos que sirvan para identificarlo y el domicilio de citaciones.
2. Una relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes, en un lenguaje comprensible.
3. El nombre y lugar de citación del abogado de confianza o, en su defecto, del que le designe el Sistema Nacional de Defensoría Pública.
4. La relación de los bienes y recursos afectados con fines de comiso.
5. El descubrimiento de las pruebas. Para este efecto se presentará documento anexo que deberá contener:
 - a) Los hechos que no requieren prueba.
 - b) La transcripción de las pruebas anticipadas que se quieran aducir al juicio, siempre y cuando su práctica no pueda repetirse en el mismo.
 - c) El nombre, dirección y datos personales de los testigos o peritos cuya declaración se solicite en el juicio.
 - d) Los documentos, objetos u otros elementos que quieran aducirse, junto con los respectivos testigos de acreditación.
 - e) La indicación de los testigos o peritos de descargo indicando su nombre, dirección y datos personales.
 - f) Los demás elementos favorables al acusado en poder de la Fiscalía.

ambos escenarios de la actuación penal, la Fiscalía debe hacer una relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes.

En el mismo sentido, el artículo 287 *ibidem*⁶ que precisa las situaciones que determinan la formulación de la imputación, establece que es procedente 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 cuanto al trámite acusatorio, el artículo 336 del Código de Procedimiento Penal⁷, indica que, para la continuidad del trámite en la etapa acusatoria, se requiere que, de los elementos materiales probatorios, evidencia física o información legalmente obtenida, se pueda afirmar con probabilidad de verdad que la conducta delictiva existió y que el imputado es su autor o partícipe.

Como se colige de lo normado, y se reitera en jurisprudencia de la Sala de Casación Penal, los hechos jurídicamente relevantes son los que corresponden al presupuesto fáctico previsto por el legislador en las respectivas normas penales, del cual debe analizarse a partir del modelo de conducta descrito por el legislador, en los distintos tipos penales, sin perjuicio del análisis que debe hacerse de la antijuridicidad y la culpabilidad⁸.

Dilucidado lo anterior, resulta necesario pronunciarse respecto al principio de congruencia, consagrado en el artículo 448 del CPP⁹ como aquella consonancia que debe existir entre la imputación, acusación y sentencia respecto a tres factores esenciales: (i) personal, (ii) fáctico y, (iii) jurídico.

Factores que de conformidad con lo señalado por la Corte Suprema de Justicia¹⁰ son inalterables en lo que atañe al primero y segundo de estos, los cuales deberán permanecer inmutables desde el inicio del proceso hasta su culminación,

g) Las declaraciones o deposiciones.

La Fiscalía solamente entregará copia del escrito de acusación con destino al acusado, al Ministerio Público y a las víctimas, con fines únicos de información.

⁶ Artículo 287. Situaciones que determinan la formulación de la imputación.

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. De ser procedente, en los términos de este código, el fiscal podrá solicitar ante el juez de control de garantías la imposición de la medida de aseguramiento que corresponda.

⁷ Artículo 336. Presentación de la acusación

El fiscal presentará el escrito de acusación ante el juez competente para adelantar el juicio cuando de los elementos materiales probatorios, evidencia física o información legalmente obtenida, se pueda afirmar, con probabilidad de verdad, que la conducta delictiva existió y que el imputado es su autor o partícipe.

⁸ CSJ, SP3168-2017, Radicado 44599, del 8 de marzo de 2017, M.P Patricia Cuellar Salazar

⁹ Artículo 448. 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.

¹⁰ CSJ AP, 14 abril 2021, rad 54449.

contrario a lo que sucede con el tercero de ellos, que admite variaciones siempre que i) la nueva calificación jurídica no resulte más gravosa al procesado, ii) no se altere el núcleo esencial de los hechos imputados, iii) el nuevo delito sea de menor entidad y, iv) no se lesionen los derechos de las partes e intervinientes con la variación.

Respecto a este postulado la Corte Constitucional ha referido¹¹:

“(…) [E]n materia de aplicación del principio de congruencia en el contexto de un sistema penal acusatorio, se tiene que (i) se trata de un principio cardinal que orienta las relaciones existentes entre la formulación de la acusación y la sentencia; (ii) su aplicación se extiende al vínculo existente entre la audiencia de imputación de cargos y aquella de formulación de la acusación; (iii) de allí que esta última no pueda incorporar hechos nuevos, es decir, no imputados previamente al procesado; y (iv) lo anterior no significa que la valoración jurídica de los hechos deba permanecer incólume, precisamente por el carácter progresivo que ofrece el proceso penal. En otras palabras, fruto de la labor investigativa desarrollada por la Fiscalía durante la fase de instrucción, es posible, al momento de formular la acusación, contar con mayores detalles sobre los hechos, lo cual implica, eventualmente, modificar, dentro de unos parámetros racionales, la calificación jurídica de los hechos”

Por su parte, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia¹² ha desarrollado dicho principio así:

“(…) No se duda de la importancia total que comporta el principio de congruencia, en cuanto, manifestación necesaria del debido proceso y sus correlatos derechos de defensa y contradicción, en el entendido que para la parte acusada se hace necesario, no solo conocer los cargos por los cuales se convoca a juicio, sino defenderse adecuadamente de los mismos, en seguimiento de lo que sobre el particular consignan los artículos 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos, y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y políticos; por cuya consecuencia, además, resulta contrario a dichas garantías que se le condene por algo diferente al objeto de controversia.

(…)

Pero, además, la Corte ha detallado que la obligación de conservar el núcleo central del apartado fáctico opera desde la formulación de imputación, esto es, que dicha delimitación se torna invariable a partir de este hito procesal, hasta que es emitida la sentencia, lo que reclama concluir que cualquier desarmonía sustancial entre estos estados -imputación, acusación y sentencia- resulta violatoria del debido proceso

¹¹ Corte Constitucional Sentencia C-025 de 2010.

¹² CSJ SP 4792 de 2018, 07 noviembre 2018, rad 52507

Ahora bien, si se entiende que el principio de congruencia comporta dos aristas básicas: (i) derecho a conocer de manera clara y suficiente los cargos por los cuales se acusa a la persona; y (ii) concordancia entre los cargos consignados en la acusación y aquellos objetos de sentencia –absoluta en lo fáctico, relativa en lo jurídico-; es dable concluir que la violación del principio puede obedecer a una fuente distinta y, desde luego, ocasionar un daño diferente.

A este efecto, la Sala debe resaltar el carácter estructural de los hechos jurídicamente relevantes, pues, no solo representan una garantía de defensa para el imputado o acusado, en el entendido que éste debe conocer por qué se le está investigando o es llamado a juicio, sino que, en razón a su carácter inmutable, se erigen en bastión insustituible de las audiencias de formulación de imputación y acusación, de cara al soporte fáctico del fallo.”

De manera que, estos hechos jurídicamente relevantes deben ser debidamente estructurados por el ente acusador de modo que permitan su subsunción en el tipo delictivo por el que se pretende formular la respectiva acusación, en el entendido que -como se expuso en precedencia- no podrán ser objeto de variación a lo largo del proceso penal y serán un limitante a la hora de proferir la sentencia a la que haya lugar.

Pues, considerarlo de otro modo comportaría una afectación al debido proceso, e inclusive al derecho de defensa, por cuanto al efectuarse en la sentencia imputaciones fácticas y jurídicas respecto de las cuales no se ha hecho mención en el devenir del proceso, cercenaría el derecho de defensa y contradicción del sujeto pasivo de la acción penal, que sería sorprendido con nuevos hechos respecto a los cuales no tuvo la oportunidad de ejercer una debida controversia, sencillamente porque no los conocía.

Delimitado el anterior marco normativo y jurisprudencial, con ocasión al argumento expuesto en la decisión de primer grado relacionado con la delimitación de los hechos jurídicamente relevantes, emerge pertinente traer a colación solo los apartes más significativos del acto de comunicación surtido por el ente acusador durante la audiencia de formulación de imputación, dada la extensión de dichas diligencias, que por demás son conocidas por los sujetos procesales.

Así, en audiencia preliminar del 30 de abril de 2013 ante el Juzgado Segundo Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Barrancabermeja, se formuló imputación en contra de Edgar Augusto Pedraza Gómez en los siguientes términos:

“(…) Al ejecutar los actos de investigación como desarrollo de un programa metodológico nos encontramos que ciertamente existe un convenio interadministrativo bajo el numero 00001886 celebrado entre Edgar Pedraza,

actuando como secretario de infraestructura de Santander y Edgar Alfonso Plata Lozano como gerente de Aguas de Barrancabermeja por valor de diez mil millones de pesos, cuyo objeto es la construcción, obra de sectorización para el acueducto urbano, destacando la fiscalía que con ocasión del citado convenio interadministrativo se deriva tanto el cuestionado contrato de interventoría como el contrato de obra 017 celebrado con el Consorcio Ruitoque en el que el objeto es el mismo del convenio y en el cual la empresa Aguas adelantó procesó contractual acorde a su Manual de contratación en el que resultará favorecido el consorcio, trasladando el %100 de ese vínculo obligacional dispuesto en el convenio y en la ley contractual, procedimiento que se da por cuanto dicha entidad no tenía, es decir aguas de Barrancabermeja no tenía la idoneidad ni la infraestructura, ni la posibilidad real para desarrollar y cumplir las condiciones y obligaciones adquiridas en el convenio, hecho que hizo que aguas de Barrancabermeja subcontratara la totalidad del objeto del convenio con el Consorcio Ruitoque, entonces el problema jurídico a dilucidar, consiste en establecer si el secretario de infraestructura de Santander y el gerente de aguas de Barrancabermeja en su condición de servidores públicos, suscribieron el convenio interadministrativo 00001886 con desconocimiento de las normas que gobiernan la contratación estatal esto es las disposiciones que para el efecto consagra la Ley 80 del 93 , al aguas carecer de idoneidad para la ejecución del convenio al no contar con capacidad técnica, ni operativa, ni con la infraestructura para desarrollar el objeto del convenio 1886, pero antes de dar respuesta a lo anterior debemos saber en qué consiste esta tipología contractual. (...), pero además es preciso indicar que el soporte legal de este tipo de procesos contractuales esta dado por el artículo 2 numeral 4 de la Ley 1150 de 2007 (...) en cuanto a la subcontratación de la empresa, de lo que se discute, ciertamente es que hay un convenio -el 1886- celebrado entre la gobernación de Santander a través de la secretaria de infraestructura y la empresa aguas de Barrancabermeja cuyo objeto contractual, en su totalidad, el %100 lo trasladó la empresa aguas a un contratista particular, desnaturalizando el sentido del convenio interadministrativo, en cuanto a la subcontratación por la empresa de servicios públicos de acuerdo con la norma de la Ley 1150 de 2007 está permitida, dado que es una de las obligaciones que contrae la empresa de servicios públicos que es la de desarrollar todas las acciones tendientes al cumplimiento del objeto del contrato y a realizar las actividades necesarias para su ejecución, lo que quiere decir es que ciertamente la empresa aguas de Barrancabermeja puede subcontratar pero en momentos en que está desarrollando el objeto contractual con su capacidad, operativa, financiera y administrativa, no llegar y trasladar el %100 de las obligaciones suscritas inicialmente a través de un convenio. Sin embargo, esta subcontratación que autoriza la ley debe mantener incólume la relación jurídica contractual primigenia, lo que vinimos diciendo, entre las entidades que trabaron la relación negocial interadministrativa, es decir ese vínculo obligacional plasmado en el cuerpo del contrato o señalado en la ley se desvirtúa cuando aparecen nuevos signatarios del negocio jurídico, es decir, lo cierto es que el hecho de que sean dos particulares quienes lo están ejecutando, interventor y el consorcio, desnaturaliza por completo la figura, los intereses y los fines de un contrato interadministrativo, debiendo entonces haberse acudido a un procedimiento de licitación pública, ya que si bien el convenio se suscribió con una empresa de servicios públicos con

participación mayoritaria estatal lo cierto es que esta no lo está ejecutando, no lo ejecutó, real y materialmente no existe tal contrato interadministrativo, donde surge necesariamente la figura que alguna oportunidad la Auditoría General de la República llamo la triangulación o tercerización contractual encaminada a soslayar principios de la contratación estatal y la función pública, tales como la selección objetiva, transparencia, responsabilidad y economía definidos en los artículos 24, 25 y 26 de la Ley 80 de 1993 así como en el artículo 209 de la Carta Política (...).

Por otra parte, es claro que en la fase precontractual adelantada por la gobernación de Santander a través de su secretario de infraestructura ha debido de percatarse que aguas no es idónea para ejecutar el convenio, falencia que pretendieron subsanar plasmando cláusulas indicativas de que aguas era un intermediario, un intermediario contractual, cuando de suyo dichas obligaciones no eran procedentes en la medida en que la voluntad de la administración en la celebración de contratos no es absoluta, es decir el principio de libertad contractual aplicable al derecho privado no se aplica en el derecho administrativo ya que lo que rige las actuaciones de la administración pública es el principio de legalidad, el cual regula todas y cada una de sus actuaciones, es decir en el evento de que en el convenio autorizará a aguas a contratar directamente, un pacto en tal sentido carecería de toda validez porque la autonomía de la voluntad que se erige en postulado rector de los contratos no tiene el alcance de facultar a una de las partes a desconocer la ley. (...)"

Seguidamente, en audiencia preliminar del 2 de septiembre de 2013 ante el Juzgado Segundo Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Barrancabermeja, se formuló imputación en contra de Rosalía Solorzano Angulo y Carolina Gómez Peñalosa en los mismos términos, haciendo alusión a la intervención concreta de cada una de ellas en el contrato No. 017 de 2009 celebrado con el Consorcio Ruitoque, así:

"(...) Hecho que hizo que aguas subcontractara la totalidad del objeto del convenio con el Consorcio Ruitoque contrato que suscribe la gerente Rosalía Solorzano y que avala dentro de ese trámite precontractual la directora de contratación de aguas, Carolina Gómez. (...) Básicamente Rosalía y Carolina es el hecho de haber adelantado proceso contractual derivado del convenio 1886 celebrado entre la secretaría de infraestructura del departamento de Santander y aguas de Barrancabermeja para ejecutar la totalidad, ósea el %100 de la obligación contraída en ese convenio, soslayando principios de la contratación estatal y desde luego del artículo 209 de la constitución nacional, tales como la moralidad administrativa y el principio de legalidad.

Finalmente, la acusación se formuló en los términos contenidos en los escritos de acusación, cuyo contenido no se reproducirá en esta oportunidad pues es conocido por todos los sujetos procesales.

Así las cosas, una vez verificado el contenido de los actos de formulación de imputación y acusación, destaca la Sala que, si bien el ente acusador obvió delimitar expresamente la etapa contractual en la que se predicaba la inobservancia de los requisitos legales y el verbo rector que se les endilga a los procesados, lo cierto es que del recuento fáctico esbozado por el titular de la acción penal se puede colegir sin ninguna dificultad dichas circunstancias.

Luego, no existió afectación alguna al derecho de defensa como lo predica el A quo, pues es claro que los hechos jurídicamente relevantes endilgados a los procesados se circunscriben a la celebración del convenio interadministrativo 000018886 de 2009 con una entidad que carecía de la idoneidad para su ejecución e igualmente en la celebración del contrato de interventoría y el contrato de obra No. 017 como resultado de la subcontratación de las obligaciones derivadas del reseñado convenio, de conformidad con la calidad que ostentaba cada uno de los procesados y la intervención que tuvo en cada uno de estos negocios jurídicos.

Igualmente, delimitó con claridad el ente acusador que las normas cuya inobservancia se predica corresponden al artículo 2, numeral 4 de la Ley 1150 de 2007 y los principios de la contratación estatal y la función pública, tales como la selección objetiva, transparencia, responsabilidad y economía definidos en los artículos 24, 25 y 26 de la Ley 80 de 1993, así como el artículo 209 de la Carta Política.

De manera que, itera la Sala, no se advierte la indeterminación de los hechos jurídicamente relevantes predicada en la sentencia de primera instancia que hubiese afectado el ejercicio del derecho a una defensa.

6.4. De la solicitud de sentencia condenatoria

6.4.1 Precisiones preliminares

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

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

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

art. 381 ejusdem, en virtud del cual, “[p]ara condenar se requiere el conocimiento 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.

6.4.2. Del contrato sin cumplimiento de los requisitos legales

Así, entonces bajo esas premisas que reglan el debido proceso probatorio para efectos de resolver las pretensiones postuladas por el apelante, para la Sala resulta imperativo inicialmente referirse a la estructura típica del delito de trato, a partir de las precisiones que sobre el punto ha fijado la ley. Así:

La conducta punible de contrato sin cumplimiento de requisitos legales por la que se acusó a los procesados está descrita y sancionada en el artículo 410 del Código Penal modificada por la Ley 890 de 2004, en los siguientes términos:

“El servidor público que por razón del ejercicio de sus funciones tramite contrato sin observancia de los requisitos legales esenciales o lo celebre o liquide sin verificar el cumplimiento de los mismos, incurrirá en prisión de sesenta y cuatro (64) a doscientos dieciséis (216) meses, multa de sesenta y seis punto sesenta y seis (66.66) a trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de ochenta (80) a doscientos dieciséis (216) meses.”

Conforme a la anterior descripción típica, la Corte Suprema de Justicia ha señalado que para su configuración se requiere ostentar la calidad de servidor público y ser el titular de la competencia funcional para intervenir en la tramitación, celebración o liquidación del contrato y a su vez, ejecutar la conducta desvalorada sin el cumplimiento de los requisitos esenciales¹³.

Además, el máximo órgano de la justicia ordinaria ha indicado que este ilícito es:

“(…) es un tipo penal en blanco, razón por la cual se debe acudir a normativa extra penal para complementar su supuesto fáctico. En concreto, debe acudirse a aquellas normas consagradas en el Estatuto General de la Contratación Pública, esto es, la Ley 80 de 1993, las demás disposiciones que la desarrollan o, de ser el

¹³ CSJ SEP, 7 abril 2022, rad. 00025.

caso, a las normas consagradas en regímenes especiales de contratación estatal, con el fin de establecer el alcance del elemento normativo *requisitos legales esenciales*.¹⁴

6.4.3. Caso concreto

Así las cosas, en aras de resolver el problema jurídico planteado resulta igualmente necesario precisar que la figura del convenio interadministrativo se encuentra prevista en el artículo 95 de la Ley 489 de 1998 de la siguiente manera:

“Las entidades públicas podrán asociarse con el fin de cooperar en el cumplimiento de funciones administrativas o de prestar conjuntamente servicios que se hallen a su cargo, mediante la celebración de convenios interadministrativos o la conformación de personas jurídicas sin ánimo de lucro. (...)”

A su vez, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado delimitó sus características así:

- Se celebra por parte de entidades públicas, sin consideración a su jerarquía, pueden ser entidades nacionales, distritales o territoriales.
- No existe una remuneración o contraprestación. Las partes no perciben una utilidad económica por la ejecución del objeto del convenio.
- Puede existir o no transferencia de recursos de una entidad a otra, o que las partes realicen aportes económicos para cumplir con el objeto del convenio.
- Su objetivo primordial es lograr el cumplimiento de los fines esenciales del Estado, y por tal razón, deben ejecutarse los proyectos, planes y programas en aras de contribuir al bienestar social de la comunidad.
- Es un acuerdo de voluntades que está determinado por la Ley 489 de 1998 y la Constitución Política de Colombia. La celebración, desarrollo y ejecución de los convenios, así como su liquidación tendrán en cuenta lo indicado por estas normas.¹⁵

Dilucidado lo anterior, advierte la Sala que los reparos del censor son insuficientes para derruir la decisión de primer grado como se procederá a exponer.

Así las cosas, no suscita controversia alguna la calidad de servidor público de Edgar Augusto Pedraza Gómez, pues a través de la estipulación probatoria No. 3 se dio por probado que Pedraza Gómez fue nombrado mediante Resolución No. 00003 del 2 de enero de 2008 en el cargo de secretario de despacho, nivel directivo, código 202004, grado 4 en la planta de cargo del despacho del gobernador,

¹⁴ Ibidem

¹⁵ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, 16 diciembre 2019, Radicación 11001-03-06-000-2019-00126-00(00002 PL)

secretaría de transporte e infraestructura, cargo que, conforme lo expuesto durante el devenir del juicio oral, lo ostentó hasta el mes de diciembre de 2011.

Calidad que tampoco se discute respecto de Carolina Gómez Peñaloza, en el entendido que, mediante estipulación probatoria número 6 se dio por demostrado que mediante contrato de trabajo entre Aguas de Barrancabermeja y Gómez Peñaloza esta se desempeñó como directora de contratación de esta empresa desde el 16 de septiembre de 2008, así como el hecho de que mediante Resolución 204 del 7 de octubre de 2010 emitida por el gerente de la empresa Aguas de Barrancabermeja se nombró en el cargo de directora de contratación de la mencionada empresa, cargo a que se posesionó mediante acta 009 del 11 de noviembre de 2010 ante la gerente de aguas de Barrancabermeja Rosalía Solórzano Angulo.

Luego, de la anterior estipulación probatoria, se colige igualmente que, para el 11 de noviembre de 2010, Rosalía Solorzano Angulo ostentaba el cargo de gerente en la empresa Aguas de Barrancabermeja S.A. E.S.P., no obstante, del contrato de obra pública No. 017 de 20 de mayo de 2010, se colige que, desde la fecha de suscripción del mismo, Rosalía Solorzano Angulo ostentaba la calidad de representante legal de la empresa Aguas de Barrancabermeja S.A E.S.P.,

Finalmente, en cuanto a Edgar Alfonso Plata, su condición de servidor público se demostró mediante la estipulación probatoria número 9 mediante la cual se dio por probado que por escritura pública No. 0906 del 6 de abril de 2009 actuando en calidad de representante legal de la empresa Aguas de Barrancabermeja procedió a reformar los estatutos.

Ahora, tampoco es objeto de controversia el hecho de que se suscribió el convenio interadministrativo No. 00001886 el 13 de noviembre de 2009 entre el departamento de Santander y la empresa Aguas de Barrancabermeja S.A E.S.P. firmado por Edgar Augusto Pedraza como secretario de transporte e infraestructura del departamento de Santander y Edgar Alfonso Plata Lozano en calidad de representante legal de la empresa Aguas de Barrancabermeja S.A E.S.P., cuyo objeto fue “Aunar esfuerzo entre las premencionadas entidades estatales para desarrollar el proyecto denominado “Construcción obras de sectorización para el acueducto urbano del municipio de Barrancabermeja del departamento de Santander” por un valor de \$10.000.000.000 de los cuales el departamento aportaba la suma de \$9.945.946.000 y Aguas de Barrancabermeja S.A E.S.P. aportaba \$54.054.000. Lo anterior en virtud de la estipulación probatoria número 12.

Sobre el particular, impera precisar que el documento contentivo del referido convenio interadministrativo no fue incorporado al acervo probatorio, luego el

clausulado del mismo no podrá ser objeto de valoración probatoria en esta instancia, más allá de lo estipulado por las partes.

Además, destaca esta Colegiatura que se incorporó al acervo probatorio el contrato de obra pública No. 017 de 20 de mayo de 2010 suscrito entre la Aguas de Barrancabermeja S.A E.S.P., representada legalmente por Rosalía Solorzano Angulo, en calidad de contratante y el Consorcio Ruitoque, representado legalmente por Manuel Camacho Carvajal, en condición de contratista, cuyo objeto contractual era “El CONTRATISTA se compromete a ejecutar la "CONSTRUCCION OBRAS DE SECTORIZACIÓN PARA EL ACUEDUCTO URBANO DEL MUNICIPIO. DE BARRANCABERMEJA DEPARTAMENTO DE SANTANDER, SEÑALADAS EN EL CONVENIO INTERADMINISTRATIVO NÚMERO 01886 DE 2009, CELEBRADO ENTRE EL DEPARTAMENTO DE SANTANDER Y LA EMPRESA AGUAS DE BARRANCABERMEJA SA ESP.”

En ese orden de ideas, dado que el referido convenio interadministrativo no fue incorporado al acervo probatorio y tampoco se estipuló nada respecto de las obligaciones contenidas en el mismo, no puede entonces contrastarse dichas obligaciones con las contenidas en los contratos No. 016 y 017 que suscribió la empresa Aguas de Barrancabermeja S.A E.S.P en aras de establecer si en efecto se subcontrató con el Consorcio Ruitoque y Elber de Jesús Hernández el 100% de estas. No obstante, lo cierto es que del objeto contractual previsto en el contrato de obra pública No. 017 se colige que el mismo tenía la finalidad de ejecutar la construcción de obras de sectorización para el acueducto urbano del municipio de Barrancabermeja, señaladas en el convenio 00001886 de 2009.

Aunado a que, Edgar Augusto Pedraza Gómez reconoció durante su declaración que la empresa Aguas de Barrancabermeja S.A E.S.P había subcontratado todo lo relacionado con la construcción de las obras y la interventoría del proyecto.

Así mismo, se demostró que el contrato de obra pública No. 017 del 20 de mayo de 2010 fue adjudicado mediante el proceso de licitación pública No. 01 de 2010 al proponente ubicado en el primer orden de elegibilidad, esto es el Consorcio Ruitoque.

Finalmente, con la incorporación del contrato de interventoría No. 016 del 29 de enero de 2010 se acreditó que el mismo se celebró entre la empresa Aguas de Barrancabermeja S.A. E.S.P en calidad de contratante y Elber de Jesús Hernández Dávila, en calidad de contratista, por un valor de \$903.885.526 y cuyo objeto fue “La interventoría técnica y administrativa para la construcción obras de sectorización para el acueducto urbano del municipio de Barrancabermeja, departamento de Santander”, el cual fue adjudicado a Hernández Dávila a través

del acta de adjudicación del 29 de enero de 2010 que integra igualmente el acervo probatorio.

En ese orden de ideas, el debate se centrará en establecer: (i) si la empresa Aguas de Barrancabermeja S.A. E.S.P. carecía de idoneidad para suscribir el convenio interadministrativo 00001886 de 2009 y, (ii) si la normatividad de contratación estatal vigente para la época de los hechos objeto de juzgamiento prohibía la subcontratación de las obligaciones contenidas en un convenio interadministrativo.

Luego, en cuanto a la presunta falta de idoneidad de la empresa Aguas de Barrancabermeja S.A. E.S.P., advierte esta Colegiatura que este supuesto fáctico fue endilgado por el ente acusador bajo la premisa que, al subcontratar las obligaciones del mencionado convenio se derivaba que, en la etapa previa a su suscripción, no se había verificado su capacidad e idoneidad para su cumplimiento, aseveración que a criterio de esta Sala carece de respaldo probatorio.

Lo anterior, en el entendido que, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 2, numeral 4, literal c, inciso 1 de la Ley 1150 de 2007, las obligaciones derivadas del convenio interadministrativo 000018886 de 2009, relacionadas con el desarrollo del proyecto denominado “Construcción obras de sectorización para el acueducto urbano del municipio de Barrancabermeja del departamento de Santander”, tienen una relación directa con el objeto de la entidad ejecutora, esto es Aguas de Barrancabermeja S.A. E.S.P., comoquiera que de la escritura pública No. 1724 del 19 de septiembre de 2005, incorporada al debate de forma directa por tratarse de un documento público, se colige que el objeto de la referida empresa es “el garantizar la prestación continua y eficiente de los servicios públicos de acueducto y saneamiento básico del Municipio de Barrancabermeja, (...) además podrá desarrollar la siguientes actividades: (...) 2. Prestación de todo tipo de servicios o desarrollo de cualquier actividad en cuanto unos y otros tengan relación directa o indirecta con la prestación y el montaje de los servicios públicos de acueducto y saneamiento básico.”.

Aunado a que Edgar Augusto Pedraza Gómez, indicó que la referida empresa era la que operaba y mantenía el sistema de acueducto de Barrancabermeja, razón por la cual era la que ostentaba mayor conocimiento técnico y operativo en cuanto al tema de sus propias redes, que eran las que debían ser objeto de intervención con ocasión al convenio interadministrativo 00001886 de 2009, sin que el ente acusador hubiese acreditado, más allá del tema de la subcontratación, que la empresa en mención careciera de idoneidad para la suscripción y ejecución del mismo o por el contrario, que dicho aspecto no hubiese sido verificado en la etapa precontractual.

Ahora, en cuanto a la subcontratación de las obligaciones contenidas en el convenio interadministrativo 00001886 de 2009, destaca la Sala que, contrario a lo discernido por el defensor de Edgar Augusto Pedraza Gómez en su pronunciamiento como no recurrente, se desconoce si se pactó una cláusula referida a ese tópico en el mencionado convenio, pues como se reseñó en precedencia, el mismo no integra el acervo probatorio más allá de lo estipulado con ocasión al mismo.

No obstante, lo cierto es que de conformidad con el artículo 2, numeral 4, literal c de la Ley 1150 de 2007, en este tipo de negocios jurídicos se admite esta subcontratación para la ejecución de actividades derivadas del contrato principal.

Lo anterior, sin desconocer los procesos de selección objetiva regulados por la Ley 80 de 1993 como lo ha indicado el Consejo de Estado:

“respecto de la figura de la subcontratación, la Sección Tercera del Consejo de Estado ha considerado que si bien esta supone la celebración de un contrato accesorio al principal celebrado con el Estado y el surgimiento de una un relación jurídica autónoma entre el contratista del Estado y un subcontratista, no es de recibo que se acuda a dicha posibilidad para eludir los procesos de selección objetiva regulados por la Ley 80 de 1993, especialmente cuando quien subcontrata es otra entidad estatal.”¹⁶ (sic)

En ese sentido, estima esta Colegiatura que contrario al discernimiento del ente acusador, el hecho de que la empresa Aguas de Barrancabermeja S.A E.S.P hubiese subcontratado con dos entidades particulares la ejecución de las obligaciones contenidas en el convenio interadministrativo 00001886 de 2009, ello no transgrede lo previsto en el artículo 2, numeral 4 , literal c de la Ley 1150 de 2007, comoquiera que la limitante allí prevista no está encaminada a restringir que se subcontrate el %100 de las obligaciones contenidas en un convenio interadministrativo, sino a que dicha subcontratación no se realice con personas naturales o jurídicas que hayan participado en la elaboración de los estudios, diseños y proyectos que tengan relación con el objeto principal.

Así lo ha reconocido el Consejo de Estado:

“Además, es importante precisar que el artículo 95 de la Ley 1474 de 2011 mantuvo la limitante a la subcontratación de la entidad ejecutora en materia de contratos interadministrativos que originalmente consagró la Ley 1150 de 2007 en los siguientes términos: En aquellos casos en que la entidad estatal ejecutora deba subcontratar algunas de las actividades derivadas del contrato principal, no podrá

¹⁶ Consejo de Estado, sección Tercera, Subsección B, rad.41774

ni ella ni el subcontratista, contratar o vincular a las personas naturales o jurídicas que hayan participado en la elaboración de los estudios, diseños y proyectos que tengan relación directa con el objeto del contrato principal .

En relación con este aspecto, se advierte que no es esta la limitante o prohibición en que, según lo alegado por el contratante, supuestamente habría incurrido la Universidad de Cundinamarca, pues lo que se dijo era que el ente universitario no tenía idoneidad para la ejecución del objeto contratado, lo que la había llevado a subcontratar su ejecución con terceros, sin indicar que estos hubieran participado en la elaboración de los estudios, diseños y proyectos que tuvieran relación con el objeto principal.”¹⁷

Ahora, no desconoce esta Sala que un sector de la doctrina realiza una interpretación extensiva del artículo 2, numeral 4 , literal c de la Ley 1150 de 2007 conforme el cual se considera que el apartado de dicha disposición normativa que señala: “En aquellos casos en que la entidad estatal ejecutora deba subcontratar algunas de las actividades derivadas del contrato principal (...)”, contiene una prohibición implícita de subcontratar la totalidad de las obligaciones derivadas del convenio interadministrativo.

No obstante, lo cierto es que, al tratarse de un tipo penal en blanco, la norma a la cual se realiza la correspondiente remisión debe ser clara y expresa, ello en virtud del principio de tipicidad estricta y legalidad, luego dicha interpretación extensiva no puede aplicarse en materia penal, comoquiera que la norma a la que se hace alusión no contiene expresamente la prohibición de subcontratar la totalidad de las obligaciones contractuales derivadas de un convenio interadministrativo.

Bastan las anteriores consideraciones para concluir que en el presente asunto no se cumplió con el estándar necesario para emitir sentencia condenatoria, pues no se logró el convencimiento más allá de toda duda, acerca de la materialidad del ilícito y de la responsabilidad penal de los procesados, pues sobre el particular no demostró el ente acusador que se hubiesen desconocido las normas aludidas en la acusación por parte de los procesados en la celebración de los negocios jurídicos cuestionados, por lo que esta Sala de Decisión confirmará la decisión de primer grado.

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,

¹⁷ Consejo de Estado, sección tercera, subsección A, septiembre 2021, rad. 66251

RESUELVE

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

Segundo. - Advertir que contra la presente sentencia procede el recurso extraordinario de casación, en los términos que prevén los artículos 180 ss. de la Ley 906 de 2004.

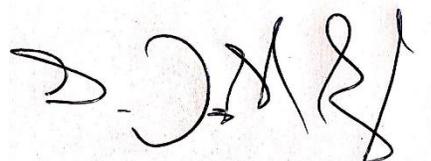
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,


SHIRLE EUGENIA MERCADO LORA

Magistrada


GUILLERMO ÁNGEL RAMÍREZ ESPINOSA

Magistrado


SUSANA QUIROZ HERNÁNDEZ

Magistrada

Proyecto registrado: 28 de abril de 2023



<i>Magistrado ponente</i>	<i>Harold Manuel Garzón Peña (Despacho 6)</i>
<i>Radicación</i>	<i>68001-60-00-159-2017-11512-01 (CI-646)</i>
<i>Asunto</i>	<i>Apelación sentencia condenatoria - Ley 906 de 2004</i>
<i>Procedencia</i>	<i>Juzgado 3º Penal Municipal de Bucaramanga con funciones de conocimiento</i>
<i>Procesado</i>	<i>Darrin Jiménez Machado</i>
<i>Delito</i>	<i>Violencia intrafamiliar agravada</i>
<i>Decisión</i>	<i>Declarar prescripción de la acción penal y decretar preclusión</i>
<i>Fecha de registro</i>	<i>26 de mayo de 2023</i>
<i>Fecha de aprobación</i>	<i>1º de junio de 2023</i>
<i>Acta de aprobación No.</i>	<i>528</i>

Bucaramanga (Santander), primero (1º) de junio de dos mil veintitrés (2023)

MATERIA DE ESTUDIO

Sería del caso resolver el recurso de apelación interpuesto y sustentando por la fiscalía contra la sentencia proferida el 14 de septiembre de 2020, mediante la cual, la Jueza 3ª Penal Municipal de esta ciudad con funciones de conocimiento absolvió a DARRIN JIMÉNEZ MACHADO del cargo de autor del delito de violencia intrafamiliar agravada por el que fue acusado.

ANTECEDENTES

a) Hechos jurídicamente relevantes.

Fueron reseñados en la sentencia de primera instancia como sigue:

“Se tiene por medio de lo expuesto en el escrito de acusación, que el 9 de diciembre de 2017 siendo aproximadamente las 5:45 horas, fue aprehendido por parte de agentes del orden el Señor DARRIN JIMÉNEZ MACHADO, en la carrera 17B N 54-30 Barrio Ricaurte de ésta Ciudad, por cuanto estaba protagonizando un hecho de violencia en contra de su compañera permanente JOLEYMIS CARRILLO HERNANDEZ, por cuanto desde el día anterior la había agredido en los senos, además no le permitió entrar a la casa sino como hasta las 12 de la noche y ya el 9 de diciembre de 2017 cuando la víctima se levantó para arreglarse e ir a trabajar, el procesado le cerró la puerta y no la dejaba entrar, como ella tenía sus cosas en esa habitación le dio rabia y lo amenazó, entonces el procesado abrió la puerta y se abalanzó contra la víctima, la tiró contra la pared, le dio puños y patadas, la tomó del pelo, la arrastró y la sacó del apartamento siendo auxiliada por un vecino de nombre ALEX que la llevó hasta el apartamento de él, llegó la policía y al ser



informados del episodio delictual proceden a la aprehensión del procesado, pues no era la primera vez que el procesado actuaba violentamente en contra de la víctima”

b) Actuación procesal.

El 10 de diciembre de 2017, en audiencia preliminar celebrada ante el Juez 12 Penal Municipal de Bucaramanga con funciones de control de garantías, luego de legalizar el procedimiento de captura de DARRIN JIMÉNEZ MACHADO, la fiscalía le formuló imputación endilgándole el cargo de autor del delito de violencia intrafamiliar agravada, según lo previsto en el artículo 229, inciso 2º, del Código Penal. El procesado optó por no aceptar el cargo enrostrado.

Radicado el escrito de acusación, correspondió por reparto del 9 de marzo de 2018 al Juzgado 3º Penal Municipal de esta ciudad con funciones de conocimiento, llevándose a cabo la audiencia de formulación respectiva el 29 de octubre de 2018.

La audiencia preparatoria se surtió el 10 de septiembre de 2019. El juicio oral se adelantó el 11 de agosto de 2020, fecha en la que se anunció el sentido absolutorio del fallo y se dio lectura a la respectiva sentencia.

Contra esa providencia, la fiscalía interpuso el recurso de apelación que concita la atención de la Sala.

c) Sentencia de primera instancia.

En sustento de la decisión absolutoria, la jueza de primera instancia adujo que:

- Todas las pruebas de cargo contienen, en su mayoría, declaraciones de referencia, de manera que no pueden sustentar un fallo condenatorio. A lo sumo, podría inferirse que, entre el acusado y la denunciante, existió una



riña, pero no darse por probado, más allá de toda duda razonable, que la conducta imputada existió y su responsable fue el encartado.

d) Razones de la impugnación.

Inconforme con la decisión, la fiscalía solicitó su revocatoria y la consecuente condena del encartado aduciendo que, aunque no declaró la víctima en juicio, sí se probó más allá de toda duda razonable que DARRIN cometió la conducta que le fue endilgada.

e) Intervención de los no recurrentes.

El defensor abogó por la confirmación del fallo apelado indicando que todas las pruebas aportadas por la fiscalía sobre cómo ocurrieron los hechos son de referencia.

CONSIDERACIONES

a) Competencia.

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

b) Problema jurídico a resolver.

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



¿En el caso del señor DARRIN JIMÉNEZ MACHADO es viable proferir sentencia condenatoria por el delito de violencia intrafamiliar, incluso con la circunstancia agravante endilgada, pese a que en audiencia de imputación no se explicó fácticamente por qué motivo se atribuía la misma?

Como la respuesta será negativa:

¿En la medida en que no se puede tener en cuenta la circunstancia de agravación punitiva referida, se puede decidir de fondo el recurso de apelación, no obstante haberse estructurado la prescripción de la acción penal?

d) **Caso concreto.**

Sobre la relación de los hechos jurídicamente relevantes en la formulación de imputación.

Frente al acto cabeza del proceso, la Corte Suprema de Justicia tiene decantado que:

“En nuestro país, el artículo 250 de la Constitución Política define el objeto del ejercicio del poder punitivo como **“los hechos que revistan las características de un delito”, siendo éstos los únicos susceptibles de imputación penal**, tal y como lo ordena el artículo 29 ibidem, segundo inciso, pues **«Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa»**. En consecuencia, **es insoslayable la imputación fáctica como forma básica de la vinculación de un ciudadano al proceso penal** (art. 287 C.P.P./2004) y se cumple mediante una **«relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes, en lenguaje comprensible,...»** (art. 288-2 ibidem).

“... la formulación de imputación representa un mecanismo básico de defensa material, pues, ha sido legalmente instituido como el primer momento formalizado en el que la Fiscalía da a conocer a la persona que se le está investigando, a efectos de que adelante su particular tarea defensiva.

Esa tarea, huelga anotar, necesariamente está mediada **por los hechos concretos** que en criterio de la Fiscalía conforman el delito o delitos por los cuales se investigará a la persona.



Solo si se determina, con las indispensables características de tiempo, modo y lugar, **qué es lo que se atribuye haber ejecutado al imputado**, este podrá adelantar eficientemente su labor de contradicción o controversia, las más de las veces con el acopio de elementos materiales probatorios o evidencia física que digan relación con estos hechos.

Y, cabe agregar, la definición específica de qué, dónde, cómo, cuándo y por qué se ejecutó una específica conducta punible, exige del mayor cuidado, no solo por las connotaciones que, se dijo atrás, apareja la formulación de imputación, **sino en consideración a que el principio de congruencia demanda que esos hechos delimitados en la imputación –en su componente fáctico, debe relevarse para evitar confusiones-, permanezcan invariables en su núcleo esencial**, ya suficientemente decantado que lo autorizado para el Fiscal en la audiencia de formulación de acusación, es la variación del nomen iuris o denominación jurídica.

Por último, en lo que al tema general compete, **únicamente cuando la Fiscalía precisa los hechos con claridad y suficiencia, es posible para el imputado, con conocimiento informado, decidir si acepta o no esos cargos** y, consecencialmente, acceder a la condigna reducción punitiva que por justicia premial ofrece la normatividad consignada en la Ley 906 de 2004.

La atribución de un suceso jurídicamente relevante debe ser clara, precisa e inequívoca, desde el mismo momento de la formulación de imputación, **sin que puedan presumirse imputados hechos o circunstancias porque son obvias o sobrentendidas** para luego reprocharlas en el fallo, en perjuicio del **debido proceso y el derecho de defensa**.

Las anteriores constataciones (determinación de los hechos jurídicamente relevantes y/o la hipótesis delictiva), aunadas a la verificación del cumplimiento de los estándares de conocimiento previstos para **formular imputación** y acusación, respectivamente, **son presupuestos de la proporcionalidad y razonabilidad del ejercicio de la acción penal, que se verían seriamente comprometidos si al ciudadano se le imponen las cargas inherentes a dichas sindicaciones sin que primero se verifique que los hechos investigados encajan en la descripción normativa y que encuentran suficiente demostración en las evidencias y demás información recopilada hasta ese momento.**”

En línea con lo referido, en cuanto a la importancia de la formulación de imputación y las consecuencias jurídicas que devienen de la existencia de vicios en la misma, el máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria ha señalado:

“En efecto, aunque el **principio de congruencia** se predica, en estricto sentido, de la relación sustancial fáctico-jurídica entre la acusación y la sentencia, y está suficientemente decantado que, al momento de la acusación bien es posible modificar los términos de la imputación en su cariz jurídico –dado su carácter provisional–, no así en los de naturaleza fáctica, es lo cierto 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.**”¹

Además de lo anterior, ha insistido en acotar el máximo órgano de la jurisdicción ordinaria que la fiscalía debe incluir en la imputación los presupuestos fácticos de las circunstancias genéricas o específicas de mayor punibilidad y en general, los que correspondan a las normas penales seleccionadas, por lo que no es suficiente con hacer alusión al respectivo contenido normativo y más bien, lo que resulta determinante es que se exprese su referente fáctico², lo que se hace extensivo a la acusación.

Concretamente se expuso:

“(i) lo resuelto en el ámbito de los ordenamientos jurídicos anteriores, acerca de que los fundamentos fácticos y jurídicos de las circunstancias de agravación punitiva – genéricas o específicas- deben ser incluidos en la acusación, resulta aplicable, en lo esencial, a los casos tramitados bajo la Ley 906 de 2004; (ii) ya que las mismas pueden incidir significativamente en el juicio de responsabilidad y, por tanto, en la determinación punitiva, bien porque afecte los extremos punitivos previstos en los tipos básicos, ora porque incida en los cuartos de movilidad de los que debe partir el juez para establecer la sanción; (iii) bajo el entendido de que todos los aspectos fácticos –y su correspondiente calificación jurídica- que expongan al procesado a una mayor sanción le deben ser comunicados oportunamente, para garantizar el ejercicio de la contradicción ; y (iv) **la imputación de dichas circunstancias debe ser expresa y unívoca, por lo que resulta inaceptable predicar que las mismas pueden ser consideradas bajo el argumento de que se “infieren” del relato realizado por el fiscal**”.³

Por consiguiente, tratándose del delito de violencia intrafamiliar agravado por cometerse contra una mujer, como se profundizará a continuación, corresponde a la fiscalía relacionar con claridad cuál es ese contexto de

¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 10 de mayo de 2016 (SP5897-2016). Rad. 44.425. MP Dr. Eyder Patiño Cabrera.

² Sentencia del 5 de junio de 2019 (SP2042-2019). Rad. 51.007. MP Dra. Patricia Salazar Cuellar.

³ Sentencia del 21 de marzo de 2007. Rad. 25.852. MP Dr. Sigifredo De Jesús Espinoza Pérez. Reiterado en sentencia del 5 de junio de 2019 (SP2042-2019). Rad. 51.007. MP Dra. Patricia Salazar Cuellar.



discriminación o violencia de género en que se dieron los maltratos endilgados al procesado, sin que para ello baste con referir más de una agresión o señalar, de forma abstracta, que dicho contexto existía. A mayor riqueza descriptiva de ese elemento, mejor formulada se entenderá la imputación fáctica y mayor respeto se tendrá por las garantías del procesado.

Sobre el delito de violencia intrafamiliar agravada cuando recae sobre una mujer.

Por último, téngase en cuenta que, de acuerdo con el inciso 2º del artículo 229 del Código Penal:

“La pena se aumentará de la mitad a las tres cuartas partes cuando la conducta recaiga sobre un menor, una mujer, una persona mayor de sesenta y cinco (65) años o que se encuentre en incapacidad de disminución física, sensorial y psicológica o quien se encuentre en estado de indefensión”.

Frente al sentido y alcance de la circunstancia de mayor reproche consagrada, la Corte Suprema de Justicia clarificó en sentencia del 1º de octubre de 2019, dentro de la radicación No. 52.394, que si bien la norma aludida no contiene un elemento subjetivo especial, como sí ocurre con el feminicidio, para la aplicación del incremento punitivo **no basta con el hecho que la víctima sea una mujer.**

En dicha providencia, luego de estudiar los antecedentes de la agravante, la Corte concluyó que:

“(i) el inciso segundo del artículo 229 del Código Penal está orientado a proteger a las mujeres y, en general, a las personas que se encuentren en situación de indefensión, tanto por su edad o condición física o mental, como por la dinámica propia de las relaciones familiares; (ii) el legislador estructuró la norma de tal manera que **le corresponde a los operadores judiciales definir en cada caso si se dan las condiciones que justifican la mayor penalización;** y (iii) ello reafirma la importancia de investigar acerca del contexto en el que ocurren los hechos, en los términos expuestos a lo largo de este proveído.” (Resaltado de la Sala).



Luego, haciendo referencia al estudio de constitucionalidad de la norma, adelantado en la sentencia C-368 de 2014, advirtió que *“la circunstancia de mayor punibilidad prevista en el inciso segundo del artículo 229 del Código Penal, en lo que concierne a la mujer como sujeto pasivo de la violencia doméstica, está orientada a garantizar la igualdad, a combatir la discriminación en razón del sexo y a erradicar la violencia ejercida contra este sector de la población”* (Destaca la Sala).

A ello agregó que:

“la aplicación de la circunstancia de mayor punibilidad prevista en el inciso segundo del artículo 229 del Código Penal está supeditada a la demostración de que la conducta constituye violencia de género, en la medida en que sea producto de la discriminación de las mujeres, del hecho de considerarlas inferiores, de su cosificación y, en general, cuando la conducta reproduce la referida pauta cultural que, con razón, pretende ser erradicada.

(...)

Igualmente, debe considerarse que **la aplicación automática de la circunstancia de mayor punibilidad también conspira contra la idea de erradicar la discriminación de que suelen ser víctimas las mujeres**, pues liberaría al Estado de investigar los contextos de violencia, lo que, finalmente, impediría que el fenómeno se visibilice y, por tanto, sea erradicado.” (Resaltado fuera del original).

De esta forma, la atribución de la circunstancia agravante bajo estudio sin consideración al contexto y con fundamento exclusivo en que la víctima es una mujer conduciría paradójicamente al reconocimiento por vía judicial de un estereotipo o prejuicio machista: *“las mujeres son el sexo débil”*, cuando lo cierto es que, como ya se vio, la norma consagra un mayor desvalor de acción para quienes maltratan a una mujer dentro de un contexto de subyugación, como escenario discriminatorio que debe ser erradicado de la sociedad y no simplemente porque se entienda que aquella se encuentra en un estado natural de indefensión o inferioridad.



En línea con ello, en la misma decisión, la Corte Suprema de Justicia apuntó que la agravante:

“debe ser entendida, **no como un componente meramente objetivo**, sino como un elemento que, conforme al principio de culpabilidad en el ámbito penal, **requiere de quien maltrata en el contexto intrafamiliar, lo haga en desarrollo de un acto de discriminación que la desvalora en su condición, colocándose en una absurda posición asimétrica de superioridad en orden a controlarla, vigilarla y reprenderla, contraria al principio de igualdad entre hombres y mujeres**”.

Acerca de la violación del principio de congruencia.

Por otra parte, necesario es recordar que, como es bien sabido, el principio de congruencia -contemplado en el artículo 448 de la Ley 906 de 2004- tiene por finalidad asegurar que el encartado sea juzgado y condenado por conductas frente a las cuales tuvo la oportunidad de ejercer su defensa⁴, sin perder de vista los matices explicados en el apartado anterior de esta providencia.

En desarrollo de tal postulado, la Corte Suprema de Justicia ha aclarado que aquel puede ser infringido por vía de *acción* o de *omisión*, cuando el funcionario judicial condena en alguno de los siguientes eventos:

“(i) **por hechos no incluidos en la imputación** y acusación o por conductas punibles diversas a las atribuidas en el acto de acusación;

(ii) **por un delito jamás mencionado fácticamente en la imputación**, ni fáctica y jurídicamente en la acusación;

(iii) por el injusto por el que se acusó, pero le adiciona una o varias circunstancias específicas o genéricas de mayor punibilidad, o

(iv) por la conducta punible imputada en la acusación, pero le suprime una circunstancia genérica o específica de menor punibilidad reconocida en la acusación (cfr., entre otras, CSJ SP, 15 may. 2008, rad. 25913 y CSJ SP, 16 mar. 2011, rad. 32685).”

⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 15 de mayo de 2008. Rad. 25.913. MP Dr. Javier Zapata Ortiz y Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 16 de marzo de 2011. Rad. 32.685. MP Dr. Fernando Alberto Castro Caballero, entre otras.



La situación concreta del procesado.

Bajo este panorama legal y jurisprudencial, la Sala encuentra que la relación de hechos jurídicamente relevantes plasmada en la formulación de imputación carece del soporte fáctico de la agravante del delito de violencia intrafamiliar, por lo que no resulta posible condenar al señor JIMÉNEZ MACHADO por la misma, como se explica a continuación.

El acto de comunicación se adelantó, en lo pertinente, de la siguiente manera:

“Hechos que se encuentran consignados en la denuncia interpuesta por la víctima, la cual me permito leer: El día de ayer 8 de diciembre en horas de la tarde aproximadamente como a las 15 o 15:30 horas mi compañero DARRIN JIMÉNEZ y yo discutimos. Estábamos en la calle cerca del trabajo de él en el sitio conocido como Yiyiomanía. Él estaba trabajando, yo le pedí que me diera las llaves que yo me iba para la casa. Bueno yo llegué a la casa, me vestí, me arreglé y cuando yo iba saliendo de la casa él venía llegando y estando en la calle él me pidió las llaves, pero yo no se las entregué porque yo sabía que él después no me iba a abrir la puerta. Entonces él se fue detrás de mí y en la calle me cogió por el pelo, me puso la mano en el cuello y me sacó las llaves que las tenía en los senos. Me puso la mano en la cara y me empujó. Bueno yo me fui detrás para pedirle las llaves y él tomó un taxi y se fue. Yo me quedé por fuera de la casa hasta tarde, como a las 7 de la noche. Llegó la señora de la casa y le pedí el favor que me abriera el apartamento. Pasaron las horas. Como a las 10:30 de la noche vi que él no había llegado y yo tenía hambre. Entonces yo tomé un cuchillo para poder abrir la puerta de abajo que abre con llave para rodarle el seguro y al momento llegó un señor del tercero piso y él me abrió la puerta. Yo tiré el cuchillo dentro de la casa y cerré la puerta. Cuando ya vengo de cenar ya mi esposo estaba en la casa y no me quería abrir la puerta. Pasé como hasta las doce de la noche llamándolo y tocando y él no me abría la puerta.

Ya después él me abrió la puerta y me pasé a dormir en otra habitación. A dormir y como a las 4:30 de la mañana cuando me levanto para ir a trabajar él abrió la puerta de la habitación donde él estaba durmiendo. Yo empecé a vestirme para ir a trabajar, cuando voy a cepillarme él vuelve y cierra la puerta. Entonces otra vez vuelvo a tocarle la puerta de la habitación porque ahí estaban mis cosas de trabajo viendo que ya era hora y me tocaba irme. Bueno yo ya con rabia empecé a insultarlo, a decirle cosas, hasta amenazas, pero del hecho al acto es diferente. Entonces él abrió la puerta de la habitación y me atacó. Me empujó y me tiró hacia la pared. Me golpeó la cabeza fuerte. Empezó a darme puños y patadas. Él empezó a pedirme dinero. Una plata que teníamos guardada. No me dejaba hablar y decirle dónde estaba porque me seguía golpeando. Yo estaba nerviosa. Me cogió del pelo y me arrastró por el piso hasta la otra habitación. Esto para que le diera el dinero. Yo se lo había entregado y él me seguía golpeando. Después otra vez me tomó del pelo y me sacó



del apartamento. En eso venía un inquilino de otro apartamento quien al escuchar mis gritos fue a mirar qué había pasado, me tomó, me llevó a su casa.”.

Como se puede apreciar, en relación con la situación de agravación punitiva contemplada en el inciso segundo del artículo 229 del C.P., la fiscalía nada señaló sobre la existencia de un contexto de violencia de género, es decir, que el encartado hubiera cometido los actos de violencia descritos en desarrollo de un acto de discriminación que desvalorara a la ofendida, dada su condición de mujer, colocándose en una posición asimétrica de superioridad en orden a controlarla, vigilarla y reprenderla por o en relación con su condición femenina.

Si bien la narración de la fiscalía da cuenta de un comportamiento agresivo, merecedor de reproche, no describe actos de injusta diferenciación VIOLENTA que puedan entenderse como violencia de género. No explicó el representante del ente acusador cómo los actos violentos cometidos por DARRIN JIMÉNEZ MACHADO fueron producto de la discriminación de las mujeres, del hecho de considerarlas inferiores o de su cosificación.

Al efecto, son muchas y muy variadas las circunstancias que pueden dar lugar a la configuración de dicho contexto, como lo son la fijación de prohibiciones al interior del hogar, el maltrato verbal relacionado directamente con la condición femenina, la imposición de modelos de conducta u obligaciones derivadas del hecho de ser mujer, etcétera, ninguna de las cuales hizo parte de la imputación fáctica adelantada por la fiscalía. Recuérdese que, para atribuir fácticamente la agravante en comento, resulta imperioso que se indique cuál era la relación de los actos de agresión con el menosprecio o discriminación hacia la mujer víctima.

Y es que, considerar en las condiciones ya descritas que sí se relacionó el hecho jurídicamente relevante relacionado con el contexto de violencia de género, en palabras de la Corte Suprema de Justicia, sería tanto como “presumirse



imputados hechos o circunstancias porque son obvias o sobrentendidas para luego reprocharlas en el fallo, en perjuicio del debido proceso y el derecho de defensa". Con ello, por supuesto, el tribunal incurriría en una vulneración del principio de congruencia al pronunciarse sobre un hecho no incluido en la imputación y de paso, en una violación de los derechos al debido proceso, la defensa y la contradicción.

Una irregularidad tal, por demás, dada su trascendencia de cara a la esencia y estructura del proceso penal, jamás podrá ser objeto de convalidación. Así lo entendió el máximo órgano de la jurisdicción ordinaria cuando, en un caso en el que se presentó una falta de relación de hechos jurídicamente relevantes, adujo:

“...contrario a lo expuesto por los apoderados de las víctimas, quienes de manera coincidente afirmaron que el yerro en el que incurrió el Fiscal había sido convalidado por la defensa, en tanto que, en ninguna oportunidad procesal manifestaron su desacuerdo con la imputación fáctica, ha de indicarse **que la omisión de relacionar en la imputación y la acusación los hechos jurídicamente relevantes, afecta la estructura misma del proceso, por lo que no es posible acudir a los correctivos de las nulidades, dígase los de convalidación y trascendencia**, para superar su declaratoria, entre otras razones, porque es claro, como ya se explicó suficientemente, que los actos procesales en cita, dada su condición de básicos en la estructura antecedente-consecuente-, no cumplieron con su función primordial y, de igual manera, sí afectaron garantías fundamentales”.⁵

Ante circunstancias semejantes, ha señalado la corporación que:

“El único correctivo aceptable para este tipo de situaciones es que la Fiscalía General de la Nación tome las medidas necesarias para que todos sus funcionarios estén en capacidad de cumplir adecuadamente las funciones medulares que les asignan la Constitución Política y la ley, esto es, investigar los hechos que tengan las características de un delito y acusar a los responsables, bajo los precisos términos establecidos en la ley.

Si un fiscal no está en capacidad de precisar una hipótesis de hechos jurídicamente relevantes y de establecer si la misma encuentra suficiente respaldo en las evidencias y demás información recopilada durante la investigación, no puede esperarse que su intervención en el proceso contribuya a lograr la adecuada y

⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 10 de marzo de 2021 (SP741-2021). Rad. 54.658. MP Dr. Diego Eugenio Corredor Beltrán.



oportuna solución de los casos penales. Por el contrario, la práctica judicial indica que ese tipo de yerros dan lugar a procesos que de antemano son inviables, lo que tiene un impacto negativo en la administración de justicia, tal y como se refleja en las decisiones citadas a lo largo de este proveído y en otro elevado número de fallos donde se ha analizado esa problemática”.⁶

Por consiguiente, en respeto del principio de congruencia, resultaría imposible proferir condena por la situación de agravación indebidamente endilgada en la imputación y sólo sería procedente estudiar la posibilidad de confirmar o revocar la sentencia absolutoria frente al punible de violencia intrafamiliar simple, si no fuera porque a la fecha la acción penal se encuentra prescrita, según se pasa a explicar.

De acuerdo con el artículo 82 del C.P., la prescripción es causal de extinción de la acción penal. El término prescriptivo, advierte el artículo 83 del mismo cuerpo normativo, corresponde al máximo de la pena privativa de la libertad fijada en la ley.

A su turno, el artículo 292 de la Ley 906 de 2004 previene que la prescripción de la acción penal se interrumpe con la formulación de la imputación y que, producida la interrupción del término prescriptivo, este comenzará a correr de nuevo por un término igual a la mitad del señalado en el artículo 83 del Código Penal, sin que pueda ser inferior a 3 años.

Por su parte, el artículo 229 del C.P. señala que *“El que maltrate física o psicológicamente a cualquier miembro de su núcleo familiar incurrirá, siempre que la conducta no constituya delito sancionado con pena mayor, en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años”*.

Entonces, comoquiera que la formulación de imputación se adelantó el 10 de diciembre de 2017, la acción penal prescribió el 10 de diciembre de 2021, esto

⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 2 de octubre de 2019 (SP4252-2019). Rad. 53.440. MP Dra. Patricia Salazar Cuellar.



República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público

Distrito Judicial de Bucaramanga (Santander)
Tribunal Superior
Sala Penal

es, cuatro años después. Por consiguiente, la Sala declarará la prescripción de la acción penal y como consecuencia de ello, decretará la preclusión de la actuación a favor de DARRIN JIMÉNEZ MACHADO.

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

RESUELVE:

PRIMERO.- DECLARAR que en este proceso, adelantado contra DARRIN JIMÉNEZ MACHADO, ha operado el fenómeno de la prescripción de la acción penal.

SEGUNDO.- En consecuencia de lo anterior, **DECRETAR** la preclusión de la actuación a favor del prenombrado.

TERCERO.- ORDENAR al juzgado de primer grado que proceda a librar las comunicaciones que por ley corresponde, cancelando cualquier medida que se haya podido imponer al acusado, así como los registros y anotaciones que hayan surgido por cuenta de este proceso.

CUARTO.- Contra esta providencia procede el recurso de reposición en los términos de la Ley 906 de 2004.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Los magistrados,

HAROLD MANUEL GARZÓN PEÑA



República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público

Distrito Judicial de Bucaramanga (Santander)
Tribunal Superior
Sala Penal


SHIRLE EUGENIA MERCADO LORA


GUILLERMO ÁNGEL RAMÍREZ ESPINOSA