



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 EDWAR FABIAN ZAMBRANO CASADIEGO** por el punible de **HOMICIDIO AGRAVADO Y OTROS**, se ha dictado auto de fecha **20 DE ABRIL DE 2023** que dispuso confirmar la decisión del 29 de noviembre de 2022 emitida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Bucaramanga.

Para notificar a los intervinientes que no pudieron 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 **6 DE JUNIO DE 2023**, siendo las 8:00 a.m.

Sandra Julieth Cortés Samacá
Secretaria

RI 23-123A

LINK EDICTO PUBLICADO EN EL MICROSITIO DE LA RAMA EL 6 DE JUNIO DE 2023:
<https://www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-bucaramanga-sala-penal/149>

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



República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público

Distrito Judicial de Bucaramanga (Santander)
Tribunal Superior
Sala Penal

EDICTO

La secretaria de la **Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga** hace saber que, dentro del proceso penal adelantado **en contra de ANDRES FERNANDO PRADO BALMAS Y JHOANNA ALEJANDRA OROZCO ESPINOSA** por el punible de **CONCIERTO PARA DELINQUIR Y OTROS**, se ha dictado sentencia de fecha **31 DE MARZO DE 2023**.

Para notificar a los intervinientes que no pudieron 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 **6 DE JUNIO DE 2023**, siendo las 8:00 a.m.

Sandra Julieth Cortés Samacá
Secretaria

RI 21-443A

LINK EDICTO PUBLICADO EN EL MICROSITIO DE LA RAMA EL 6 DE JUNIO DE 2023:
<https://www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-bucaramanga-sala-penal/149>



República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público

Distrito Judicial de Bucaramanga (Santander)
Tribunal Superior
Sala Penal

EDICTO

La secretaria de la **Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga** hace saber que, dentro del proceso penal adelantado **en contra de CARLOS LIZARAZO CUTA** por el punible de **HOMICIDIO CULPOSO EN CONCURSO**, se ha dictado sentencia de fecha **24 DE ABRIL DE 2023**.

Para notificar a los intervinientes que no pudieron 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 **6 DE JUNIO DE 2023**, siendo las 8:00 a.m.

Sandra Jullieth Cortés Samacá
Secretaria

RI 23-061A

LINK EDICTO PUBLICADO EN EL MICROSITIO DE LA RAMA EL 6 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 LUIS EDUARDO BALLESTEROS HERNANDEZ** por el punible de **ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE CATORCE AÑOS AGRAVADO EN CONCURSO HOMOGÉNEO Y SUCESIVO Y ACTOS SEXUALES CON MENOR DE CATORCE AÑOS AGRAVADO EN CONCURSO HOMOGÉNEO Y SUCESIVO**, se ha dictado sentencia de fecha **24 DE ABRIL DE 2023**.

Para notificar al procesado y a los intervinientes que no pudieron serlo personalmente ni por correo electrónico, se fijó EDICTO a través del micrositio de la Secretaría de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bucaramanga en la página web de la Rama Judicial, por el término de tres días, hoy **6 DE JUNIO DE 2023**, siendo las 8:00 a.m.

Sandra Jullieith Cortés Samacá
Secretaria

RI 20-676A

LINK EDICTO PUBLICADO EN EL MICROSITIO DE LA RAMA EL 6 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 LUIS VIDAL GUTIERREZ MARIN** por el punible de **ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE CATORCE AÑOS AGRAVADO EN CONCURSO HOMOGÉNEO Y SUCESIVO EN CONCURSO HETEROGÉNEO CON ACTOS SEXUALES CON MENOR DE CATORCE AÑOS AGRAVADO EN CONCURSO HOMOGÉNEO Y SUCESIVO**, se ha dictado sentencia de fecha **20 DE ABRIL DE 2023**.

Para notificar al procesado y a los intervinientes que no pudieron serlo personalmente ni por correo electrónico, se fijó EDICTO a través del 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 **6 DE JUNIO DE 2023**, siendo las 8:00 a.m.

Sandra Jullieith Cortés Samacá
Secretaria

RI 21-634A

LINK EDICTO PUBLICADO EN EL MICROSITIO DE LA RAMA EL 6 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 **GLORIA CONSUELO HERRERA APARICIO Y OTRA** por el punible de **HOMICIDIO AGRAVADO**, se ha dictado sentencia de fecha **19 DE ABRIL DE 2023**.

Para notificar al procesado y a los intervinientes que no pudieron serlo personalmente ni por correo electrónico, se fijó EDICTO a través del micrositio de la Secretaría de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bucaramanga en la página web de la Rama Judicial, por el término de tres días, hoy **6 DE JUNIO DE 2023**, siendo las 8:00 a.m.

Sandra Julieth Cortés Samacá
Secretaria

RI 22-531A

LINK EDICTO PUBLICADO EN EL MICROSITIO DE LA RAMA EL 6 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 GONZALO VILLAMIZAR RODRÍGUEZ** por el punible de **HOMICIDIO**, se ha dictado sentencia de fecha **11 DE ABRIL DE 2023**.

Para notificar al procesado y a los intervinientes que no pudieron serlo personalmente ni por correo electrónico, se fijó EDICTO a través del micrositio de la Secretaría de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bucaramanga en la página web de la Rama Judicial, por el término de tres días, hoy **6 DE JUNIO DE 2023**, siendo las 8:00 a.m.


Sandra Julieth Cortés Samacá
Secretaria

RI 22-882A

LINK EDICTO PUBLICADO EN EL MICROSITIO DE LA RAMA EL 6 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 WILSON JAVIER GONZÁLEZ** por el punible de **VIOLENCIA INTRAFAMILIAR AGRAVADA**, se ha dictado sentencia de fecha **8 DE MAYO DE 2023**.

Para notificar al procesado y a los intervinientes que no pudieron serlo personalmente ni por correo electrónico, se fijó EDICTO a través del micrositio de la Secretaría de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bucaramanga en la página web de la Rama Judicial, por el término de tres días, hoy **6 DE JUNIO DE 2023**, siendo las 8:00 a.m.

Sandra Julieth Cortés Samacá
Secretaria

RI 21-573A

LINK EDICTO PUBLICADO EN EL MICROSITIO DE LA RAMA EL 6 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 DAGOBERTO HERRERA HERRERA** por el punible de **USO DE DOCUMENTO FALSO**, se ha dictado sentencia de fecha **10 DE MAYO DE 2023**.

Para notificar al procesado que no pudo serlo personalmente ni por correo electrónico, se fijó EDICTO a través del micrositio de la Secretaría de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bucaramanga en la página web de la Rama Judicial, por el término de tres días, hoy **6 DE JUNIO DE 2023**, siendo las 8:00 a.m.

Sandra Jullieth Cortés Samacá
Secretaria

RI 23-275A

LINK EDICTO PUBLICADO EN EL MICROSITIO DE LA RAMA EL 6 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 BERTHA PERALTA RUBIANO** por el punible de **EXTORSIÓN**, se ha dictado sentencia de fecha **9 DE MAYO DE 2023**.

Para notificar al procesado que no pudo serlo personalmente ni por correo electrónico, se fijó EDICTO a través del 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 **6 DE JUNIO DE 2023**, siendo las 8:00 a.m.


Sandra Jullieith Cortés Samacá
Secretaria

RI 21-591A

LINK EDICTO PUBLICADO EN EL MICROSITIO DE LA RAMA EL 6 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 DANIEL ALFONSO DÍAZ MORRIS** por el punible de **VIOLENCIA INTRAFAMILIAR AGRAVADA**, se ha dictado sentencia de fecha **28 DE ABRIL 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 **6 DE JUNIO DE 2023**, siendo las 8:00 a.m.

Sandra Julieth Cortés Samacá
Secretaria

RI 23-078A

LINK EDICTO PUBLICADO EN EL MICROSITIO DE LA RAMA EL 6 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 **YERSON ALFONSO MONTAÑEZ LIZARAZO** por el punible de **FABRICACIÓN, TRÁFICO, PORTE O TENENCIA DE ARMAS DE FUEGO, ACCESORIOS, PARTES O MUNICIONES**, se ha dictado sentencia de fecha **11 DE MAYO DE 2023**.

Para notificar al procesado que no pudo serlo personalmente ni por correo electrónico, se fijó EDICTO a través del microsítio de la Secretaría de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bucaramanga en la página web de la Rama Judicial, por el término de tres días, hoy **6 DE JUNIO DE 2023**, siendo las 8:00 a.m.

Sandra Jullieith Cortés Samacá
Secretaria

RI 21-730A

LINK EDICTO PUBLICADO EN EL MICROSITIO DE LA RAMA EL 6 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 **ANDRES FELIPE GUTIÉRREZ MALAGÓN** por el punible de **HURTO CALIFICADO Y AGRAVADO EN GRADO DE TENTATIVA EN CONCURSO HETEROGÉNEO CON FABRICACIÓN, TRÁFICO, PORTE O TENENCIA DE ARMAS DE FUEGO, PARTES Y MUNICIONES**, se ha dictado sentencia de fecha **27 DE MARZO DE 2023**.

Para notificar al procesado que no pudo serlo personalmente ni por correo electrónico, se fijó EDICTO a través del microsítio de la Secretaría de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bucaramanga en la página web de la Rama Judicial, por el término de tres días, hoy **6 DE JUNIO DE 2023**, siendo las 8:00 a.m.

Sandra Jullieth Cortés Samacá
Secretaria

RI 22-024A

LINK EDICTO PUBLICADO EN EL MICROSITIO DE LA RAMA EL 6 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 JOSÉ MARTÍNEZ AGUILAR** por el punible de **OMISIÓN DE AGENTE RETENEDOR O RECAUDADOR**, se ha dictado sentencia de fecha **9 DE MAYO DE 2023**.

Para notificar al procesado que no pudo serlo personalmente ni por correo electrónico, se fijó EDICTO a través del 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 **6 DE JUNIO DE 2023**, siendo las 8:00 a.m.

Sandra Julieth Cortés Samacá
Secretaria

RI 23-191A

LINK EDICTO PUBLICADO EN EL MICROSITIO DE LA RAMA EL 6 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

Magistrada ponente: Paola Raquel Álvarez Medina.
Referencia: 54518-6100-000-2020-00007-02 (23-123A)
Procesados: Edwar Fabián Zambrano Casadiego.
Delito: Homicidio agravado y otros
Decisión: Confirma decisión.

APROBADO ACTA No. 368

Bucaramanga, veinte (20) de abril de dos mil veintitrés (2023)

ASUNTO

Decide el Tribunal el recurso de apelación interpuesto por el delegado de Ministerio Público, contra la decisión del 29 de noviembre de 2022, mediante la cual el Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Bucaramanga aprobó el preacuerdo celebrado **Edwar Fabián Zambrano Casadiego** y la fiscalía, respecto de los delitos de homicidio agravado en concurso homogéneo y sucesivo, homicidio agravado en grado de tentativa en concurso homogéneo y sucesivo, toma de rehenes y utilización de medios y métodos de guerra ilícitos.

HECHOS

Según se extrae del escrito de acusación, el 22 de mayo de 2013, en la vereda Boyagá del municipio de Cerrito –Santander, siendo aproximadamente las 00:20 horas, integrantes del batallón Héroes y Mártires, Comisión 18 de Junio y Frente Efraín Pabón Pabón, del Frente de Guerra Oriental del Ejército de Liberación Nacional -E.L.N., en desarrollo de la operación Primavera, en conmemoración del 49 aniversario de esa organización guerrillera, atacaron con armas de fuego, municiones y explosivos artesanales al primer pelotón de la Batería E del batallón de Artillería N° 5 “CT José Antonio Galán”, al mando del subintendente Diego Fernando Agudelo Manzo, dejando como resultado once (11) militares muertos, seis



(6) militares heridos, hurto de material de guerra y comunicaciones e intendencia; de igual forma, en la huida dejaron sembrados artefactos explosivos.

Luego de verificaciones en el lugar de los hechos, se estableció que el cabo tercero Carlos Fabián Huertas había sido secuestrado por parte de ese grupo insurgente, lo cual fue reconocido por el E.L.N en su página web www.fgoriental.org, donde se atribuyeron la acción; además, el 26 de junio de 2013, dicha organización envió pruebas de supervivencia del aludido cabo y hasta el 4 de julio siguiente fue liberado ante una comisión de la Defensoría del Pueblo y la Cruz Roja Internacional en jurisdicción del municipio de Fortul –Arauca.

Uno de los partícipes de las anteriores acciones fue Edwar Fabián Zambrano Casadiego, alias Cambumber, quien en diligencias de reconocimiento fotográfico fue identificado por desmovilizados del E.L.N. y un suboficial del Ejército Nacional, quien adujo que este era uno de los cabecillas de dicha operación; asimismo, ello se logró en atención a un video allegado por la Procuraduría General de la Nación de Arauca, el cual se generó de la grabación que ese mismo grupo bélico realizó momentos previos a realizar el ataque.

ACTUACIÓN PROCESAL

1. El 25 de septiembre de 2020, ante el Juzgado Cincuenta y Nueve Penal Municipal de Bogotá con función de control de garantías, la fiscalía le imputó a Edwar Fabián Zambrano Casadiego los delitos de homicidio agravado en concurso homogéneo y sucesivo, homicidio agravado en grado de tentativa en concurso homogéneo y sucesivo, secuestro extorsivo agravado, hurto calificado y agravado, utilización de medios y métodos de guerra ilícitos y rebelión, cargos que no aceptó.

2. El 13 de noviembre de 2020, la Fiscalía 7ª DECOG de Bogotá presentó escrito de acusación respecto de Edwar Fabián Zambrano Casadiego, el que



por reparto correspondió al Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Bucaramanga, estrado que el 6 de mayo de 2021¹ celebró la audiencia de formulación de acusación de conformidad con el artículo 339 de la Ley 906 de 2004, en la cual la agencia fiscal solicitó la preclusión de la investigación por el delito de rebelión; asimismo, varió la calificación del delito de secuestro extorsivo agravado por el de toma de rehenes.

3. El 14 de junio de 2021, en continuación de la anterior vista pública, el despacho decretó la preclusión de la investigación a favor de Edwar Fabián Zambrano Casadiego por el delito de rebelión, por lo que ordenó la ruptura de la unidad procesal por este punible para su respectivo archivo, continuando en este diligenciamiento el curso de los demás ilícitos; asimismo, el ente persecutor acusó formalmente a Zambrano Casadiego por los delitos de homicidio agravado en concurso homogéneo y sucesivo, homicidio agravado en grado de tentativa en concurso homogéneo y sucesivo, toma de rehenes, hurto calificado y agravado en concurso homogéneo y sucesivo y utilización de medios y métodos de guerra ilícitos. Finalmente, la fiscalía realizó el descubrimiento probatorio.

4. El 24 de agosto de 2021, al instalarse la audiencia preparatoria, la agencia fiscal señaló que había celebrado un preacuerdo con Edwar Fabián, por lo que expuso sus términos: el procesado acepta responsabilidad por los hechos enrostrados y por los delitos objeto de acusado y para efectos de determinar la pena imponible, parte del mínimo establecido para el delito más grave, esto es, el de homicidio agravado, equivalente a 400 meses de prisión, incrementado en 80 meses de prisión más por los delitos concursales, para un total de 480 meses de prisión, monto que en virtud de dicha negociación se rebajará en una tercera (1/3) parte, quedando la misma en 320 meses de prisión.

Ahora, en lo tocante a la pena de multa, como algunos de los ilícitos contempla tal sanción, estas deben sumarse conforme lo ordena el artículo 39, numeral 4° del C.P., tomando las penas de multa mínimas, atendiendo

¹ Pág. 86 ibídem. Acta de audiencia de formulación de acusación.



el criterio de la de prisión; entonces, para el de toma de rehenes equivale a 2.666,66 s.m.l.m.v. y por el de utilización de medios y métodos de guerra ilícitos 133,33 s.m.l.m.v., para un total de 2.799,99 s.m.l.m.v., el que rebajado en la tercera parte queda en 1.866,66 s.m.l.m.v.

Finalmente, en lo que atañe a la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, contemplada para los delitos antes señalados en 240 a 360 y 80 a 180 meses, respectivamente, de acuerdo al artículo 51 del C.P., queda en la máxima prevista que equivale a 20 años.

Frente a la anterior negociación el delegado del Ministerio Público solicitó su improbación, dado que no fueron citadas las víctimas para que se hicieran partícipes; no obstante, la agencia fiscal aclaró que por intermedio de su asistente les comunicó a ellas y al representante del Ejército Nacional lo propio sin que comparecieran; en ese sentido, el despacho suspendió la diligencia para que la fiscalía allegue la constancia de lo señalado y en la próxima vista pudieran estar presentes.

5. El 17 de noviembre de 2021, no asistieron las víctimas, pero fue asignada como su representante la doctora Yaneth Cristina Barajas Vargas, por lo que el ente persecutor dio lectura nuevamente de los términos del preacuerdo para que fueran de su conocimiento. De esa manera, la defensa y los representantes del Ministerio Público y de las víctimas no se opusieron; finalmente, la fiscalía expuso el mínimo de elementos materiales probatorios para demostrar la participación del acusado en los delitos preacordados; en todo caso, el Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de esta ciudad improbió el anterior convenio porque transgrede el principio de legalidad, toda vez que con dicho preacuerdo se estaría incumpliendo el requisito de procedibilidad previsto en el artículo 349 del C.P.P., toda vez que en el presente caso se está ante un incremento patrimonial, debido a que el delito de hurto calificado y agravado en concurso homogéneo y sucesivo fue objeto de negociación, sin que se hubiera efectuado el reintegro del 50% de su valor y asegurado el restante 50% para superar dicho presupuesto, decisión contra la cual la fiscalía y la defensa interpusieron el



recurso de apelación, determinación contra la cual la defensa y la fiscalía incoaron el recurso de apelación.

6. Mediante providencia del 2 de mayo de 2022, aprobada con acta N° 376, esta Sala Penal resolvió confirmar la anterior decisión.

7. El 22 de junio de 2022 la agencia fiscal presentó un nuevo preacuerdo con Zambrano Casadiego, consistente en que, a cambio de aceptar responsabilidad por los delitos de homicidio agravado en concurso homogéneo y sucesivo, homicidio agravado en grado de tentativa en concurso homogéneo y sucesivo, toma de rehenes y utilización de medios y métodos de guerra ilícitos, le otorgaría una rebaja de pena equivalente a 1/3 de la pena imponible de 456 meses de prisión, por la etapa procesal, quedando la misma en 304 meses de prisión y multa de 1.866,66 s.m.l.m.v., aclarando que el restante delito de hurto calificado y agravado no hará parte de la negociación por lo que continuará en la etapa juicio.

El encartado manifestó que ha sido asesorado debidamente y que acepta los términos del pacto de forma libre, consiente y voluntaria; por su parte, la defensa y la apoderada de víctima no se oponen; empero, el Delegado del Ministerio Público sí, considerando que en cuanto al delito de toma de rehenes no fueron claros los hechos objeto de negociación pues, aunque se dice que se privó de la libertad a un militar, no se precisó que los sujetos activos de la misma hubieran desplegado alguna de las acciones requeridas por ese tipo penal para proceder a su liberación o para garantizar su seguridad, ni se indicó que dicha privación de la libertad resultó ser un mecanismo dispuesto para defenderse de las acciones de terceros, por lo que una aceptación de cargos en ese sentido atentaría contra el derecho de defensa y el debido proceso.

De otra parte, critica que la pena fijada en el acuerdo, dado que se toma como pena más grave la de 400 meses por el delito de homicidio agravado y 56 meses adicionales por los demás delitos, pero no se especifica a cuál de los dos delitos de ese tipo que fueron enrostrados a Zambrano Casadiego, máxime que, según lo hechos, se trató de 11 homicidios agravados, 6



tentativas de homicidio agravado, una toma de rehenes y la utilización de medios de guerra ilícitos, lo que resulta desproporcionado frente a los 56 meses adicionales, lo que cercena el principio de legalidad.

El 29 de noviembre de 2022 la *a quo* aprobó el preacuerdo presentado, determinación contra la cual el aludido delegado interpuso recurso de apelación.

8. El 21 de febrero de 2023 las diligencias ingresaron a esta magistratura para lo correspondiente.

DECISIÓN RECURRIDA

El 29 de noviembre de 2022 el Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de esta ciudad aprobó el anterior convenio al considerar que los hechos jurídicamente relevantes se encuentran debidamente determinados con elementos materiales probatorios; asimismo, explicó que la fórmula del pacto se encuentra ajustada a derecho, pues se otorgó una única rebaja consistente en 1/3 parte de la pena imponible, de acuerdo a la etapa procesal –preparatoria- como lo establece el artículo 352 del C.P.P.; ahora, la penalidad fue debidamente dosificada por parte de la agencia fiscal, ya que tomó como base, luego de individualizados cada delito, la más grave correspondiente a 400 meses de prisión por el delito de homicidio agravado y le incrementó 56 meses por el concurso de conductas punibles, esto es, por los 10 homicidio agravados restantes, los 6 homicidios en grado de tentativa, la toma de rehenes y la utilización de medios y métodos de guerra ilícitos, estableciéndose como pena definitiva la de 304 meses de prisión y multa de 1.866,66 s.m.l.m.v. e inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas por 20 años.

Lo anterior respeta el principio de legalidad, pues no desprestigia la administración de justicia y se hace acorde con la afectación que se causó a los bienes jurídicamente tutelados. En cuanto a los reparos del Ministerio Público, aclaró que, si bien la fiscalía obvió organizar la situación fáctica



respecto del delito de toma de rehenes durante la lectura del preacuerdo, lo cierto es que, una vez alertada de ello, en la misma audiencia aclaró que el cabo tercero Carlos Fabián Huertas había sido secuestrado por parte del grupo insurgente, pues el ELN se atribuyó dicha acción en su página web www.fgoriental.org e indicaron dicha retención y solicitaron el cumplimiento del cese bilateral de fuego; asimismo, refirió que su liberación se dio a través de unas exigencias realizadas por la organización, donde intervino la Defensoría del Pueblo y la Cruz Roja Internacional, todo lo cual había expuesto en audiencia de acusación del 14 de julio de 2021, en presencia del delegado del Ministerio Público, sin que hubiera presentado objeción alguna.

Ahora bien, en cuanto al segundo reparo del Procurador, la fiscalía aclaró la determinación de la pena en esa diligencia, dejando claro que ello no varía los términos del preacuerdo; finalmente, ordenó ruptura de la unidad procesal por el delito de hurto calificado y agravado, para que continúe la etapa de juicio oral.

RECURSO DE APELACIÓN

El delegado del Ministerio Público manifestó que, en el presente caso, sin consideración alguna sobre los diferentes homicidios realizados en la toma del ELN, se establece como pena base de la tasación la del artículo 104 del C.P. relativa al homicidio agravado, como si fuese lo mismo una cualquiera de las víctimas que fueron. Alega que se tiene que determinar, dependiendo del accionar y la evidencia, cuál de los diferentes homicidios es el que sirve de base para el establecimiento de la pena más grave y, a partir de ello, discriminar para cada uno de los eventos concursantes el respectivo aumento, lo cual también debe hacerse con las tentativas de homicidio agravado. Reitera que de los homicidios agravados se debe determinar aquel que debe servir de base, atendiendo a sus particularidades, así como decir frente a cada evento a cuanto equivale cada aumento punitivo.



NO RECURRENTES

1. la fiscalía se opone a los argumentos del apelante, aduciendo que sí tuvo en cuenta los criterios legales y jurisprudenciales para la dosificación de la pena, para lo cual trae a colación la sentencia SP-3382 de 2019 Rad. 47.675 del 13 de febrero de 2019, para colegir que cuando se está frente a la pluralidad de conductas punibles, el tratamiento está zanjado en el artículo 31 del Código Penal, que es la confrontación de la pena individualizada para cada ilicitud, lo que permite determinar cuál es la más grave, a la cual se le aumenta otro tanto, cuyo factor determinante será el número de delitos congruentes, su naturaleza, gravedad y modalidad, sin que se supere la suma aritmética de las penas que correspondería a cada punible, que no supere el cúmulo de la pena básica individualizada, que no sea superior a 60 años de prisión, y la *reformatio in peius*.

En ese sentido, dice que en este caso se dosificó la pena para cada conducta punible, para verificar la más grave, que sería la de homicidio agravado, aclarando que dicha conducta fue en concurso homogéneo y sucesivo por el asesinato de 11 militares, por lo que resulta complejo determinar cuál es más grave, dado que en todo se extinguió el bien jurídico máspreciado – vida-; en cambio, discriminar que un homicidio fue más grave que otro sí sería un acto de revictimización con las familiares de aquellos, por lo que considera fuera de contexto el clamor del censor; ahora, frente a la alegación que la pena resulta baja, indicó que cualquier penalidad que se imponga sería poca para la muerte de 11 militares, 6 militares heridos y un retenido; sin embargo, los topes están dentro del marco legal, por lo que solicita que se confirme la determinación confutada.

2. El defensor del encartado pide que se mantenga incólume la decisión, pues justamente el preacuerdo surgió ante la necesidad de humanizar la justicia y busca una alternativa al proceso ordinario, para terminarlo de forma anticipada, sin soslayar el ordenamiento jurídico.



CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Los acuerdos entre la Fiscalía y el imputado o acusado constituyen una de las modalidades de terminación abreviada del proceso penal que obedece a una política criminal cifrada en el objetivo de lograr eficacia y eficiencia en la administración de justicia mediante el consenso de los actores del proceso, lo cual reporta para el procesado significativos beneficios punitivos, así como para el Estado ahorro de esfuerzos y recursos en su investigación y juzgamiento. Esta modalidad de justicia consensual se halla regulada en los artículos 348 a 354 de la Ley 906 de 2004.

2. De entrada, la Sala considera que la decisión adoptada el 29 de noviembre de 2022 por el Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Bucaramanga se encuentra ajustada a derecho, toda vez que el preacuerdo celebrado entre la fiscalía y Edwar Fabián Zambrano Casadiego se ajusta al principio de legalidad de los delitos y las penas, así como que se enmarca dentro del ordenamiento jurídico y la jurisprudencia, pues efectivamente se partió del delito que comporta la pena más grave, que en este caso es el de homicidio agravado (art. 104 del C.P.), equivalente a 400 meses de prisión, intelección que surgió luego de determinar lo mismo con los demás delitos, a saber, homicidio agravado en grado de tentativa, toma de rehenes y utilización de medios y métodos de guerra ilícitos, aumentando en 56 meses más dicha sanción, por el concurso de conductas punibles, guarismo que justifica frente a esas otras ilicitudes.

Debe indicarse que, tal como lo refirieron los no recurrentes, resulta desatinado pretender determinar cuál homicidio agravado, frente a la muerte de los 11 militares, resulta más grave, para de esa manera sí poder dosificar correctamente la pena, conforme al artículo 31 del Código Penal, pues véase que justamente se trató de la tipificación del delito de homicidio agravado en concurso homogéneo y sucesivo, ejecutado en circunstancias propias del conflicto armado, viéndose inmersa la guerrilla del ELN, integrada, entre otros, por Zambrano Casadiego, quienes atacaron al primer pelotón de la Batería E del batallón de Artillería N° 5 “CT José



Antonio Galán”, al mando del subintendente Diego Fernando Agudelo Manzo.

En esas circunstancias, para efectos de la individualización de la pena, resulta un despropósito discriminar cuál de los 11 militares fallecidos fue el que sufrió con mayor rigor ese agravio, máxime cuando la vida de todos se extinguió, debiéndose obrar, en cambio, como lo detenta el artículo 31 ibídem, esto es, *“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”*, siendo en todo caso la de homicidio agravado, conforme lo hizo la agencia fiscal, pues de la tipificación realizada desde la imputación, no se advierte un evento de homicidio agravado consumado que tenga mayor penalidad prevista, pues todos quedaron al amparo de la misma conducta en concurso homogéneo y sucesivo.

Así las cosas, se advierte ajustado a derecho que la pena parta de 400 meses de prisión, pues es la que prevé el artículo 104 del Código Penal, vigente para la época de los hechos², quantum al que el ente persecutor decidió aumentarle 56 meses de prisión por los 10 homicidios agravados restantes, los 6 homicidios agravados en grado de tentativa, la toma de un rehén y la utilización de medios y métodos de guerra ilícitos, lo cual se muestre acorde, pues no supera los topes legalmente dispuestos, esto es, *“... 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 los eventos de concurso, la pena privativa de la libertad no podrá exceder de sesenta (60) años”*.

Finalmente, a los 456 meses de prisión le descontó 1/3 parte, como único beneficio otorgado por vía del preacuerdo, conforme lo prevé el artículo 452 del C.P.P., que dispone que “Presentada la acusación y hasta el momento

² “ARTÍCULO 104. <Penas aumentadas por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, a partir del 1o. de enero de 2005. El texto con las penas aumentadas es el siguiente:>

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



en que sea interrogado el acusado al inicio del juicio oral sobre la aceptación de su responsabilidad, el fiscal y el acusado podrán realizar preacuerdos en los términos previstos en el artículo anterior. Cuando los preacuerdos se realizaren en este ámbito procesal, la pena imponible se reducirá en una tercera parte.”, por lo que la penalidad quedó en 304 meses de prisión.

Dicha pena, que es igual a 25 años y 4 meses de prisión, para la Sala, al igual que la *a quo*, se muestra proporcional con los hechos jurídicamente relevantes atribuidos a Edwar Fabián Zambrano Casadiego, por lo que se descarta que sirva de botín para desprestigiar la justicia, dado que no se trata de una suma ínfima, máxime que fue derivada de un preacuerdo, el cual no se encuentra vedado en el presente caso; en otras palabras, la pena imponible era de 38 años de prisión -456 meses-, pero como se otorgó un descuento por aceptación de responsabilidad, la misma se redujo a esa proporción.

Así las cosas, la colegiatura confirmará la decisión recurrida, pues el preacuerdo celebrado entre fiscalía y acusado no vulnera el principio de legalidad de los delitos y las penas.

En mérito de lo expuesto, **EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BUCARAMANGA, SALA PENAL DE DECISIÓN,**

RESUELVE:

Primero: Confirmar la decisión del 29 de noviembre de 2022, mediante la cual el Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Bucaramanga aprobó el preacuerdo celebrado entre Edwar Fabián Zambrano Casadiego y la Fiscalía, respecto de los delitos de homicidio agravado en concurso homogéneo y sucesivo, homicidio agravado en grado de tentativa en concurso homogéneo y sucesivo, toma de rehenes y utilización de medios y métodos de guerra ilícitos, por las razones anteriormente expuestas.

Segundo: Devolver las diligencias al juzgado de origen para que prosiga el trámite subsiguiente.



Tercero: Esta determinación se notifica en estrados y contra la misma no procede recurso alguno.

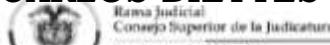
CÚMPLASE

Los Magistrados,

PAOLA RAQUEL ÁLVAREZ MEDINA

JAIRO MAURICIO CARVAJAL BELTRÁN

JUAN CARLOS DIETTES LUNA



PROYECTO REGISTRADO A TRAVÉS DEL EXCEL INSTITUCIONAL DE LA SECRETARÍA DE ESTA SALA ESPECIALIZADA EL **31 DE MARZO DE 2023.**

El expediente obra en un cuaderno digital de OneDrive



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BUCARAMANGA
SALA DE DECISIÓN PENAL

Magistrado Ponente:

Jairo Mauricio Carvajal Beltrán

Rad. 68001-6000-000-2018-00142-01

Aprobado Acta N.º 317

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

1. Asunto

Se resuelve el recurso de apelación interpuesto por el delegado del ministerio público, contra la sentencia proferida el 17 de junio de 2021, por el Juzgado Segundo Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Barrancabermeja, mediante la cual condenó a Andrés Fernando Prado Balmas y Jhoanna Alejandra Orozco Espinosa.

2. Hechos

En el periodo comprendido entre el año 2016 y 2017, Andrés Fernando Prado Balmas y Jhoanna Alejandra Orozco Espinosa, hacían parte de una organización criminal que operaba en diferentes departamentos de la geografía nacional, entre ellos, Santander, dedicándose a estafar a vendedores y compradores de vehículos.

Las actuaciones engañosas consistían en contactar por plataformas de internet a vendedores, a quienes les entregaban el 50% o menos del valor de la venta, para entrar en posesión material del vehículo, indicando que el pago del saldo se daría en un plazo de 15 o 30 días, tiempo en el cual publicaban los automotores, los vendían en un precio mayor, y hacían traspasos con documentos falsos, con lo cual afectaban al vendedor inicial a quien no le entregaban el saldo insoluto, y al comprador final, quien obtenía un rodante con documentos irregulares.

Dentro de la estructura criminal, Andrés Fernando Prado Balmas y Jhoanna Alejandra Orozco Espinosa, tenían la función dual de aportar dinero para la compra de los vehículos para luego venderlos con documentos fraudulentos, asunto con el que

estafaron a: Richard Pérez Roca, a quien otro miembro de la organización le dio \$5.000.000 por el rodante de placas BX0 885, y le adeudó \$22.000.000, transacción en la que también resultó afectada Ana Erly Muñoz Osorio, quien adquirió el automotor por \$24.000.000 soportado en documentos falsos.

Situación similar ocurrió con Robinson Chávez Palencia, quien recibió de Andrés Fernando Prado Balmas la suma de \$9.000.000 por el carro de placas RBS872, y nunca obtuvo el pago del saldo de \$10.500.000, transacción en la que también resultó afectado Javier Narciso Yopez León, quien adquirió el automotor de buena fe. Jessika Tatiana Navarrete Mendoza, recibió por el vehículo de placas HQR325, la suma de \$20.000.000, de parte Edward Mauricio Barrera González – otro integrante de la organización -, dinero que provenía de Andrés Fernando Prado Balmas, y no obtuvo el remanente de \$24.000.000.

Shirley Johana Rueda alquiló su vehículo de placas HDP060, el cual no fue regresado por la organización criminal, por el contrario, fue vendido a Sonia Esperanza Segura Calvo¹ por \$15.000.000. Ana Milena Pabón Villafañe recibió por su carro de placas MPT988, la suma de \$14.000.000 y nunca recibió el remanente de \$35.000.000. Finalmente, a Jonathan Alberto Altamiranda le entregaron \$15.000.000 por su rodante de placas VAM587, y nunca obtuvo el remanente de \$19.000.000, vehículo que igualmente fue enajenado a una tercera persona.

3. Antecedentes procesales

3.1. El 5 de octubre de 2018² ante el Juzgado 28 Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Santiago de Cali, en audiencia preliminar, fue legalizada la captura de Andrés Fernando Prado Balmas y Jhoanna Alejandra Orozco Espinosa, a quienes se les formuló imputación como coautores a título de dolo de los delitos de concierto para delinquir, inciso 1° del artículo 340 del C.P, en concurso con estafa agravada en concurso homogéneo y sucesivo, artículos 246 y No 4 del artículo 247 ibidem. También se les imputó, en concurso heterogéneo los ilícitos de falsedad en documento público, y falsedad en documento privado, artículos 287 y 289 del CP, cargos que ambos aceptaron, habiéndosele impuesto medida de aseguramiento privativa de la libertad en su lugar de residencia.

¹ Víctima adicionada en el minuto 30:35 de la audiencia de formulación de acusación con allanamiento

² Pdf 295 prado balmas 1

3.2. Por reparto correspondió al Juzgado 2° Penal del Circuito de Barrancabermeja, autoridad que, luego de múltiples aplazamientos, el 24 de octubre de 2019³ verificó y aprobó el allanamiento a cargos, llevándose en esa misma diligencia el cumplimiento al traslado del artículo 447 de la Ley 906 de 2004, para posteriormente, el 17 de junio de 2021⁴ emitir la sentencia condenatoria.

4. Sentencia impugnada

La juez de primera instancia profirió sentencia condenatoria contra Andrés Fernando Prado Balmas y Jhoanna Alejandra Orozco Espinosa, a quienes impuso una pena de 32 meses de prisión y multa de 25 salarios mínimos legales mensuales vigentes, como coautores responsables de los delitos de concierto para delinquir, estafa agravada en concurso homogéneo y sucesivo, al igual que por falsedad material en documento público, y falsedad en documento privado, ordenando su libertad por pena cumplida, y la devolución definitiva de uno de los rodantes.

5. Del recurso de apelación

El delegado del ministerio público señaló que la decisión carecía de la argumentación pertinente en el proceso de individualización de la pena que exige el artículo 59 del Código Penal, porque a pesar de tratarse de un concurso de cuatro conductas punibles de estafa agravada, en las que hubo mayor o menor afectación para las víctimas solo se dosificó una de ellas, sin señalarse cuál de todas resultaba la más grave, además que tampoco se dijo algo sobre los criterios de determinación cuantitativa y cualitativa del aumento por el concurso.

También se incumplió la exigencia del artículo 61 íbidem, pues a pesar de haber sido dos sujetos los que cometieron la conducta, con funciones diferentes, la pena para ambos fue exactamente la misma, sin valorarse la mayor o menor gravedad de la conducta y el daño real creado, asunto para el cual tampoco se discriminó cuál de los dos fue quien indemnizó a las víctimas, o sí se realizó en proporciones iguales.

Frente al anterior tópico, agregó también, que se incurrió en un error al aplicarse el descuento por reparación del artículo 269 de la Ley 599 de 2000, a todas las conductas punibles, cuando tal disposición únicamente debía aplicarse a los delitos

³ Pdf 137 prado balmas 1

⁴ Pdf 21 prado balmas 2

contra el patrimonio económico, y no – como ocurrió – al concierto para delinquir, la falsedad en documento público y la falsedad en documento privado.

Finalmente, respecto a la pena de multa señaló que al tratarse de un concurso de cuatro estafas, al momento de tasar la misma, no se hizo la tasación respectiva, y por el contrario, se le aplicó el descuento por reparación, asunto que resultaba improcedente.

6. Consideraciones del Tribunal

6.1. Competencia

De conformidad con el artículo 34, numeral 1°, de la Ley 906 de 2004, esta Sala es competente para conocer de los recursos de apelación contra sentencias penales que profieran jueces del circuito de este Distrito Judicial.

6.2. Caso concreto

En este asunto el censor formula reproche contra la decisión de primera instancia, exclusivamente por la tasación de la pena que considera errada al no haberse seguido los presupuestos que exigen los artículos 59 y siguientes del Código Penal.

En ese sentido, sería del caso estudiar primero el disenso propuesto por el delegado del ministerio público, si no fuera porque se observa que en el desarrollo del trámite se cometió una irregularidad sustancial, que hace necesario la declaratoria de la nulidad parcial de las diligencias.

La nulidad es una sanción extrema que implica invalidar el acto jurisdiccional y las actuaciones que se derivaron de éste, pero tal castigo no está dirigido a las partes, sino para la propia administración de justicia que permitió el adelantamiento de una causa sin garantizar el respeto irrestricto a las formas preestablecidas por el legislador y a las garantías debidas a partes e intervinientes.

La declaratoria de nulidad, como sanción procesal, obliga a retrotraer, a reenviar el procedimiento, a remitirlo a etapas previas que permitan el restablecimiento de la garantía vulnerada, de la que deriva que sus consecuencias son graves y, por ende, esa solución debe tenerse como el remedio último, extremo, al que solo se debe acudir cuando el legislador no provea al funcionario de otros mecanismos de corrección. Por

modo que la irregularidad que comporte invalidación debe ser trascendente, insubsanable, sustancial. (AEP 00134-2021, radicado 00492)

Por tal motivo, no basta con reseñar la presunta irregularidad y aducir que se desconoció un derecho fundamental, sino que resulta imprescindible demostrar de manera lógica y coherente, un nexo de causalidad entre tal yerro y el derecho alegado. La nulidad se entiende como un remedio extremo de naturaleza residual a la que solamente se debe acudir cuando no exista ninguna otra forma para superar la irregularidad cometida en el trámite procesal.⁵

En las presentes diligencias, a Andrés Fernando Prado Balmas y Jhoanna Alejandra Orozco Espinosa, se les condenó como coautores responsables de los delitos de concierto para delinquir, estafa agrava en concurso homogéneo y sucesivo, al igual que por falsedad material en documento público, y falsedad en documento privado, luego de que en audiencia de formulación de imputación del 5 de octubre de 2018, los mismos aceptaran los cargos endilgados, asunto que luego se verificó por la juez de conocimiento el 24 de octubre de 2019, trámites que resultaron parcialmente irregulares como se pasará a explicar.

En la audiencia de formulación de imputación, la delegada de la agencia fiscal, luego de individualizar a los imputados y relacionar de manera clara y sucinta los hechos jurídicamente relevantes, procedió a comunicarles la posibilidad de allanarse a la imputación⁶, indicándoles: *“la fiscalía le informa que ustedes tienen la posibilidad de allanarse, allanarse es aceptar los cargos que se le acaban de formular, como es el de concierto y la estafa agravada, al igual que falsedad en documento privado y publico atendiendo pues de los vehículos que se hacen referencia y las denuncias con que cuenta con la fiscalía. Si deciden aceptar los cargos tendrían una rebaja hasta del 50% de la pena, pero serían merecedores de una sentencia condenatoria y de unos antecedentes penales, o pueden no aceptar...”*

Seguidamente, y luego de explicar los derechos que les asistía como procesados, el juez de control de garantías frente a la aceptación de cargos les indicó⁷: *“sí ustedes aceptan los cargos en esta audiencia tendrían derecho de una rebaja de hasta de la mitad de la pena porque no fueron capturados en situación de flagrancia, pero esa tasación le corresponde hacerla al juez de conocimiento, acá como lo dice la fiscalía le indican son las penas básicas para cada delito”*, ante lo anterior los procesados

⁵ Corte Suprema de Justicia. Sentencia de 14 de abril de 2010. Radicado N° 30960. MP. Dr. Alfredo Gómez Quintero

⁶ Minuto 29:50 al 30:38 de la audiencia de formulación de imputación

⁷ Minuto 34:30 audiencia de formulación de imputación

aceptaron los cargos, y el juez constitucional procedió a verificar que la aceptación fuera de manera libre, consciente, voluntaria y debidamente asesorada.

Entrados en la audiencia de acusación con allanamiento a cargos, la juez de conocimiento encontró ajustado el acto de aceptación, y procedió a emitir la correspondiente sentencia condenatoria.

En ese sentido, resulta claro que en el acto de comunicación la delegada de la agencia fiscal, como el juez de control de garantías, y posteriormente, la juez de conocimiento, no se preocuparon por dar cumplimiento al criterio imperante en la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, que desde la sentencia SP14496 del 27 de septiembre de 2017 (Rad 39831), señaló que los allanamientos a cargos, al igual que los preacuerdos resultaban ser especies de un mismo género, por lo que en ambos debía aplicarse lo previsto en el artículo 349 de la Ley 906 de 2004, estos es, exigírsele a los sujetos activos de la conducta el reintegro de por lo menos el 50% del aumento patrimonial, y el aseguramiento del remanente.

La anterior postura de la Corte Suprema de Justicia, lejos de difuminarse ha sido reiterada de manera consistente, y en decisión 3883 del 26 de octubre de 2022, con ponencia del Magistrado Hugo Quintero Bernate (Rad 55897), en un caso similar, recordó la obligatoriedad del cumplimiento del precedente, y además, agregó, que para los eventos en los que en el acto de comunicación se señale un concurso de conductas, la nulidad debía ser parcial únicamente frente al delito contra el patrimonio económico⁸.

En tal sentido, en el presente caso a Andrés Fernando Prado Balmas y Jhoanna Alejandra Orozco Espinosa, no se les comunicó desde la formulación de imputación la obligatoriedad de reintegrar por lo menos el 50% del aumento patrimonial, y asegurar el remanente, para poder obtener el descuento por allanamiento a cargos, por lo que se incurrió en una vulneración sustancial, no solo de sus derechos, sino de los que son titulares las víctimas, al incumplirse las finalidades del sistema de justicia penal premial.

No obstante, se advierte que en el desarrollo del trámite tal situación – acto de reintegro – fue subsanado frente a varias de las víctimas, de la siguiente manera.

⁸ *Afectar con nulidad los demás delitos concurrentes por haber constituido el medio que facilitó la conducta final, como ya lo ha señalado la Sala en pretérita oportunidad, sería una interpretación desfavorable, que ampliaría las restricciones ya existentes –y por demás abundantes– para allanarse en contextos delictuales en los cuales se obtiene beneficio económico.*

Víctimas	Razón por la que resultó perjudicada	Reintegro	Indemnización
Ana Eryl Muñoz Osorio	Al adquirir el vehículo BXO 885	Mediante documento del 11 de diciembre de 2020, declara recibir \$27.000.000 como daños, indemnización y reparación (Folio 207 y 231)	
Robinson Chávez Palencia	Al vender el vehículo RBS 872	Recuperó el vehículo ⁹	Mediante acuerdo del 20 de agosto de 2020, fija el monto de indemnización y reparación en \$11.000.000, los cuales recibe en dos pagos el 25 y 31 de agosto de 2022 (Folios 242 y 243)
Jessika Tatiana Navarrete Mendoza	Al vender el vehículo HQR 325	Recuperó el vehículo ¹⁰	Mediante acuerdo del 20 de agosto de 2020, fija el monto de indemnización y reparación en \$10.000.000, los cuales declaró recibir en diciembre de 2020 (Folio 237)
Shirley Johana Rueda	Al alquilar y no ser retornado el vehículo HDP 060	Mediante acuerdo del 6 de febrero de 2020, fija el monto de daños, indemnización y reparación en \$3.000.000, los cuales declaró recibir en la misma fecha (Folio 260)	
Sonia Esperanza Segura Calvo	Al adquirir el vehículo HDP 060	Mediante acuerdo del 4 de febrero de 2019, fija el monto de daños, indemnización y reparación en \$12.000.000, los cuales declaró recibir en diferentes transacciones (Folio 256)	
Ana Milena Pabón Villafañe	Al vender el vehículo MPT 988	Mediante acuerdo del 20 de agosto de 2020, fija el monto de daños, indemnización y reparación en \$27.000.000, los cuales declaró en su totalidad el 20 de diciembre de 2020 (Folio 282)	
Javier Narciso Yépez León	Al adquirir el rodante RBS 872	Continúo con la propiedad (Folio 294) y la tenencia del vehículo de manera definitiva.	Como indemnización únicamente solicitó la entrega definitiva del vehículo ¹¹ , la cual se cumplió.
Richard Pérez Roca	Al vender el vehículo BXO 885	Se le reintegró el vehículo (Folio 261)	
Jonathan Alberto Altamiranda	Al vender el vehículo VAM 587		

Del anterior recuento, se tiene que a los ciudadanos Ana Eryl Muñoz Osorio, Robinson Chávez Palencia, Jessika Tatiana Navarrete Mendoza, Shirley Johana Rueda, Sonia Esperanza Segura Calvo, Ana Milena Pabón Villafañe, Richard Pérez Roca, y Javier Narciso Yépez León, les fue reintegrado el vehículo o en su defecto el equivalente en dinero por el cual su patrimonio había sido afectado. Situación que no ocurrió con Jonathan Alberto Altamiranda, quien – al parecer - se negó a recibir algún dinero por el apoderado de los procesados y con Richard Pérez Roca, a quien se le reintegró el vehículo, pero no recibió monto por indemnización.

⁹ Minuto 18:50 audiencia del 11 de septiembre de 2020

¹⁰ Minuto 18:30 audiencia del 11 de septiembre de 2020

¹¹ Minuto 24:30 y 31:54 de la audiencia del 24 de marzo de 2021

En igual sentido, respecto a la diversidad de sujetos en el extremo pasivo de la conducta, la Sala encuentra que, aunque se hubiese dicho en los hechos jurídicamente relevantes que el acto de estafa tenía una afectación de doble vía, tanto a quien se le compraba el rodante, como al que posteriormente se le vendía, frente a los afectados por las posteriores ventas de los vehículos de placas MPT988 y VAM587, no se identificaron los mismos.

Por lo anterior, al no existir algún medio que permita establecer que a Jonathan Alberto Altamiranda, se le hubiese garantizado el reintegro de por lo menos el 50% del incremento patrimonial que obtuvieron los infractores y asegurado el remanente, es que frente a esta puntual víctima, se debe decretar la nulidad parcial de lo actuado a partir del momento en el cual, después de formulada la imputación fáctica y jurídica, la fiscal les informó a los procesados sobre la posibilidad de allanarse a los cargos, debiendo comunicar la exigencia del artículo 349 de la Ley 906 de 2004 y en caso de aceptar la imputación, pero sin reintegro del 50% de lo apropiado y garantizar el saldo al perjudicado, se les advierta que no serán beneficiados con alguna rebaja punitiva.

En ese sentido, se ordenará la ruptura de la unidad procesal respecto del delito de estafa agravada ocurrido respecto de Jonathan Alberto Altamiranda, para que bajo un nuevo número radicado, se adelante lo antes dispuesto y se les advierta en debida forma a los procesados el deber de reintegrar el producto de la conducta punible y garantizar el pago del remanente.

6.3 Redosificación de la pena

Como efecto de lo señalado anteriormente, resulta necesario modificar las penas impuestas, eliminando de la formula el delito contra el patrimonio económico efectuado contra Jonathan Alberto Altamiranda, trámite dentro del cual, igualmente se advertirá las inconsistencias que fueron reprochadas acertadamente por el delegado del ministerio público.

El artículo 59 del Código Penal señala que toda sentencia deberá contener una fundamentación explícita sobre las determinación cualitativa y cuantitativa de la pena. Así mismo, el artículo 31 ídem, fija las reglas para determinar la pena en los eventos en que exista concurso de conductas punibles, y señala que en su tasación se establecerá *“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 este asunto, la juez adelantó el proceso de individualización de la pena por los delitos de concierto para delinquir, estafa agrava en concurso homogéneo y sucesivo, falsedad material en documento público, y falsedad en documento privado, para lo cual, estableció, en primera medida, los límites mínimos y máximos de la pena para cada punible, y el ámbito punitivo lo dividió en cuartos. Al no haberse señalado por el delegado fiscal circunstancias de mayor o menor punibilidad, la falladora se ubicó en el primer cuarto de todas las conductas, pero olvidó señalar la pena a imponer, refiriendo únicamente los extremos en los que quedaba el margen punitivo de cada delito en su primer cuarto.

La anterior equivocación al inicio del proceso de tasación de la pena conllevó a que el restante procedimiento, por su consecuencia lógica, igualmente resultara errado, pues al no determinarse la pena a imponer por cada delito, como lo demanda el inciso 3° del artículo 61 del Código Penal, conllevó a que no se tuviera certeza al establecer cuál sería – en últimas – la pena más gravosa, para tenerse como base.

En ese sentido, la Sala encuentra acertado el recurso presentado por el ministerio público, y deberá entrar a realizar en debida forma el proceso de dosificación de la pena, pues al cometerse un error en su estudio inicial, dicho acto irradió de manera consecutiva todo el procedimiento de tasación de la pena.

Andrés Fernando Prado Balmas y Jhoanna Alejandra Orozco Espinosa fueron condenados por virtud de la aceptación de los cargos por los delitos de concierto para delinquir, estafa agravada en concurso homogéneo y sucesivo, falsedad material en documento público, y falsedad en documento privado, por lo que habrá que dosificarse cada uno de ellos.

6.3.1. El delito de concierto para delinquir se encuentra previsto en el inciso 1° del artículo 340 del Código Penal, y señala una pena de 48 a 108 meses de prisión, cuyo ámbito de movilidad se divide en un cuarto mínimo de 48 a 63 meses de prisión; los cuartos medio de 63 meses 1 día a 93 meses de prisión y, el máximo de 93 meses 1 día a 108 meses de prisión.

Determinados los cuartos de movilidad, habrá que detenerse en el primer cuarto, al no señalarse circunstancias de mayor o menor punibilidad en la acusación, el cual cómo se ha dicho tiene un ámbito de movilidad de 48 a 63 meses de prisión.

Ahora, el inciso 3° del artículo 61 del Código Penal, indica que establecido el cuarto dentro del que deberá determinarse la pena, el sentenciador impondrá la misma ponderando la mayor o menor gravedad de la conducta, el daño real o potencial causado, la naturaleza de las causales que agraven o atenúen la punibilidad, la intensidad del dolo, la preterintencional o la culpa concurrente, la necesidad de la pena y la función que ella ha de cumplir en el caso concreto, la cual en el presente caso se considera que habrá de fijarse en 48 meses, monto que se considera proporcional y adecuado a la gravedad del comportamiento desplegado por Andrés Fernando Prado Balmas y Jhoanna Alejandra Orozco Espinosa, al pertenecer a una organización criminal dedicada a la estafa.

6.3.2. El delito de falsedad material en documento público, artículo 287 del C.P, establece una pena de 48 a 108 meses de prisión, cuyo ámbito de movilidad arroja en el primer cuarto 48 a 63 meses de prisión, los cuartos medios hasta 93 meses de prisión, y el cuarto máximo hasta 108 meses de prisión.

Para esta conducta, igual que como se ha citado en líneas anteriores, no existen circunstancias de mayor o menor punibilidad, por lo que se impondrá 48 meses de prisión, el cual resulta ajustado a las actuaciones desplegadas por los condenados al afectar la fe pública.

6.3.3. El delito de falsedad en documento privado, artículo 289 íbidem, señala una pena de 16 a 108 meses de prisión, cuyo ámbito de movilidad arroja en el primer cuarto 16 a 39 meses de prisión, los cuartos medios hasta 85 meses de prisión, y el cuarto máximo hasta 108 meses de prisión, por lo que la pena a imponer sería la de 16 meses de prisión, bajo las precisiones ya anotadas de manera reiterativa.

6.3.4. El delito de estafa agravada se encuentra desarrollado en los artículos 246 y 247 del C.P que, en el presente caso, al versar sobre automotores, contempla una pena de 64 a 144 meses de prisión, y multa de 66.6 a 1.500 salarios mínimos legales mensuales vigentes. El ámbito de movilidad arroja en el primer cuarto 64 a 84 meses de prisión, los cuartos medios hasta 124 meses, y el cuarto máximo hasta 144 meses de prisión; así mismo, en punto de la sanción pecuniaria el ámbito de movilidad se divide en un cuarto mínimo de 66.6 a 425.95 smlmv, los cuartos medios de 424.69 a 1.141.65 smlmv, y finalmente, el máximo hasta 1.500 smlmv.

Como se dijera previamente, al no reprocharse circunstancia de mayor punibilidad, corresponde ubicarse en el primer cuarto, en el que se impondrá la sanción mínima de 64 meses de prisión, y multa de 66.6 smlmv, monto que se considera

ajustado a la gravedad del comportamiento de los condenados, quienes a pesar del punible resolvieron acogerse prontamente a los cargos y de esa manera contribuir con la administración de justicia.

Al respecto, sí bien frente a este delito la falladora resolvió apartarse del extremo inferior del cuarto mínimo de movilidad, para en su lugar acercarse al máximo, ello fue otro de los errores cometidos en la decisión, pues como lo señaló la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia¹² *“Dentro de tal margen de apreciación reglado, al sentenciador no le es dable escoger a su discreción un monto que bien le parezca para sancionar. No. Partiendo del respectivo tope mínimo a aplicar dentro del cuarto pertinente, aquél está en el deber de argumentar por qué se aparta de la mínima sanción prevista legislativamente e incrementa, en el caso concreto, el monto de pena. Si existe un deber de motivación en caso de aplicación de rebajas punitivas (CSJ AP 24.07.2013, rad. 41.041), a fortiori, el juez está obligado a motivar los aumentos. En tanto mayor sea la injerencia en el derecho fundamental a la libertad, más altas son las exigencias argumentativas para justificar una intromisión más intensa en la esfera ius fundamental del condenado. Así como un aumento de penas inmotivado o carente de fundamento en el ámbito legislativo deviene en inconstitucional (CSJ SP 27.02.2013, rad. 33.254), esta misma consecuencia es predicable de la imposición concreta de una pena, que inmotivadamente se aparta de los límites mínimos.”*

Entonces, si la falladora indicó que se acercaría al extremo máximo del primer cuarto, aumentando la sanción en 16 meses para ubicarse en los 80 meses de prisión, y para ello únicamente señaló que dicho incremento obedecía a que los condenados desaprovechan sus capacidades para desplegarlas en actividades ilícitas, tal afirmación carecía de la idoneidad para justificar el distanciamiento del mínimo, pues no reparó en alguno de los tópicos que demanda el inciso 3° del artículo 61 del Código Penal.

Así mismo, pese a que en su recurso el delegado del ministerio público demandó que al existir un concurso de conductas en el delito de estafa agravada, debía determinarse cuál fue la más gravosa, ello atendiendo la cantidad de dinero en que se perjudicó a cada víctima, tal valoración no resulta aplicable, pues a las diligencias no se aportó elemento que diera cuenta de manera clara, cuál fue el nivel de afectación por cada perjudicado, ello de cara a una relación entre el dinero adeudado y lo que ya habían recibido previamente como parte del negocio inicial celebrado con los infractores.

¹² Sentencia 1511 del 15 de junio de 2022. Rad 61499. M.P. Fernando León Bolaños Palacios. Retomó lo señalado en CSJ SP918-2016.

Por lo anterior, una valoración simple en que se determine que un comportamiento fue más o menos grave – únicamente – por la suma que fue debida, adeudada o no entregada como remanente, sería un asunto que caería en el ámbito de las elucubraciones, el cual no está determinado en la descripción que hace el tipo penal; por el contrario, lo que se advierte con claridad es que cada una de las estafas cometidas se adecuaban al inciso 1º del tipo básico imputado (artículo 246 del CP), en virtud a que la cuantía excedía el equivalente a los 10 salarios mínimos legales mensuales vigentes en todos los casos.

6.4. Una vez individualizada las conductas, el fallador debe tener en cuenta las circunstancias postdelictuales y su incidencia en la fijación de la pena, y con especial cuidado debe reconocerlas sobre aquellas conductas que por disposición legal o dogmática puedan concurrir. Al respecto, la Sala Penal de Justicia de la Corte Suprema¹³, en un tema idéntico al que nos ocupa señaló:

“[c]omo quiera que las reglas de medición de las consecuencias del concurso presuponen la determinación de las penas correspondientes a las conductas punibles “debidamente dosificadas cada una de ellas”, tal y como lo exige la parte final del inciso 1º del artículo 31 sustantivo; en caso de existir circunstancias que como las postdelictuales implican una modificación de la pena provisionalmente individualizada conforme a los parámetros contemplados en los artículos 60 y 61 antes citados, deberán producir sus efectos en este instante a fin de que se pueda establecer la punibilidad concreta que, en definitiva, se impondría a cada delito. Es claro que los criterios dosimétricos delictuales y postdelictuales, siempre que se presenten, confluyen a la determinación de la pena con la única diferencia del momento en que intervienen: las primeras a la hora de establecer el ámbito de movilidad, mientras que las segundas cuando ya se ha dosificado la pena respectiva, es decir, cuando existe una cifra resultante. Al respecto, debe recordarse que las circunstancias postdelictuales diferentes a las previstas como genéricas de punibilidad, operan frente a las conductas ilícitas en su singularidad, algunas inclusive se circunscriben a una determinada categoría de ellas como ocurre con la reparación en los delitos contra el patrimonio económico (art. 269 C.P.), por lo que necesariamente afectarán sus consecuencias jurídico-penales de manera individual. Este proceder es aún más necesario cuando se trata de un concurso de delitos porque es posible que solo uno o algunos de éstos sean los que presenten esa clase de circunstancias, por lo que su aplicación global es desacertada. Siendo así, en el procedimiento cuantificador de la sanción correspondiente a una pluralidad de conductas, el instituto bajo estudio debe producir sus efectos en la etapa de individualización de las penas imponibles a cada una de ellas.”

¹³ Ap3085 del 18 de noviembre de 2020. Rad 56165. M.P. Jaime Humberto Moreno. Con la que reiteró la postura CSJ SP12861–2015, 23 sep. 2015, rad. 38076.

En ese orden, en la decisión bajo estudio la falladora cometió dos equivocaciones adicionales, la primera al reconocer el descuento del artículo 269 del C.P., frente a la totalidad del concurso homogéneo de estafas agravadas al que no había lugar – como se pasará a estudiar -, y la segunda, al aplicarlo sobre todas las conductas de manera global.

Como se indicó en párrafos anteriores, a los señores Ana Erly Muñoz Osorio, Robinson Chávez Palencia, Jessika Tatiana Navarrete Mendoza, Shirley Johana Rueda, Sonia Esperanza Segura Calvo, Ana Milena Pabón Villafañe, y Javier Narciso Yépez León, los condenados lograron realizar su indemnización, por lo que, frente a las conductas desplegadas respecto a dichos perjudicados resultaba procedente el descuento del artículo 269 del C.P, quedando la pena a imponer, para el delito de estafa agravada en 32 meses de prisión y multa de 33.33 smlmv.

No obstante, al no indemnizarse a Richard Pérez Roca, quien no aceptó monto en ese sentido y el defensor tampoco se preocupó por recurrir a un auxiliar de la justicia para que tasara el valor de los perjuicios y con ello se le habilitase para adelantar un trámite incidental que al final le permitiera consignar dicha suma a favor del perjudicado, no se podía reconocer descuento alguno frente a la conducta desplegada en relación a este sujeto pasivo, como erradamente lo hizo la juez de primera instancia.

Por lo anterior, en lo que respecta al proceso de cuantificación de la pena, sobre la conducta desplegada en contra de Richard Pérez Roca, al no tener el descuento postdelictual del artículo 269 ibidem, la pena a imponer arrojaría 64 meses de prisión y multa de 66.66 smlmv.

El error se tornó más grave aún, pues no solo se estableció la procedencia del descuento del artículo 269 de la Ley 599 de 2000 para todas las conductas de estafa, cuando no había lugar a ello, sino que al momento de aplicarlo se hizo también sobre los delitos de concierto para delinquir, falsedad material en documento público, y falsedad en documento privado, es decir, de manera global para todos los punibles imputados.

6.5. Habiéndose dosificado cada una de las conductas punibles, el artículo 31 del Código Penal, dispone que debe partirse de la pena más grave, para aumentarla hasta en otro tanto por cada una de las conductas concurrentes.

Así las cosas, luego de la individualización de cada una de las conductas punibles, el monto que arroja la estafa agravada desplegada contra Richard Pérez Roca

resulta ser la más grave, por lo que a los 64 meses de prisión se le hará un aumento de 4 meses por cada uno de los perjudicados en el concurso homogéneo contra el patrimonio económico – un total de 7 adicionales -; por el concierto para delinquir se adicionarán 12 meses; y un monto igual se sumara por la falsedad material en documento público, lo cual arroja un subtotal de 116 meses de prisión.

Ahora, por la falsedad en documento privado se adicionarán otros 6 meses por cada una de las conductas que en la formulación de imputación la agencia fiscal logró determinar, esto es, lo concerniente a la irregularidad en los documentos que sirvieron para al traspaso del vehículo BXO855 a Ana Erly Muñoz Osorio¹⁴ y la ocurrida contra Javier Narciso Yepes en la enajenación del automotor RBS872¹⁵, asunto que arroja un subtotal final de 128 meses de prisión.

Este incremento punitivo, en virtud del concurso heterogéneo de conductas punibles, se fundamenta en el nivel de reprochabilidad que merece esta clase de ilicitudes, ya que de forma recurrente se jugó con la necesidad y el interés de las víctimas de vender un vehículo de su propiedad con el ánimo de obtener el activo que dicho bien representaba, y a su vez, defraudar la expectativa de unos compradores de adquirir un automotor de segunda mano, en los que invertían un capital significativo para luego ser burlados al no poder concretarse la negociación en razón a que la misma tenía un origen ilícito desconocido para ellos. Y para llegar a defraudar el patrimonio económico de todas las víctimas acá reconocidas, se recurrió de forma permanente por parte de los acusados a la afectación de la fe pública para darle credibilidad a sus negociaciones, lo que contribuyó a que ese montaje fuese creíble para aquellos interesados en vender y comprar uno de los automotores ofertados por los acusados.

El incremento dispuesto por el Tribunal en ningún momento constituye suma aritmética de las sanciones previstas para cada uno de los tipos penales involucrados, todo lo contrario, representa un beneficio punitivo en favor de los autores de estas ilicitudes.

Al margen de lo anterior, frente al aumento de la pena cuando se trata de concurso homogéneo, contrario a lo expuesto por el ministerio público, en decisión reciente, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia¹⁶, ha indicado que el deber de motivar cada uno delitos concurrentes resulta innecesario, dado que las circunstancias

¹⁴ Minuto 26:50 de la audiencia de formulación de imputación.

¹⁵ Minuto 27:10 de la audiencia de formulación de imputación.

¹⁶ SP011 del 1° de febrero de 2023. Rad 57903. M.P. Gerson Chaverra Castro.

que han sido fundamento para determinar la pena, son las mismas por su homogeneidad.

6.6. Finalmente, frente a la pena de multa el numeral 4° del artículo 39 del Código Penal señala que en los eventos de concurso de conductas punibles, las multas correspondientes a cada una de las infracciones se sumarán, lo cual no podrá superar, cuando aparece acompañada de la pena de prisión en 50.000 smlmv.

En ese orden, la falladora no podía fijar la pena de multa en abstracto en 100 smlmv, pues no era dable aumentar el monto hasta en otro tanto, sino que debía sumar las multas correspondientes por cada infracción, tal y como lo dispone la norma en cita.

El delito de estafa agravada desplegado contra Richard Pérez Roca, que fue establecido como pena base, contempla la sanción de multa en 66.66 smlmv, al cual deberá sumarse 33.33 smlmv por cada una de las 7 infracciones desplegadas de manera homogénea a las restantes víctimas, tal y como fue tasado de manera precedente, lo cual arroja una sanción de 299.76 smlmv.

6.7. Determinada la pena de prisión y la multa, resta aplicar la rebaja punitiva reconocida por la falladora del 50%, en virtud al allanamiento a cargos, para un total final de la pena por imponer de 64 meses de prisión y multa de 149.88 smlmv.

Ahora, como la pena de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas no concurre como principal en ninguna de las conductas, se aplicará lo dispuesto en el inciso 3° del artículo 52 del Código Penal, y se condenará por el mismo término de la pena impuesta.

Por lo anterior, se modificará parcialmente el fallo de primera instancia, en el sentido de condenar a los señores Andrés Fernando Prado Balmas y Jhoanna Alejandra Orozco Espinosa a la pena principal de 64 meses de prisión y multa de 149.88 smlmv, y accesoria para la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por un mismo término, como coautores responsables de los delitos de estafa agravada, concierto para delinquir, falsedad material en documento público y falsedad en documento privado.

6.8. De los mecanismos sustitativos de la pena de prisión

6.8.1. De la suspensión condicional de la ejecución de la pena

El artículo 63 del C.P., conforme la modificación realizada mediante la Ley 1709 de 2014, consagra que la ejecución de la sentencia podrá suspenderse por un periodo de prueba de dos (2) a cinco (5) años cuando i) la pena impuesta sea de prisión que no exceda de cuatro (4) años, ii) la persona condenada carezca de antecedentes penales, iii) no se trate de uno de los delitos contenidos en el inciso 2° del artículo 68ª de la ley 599 de 2000, iv) los antecedentes personales, sociales y familiares del sentenciado sean indicativos de que no existe la necesidad de la ejecución de la pena.

En ese orden de ideas, refulge para la Colegiatura la improcedencia del mencionado mecanismo, pues, el primer requisito no se satisface, al haberse condenado a los encausados a una pena que supera los límites que permite la norma - 4 años -, siendo innecesario el análisis de los demás presupuestos, al poderse deducir claramente que Andrés Fernando Prado Balmas y Jhoanna Alejandra Orozco Espinosa no se hacen acreedores de este instituto jurídico, al no cumplirse con el requisito objetivo para su otorgamiento.

6.8.2. De la prisión domiciliaria

El artículo 38 del Estatuto Penal, con la adición de la Ley 1709 de 2014, se incorporó el artículo 38B, en el cual se prevén como requisitos para la concesión de la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión en establecimiento carcelario que i) la sentencia se imponga por conducta punible cuya pena mínima prevista en la Ley sea de ocho (8) años de prisión o menos, ii) no se trate de uno de los delitos incluidos en el inciso 2° del artículo 68A del Código Penal, iii) se demuestre el arraigo familiar y social de los sentenciados y iv) se garantice mediante caución el cumplimiento de ciertas obligaciones.

Ahora bien, para esta Sala es claro que dentro de las presentes diligencias pudo haberse incurrido en un yerro por parte de la falladora de primera instancia al negar el subrogado de la prisión domiciliaria, pues los acusados se encuentran privados de la libertad en su lugar de residencia desde las audiencias preliminares, verificando desde ese momento procesal por parte de la autoridad judicial su arraigo familiar y social.

Sin embargo, pese a haber aludido erróneamente la falta de arraigo como motivo para no acceder a dicho sustituto, se avizora por parte de la Corporación que Andrés Fernando Prado Balmas y Jhoanna Alejandra Orozco Espinosa, se encuentran privados de la libertad desde el 5 de octubre de 2018, por decisión proferida por el Juez 28 Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Santiago de Cali, al haberse

impuesto medida de aseguramiento de detención preventiva en lugar de residencia en la Avenida 2C, No. 50N, 24 barrio la Merced de Santiago de Cali, así como en audiencia del 21 de enero de 2019, realizada por la Juez Primero Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Barrancabermeja, le concedió permiso para trabajar a Jhoanna Alejandra Orozco Espinosa, en la sociedad Bienes y Servicios Cali S.A.S., con NIT No. 901095908 – 8, por su parte a Andrés Fernando Prado Balmas en la empresa Electro Variedades J&A, sin que se cuente con información por parte de la entidad encargada de la vigilancia de la medida impuesta que se haya incumplido por alguno de los referidos.

También, se cuentan con las declaraciones de Elizabeth Vargas Bermúdez, Camilo Legarda Montalvo y Rodrigo Díaz Cuellar, quienes señalaron que los acusados residen en la Avenida 2C, No. 50N, 24 barrio la Merced de Santiago de Cali, se encuentran al cuidado de la menor hija M.P.O, adjuntando el Registro Civil de nacimiento con indicativo serial 59903747, junto con las certificaciones de la Representante Legal de Electro Variedades J&A y el encargado de Recursos Humanos de Bienes & Servicios Cali S.A.S., los cuales corroboraron que Andrés Fernando Prado Balmas y Jhoanna Alejandra Orozco Espinosa, laboran en las sociedades mencionadas, respectivamente, teniéndose por demostrado el arraigo familiar y social.

Entonces, se tiene que las conductas punibles por las cuales se profiere condena el mínimo de la pena no supera los 8 años de prisión, así como ninguna de ellas se encuentran enlistadas en el artículo 68A del Código Penal y se demostró el arraigo familiar y social de cada uno de los sentenciados, por lo cual se otorgará la prisión domiciliaria descrita en el artículo 38B del Estatuto Represor, previo suscripción de diligencia de compromiso donde se especifique que deben cumplir las obligaciones descritas en el numeral 4° del artículo 38B del C.P., y caución prendaria por valor de un (1) SMLMV, por cada uno de los acusados, la cual se pagará en favor de la cuenta de depósitos judiciales del juzgado de primera instancia, sin posibilidad de adquirir póliza que garantice lo referido anteriormente.

6.9. De la libertad

En el fallo de primera instancia la juez concedió la libertad por pena cumplida en lo relacionado a los acusados Andrés Fernando Prado Balmas y Jhoanna Alejandra Orozco Espinosa, no obstante, ante la modificación de la tasación efectuada en precedencia, tal situación habrá que revocarse.

Al respecto, vistas las boletas de detención de los condenados¹⁷, su detención obra desde el 5 de octubre de 2018, por lo que a la fecha llevan detenidos por cuenta de estas diligencias un término de 53 meses, 3 semanas y un par de días, por lo que dicho monto resulta lejano a la pena impuesta, de allí que no haya lugar a su libertad.

Finalmente, sería del caso librar orden de captura contra Andrés Fernando Prado Balmas y Jhoanna Alejandra Orozco Espinosa ante la revocatoria de la libertad, no obstante, pese a la orden dada por la *a quo* dentro de estas diligencias, se dejó constancia que a la fecha de proferirse esta decisión, los condenados permanecen privados de la libertad en su lugar de domicilio, según consulta al aplicativo SISIPPEC del INPEC.

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

Resuelve:

Primero. Decretar la nulidad parcial de lo actuado, única y exclusivamente, frente al delito de estafa agravada ocurrido contra Jonathan Alberto Altamiranda, a partir del momento en el cual, después de formulada la imputación fáctica y jurídica, la fiscal informó la posibilidad de allanarse a cargos, debiendo comunicar la exigencia del artículo 349 de la ley 906 de 2004, y en caso de aceptar la imputación, y no reintegrar el 50% de lo apropiado y garantizar el saldo a la totalidad a la víctima, advertir que no serán beneficiados con alguna rebaja punitiva.

Segundo. Ordenar la ruptura de la unidad procesal respecto del delito de estafa agravada cuya víctima es Jonathan Alberto Altamiranda, para que bajo un nuevo número radicado se adelante lo antes dispuesto.

Tercero. Modificar parcialmente el fallo de primera instancia, en el sentido de condenar a los ciudadanos Andrés Fernando Prado Balmas y Jhoanna Alejandra Orozco Espinosa a la pena principal de 64 meses de prisión y multa de 149.88 smlmv, y accesoria para la inhabilitación del ejercicio de derechos y funciones públicas por un mismo término, como coautores responsables de los delitos de estafa agravada,

¹⁷ Folio 51 y 53

concierto para delinquir, falsedad material en documento público y falsedad en documento privado.

Cuarto. Revocar el numeral 3° del fallo de primera instancia, mediante el cual se concedió la libertad por pena cumplida a Andrés Fernando Prado Balmas y Jhoanna Alejandra Orozco Espinosa, y en su lugar, otorgar la prisión domiciliaria contemplada en el artículo 38B del C.P., previo suscripción de diligencia de compromiso donde se especifique que deben cumplir las obligaciones descritas en el numeral 4° del artículo 38B del C.P., y caución prendaria por valor de un (1) SMLMV, por cada uno de los acusados, la cual se pagará en favor de la cuenta de depósitos judiciales del juzgado de primera instancia, sin posibilidad de adquirir póliza que garantice lo referido anteriormente.

Quinto. Informar que contra la decisión que dispone la nulidad parcial procede recurso de reposición. En cuanto a la decisión referente a la modificación de la sentencia condenatoria procede el recurso extraordinario de casación.

Notifíquese en estrados y cúmplase.

Los Magistrados,



Jairo Mauricio Carvajal Beltrán



Juan Carlos Diettes Luna



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia



Harold Manuel Garzón Peña

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SALA PENAL**

Magistrado Ponente: DR. JUAN CARLOS DIETTES LUNA

Radicación N° 68081-60-00135-2017-00599-01 / 1938

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

A S U N T O

Resolver el recurso de apelación interpuesto por el agente del Ministerio Público y la defensa de CARLOS LIZARAZO CUTA contra la sentencia proferida por la Juez Segunda Penal del Circuito de Barrancabermeja, mediante la cual lo condenó como autor del delito de HOMICIDIO CULPOSO EN CONCURSO.

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

El 21 de mayo de 2017 la tractomula de placas USB 999 explotó en el parqueadero La Esmeralda, ubicado en el barrio Rafael Rangel del municipio de Barrancabermeja, lo cual sucedió porque un grupo de personas estaba “realizando limpieza de ese carro tanque” que “contenía residuos de crudo” y Carlos Lizarazo Cuta hizo una “maniobra que ocasionó la explosión”, concretamente introdujo una mecha encendida en fuego para facilitar la extracción de los residuos, lo que generó el percance donde inicialmente resultaron lesionados Rubén Darío Cárdenas Jaramillo, el menor Cesar Javier Escaño Sánchez - de 15 años de edad -, Jhon Jairo Pérez Marulanda¹ y el propio Carlos Lizarazo Cuta, pero luego fallecieron los dos primeros.

D E L A A C T U A C I Ó N P R O C E S A L

El 25 de octubre de 2018 la agencia fiscal formuló imputación a Carlos Lizarazo Cuta por el delito de homicidio culposo en concurso y lesiones personales culposas – artículos 109, 111, 112 inciso 1°, 113 incisos 2° y 3° y 109 de la Ley 599 de 2000,

¹ Sin indicar la incapacidad que se le otorgó

modificados el primero y segundo por la Ley 890 de 2004 y el tercero por la Ley 1639 de 2013 -, cargos no aceptados por el encartado.

Una vez presentado el respectivo escrito, la Juez Segunda Penal del Circuito de Barrancabermeja convocó la respectiva audiencia, en desarrollo de la cual se formuló acusación por los ilícitos atrás reseñados; posteriormente adelantó la audiencia preparatoria, donde decretó el acervo probatorio y se pactaron algunas estipulaciones probatorias; después se realizó el juicio oral en varias sesiones y – al final - anunció que el fallo sería condenatorio, siendo leído en sesión separada, luego de celebrar la audiencia prevista el artículo 447 del C.Pr.P.

DE LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Al considerar reunidas las exigencias contempladas en el artículo 381 de la Ley 906 de 2004, el 11 de enero de 2023 el a quo resolvió condenar a Carlos Lizarazo Cuta a la pena de 52 meses de prisión, multa de 53,32 salarios mínimos legales mensuales vigentes, privación del derecho a conducir vehículos por 48 meses e inhabilidad para ejercer derechos y funciones públicas por igual lapso de la pena privativa de la libertad, como autor del punible de homicidio culposo en concurso, a la par que le concedió la prisión domiciliaria, previo pago de caución prendaria por valor de \$500.000; igualmente, decretó la preclusión – por prescripción de la acción penal – respecto del delito de lesiones personales culposas.

Adujo que se comprobó la responsabilidad penal del procesado porque desplegó un comportamiento imprudente, al insertar una mecha encendida de fuego al tanque con residuos de crudo, lo cual generó la explosión y consecuente afectación a la vida e integridad personal, así que ante la clara vulneración al deber objetivo de cuidado, debía responder por los resultados lesivos – las dos muertes -, derivadas de la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado.

DE LA IMPUGNACIÓN

Inconforme con el fallo, la defensa lo apeló con el objeto que sea revocado porque no se logró demostrar – más allá de toda duda razonable - la responsabilidad penal

de su prohijado, ya que las pruebas debatidas en el juicio oral solo crearon un manto de duda acerca “de quién encendió la antorcha o acercó el fuego a la válvula de desagüe del tanque”, o sea, no se acreditó que Carlos Lizarazo Cuta fue quien elevó el riesgo jurídicamente permitido, pues los testigos de cargo fueron de “oídas”.

El agente del Ministerio Público pidió redosificar la pena impuesta, ya que a pesar que el homicidio culposo se cometió en concurso – dos víctimas – solo se dosificó frente a una, “sin señalar cuál de estos homicidios es el que se tiene como más grave”, precisamente porque un afectado era “menor de edad” y no hubo una “fundamentación explícita sobre los motivos de la determinación cuantitativa y cualitativa”; también pidió revocar la prohibición para conducir vehículos porque “la conducta no fue cometida utilizando medios motorizados”, en la medida que ciertamente ocurrió un hecho lamentable en un “camión cisterna”, pero “no fue usado para cometer la conducta” porque el “sujeto activo no se encontraba conduciendo el vehículo”.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

La defensa demanda la absolución de Carlos Lizarazo Cuta por el delito de homicidio culposo en concurso y el agente del Ministerio Público solicita revisar las penas impuestas, aspectos sobre los cuales la Colegiatura estima lo siguiente:

1.- Acerca de los delitos culposos la alta Corporación en el campo penal ha discurrido extensamente que tal modalidad se presenta cuando se emprende la ejecución de una acción peligrosa sin ánimo de lesionar un bien jurídicamente tutelado, pero por falta del cuidado debido se ocasiona la efectiva lesión del bien penalmente protegido²; también ha indicado que la configuración del tipo objetivo en el delito imprudente o culposo se satisface con la teoría de la imputación objetiva, según la cual un hecho causado por el agente le es jurídicamente atribuible a él si con su comportamiento ha creado un peligro para el objeto de la acción no abarcado por el riesgo permitido y dicho peligro se realiza en el resultado concreto, lo cual implica que el cognoscente – en primer lugar – debe valorar si la persona creó un riesgo jurídicamente desaprobado desde una perspectiva ex ante, es decir, teniendo que retrotraerse al momento de realización de la acción y examinando si

² Sentencia de mayo 30 de 2007, rad. 23157

conforme a las condiciones de un observador inteligente situado en la posición del autor – a lo que habrá de sumársele los conocimientos especiales de este último - el hecho sería o no adecuado para producir el resultado típico³ y por ende, el operador judicial – en segundo lugar – tiene que valorar si ese peligro se realizó en el resultado, teniendo en cuenta todas las circunstancias conocidas ex post⁴.

Posteriormente precisó que

“...la teoría de la imputación objetiva permite determinar los eventos en los cuales una acción causal puede ser considerada típica, pues para esta corriente doctrinal aunque el nexo causal constituye presupuesto esencial de toda imputación, no es suficiente para considerar realizado el tipo objetivo porque, adicionalmente, se requiere, i) que el agente haya creado un peligro para el bien jurídico no cubierto por el riesgo permitido, ii) que se concrete el resultado y, iii) que no se haya materializado una acción a propio riesgo o autopuesta en peligro⁵...En efecto, se parte de considerar la existencia de una serie de actividades cotidianas que aunque generan riesgos jurídicamente relevantes deben ser permitidas, siempre y cuando se respeten las reglas de cuidado previstas en la ley o el reglamento, a efectos de garantizar la convivencia social, *verbi gratia*, el tráfico automovilístico, aéreo, marítimo, las actividades deportivas, intervenciones médicas”⁶

2.- No es materia de discusión la materialidad del accidente sucedido el 21 de mayo de 2017, sino la presunta responsabilidad penal del encausado en los hechos materia de juzgamiento, dado que la defensa alega que la agencia fiscal no logró acreditar más allá de toda duda razonable que Carlos Lizarazo Cuta incurrió en la conducta punible de homicidio culposo en concurso homogéneo, puesto que los medios de convicción recaudados introdujeron dudas acerca de quién encendió la antorcha o acercó el fuego a la válvula de desagüe del camión cisterna, desencadenando la muerte de Rubén Darío Cárdenas Jaramillo y el menor Cesar Javier Escaño Sánchez; por ende, resulta imperativo analizar el acervo probatorio, así:

2.1. James Alberto Guzmán Cruz – galeno y perito forense del Instituto Nacional de Medicina Legal – el 24 de mayo de 2017 practicó la necropsia al cuerpo de Rubén Darío Cárdenas Jaramillo; determinó que se trataba de un hombre adulto que presentó intervenciones quirúrgicas por “...quemaduras en el 85% de su cuerpo,

³ Molina Fernández, Fernando, Antijuridicidad penal y sistema de delito, J. M. Bosch, pág. 378

⁴ Sentencia de noviembre 8 de 2007, rad. 27388

⁵ Claus Roxin, Derecho Penal, Parte General, Tomo I, La Estructura del Delito, pág. 345 a 364

⁶ Sentencia de noviembre 27 de 2013, rad. 36842

desde el grado 1 al 3...”; esta última era grave por las “...afectaciones de piel, músculo, grasa y hasta el sistema óseo; presentó afectaciones en el cuero cabelludo, cara, cuello, extremidades superiores e inferiores, espalda, abdomen, el escroto y parte del tórax; también había edema a nivel del cerebro, quemaduras en la vía aérea, congestión generalizada de las vísceras, hemorragias a nivel de la superficie del corazón, esto producto de un incendio al interior de un tanque...”; concluyó que la causa de la muerte fueron las quemaduras que comprometieron la totalidad del cuerpo y lo llevó a la falla de múltiples órganos.

2.2. Olga Ochoa de Armas – médico forense del Instituto Nacional de Medicina Legal – el 28 de mayo de 2017 practicó la necropsia al cuerpo de Cesar Javier Escaño Sánchez; determinó que se trataba de un joven de 15 años que presentó “...quemaduras en el 98% de su cuerpo, con ausencia total de la epidermis, presencia de afectaciones” y “...la muerte se ocasionó debido a las quemaduras de fuego de segundo y tercer grado...”; encontró “...afectaciones de piel, músculo, grasa y hasta el sistema óseo...”; los principales hallazgos consistieron en que “...tenía signos de atención médico quirúrgica, tenía liquido amarillento espeso que salía por sus fosas nasales y boca, presentaba ausencia de toda la epidermis, uñas renegridas, ausencia del cuero cabelludo, rostro enrojecido...”; del trauma interno manifestó que “...los órganos se encontraban pálidos, el cerebro presentaba edema, los vasos sanguíneos se encontraban dilatados y había salida de material sanguíneo debajo de las meninges en la superficie del cerebro, presentaba edema generalizado, liquido en el tórax, pulmones y abdomen, el corazón y los riñones se encontraban congestivos...”; la causa de la muerte fue violenta accidental, por quemaduras por fuego que comprometieron la totalidad del cuerpo y ello conllevó a la falla masiva de los órganos.

2.3. Bladimir Reyes Otero – Coordinador del Grupo Técnico en Explosivos y Post-explosivos y experto en incendios del Cuerpo Técnico de Investigación de la Fiscalía General de la Nación – recordó que atendió el accidente sucedido el 21 de mayo de 2017 en el parqueadero La Esmeralda de Barrancabermeja; al llegar realizó una perspectiva de post-explosión y post-incendio para determinar su origen; analizó el tractocamión, el tráiler, las válvulas y el tanque; observó que la explosión se originó por una saturación de gases de combustible al interior del tanque, iniciada por una persona que estaba limpiando la válvula de descargue, con fuego; sin embargo, para ese tipo de procedimientos era necesario aislar el tanque, a fin que los gases comprimidos pudieran salir a una atmósfera que no estuviese saturada de combustible, sobre todo al realizar labores de limpieza; el origen de la explosión fue

la llama que se expuso en la válvula de descargue, pues el fuego tenía una dirección del interior hacia el exterior; el accidente sucedió por varios errores técnicos: (i) no se ventiló el tanque, (ii) la persona que estaba limpiando la válvula de descargue no se percató de la presencia de las personas al interior del tanque y (iii) las personas ingresaron al tanque sin verificar su ventilación; o sea, todo ocurrió por el actuar imprudente y la falta de conocimiento sobre el tema que llevó a la saturación de gases de combustible al interior del tanque, los que reaccionaron – explotaron - por introducir fuego a través de la válvula de descargue, conclusión a la que arribó porque vio allí marcas de ahumamiento por exposición directa al fuego.

Para evitar el accidente, primero debió ventilarse el tanque y realizar la limpieza de la válvula de descargue solo hasta el final del procedimiento, no durante el mismo, menos aún con personas dentro; conoció – porque se lo dijeron – que el conductor del rodante fue quien encendió la antorcha en la válvula de descargue y también resultó lesionado por la explosión.

2.4. Julián Alfonso Núñez Gómez reconoció el informe fotográfico⁷ practicado a la tractomula de placas USB 999; lo explicó así: “...la imagen número uno es una panorámica del parqueadero La Esmeralda, lugar de los hechos; la imagen número dos es la realizada en sentido opuesto de ubicación del parqueadero; la imagen tres es la de una tractomula donde - al parecer - ocurrieron los hechos; la imagen número cuatro corresponde a la parte delantera de la tractomula; la imagen número cinco es la placa de la tractomula USB 999 de Chía; la imagen número seis es la parte trasera de la tractomula, número de tráiler R56580 de Colombia, con letreros de líquidos inflamables y peligro; en la imagen siete se observa la válvula en la parte trasera de la tractomula y líquido color negro; la imagen número ocho es la de una compuerta de ingreso al tanque de la tractomula en la parte superior...”.

2.5. Jhon Jairo Pérez Marulanda rememoró que el día de la explosión en que resultó lesionado iba pasando cerca del tracto camión, cuando estalló; “...Eran como las 10:00 am, yo pasaba como a dos metros, yo vi al señor Carlos que estaba metiéndole candela a la mula por la parte de atrás - cuando yo pasaba - y ocurrió la explosión; luego de eso no sé qué pasó....cuando yo estaba quemado, yo gritaba y vi cuando sacaron del tanque de la mula a Rubén y al muchacho...”; vio con claridad que Carlos Lizarazo Cuta – a quien conocía 7 años atrás – fue la persona que estaba “metiéndole candela al tanque”, pues estaba muy cerca de él; todo ocurrió cuando

el procesado puso el fuego en la válvula de descargue y la abrió, lo que provocó que los gases internos se incendiaran.

En el contrainterrogatorio aseveró que normalmente dicha tractomula cargaba productos inflamables como asfalto, combustóleo y crudo; Carlos Lizarazo Cuta era su conductor; frecuentaba constantemente el parqueadero, pero nunca había visto que se introdujera fuego al interior de un carro tanque cargado con esos productos inflamables, desconociendo por qué lo hizo.

2.6. Manuel Andrés Cortés Albornoz dijo ser miembro del Grupo de Explosivos e Incendios del CTI y explicó que el término “explosión mecánica” consistía en una sobreposición de un contenedor y su consecuente saturación; normalmente se produce de adentro hacia afuera del contenedor porque la tolerancia genera una apertura brusca y un desprendimiento de partes, proyectándolos hacia el exterior; en razón del accidente realizó una fijación fotográfica – con apoyo del perito -, recopiló entrevistas y videos, también evidencia física en la escena.

2.7. Jaime Díaz Arias – integrante del Cuerpo de Bomberos de Barrancabermeja – recibió el llamado de emergencia de Euclides Naranjo por el incendio ocurrido en el parqueadero La Esmeralda donde era administrador y envió un equipo para atenderlo porque él ejercía el comando de guardia; tras regresar se realizó el respectivo registro⁸; sus compañeros indicaron que hubo fuego al interior de un carro tanque y hubo tres lesionados; conocieron que Carlos Lizarazo Cuta habría introducido fuego por la válvula del descargue y ello provocó la conflagración, pero no podía determinarlo porque era labor del respectivo perito.

2.8. Camilo Ernesto Baza Castillo – médico del Instituto Nacional de Medicina Legal – reconoció el informe de clínica forense practicado a Jhon Jairo Pérez Marulanda por unas quemaduras por la explosión de un tanque; presentaba eritemas en cara, cabeza y cuello, lesiones abrasivas en los labios por quemaduras de segundo grado, también lesiones en las extremidades inferiores, codos y brazos que le generaron 25 días de incapacidad y deformidades en el rostro y cuerpo permanentes.

2.9. Alvaro Martínez Madrid reconoció laborar en el parqueadero La Esmeralda; el día en que sucedió la explosión estaba presente; el camión llegó y empezaron a lavarlo varias personas; escurrieron la cisterna para limpiar los residuos y

⁸ Lo leyó para refrescar memoria

seguidamente alguien – no se percató quién – colocó una antorcha en la válvula de descargue y ello originó la explosión; tampoco se percató de quiénes estaban dentro del tanque y solo supo cuando los evacuaron; el conductor del rodante pidió que limpiaran el vehículo para cargarlo con otro producto; los afectados por la explosión únicamente laboraban de forma ocasional en el parqueadero y el conductor del rodante los contrató informalmente; no supo dónde estaba el conductor cuando sucedió la explosión, pero también resultó lesionado en el abdomen y brazos; tras la explosión buscaron una escalera y socorrieron a los lesionados, quienes estaban en muy malas condiciones; no era usual lavar ese tipo de cisternas en el parqueadero, prestaron el espacio para ello, pero no era un servicio prestado por ellos, precisamente para evitar accidentes o vertimientos ilegales; Jhon Jairo Pérez Marulanda también resultó afectado.

2.10. Euclides Naranjo Cavarique dijo ser el administrador del parqueadero La Esmeralda; el 21 de mayo de 2017 el establecimiento estaba cerrado, no había atención al público porque era domingo, así que “los muleros” aprovechaban para realizar limpieza a sus vehículos y contrataban personal independiente; él no estaba ese día en el parqueadero, pero quienes estaban allí le dijeron que el conductor de la tractomula ingresó sin permiso para lavar el interior del tanque, servicio que allí no prestaban, pues solo lavaban exteriores; conocía a los afectados con el accidente porque frecuentaban el lugar, aunque no eran sus empleados.

2.11. Yolanda Escaño Sánchez explicó que su hijo Cesar Javier Escaño Sánchez falleció en la explosión del 21 de mayo de 2017; le dijo que iba a jugar a la cancha y después se enteró que Rubén Darío Cárdenas Jaramillo lo invitó a trabajar al parqueadero La Esmeralda, lo cual desconocía; escuchó la explosión, sin pensar que su hijo resultara afectado; al arribar allí lo vio completamente quemado.

2.12. Gabriel Restrepo Vesga participó como integrante del cuerpo de bomberos que atendió la emergencia; al llegar al parqueadero vio que unas personas estaban sacando a dos hombres del interior del tanque y pidió una ambulancia para que los trasladaran al centro médico; no observó fuego en el sitio y esperaron a las autoridades para entregarles la escena; al revisar el informe suscrito recordó que el conductor del vehículo era Carlos Lizarazo Cuta, quien – en ese momento – le contó que durante el procedimiento de limpieza del tanque introdujo una mecha encendida por la válvula de descargue para derretir la brea y ello causó la explosión.

2.13. Omar Freddy Nova Rueda recibió entrevista a Deiby Navarro Vergara, quien conoció acerca de la explosión en el parqueadero La Esmeralda y leyó su contenido; estaba en una cafetería ubicada dentro del lote - junto a Rubén Darío Cárdenas Jaramillo – y Carlos Lizarazo Cuta les ofreció una “barbacha” por limpiar el tanque del camión, ya que iba a cargarlo de asfalto, aceptando el último; enseguida arribó Cesar Javier Escaño Sánchez y Rubén Darío Cárdenas Jaramillo le dijo que hicieran el trabajo juntos; ambos ingresaron a la cisterna del camión a sacar los residuos, pero no “escurría” lo suficiente y Carlos Lizarazo Cuta tomó unos trapos, los untó de ACPM, les prendió fuego y los ubicó en la válvula de descargue, pidiéndole a Cesar Javier Escaño Sánchez que empujara los residuos con una varilla; a los pocos instantes sintió una explosión y vio salir humo del tanque, también que una persona que iba pasando se estaba quemando; rápidamente corrió hacia el tanque para sacar a los heridos, quienes resultaron gravemente afectados; al final indicó que en el parqueadero no se realizaba ese tipo de lavado porque se requerían permisos especiales.

3.- Al analizar - en conjunto - el material probatorio recaudado, bajo la óptica de las reglas de la sana crítica, el Tribunal concluye lo siguiente:

3.1. No existe discusión alguna acerca de la materialidad de los hechos ocurridos el 21 de mayo de 2017, donde resultaron inicialmente lesionados Rubén Darío Cárdenas, el menor Cesar Javier Escaño Sánchez, Jhon Jairo Pérez Marulanda y Carlos Lizarazo Cuta - conductor del vehículo -, aunque días después fallecieron los dos primeros, dada la gravedad de sus heridas.

3.2. La muerte de Rubén Darío Cárdenas Jaramillo y del menor Cesar Javier Escaño Sánchez fue producto del obrar imprudente de Carlos Lizarazo Cuta, al (i) encender una antorcha y ubicarla en la válvula de descargue del carrotanque cerrado y con residuos de material explosivo – brea -, lo cual – según lo explicaron los expertos – produjo que los gases internamente almacenados explotaran al contacto con el fuego, accionar que ejecutó (ii) sin percatarse de la presencia de esas dos personas al interior de la cisterna, quienes – dada esa explosión – resultaron gravemente heridas; es decir, su comportamiento imprudente consistió en realizar un lavado artesanal de la cisterna del tracto camión que contenía material altamente explosivo, se despreocupó de permitir una adecuada ventilación antes de introducir la antorcha en la válvula, menos aún advirtió la presencia de personas dentro que podrían resultar afectadas por la eventual explosión que – finalmente - ocurrió.

3.3. Distinto a lo argumentado por la defensa, la agencia fiscal acreditó que fue Carlos Lizarazo Cuta y no otra persona la que realizó el procedimiento que derivó en la explosión; él llegó hasta el parqueadero, buscó a dos personas para realizar la irregular limpieza, les ofreció dinero para ejecutar ese procedimiento y lo dirigió, al punto que – tal como lo señaló Jhon Jairo Pérez Marulanda – nadie más sino él armó la antorcha y la introdujo en la válvula, evento corroborado por el dicho de Deiby Navarro Vergara - respecto de quien se introdujo la entrevista antes rendida – y Gabriel Restrepo Vesga, oficial de bomberos que atendió la emergencia y conoció detalles de primera mano frente a lo sucedido, de tal modo que otra no puede ser la conclusión, sino que Carlos Lizarazo Cuta imprudentemente provocó la conocida explosión.

3.4. Existe un nexo causal entre las circunstancias ex post - reveladas durante el juicio oral - con las desarrolladas durante y ex ante – previas al siniestro -; en efecto, de las pruebas practicadas se conoció que Carlos Lizarazo Cuta introdujo el “fuego” a la cisterna a través de la válvula, sin tener las precauciones necesarias para hacerlo, ni percatarse que allí permanecían dos personas limpiando los residuos, quienes fallecieron por la gravedad de las quemaduras, tras que explotara; entonces, resulta imperativo colegir que la conducta desplegada por el encartado elevó el riesgo jurídicamente permitido y ello se tradujo en la muerte de Rubén Darío Cárdenas y el menor Cesar Javier Escaño porque (i) desplegó una maniobra riesgosa – realizar limpieza a un tracto camión introduciéndole “fuego” a la válvula de descargue, sin los conocimientos básicos necesarios y (ii) no era una persona habilitada para realizar dicha actividad porque no tenía autorización, ni estaba capacitado, circunstancias que derivaron en el resultado reprochado.

En síntesis, ambas muertes fueron producto de la conducta imprudente de Carlos Lizarazo Cuta y por ende, la cognoscente valoró adecuadamente las pruebas practicadas.

4.- El agente del Ministerio Público demanda redosificar la sanción impuesta y revocar la privación del derecho a conducir; pues bien:

4.1. Al agotar el proceso de dosificación punitiva la a quo partió del primer cuarto de movilidad – 32 a 51 meses de prisión - porque la agencia fiscal no hizo referencia a circunstancias de menor o mayor punibilidad; dada la “...gravedad de la conducta, la modalidad de la misma, el daño real causado al bien jurídico...frente a la necesidad de la pena que se debe cumplir...” estimó suficiente fijar la pena base en

32 meses de prisión, pero "...como con el delito de homicidio culposo se vio afectada la vida de dos personas, entre ellas un menor de edad, la sanción anterior deberá aumentarse hasta en otro tanto, de conformidad con lo señalado en el artículo 31 del Código Penal, por lo que el incremento se fija en veinte (20) meses, para una pena de cincuenta y dos (52) meses de prisión...".

Aunque la pena no se individualizó respecto de cada víctima a efectos de establecer cuál era más grave y tomarla como base, tal como lo determina el artículo 31 del Código Penal, lo cierto es que la juez de primer grado hizo mención de la gravedad y modalidad de la ilícita conducta reprochada, estimó válido partir del mínimo del primer cuarto de movilidad – 32 meses de prisión - y aumentó la sanción en 20 meses de prisión por el concurso de conductas punibles, proceder ajustado a la legalidad porque respetó los preceptos contenidos en el artículo 61 del estatuto represor y el incremento por el concurso de punibles no superó el límite del artículo 31 ibidem; también – aunque no era necesario – pues el artículo 58 ídem no lo contempla - per sé – como una circunstancia de mayor punibilidad – consideró que una víctima era menor de edad, de ahí el considerable aumento por el concurso conductual, todo lo cual descarta una inadecuada fundamentación de la pena de prisión impuesta.

Igual situación ocurre frente a la pena pecuniaria porque la cognoscente – respetando el anterior criterio – partió de la pena mínima del cuarto inferior – 26,66 salarios mínimos legales mensuales vigentes -, valor al que – según el numeral 4° del artículo 39 del Código Penal - sumó otro tanto por el concurso de punibles, para fijar una sanción definitiva de 53.32 salarios mínimos legales mensuales vigentes, en respeto de la legalidad, como igual acontece con la inhabilidad para ejercer derechos y funciones públicas por igual lapso de la pena privativa de la libertad.

4.2. El artículo 43 de la Ley 599 de 2000 prevé como pena privativa de otros derechos – entre otras – la prohibición de conducir vehículos automotores o motocicletas; el artículo 48 siguiente dispone que "La imposición de la pena de privación del derecho a conducir vehículos automotores y motocicletas inhabilitará al penado para el ejercicio de ambos derechos durante el tiempo fijado en la sentencia", mientras que el artículo 51 ibidem fija su duración entre "seis (6) meses a diez (10) años" y el artículo 109 posterior dispone que "Cuando la conducta culposa sea cometida utilizando medios motorizados o arma de fuego, se impondrá igualmente la privación del derecho a conducir vehículos automotores y

motocicletas y la de privación del derecho a la tenencia y porte de arma, respectivamente, de cuarenta y ocho (48) a noventa (90) meses”.

En el caso concreto estuvo involucrado un vehículo tipo tractocamión al ejecutarse la ilícita conducta reprochada a Carlos Lizarazo Cuta, pero no en ejercicio de la actividad de conducir propiamente dicha, toda vez que fue cometida por actos de imprudencia al manipular fuego en la válvula de descargue de la cisterna instalada en el chasis del rodante, mientras se realizaba un proceso de limpieza artesanal, o sea, el acontecer delictivo no se generó por la concreta actividad de conducir y por lo tanto, le asiste razón al impugnante respecto de su revocatoria, por lo que se modificará el fallo de primer grado en ese sentido.

Corolario de lo anterior, al prosperar parcialmente la censura, será ratificado el fallo impugnado, con la modificación preanotada.

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 CARLOS LIZARAZO CUTA a la pena de 52 meses de prisión, multa de 53,32 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 por del delito de HOMICIDIO CULPOSO EN CONCURSO HOMOGÉNEO, con la **MODIFICACIÓN** consistente en **REVOCAR** la prohibición de conducir vehículos automotores.

Contra la presente determinación procede el recurso extraordinario de casación.

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

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

Aprobado en acta virtual N° 376

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 con modificación

A/ Carlos Lizarazo Cuta

D/ Homicidio culposo en concurso

Juez 2° Penal del Circuito de B/bermeja

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SALA PENAL

Magistrado Ponente: DR. JUAN CARLOS DIETTES LUNA

Radicación N° 68-001-60-00-258-2011-02029-01 / 1622

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

A S U N T O

Resolver el recurso de apelación interpuesto por la defensa de LUIS EDUARDO BALLESTEROS HERNÁNDEZ contra la sentencia proferida por el Juez Noveno Penal del Circuito de Bucaramanga, mediante la cual lo condenó como autor de los delitos de ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE 14 AÑOS AGRAVADO EN CONCURSO HOMOGÉNEO Y SUCESIVO y ACTOS SEXUALES CON MENOR DE 14 AÑOS AGRAVADO EN CONCURSO HOMOGÉNEO Y SUCESIVO.

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

El 9 de diciembre de 2011 Claudia León Porras - progenitora del menor JDCL¹ - denunció a Luis Eduardo Ballesteros Hernández porque el niño le narró una serie de agresiones sexuales cometidas por este último, ocurridas de marzo a noviembre de 2011, en Lebrija y Bucaramanga, puesto que era hermano del proveedor de carne del negocio de comidas rápidas de aquella; Luis Eduardo Ballesteros Hernández llevaba el producto casi a diario hasta la residencia, se ganó “la confianza de todos, también del menor JDCL, a quien los fines de semana se llevaba a Bucaramanga a pasar los fines de semana (sic)”; días antes de denunciarlo una mujer le preguntó sus datos y le contó que había accedido carnalmente a su hijo durante varios años, situación que le generó sospechas; “fue a preguntarle al pequeño sobre la conducta del investigado, menor que luego de

¹ Nacido el 6 de julio de 2004

unas evasivas le confesó que efectivamente Luis Eduardo Ballesteros Hernández le había practicado sexo anal y oral, pero le pidió no le contara de esto a su padre, pues Luis Eduardo lo mandaba a matar”.

En entrevista JDCL narró que “le había cogido cariño a Luis Eduardo Ballesteros porque él lo llevaba a cine, a happy city, lo traía a la casa de él, en una ocasión lo acostó, luego él se acostó a su lado, Luis se quita el pantalón y empieza a manipular el miembro viril del menor, le bajó su pantalón, lo dejó desnudo, luego lo volteó y empezó a accederlo analmente; a él le dolía y eso ocurrió en varias oportunidades; Luis Eduardo también le tocaba el chichí, le regalaba cosas, le tenía juguetes en la casa”.

DE LA ACTUACIÓN PROCESAL

En audiencias preliminares celebradas el 21 de abril de 2015 por la Juez Veintiuno Penal Municipal de Bucaramanga con funciones de control de garantías descentralizada en Girón se declaró contumaz a Luis Eduardo Ballesteros Hernández; 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 y acto sexual abusivo con menor de 14 años agravado en concurso homogéneo y sucesivo – artículos 208, 209, 211 numeral 2º y 31 del Código Penal, modificados por la Ley 1236 de 2008 –; también se le impuso medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento de reclusión y se expidió la respectiva orden de captura.

Presentado el correspondiente escrito, el cognoscente 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, anunciando al final que el fallo sería de carácter condenatorio; realizó la audiencia prevista en el artículo 447 del C.P.P. y le dio lectura a aquel en audiencia separada.

DE LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Al considerar reunidas las exigencias contempladas en el artículo 381 de la Ley 906 de 2004, el 13 de noviembre de 2020 el a quo resolvió condenar a Luis Eduardo Ballesteros Hernández a la pena de 216 meses de prisión e inhabilidad para ejercer derechos y funciones públicas por igual lapso, como autor de los punibles de acceso carnal abusivo con menor de 14 años agravado en concurso homogéneo y sucesivo y acto sexual abusivo con menor de 14 años agravado en concurso homogéneo y sucesivo, a la par que le negó la suspensión de la ejecución de la pena privativa de la libertad y la prisión domiciliaria; por ende, libró la respectiva orden de captura.

Adujo que JDCL narró en varias oportunidades, con claridad, las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que sucedieron los actos libidinosos en su contra, sin que fuera necesario recaudar su declaración en el juicio oral, precisamente para no revictimizarlo; aludió que Luis Eduardo Ballesteros Hernández lo penetró analmente varias veces, a más que en otras oportunidades manoseaba sus partes íntimas, sintiendo vergüenza por ello, aparte que detalló particularidades como la identificación de su agresión, lugares y momentos en que ocurrían los vejámenes.

De igual modo, hubo corroboración periférica de lo expresado ante distintas autoridades, por las dádivas que el procesado le entregaba a cambio de los encuentros sexuales, después de ganarse la confianza de la familia, al punto que le permitieron llevarse al niño a su residencia en varias ocasiones.

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 estaba proscrito por el artículo 381 de la Ley 906 de 2004; tampoco se desarrollaron las acciones necesarias para conducir al juicio oral a JCDL, ni al psicólogo Juan José Cañas - quien lo valoró -, todo lo cual atentó contra las garantías fundamentales del encartado, al impedir su conainterrogatorio respecto de lo observado en el paciente, mucho menos confirmó este último si en verdad las situaciones denunciadas sucedieron.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

La censura demanda revocar el fallo condenatorio y, en su lugar, absolver a Luis Eduardo Ballesteros Hernández, pues la sentencia de primera instancia se fundamentó en testigos 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

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

podieron 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 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 Luis Eduardo Ballesteros Hernández frente a los delitos reprochados que atentaron contra la libertad,

³ Sentencia de marzo 16 de 2016, rad. 43866

⁴ Septiembre de 2005

integridad y formación sexual de JDCL; 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. Silvia Juliana Orejarena Serrano – psiquiatra infantil – relató que en el 2011 laboraba en el HUS y el 9 de diciembre atendió a JCDL - de 7 años de edad para entonces -, cuya progenitora manifestó que un amigo de la familia le tocó sus genitales; analizó al niño para verificar si presentaba algún síntoma mental que requiriera atención de urgencias psiquiátricas y lo descartó, así que tampoco requirió medicación en ese momento.

3.2. María Angelica Castillo Plata – médico pediatra – informó que en el 2011 era residente de segundo año de pediatría en el HUS; el 10 de diciembre de 2011 atendió el egreso de JCDL - de 7 años de edad -⁵, quien permaneció hospitalizado desde el 7 anterior porque ingresó por urgencias, producto del abuso sexual sucedido desde hacía seis meses por un conocido de la familia, con quien no tenía contacto hacía 15 días; no evidenció alteraciones en el examen físico genital; tomó muestras con isopo húmedo de piel perianal e intra rectal, las embaló y envió con su respectivo registro de cadena de custodia; se tomaron exámenes de laboratorio - cuadro hemático, plaquetas, PCR, VSG, serología, Elisa, VIH, antígeno de superficie de hepatitis B y examen general de orina -, todos con resultados normales; el área de psiquiatría también lo valoró y no halló alteraciones relacionadas; la trabajadora social y la “Sala CAIVAS” autorizaron su egreso, ordenándose continuar profilaxis con metronidazol hasta completar 7 días y una orden de control ambulatorio por psiquiatría.

3.3. Claudia Yaneth Rojas Arias – médico del Instituto Nacional de Medicina Legal - afirmó que laboraba en el área de clínica desde el 2010; practicó reconocimiento médico legal el 10 de diciembre de 2011 a JCDL, de 7 años de edad; la madre del niño denunció que el 26 de noviembre anterior JDCL le comentó que un señor - Luis Eduardo Ballesteros Hernández - le estaba tocando el pene y practicando otras actividades sexuales, situaciones que no había

⁵ Por su intermedio se incorporó la epicrisis de JDCL - f.19 a 24

contado porque aquel lo amenazó de muerte; tuvo atención médica inmediata, le tomaron muestras, se practicaron entrevistas por psicología y psiquiatra; el niño carecía de antecedentes importantes de carácter personal o enfermedades mentales y no hubo mención de actividad sexual distinta a la relacionada; la información del presunto abusador la obtuvo del informe anexo, un registro de evolución de trabajo social y algunas preguntas breves que se le hizo al niño, quien ya había sido entrevistado en reiteradas oportunidades, así que no ahondó en esos aspectos, para no revictimizarlo.

No existían alteraciones en la zona genital, a más que habían transcurrido más de 14 días desde el último contacto con el presunto agresor, así que la falta de evidencia de lesiones físicas era normal; en las preguntas que le realizó al menor, éste le indicó que se encontraba allí porque fue “violado”, pero le daba pena volverlo a decir, hechos que ya les había contado a sus padres, a un psicólogo y a una doctora; el sujeto que “lo quería violar, se llamaba Luis; es moreno, tenía 26 años, tenía unas gafas moradas, brackets, y una moto RX”; determinó una edad clínica de 7 años; no encontró huellas externas de lesión reciente que fundamentaran una incapacidad médico legal y en cuanto al examen genital refirió “genitales masculino normo configurados, tono anal normal, forma anal normal y sin signos clínicos de contaminación venérea al momento del examen”⁶.

Concluyó que el paciente “es un menor masculino que, según denuncia la madre y entrevistas de profesionales de salud donde fue atendido, incluido el HUS, se trata de hechos donde al menor le realizan actividades sexuales en sus genitales externos y región anal; en el examen físico realizado no muestra alteración; sin embargo, el hecho de que no se encuentren lesiones en el ano no descarta la ocurrencia de eyaculación o contacto a nivel anal; por lo tanto, la autoridad deberá valorar la versión de la víctima ofrecida en las distintas entrevistas efectuadas, así como solicitar los estudios realizados por el hospital...no se toman muestras teniendo en cuenta el tiempo de evolución de los hechos”.

3.4. María Margarita Gómez Cifuentes – investigadora y psicóloga del CTI –

⁶ F. 15 a 17 Expediente digital

practicó una entrevista al menor AGCL⁷ el 8 de noviembre de 2012, quien dijo conocer sobre lo sucedido a su hermano JDCL - de 8 años de edad -; conocía a Luis Eduardo Ballesteros Hernández porque era un amigo de sus papás, le daba muchos besos en la mejilla a JDCL, los llevaba a cine, en algunas oportunidades los acompañó, le daba regalos, entre ellos, pelotas y un buzo; sabía de lo ocurrido porque su mamá le contó que habían violado a su hermanito; en la diligencia estuvo acompañado de José Eulises Cáceres Córdoba – su padrastro -.

3.5. Lilia Inés Figueroa Mantilla – trabajadora social del HUS – dijo estar en el servicio de pediatría durante el 2011; se encargaba de notificar a las autoridades competentes sobre posibles casos de delitos sexuales; el 9 de diciembre atendió a JDCL y suscribió la hoja de evolución⁸ sobre el supuesto abuso sexual que evidenció; el caso llegó a su conocimiento porque el niño estaba hospitalizado; realizó un genograma⁹; el hogar estaba conformado por José Eulises – su padre, de 26 años y conductor -, Claudia – su progenitora, de 30 años y vendedora de comida - y sus dos hermanos de 13 y 3 años; JDCL cursaba primero primaria.

3.6. Jairo Criado Pacheco – médico pediatra – valoró a JDCL a finales del 2011 - cuando laboraba en el HUS - por un presunto abuso sexual; después de recibir la información del área social signó el diagnóstico¹⁰, basado en la historia clínica; el paciente también recibió apoyo de psicología y psiquiatría infantil; el 7 de diciembre de 2011 JDCL- de 7 años de edad, procedente de Lebrija - acudió a urgencias e iba acompañado de su progenitora Claudia León, quien le informó que “un muchacho tocó al niño”; el paciente narró con sus propias palabras que “me metía el chichí en la cola y me dolía”, sujeto con el que no tenía contacto hacía aproximadamente 15 días; basado en dicha información ordenó la hospitalización del paciente y solicitó exámenes de laboratorio para detectar ETS, pero sus resultados fueron negativos; psiquiatría infantil no encontró alteraciones relacionadas y se ordenó egreso ambulatorio; también se realizó examen físico genitoanal, sin alteraciones.

⁷ De 13 de años de edad

⁸ F. 14 Expediente digital

⁹ Cuadro familiar donde se describen los integrantes del núcleo familiar

¹⁰ F. 10 a 13 Expediente digital

3.7. Zaida Rubiela Mendoza Leal – psicóloga del CTI – el 2 de octubre de 2012 realizó la entrevista forense al menor JDCL¹¹, quien llegó en compañía de Claudia León Porras – su progenitora -; buscó obtener una narración de los hechos directamente del niño, para ubicarlo en tiempo, modo y lugar; al preguntarle por qué estaba allí y qué le había pasado, el menor le dijo

“...Es que un día un señor me tocó...(agacha su cabeza), yo estaba en Bucaramanga y estaba con él...ese día fuimos a la casa de él, la casa es grande. Él se llama Luis Eduardo Ballesteros, él es amigo de mi mamá y de mi nona. Yo acostumbraba a salir con él porque él me convidaba y yo venía a la casa de él, íbamos a cine, al parque, a happy city, yo le cogí cariño a él; así, a veces salíamos con mi hermano Duvan y yo y a veces yo solo con él; ese día que estábamos en la casa de él era de noche, vinimos en la moto de él, entramos a la pieza y a mí me pareció normal porque yo ya habla ido antes; llegamos y como él vive solo entramos a la pieza y él me cogió y me acostó en la cama y él se acostó al lado mío; yo no le dije nada, pero me pareció raro porque nunca había hecho eso; entonces él empezó a quitarse el pantalón y no me decía nada; yo me quedé quietico, pero él empezó a tocarme el chichí, él empezó a sobarme el chichí (el niño se queda en silencio, agacha su cabeza), eso era por encima de la ropa, y él se tocaba también el chichí de él, pero empezó a meterse la mano por los calzoncillos y me empezó a bajar los pantalones, yo tenía un pantalón de jean y empezó a bajarlo, yo no le decía nada porque me daba miedo, él me bajó los pantalones, me quitó los interiores y me quede así: desnudo; él me seguía tocando el chichí, él me decía que no le contara a nadie, pero no me dijo nada más hasta que él me voltió y me colocó así detrás (el niño coloca sus manos atrás) y me metió el chichí en la cola...a mí me daba miedo, pero yo no le decía nada; además, a mí me dolía lo que él me hacía, él se bajó los interiores y me lo metió por detrás, ese bicho estaba duro y me lo colocaba en la cola duro, él me tenía duro del cuerpo, duro...(el niño se queda en silencio)...”

Le indagó qué había en la habitación, ante lo cual explicó que “...había un sofá cama y una cama; él ese día me acostó en la cama; había un Play Station 2, yo jugaba con él y a mí me gustaba y lo tenía ahí en la pieza; bastantes veces jugué solo, él me decía que eso era mío, que me lo iba a regalar; tenía una mesita, un televisor, el ropero de él y un computador nada más...”; Luis Eduardo Ballesteros Hernández era “...amigo de mi nona y de mi mamá, él iba siempre a la casa, yo lo

¹¹ F. 5 a 8 Expediente digital

conozco hace poco; además, él se portaba conmigo bien, a veces se quedaba en la casa y dormía conmigo...”; los tocamientos y encuentros sexuales sucedieron “...bastantes veces porque cuando se quedaba en la casa también me hacía lo mismo y ahí estaba en la casa mi mamá y mis hermanos, pero no se daban cuenta porque era de noche, en la pieza, y me hacía lo mismo, me metía el chichí por la cola, pero a mí me daba miedo y por eso nunca conté nada...”; Luis Eduardo Ballesteros Hernández metía el pene en su cola porque “...a mí me dolía mucho, además él me restregaba el pene ahí en la cola...”; Luis Eduardo Ballesteros Hernández solía darle “...cosas para comer, además me llevaba a City Park, a centros comerciales, a cine, íbamos los dos solos, pero él se portaba bien conmigo, no sé por qué; además, el compró el Play Station y lo tenía ahí en la pieza y yo jugaba con él y me decía que me lo iba a regalar...”.

Otras veces lo tocó por encima de la ropa, pero “...así empezaba y terminaba quitándome todo y me tocaba así por debajo y él también se quitaba todo y se tocaba el chichi...”; lo vio desnudo porque “...él se quitaba el pantalón y después los calzoncillos...”; no le daba dinero, sí regalos, como “...una camisa de cars y como a mí me gusta todo eso...” ; desconocía si a alguien más le hacía eso; antes nadie se dio cuenta de lo que estaba pasando porque “no contaba nada, a mí me daba pena y él me decía que no dijera nada; a mí no me gustaba lo que él me hacía, pero me daba pena...”; le tocó “...el chichí y la cola porque él me volteaba y me lo metía...”; describió a Luis Eduardo Ballesteros Hernández como una persona “...joven, tiene como 25 años, es alto, él es carnicero y trabaja en la plaza San Francisco, es flaquito, pelo negro, ojos negros, él vivía solo, él tiene barros en la cara...”; vivía solo, su padre residía en una finca; unos hermanos de él lo conocieron “...porque un día me los encontré en la casa de él y ellos me saludaron y nada más...”.

Los hechos sucedieron cuando “...yo tenía como 7 años, o sea fue como el año pasado y la última vez fue como en diciembre, pero igual él seguía visitándome...”; Luis Eduardo Ballesteros Hernández era “amigo de ella – su progenitora - y de mi nona”; solía llevarlo a “...varias partes de paseo, a comer, nada más...”; le decía que “...no le contara a nadie...”; la residencia del agresor estaba “...en Bucaramanga, queda lejos de mi casa porque yo vivo en Lebrija, él me traía en la

moto porque él tenía moto...”; cuando lo tocaba lo hacía “...con la mano, él también me chupaba el chichí, se agachaba y me hacía eso, me chupaba siempre el chichí...”, pero no sentía “...nada, a mí me dio miedo, nada más...”; después que terminaban los encuentros “...él se quedaba durmiendo y yo me dormía también en la casa de él; yo me quedaba con él toda la noche y al otro día nos íbamos para mi casa...”; le contó todo lo sucedido a su progenitora porque “...una señora que se llama Adela le contó a mi mamá y le dijo que ese señor había hecho las mismas cosas con él niño de ella...”; Adela era una mujer que vivía “...en la loma donde nosotros vivimos, ella le contó eso a mi mamá y mi mamá me preguntó a mí y yo le conté todo y ella lo denunció; eso fue el año pasado, ahí le conté a mamá...”; lo que le hizo Luis Eduardo Ballesteros Hernández era “...malo, porque soy un niño...”; a su hermano no “le hizo nada, él iba a la casa de Luis Eduardo, pero no le hizo nada...”; cuando su padre se enteró “...se puso muy bravo y se puso a llorar, igual que mi mamá y le conté a todos ellos...”.

Después de ese episodio su vida volvió a la normalidad, “...vamos a piscina, vamos a montar cicla con mi hermano, jugamos con ellos...”; nadie más lo agredió sexualmente, “...solo eso con ese señor...”, quien le tocó “...la cola y el chichí...”, eventos que tenían lugar “...de noche porque yo me quedaba con él y dormía en mi casa con él...”, cuando estaban solos o en su casa, “...ya estaban dormidos mis hermanos...”; Luis Eduardo Ballesteros Hernández le mostró “el chichi”; su padre lo respetaba y no tenía nada más por contar.

La postura corporal del niño era adecuada, mostró seguridad en el diálogo, mantuvo contacto ocular frecuente, presentó fluidez verbal, manifestó sentimientos positivos hacia sus padres y hermanos, hubo empatía, algunas respuestas eran monosílabas y corporales, sentía pena por lo sucedido; el examen mental mostraba un niño ordenado, vestido de manera adecuada, alerta, con pensamiento y curso normal, sin trastornos de memoria, escolaridad acorde a la edad, sin alteraciones senso perceptivas; aportó datos personales, fue amable, colaborador, mantuvo la conversación con facilidad, expresó sus sentimientos y emociones, tenía apoyo de su familia, le contó a su progenitora y familia lo sucedido, señalando a Luis Eduardo Ballesteros - conocido de la casa – como su agresor; pudo concluir que la información aportada por el menor era importante y

necesaria, se creó la confianza y empatía suficiente para que relatara lo vivido; el niño reconocía y sabía adecuadamente el nombre de cada parte del cuerpo.

4.- La defensa desistió de la práctica probatoria.

5.- Del análisis en conjunto del material probatorio debatido en juicio oral y bajo la óptica de las reglas de la sana crítica, concluye la Sala que no existe duda alguna acerca de la afectación del bien jurídico de la libertad, integridad, y formación sexual del niño JDCL, quien para la época de los hechos contaba con 7 años de edad; en efecto:

5.1. En distintas oportunidades el menor JDCL describió las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que sucedieron las diferentes agresiones sexuales; así lo hizo en diciembre de 2011 ante un médico del HUS - Jairo Criado Pacheco -, a quien le indicó que el procesado "...me metía el chichi en la cola y me dolía..."; a la doctora Claudia Rojas Arias - médico del INML – le dijo que "...un señor lo quería violar (se rasca la cabeza y mueve los dedos de las manos y de los pies), le da pena que eso se lo diga a la mamá, porque le daba pena volverlo a decir y que eso ya se lo había contado a la mamá, al papá, a un psicólogo y al médico en el hospital, que el señor que lo quería violar se llamaba Luis, es alto, que tenía 26 años, era moreno, tenía unas gafas moradas y brackets, tiene una moto una R15".

El 2 de octubre de 2012 nuevamente contó lo sucedido a Zaida Rubiela Mendoza Leal – psicóloga del CTI -, precisándole las circunstancias de tiempo, modo y lugar que rodearon los hechos; describió con claridad el sitio – casi siempre una habitación - donde ocurrían los actos libidinosos, pero también los detalles temporales o cronológicos, afirmando categóricamente que los abusos sexuales ocurrían en su residencia - cuando sus familiares dormían – o en la casa del enjuiciado, donde en repetidas ocasiones lo penetró analmente y en otras manoseó su zona genital, afirmando conocerlo por ser allegado de la familia.

La aludida profesional de la salud observó respaldo afectivo frente a los hechos narrados, se trataba de un niño alerta en pensamiento, con postura corporal adecuada, sentía pena por lo sucedido y sin alteraciones sensoperceptivas, o sea,

no existen elementos de juicio que permitan determinar que JDCL faltó a la verdad o un tercero lo coaccionó.

5.2. Distinto a lo aducido por la defensa, emerge nítido que la citada profesional fue testigo directo de las condiciones en que JDCL efectuó su relato, es decir, la coincidencia y concordancia de su versión al narrar los hechos que afectaron su integridad sexual permiten inferir que dijo la verdad y no mintió sobre lo que realmente vivió, pues siempre mantuvo un mismo hilo conductor, puntualizó en detalles particulares que llamaron su atención durante el desarrollo de los eventos en que fue abusado sexualmente, guardando también coherencia frente a lo advertido por los restantes testigos de cago, quienes - al unísono - indicaron que en el niño se reflejaban sentimientos de pena y vergüenza frente a las agresiones sexuales de que fue objeto.

5.3. La Fiscalía General de la Nación – entre otros compromisos – tiene el de procurar que durante la indagación e investigación de delitos sexuales cometidos contra menores de edad se materialice el principio pro infans, el cual le impone “exigencias reforzadas de diligencia» conforme las cuales debe “ejecutar todos los esfuerzos investigativos necesarios para materializar los derechos fundamentales de los menores víctimas en el marco del proceso, especialmente sus derechos a la verdad, la justicia, la reparación y la garantía de no repetición”¹².

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 adoptaran las medidas posibles para evitar el sometimiento de los menores víctimas a las afectaciones que puede conllevar su participación en diligencias judiciales”¹³.

¹² Auto A-009 de 2015.

¹³ SP 934 de mayo 20 de 2020, rad. 52045

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”.

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 atrás referida...”¹⁴.

Entonces, resulta claro que en el caso bajo estudio no pueden desecharse las declaraciones anteriores al juicio del menor perjudicado, máxime si con ello se evitó un nuevo escrutinio innecesario que pudo generar su victimización secundaria, dadas (i) las circunstancias particulares del caso y de la víctima, (ii) la mayor o menor probabilidad de revictimización en caso de concurrir al juicio y (iii) la existencia de pruebas de corroboración.

5.4. La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha pregonado que – tal como atrás se reseñó - como parte de la corroboración periférica deben analizarse varios aspectos cuando se valora la existencia de abuso sexual, a

¹⁴ Sentencia de 28 de octubre 2015, rad. 44056

saber, "...a) Que no exista incredibilidad derivada de un resentimiento por las relaciones agresor – agredido que lleve a inferir la existencia de un posible rencor o enemistad que ponga en entredicho la aptitud probatoria de este último b) Que la versión de la víctima tenga confirmación en las circunstancias que rodearon el acontecer fáctico, esto es, la constatación de la real existencia del hecho; y c) La persistencia en la incriminación, que debe ser sin ambigüedades y contradicciones..."¹⁵ y los demás aspectos arriba citados.

Refulge evidente que Luis Eduardo Ballesteros Hernández realizó múltiples actos tendientes a generar empatía con JDCL, a fin de ganarse su confianza y la de sus familiares; gracias a que era proveedor de materia prima para el negocio de Claudia León Porras, visitaba diariamente la residencia del niño, se convirtió en amigo de la familia y ello le permitió llevarlo a centros comerciales, cine, parques de juegos, le compraba cosas, el niño podía utilizar video juegos en su habitación y le prometió regalarle un Play Station, todo lo cual condujo a que el menor creara sentimientos de afecto que facilitaron el despliegue de tan repudiable accionar criminal, especialmente, porque el niño permaneció callado ante la vergüenza que le generaba contar lo que estaba pasando.

Por consiguiente, confluyen las siguientes circunstancias que contribuyen a comprobar la responsabilidad penal de Luis Eduardo Ballesteros Hernández: (i) el menor ni algún otro familiar tenían motivos ajenos al hecho para incriminarlo, tanto así que se probó que era amigo de la familia y no existían otras razones para denunciarlo; (ii) se avizoraron sentimientos de pena y de vergüenza cuando el menor relató las agresiones sexuales de las cuales fue víctima; (iii) el encartado le entregaba regalos a JDCL y compartía ciertos espacios que dieron lugar a que el niño forjara un sentimiento de afecto; (iv) se comprobó que el encartado permanecía a solas con el menor durante amplios interregnos, hasta el punto que le permitían llevarlo hasta su casa en Bucaramanga y (v) se concretó la causal de agravación reprochada, precisamente porque la familia y el niño depositaron en él la confianza necesaria para que fuera hasta esa residencia – incluso a dormir - y a muchos otros lugares, al convertirse en amigo de la familia.

¹⁵ Sentencias de febrero 19 de 2008, rad. 28742; enero 26 de 2006, rad. 23706 y marzo 30 de 2006, rad. 24468; autos de septiembre 26 de 2007, rad. 27946 y 28274

5.5. Frente a la restricción consagrada en el artículo 381 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...”¹⁶

En el presente evento las diversas versiones que rindió paulatinamente el menor JDCL muestran la persistencia en la incriminación contra Luis Eduardo Ballesteros Hernández, se observa coherencia y consistencia en su narración, describió con exactitud al agresor, también las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que sucedieron los vejámenes, mantuvo el hilo cronológico y detallado de la forma y el contexto en que era agredido sexualmente, mostrándose la versión de JDCL similar ante todos los profesionales que compareció, pues aludió a los distintos encuentros sexuales y las fechas de su ocurrencia, de tal manera que los diferentes expertos confirmaron los dichos del 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 – admisibles por la imposibilidad de que JDCL compareciera – dejaron entrever datos concretos de los vejámenes sexuales de que fue objeto y que – cada uno desde su perspectiva - ratificó.

Cierto es que lo ideal hubiera sido que el menor JDCL concurriera directamente al juicio oral a rendir su versión de los hechos, pero – tal como atrás se anotó – su inasistencia evitó revictimizarlo después de transcurridos más de 10 años desde

¹⁶ Sentencia de marzo 16 de 2016, rad. 43866

que cesaron los actos delictivos.

En síntesis, surgió el convencimiento más allá de toda duda razonable acerca de la responsabilidad penal de Luis Eduardo Ballesteros Hernández, quien atentó efectivamente contra la libertad, integridad y formación sexual de JDCL – en ese entonces menor de edad -, al penetrarlo analmente en múltiples ocasiones y realizarle diversos tocamientos en su área genital, sin que su conducta esté amparada por alguna causal eximente de responsabilidad penal.

Corolario de lo anterior, el juzgador de primer grado acertó al condenarlo por la comisión de los delitos reprochados, lo cual amerita ratificar el fallo impugnado, al ajustarse a la legalidad.

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

R E S U E L V E

CONFIRMAR el fallo de origen, fecha y naturaleza reseñados, mediante el cual se condenó a LUIS EDUARDO BALLESTEROS HERNÁNDEZ como autor de los delitos de ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE 14 AÑOS AGRAVADO EN CONCURSO HOMOGÉNEO Y SUCESIVO y ACTOS SEXUALES CON MENOR DE 14 AÑOS AGRAVADO EN CONCURSO HOMOGÉNEO Y SUCESIVO.

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° 376

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/ Luis Eduardo Ballesteros Hernández

D/ Acceso carnal abusivo con menor de 14 años y otro

Juez 9º Penal del Circuito de B/manga



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BUCARAMANGA
SALA PENAL DE DECISIÓN

Magistrado Ponente:

Jairo Mauricio Carvajal Beltrán

Rad. 54001-6001-237-2008-00074-01

Registro proyecto: 14 de abril de 2023

Aprobado Acta No. 367

Bucaramanga, veinte (20) de abril de dos mil veintitrés (2023)

1. Asunto

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la defensa de Luis Vidal Gutiérrez Marín contra la sentencia proferida el 8 de septiembre de 2021 por el Juzgado 12 Penal del Circuito de Bucaramanga, mediante la cual lo condenó como autor del delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años agravado en concurso homogéneo y sucesivo, en concurso heterogéneo con actos sexuales con menor de catorce años agravado en concurso homogéneo y sucesivo.

2. Hechos

Entre los meses de junio del 2007 hasta junio del 2008, en la vivienda de Luis Vidal Gutiérrez Marín y su esposa Nancy, tía de la menor S.A.C.C. quien tenía 4 años y era dejada allí por su progenitora mientras trabajaba, aquel le infligía tocamientos debajo de la ropa en la vagina, el pecho y la cola, le daba besos, le pedía besarle el pene, le introducía un dedo en su vagina y la obligaba a comerse el semen. Los hechos ocurrían en las tardes en la habitación matrimonial, y la primera vez sucedió en el cuarto ubicado al final de la vivienda, donde la menor recuerda que había unas sillas playeras.

3. Antecedentes procesales

3.1. El 27 de octubre de 2017 ante el Juzgado 15 Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bucaramanga, le fue formulada imputación a Luis Vidal Gutiérrez Marín como autor del delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce

Delito: Acceso carnal abusivo con menor de catorce años agravado en concurso homogéneo y sucesivo y otro

años agravado en concurso homogéneo y sucesivo, en concurso heterogéneo con actos sexuales con menor de catorce años agravado en concurso homogéneo y sucesivo -art. 208, 209, 211 num. 2º y 31 del C.P.-; cargos que no aceptó.

3.2. Correspondió el conocimiento por reparto al Juzgado 12 Penal del Circuito de Bucaramanga, habiéndose realizado la audiencia de formulación de acusación el 23 de mayo de 2018, la preparatoria el 30 de abril de 2019 y el juicio oral en sesiones del 24 de octubre de 2019, 26 de febrero y 20 de agosto de 2020, 12 de julio, 2 de agosto y 8 de septiembre de 2021, última sesión en la que se anunció el sentido del fallo de carácter condenatorio, se corrió el traslado de que trata el artículo 447 del Código de Procedimiento Penal y se dio lectura de la sentencia.

4. Sentencia impugnada

4.1. El juez de primera instancia profirió sentencia condenatoria en contra de Luis Vidal Gutiérrez Marín como autor del delito acceso carnal abusivo con menor de catorce años, agravado, en concurso homogéneo y sucesivo, en concurso heterogéneo con actos sexuales con menor de catorce años agravado en concurso homogéneo y sucesivo. Concluyó que, de la valoración de los medios de prueba se arriba al conocimiento más allá de duda sobre su actuar doloso al haber accedido en repetidas oportunidades a la menor S.A. por vía oral con el pene, y vaginal con la lengua, además, de realizarle maniobras libidinosas valiéndose de su parentesco y cercanía al ser esposo de una tía de la menor, y de la confianza depositada por su progenitora, quien la dejaba al cuidado de sus familiares mientras trabajaba.

En consecuencia, le impuso una pena de 165 meses de prisión y la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por 20 años. Se negó la suspensión de la ejecución de la pena y el sustituto de la prisión domiciliaria.

5. Del recurso

5.1. La defensa petitionó revocar la decisión y en su lugar emitir una sentencia absolutoria. En primer lugar, resaltó que la fiscalía incurrió en un error al omitir pedir al juez cognoscente emitir condena por determinados delitos, por lo que con ello se trasgredió el debido proceso al no mediar congruencia entre la solicitud contenida en los alegatos finales y la condena, dado que no existió ningún pedido expreso de la fiscalía.

Por otro lado, dijo que del análisis de las pruebas no es posible establecer la ocurrencia de los hechos, pues luego del debate probatorio persiste la duda en cuanto a la materialidad de la conducta, toda vez que existía animadversión del tío de la menor, aquí denunciante, contra el procesado, por un altercado ocurrido en el pasado entre los dos; además, la menor no fue espontánea al contar los hechos, pues fueron sus familiares quienes la interrogaron sobre el trato recibido por Vidal, quienes la indujeron a emitir dichos señalamientos; finalmente, su tío no escuchó dicho relato sino que se limitó a denunciar sin indagar o informar lo ocurrido a la madre de su sobrina. Agregó que el juez de primera instancia no valoró el testimonio de la mamá de la menor, del que se extracta que la niña no quería irse del lugar donde ocurrían los presuntos abusos y la progenitora no observó ningún comportamiento irregular en la menor, quien nunca lloró, ni le contó nada, además de que no conocía los nombres de los genitales masculino y femenino, pudiéndose concluir que no ocurrió ningún acto lascivo en su contra.

Finalmente, reprochó la actuación investigativa realizada por la fiscalía al omitir realizar una inspección a la vivienda del acusado para verificar la existencia de las sillas que refirió la menor, así como la ubicación de las habitaciones en que ocurrían los hechos, o si el inmueble se situaba cerca a un río donde la niña pensaba que salía la llorona, y porque tampoco se realizó una experticia clínica para establecer la penetración vaginal ocurrida en S.A.C.C.

5.2. El Ministerio Público, como no recurrente, señaló que no existió ninguna trasgresión al debido proceso, puesto que la fiscalía en sus alegatos de conclusión pidió la emisión de la condena por los delitos por los cuales presentó acusación, sin que, en todo caso, la ausencia de señalamiento en ese sentido constituya irregularidad alguna.

En cuanto a la valoración de las pruebas señaló que se acreditó, más allá de toda duda, la ocurrencia de los vejámenes sexuales a los que fue sometida S.A.C.C., pues al escuchar la declaración de todos los testigos es posible desacreditar cada uno de los reproches propuestos por la defensa. Resulta claro que la denuncia se instauró por Dany Oswaldo, tío de la menor, al enterarse que ella les había contado a otras dos tías lo que le hacía Luis Vidal, sin que mediara ninguna presión, incluso, la niña usó gestos y señas para narrar los hechos, siendo intrascendente que hubiese interpuesto la denuncia sin haber sido el primero en escuchar a su sobrina, pues lo hizo por haber obtenido conocimiento de la ocurrencia de un delito en su contra.

Delito: Acceso carnal abusivo con menor de catorce años agravado en concurso homogéneo y sucesivo y otro

Ahora, tampoco es cierto que la progenitora de la niña hubiese dicho que ella no quería irse para Cúcuta y que prefería quedarse en esa casa donde residía el acusado. La menor refirió que ya le había contado de lo sucedido a la esposa de Luis Vidal, quien le dijo que eso era mentira, por esa razón, el agresor la asustó con la llorona o la bruja, por lo que resulta razonable que no le dijera nada a su madre.

Señaló el procurador que, por virtud del principio de libertad probatoria no es dable exigir la demostración de los hechos por medio de una valoración sexológica o de una inspección para la verificación del cuarto en que dormía la menor en casa de su tía o la ubicación de las sillas por ella señaladas, pues de las pruebas practicadas pudo obtenerse conocimiento de cómo se situaban las habitaciones en que ocurrieron los hechos, independientemente de que el procesado y su esposa negaran haber tenido una silla como la descrita por la afectada. Por todo lo anterior, solicitó confirmar la condena.

6. Consideraciones del Tribunal

6.1. Competencia

De conformidad con el artículo 34, numeral 1°, de la Ley 906 de 2004, esta Sala es competente para conocer de los recursos de apelación contra sentencias penales que profieran jueces del circuito de este Distrito Judicial.

6.2. Problema jurídico

Determinar si la valoración conjunta de los medios de prueba permite acreditar con certeza la materialidad y responsabilidad penal de Luis Vidal Gutiérrez Marín como autor del delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años agravado en concurso homogéneo y sucesivo, en concurso heterogéneo con actos sexuales con menor de catorce años agravado en concurso homogéneo y sucesivo, en perjuicio de la menor S.A.C.C.

6.3. De la materialidad y responsabilidad penal

El disenso presenta un primer punto en el que se resalta el desconocimiento al principio de congruencia por cuenta de la supuesta omisión en que incurrió la fiscalía al mantener inconcluso su pedido de condena durante las alegaciones finales, puesto que olvidó señalar el delito por el que realizaba su solicitud, por lo que al juez solo le

Delito: Acceso carnal abusivo con menor de catorce años agravado en concurso homogéneo y sucesivo y otro

es posible analizar los cargos por los que se haya acusado y por los que en este último momento la fiscalía circunscriba su petición.

Dicho planteamiento de la defensa se descarta con la jurisprudencia vigente de la Corte Suprema de Justicia, sentencia SP2685-2022, radicado 55313, que en un asunto en el que la agencia fiscal olvidó incluir las modalidades agravadas para los delitos señalados en su pedido conclusivo, afirmó *“que la petición –inclusive la de absolución– elevada por la fiscalía durante las alegaciones finales, es un acto de postulación susceptible de ser acogida o desestimada por el juez de conocimiento, quien debe decidir exclusivamente con fundamento en la valoración de las pruebas practicadas en el juicio oral (Cfr. CSJ SP6808–2016, 25 may. 2016, rad. 43837).*

[...]

En ese caso, el análisis de congruencia debe hacerse entre la acusación (entendida como el acto complejo compuesto por el escrito de acusación y la audiencia prevista en el artículo 338 y siguientes de la Ley 906 de 2004) y el fallo, por ello, el alegato de conclusión del fiscal (canon 443 *ibidem*) no determina el estudio de congruencia (precepto 448 *eiusdem*)”, aunque incide de manera determinante en cuanto a la valoración que hace la fiscalía de las pruebas practicadas a instancias suyas y las de la contraparte, con miras a verificar que el núcleo fáctico de la acusación permanezca.

Entonces, no es factible entender que la petición de la fiscalía en sus alegatos de cierre ate la decisión del juez, pues se trata de una solicitud de parte con igual apremio a la que postula la defensa y los demás intervinientes, y corresponde al fallador, en todo caso, resolver la cuestión a partir de la valoración de las pruebas practicadas en el juicio.

Aunado a lo anterior, bien lo resaltó la misma defensa, la fiscalía en su réplica ajustó su pedido detallando los cargos por los que debía proceder la consideración condenatoria, luego de haber escuchado al Ministerio Público hacerlo; es decir, que si de reprochar el fallo de primera instancia se trata, el juez valoró la petición del procurador, que comporta igual fuerza vinculante a la de las partes u otros intervinientes, además de que, como lo dijera el representante del Ministerio Público en su sustentación como no recurrente, la agencia fiscal concluyó su intervención pidiendo proferir un “sentido del fallo de carácter condenatorio en calidad autor, en modalidad dolosa, de las conductas punibles ... que fue debidamente enjuiciado el

Delito: Acceso carnal abusivo con menor de catorce años agravado en concurso homogéneo y sucesivo y otro

señor Luis Vidal”¹ por lo que tampoco se vislumbra una omisión del talante que pretende presentar la censora.

Superado este aspecto, las restantes críticas al fallo se centran en la indebida valoración de las pruebas, pues considera la defensa que existe duda sobre la materialidad de la conducta, dado que: i) fueron los familiares de la niña quienes en la ciudad de Cúcuta indujeron a la niña a realizar todas esas manifestaciones en contra de Luis Vidal, preguntándole cómo era su trato hacia ella y poniendo el nombre de su tío Vidal en boca de la niña sin que la menor realizara manifestaciones espontáneas; ii) las palabras usadas no eran apropiadas para una niña de su edad; iii) su tío Dany Oswaldo Cely Beltrán no escuchó de primera mano las manifestaciones de la menor, sino que oyó el dicho de otras personas y acudió a denunciar al procesado sin ninguna verificación sobre el asunto, sugiriendo la defensa con esta afirmación, que iv) el actuar de Dany Cely atiende específicamente a una retaliación en contra del acusado, por causa de una riña ocurrida entre los dos en el pasado.

Estas propuestas no cuentan con respaldo probatorio alguno y atienden a unos argumentos desprovistos de veracidad, pues al ser auscultados los testimonios vertidos en el juicio, no es posible extractar en modo ínfimo que S.A.C.C. hubiese sido sometida a un interrogatorio por sus familiares como el sugerido por el defensora, en el que se indujera a la pequeña a repetir hechos de la connotación que narró años después a la profesional en psicología y otros años posteriores en la audiencia pública; al contrario, las afirmaciones escuchadas en juicio versan sobre el relato que la infante hizo a sus tíos en una salida, en la que se encontraban comiendo helado, y la niña les contó sobre los actos que Luis Vidal ejercía sobre ella, y que la ponía a hacerle a él “lo que ella estaba haciéndole al helado”.

Surge claro que, la conversación sostenida inicialmente por la niña con sus tías Vianny y Yeimy resultó espontánea, por esa precisa circunstancia de encontrarse comiendo helado y comparar esa acción con los actos que su tío político le precisaba hacerle en su cuerpo, y fueron ellas las primeras en escuchar y presenciar el momento en que S.A. hizo dichas revelaciones, ante lo cual, espantadas, acudieron a su primo Dany Oswaldo Cely y su tío Otoniel Cely, quienes se hallaban juntos trabajando en Almacén Cely, quienes prestos acudieron para escuchar a la menor, y *“le dijeron a la niña que nos contara lo que ya les había contado a ellas, ella empezó a decir que el señor Luis Vidal la ponía a que le hiciera en el pene de él, lo que ella estaba haciéndole al helado, o sea, comiéndose el helado, pues ahí fue un golpe*

¹ Archivo audiovisual: Juicio Oral (alegatos) (02-08-2021), 15'16”

bastante tormentoso para todos nosotros, y empezamos a indagar que más le hacía él a ella, entonces ella decía que él le echaba moquitos en su vagina [...] ella agarraba el cono y decía, él me hace que yo le haga en el pene de él, que le lamiera así con la lengua, y después de un tiempo de que ella le hiciera eso, él le echaba mocos, decía la niña es que me agarraba en mi vagina y me echa los mocos ahí encima”².

No quiere decir entonces que la niña haya sido inducida a aseverar dichas manifestaciones, sino que, ante el descubrimiento, sus familiares indagaron a la menor sobre los actos cometidos en su contra por Gutiérrez Marín, y si su tía Nancy sabía de la situación, a lo que ella contestó que sí. Situación corroborada por la menor S.A.C.C., quien recordó en juicio que ese día les había contado los hechos a sus tías durante un viaje a Cúcuta y ellas concurren a decírselo a su tío, quien cree *“que puso la demanda y él fue el que le contó a mi mamá, porque realmente nunca he sido capaz de hablar con mi mamá sobre ese tema”*.

Sobre el lenguaje empleado por la niña, quien para esa época contaba con 5 años de edad, Dany Cely contestó a la pregunta de la fiscalía: *“cuando ella dice el helado, ¿dice alguna parte especial del cuerpo del señor Luis Vidal Gutiérrez? Sí señor, su pene, de pronto no lo dice con nombre, pero nos lo señala”*; también en el contrainterrogatorio, a las preguntas de la defensa respondió: *“cuando usted escuchó el relato de la menor, que ella le decía del pene, ¿usted le preguntó qué era eso? Le preguntamos a ella y nos señaló la parte íntima del hombre. Cuando dijo lo de la vagina, ¿también le preguntaron que era? Sí, que la parte íntima de ella, ella nos señalaba”*. También refirió que su pequeña sobrina le había dicho *“que él le echaba moquitos en su vagina”*, y la testigo repitió en tres oportunidades que la niña se refería al semen como “moquitos” y así lo concluyeron sin indagar en mayor medida, *“porque dedujimos qué clase de moquitos eran [...] que era semen”*.

Significa entonces, que las palabras y los gestos empleados por la menor se acompañaban con su corta edad, pero, aclaró el testigo (denunciante), que la palabra ‘pene’ no fue empleada por ella, sino que señalaba las partes íntimas indicando que eran las de Luis Vidal y la suya, y que en esos actos aquel le echaba una sustancia como ‘moquitos’, resultando ser una explicación bastante gráfica para que sus familiares entendieran qué era lo que realmente la pequeña trataba de contarles y tomaran la decisión de denunciar al día siguiente al agresor, sin que les hubiese sido demandable, particularmente a Dany Oswaldo, que realizara indagaciones adicionales

² Audiencia juicio oral 24 de octubre de 2019, 19’50”

Delito: Acceso carnal abusivo con menor de catorce años agravado en concurso homogéneo y sucesivo y otro

para corroborar la veracidad de los hechos, lo que en todo caso corresponde al ente investigador y no a los particulares enterados del caso, cuyo deber es denunciar.

Entonces, el hecho de que Dany Oswaldo Cely Beltrán tomara la vocería para acudir a la interposición de la denuncia, en nada atañe a un ánimo adverso en contra de Gutiérrez Marín, como lo aseguró la defensa, porque ningún sentido tiene que la denuncia se presentó como retaliación por el hecho de haber mantenido con él una riña en la que terminó partiéndole el tabique alrededor de 6 años atrás, producto de lo cual, aquel interpuso una querrela y posteriormente conciliaron el valor de los perjuicios cruzando cuentas, porque Dany Oswaldo le adeudaba \$50.000. Pues adviértase que la motivación para presentar la denuncia surgió luego de escuchar el relato que la menor hizo ante sus otras tías, y que luego repitió ante Dany Oswaldo su hermano, es decir, estos hechos no fueron inducidos por el denunciante para que la víctima los reiterara para luego proceder a presentar la denuncia, sino que surgió de forma espontánea de la propia víctima.

En cuanto a la deponencia de S.A.C.C., los únicos reproches contenidos en el escrito de alzada que pudieran aludir a una inconsistencia suya, es el hecho de no haberse probado la existencia de las sillas playeras que se hallaban ubicadas en uno de los cuartos en el que la niña era sometida a los abusos, ni de la ubicación del inmueble de Luis Gutiérrez cerca a un río donde él le hubiese podido decir que de allí saldría la llorona a buscarla en caso de contar lo sucedido. En primer lugar, resulta accesorio el hecho que unas sillas tipo playeras estuviesen situadas en la habitación de la parte posterior de la vivienda, pues lo que buscaba probar la fiscalía era la ubicación en espacio al momento de S.A. recordar y narrar los hechos abusivos cometidos en su contra, resultando trascendental que la menor en su declaración relatará: *“recuerdo que pasaba en una última habitación donde había una playera, y en un primer cuarto, creo que era el de mi tía y el de él, porque cuando mi tía se iba a donde la vecina, él me metía ahí a ese cuarto [...] yo me acostaba en el último cuarto que era donde había una playera porque a mí me gustaba dormir en las tardes, pero él llegaba ahí a tocarme”*³.

Fue determinante la menor al señalar dos habitaciones de la casa de Luis Vidal y de su tía Nancy, en las que ocurrían los ilícitos. Menciona una habitación ubicada en la última parte de la vivienda, en la parte más posterior, y otra, la matrimonial; en la primera de las habitaciones la menor acostumbraba dormir y era en donde el acusado ingresaba para cometer los hechos, y en la otra, la matrimonial, era él quien la constreñía a ingresar aprovechando los momentos a solas en la casa.

³ Audiencia juicio oral 24 de octubre de 2019

A estas atestaciones no se le debe restar veracidad alguna por el hecho que una silla tipo playera existiera o no dentro del mobiliario del hogar, puesto que su ubicación fue un punto de referencia para la niña distinguir dicho cuarto, que era el permitido por su tía para que ella durmiera en las tardes, incluso, Nancy del Carmen Celis Salamanca, dijo al estrado, que esa habitación trasera era la suya y que allí solo había una silla isabelina, en la que las personas se sientan con normalidad, es decir, sin estirar las piernas, esto quizá para refutar que en un mueble de ese tipo pudiera haber sido acostada la niña para realizarle los tocamientos o los accesos atribuidos en contra de su esposo; sin embargo, aquello no puede comprenderse como parte integrada de la acusación factual en este caso, pues la referencia de la silla playera no fue más que una mención para la ubicación de la habitación en que empezaron a ocurrir los actos lascivos, sin haberse auscultado en ninguna medida a la menor S.A. sobre la descripción de dicho mueble que diera al traste con su inexistencia.

De igual forma, el respaldo brindado con su declaración por Nancy del Carmen a su esposo, resta valor a su deponencia, ya que se determinó, según la declaración de la menor víctima, que ella supo de los hechos cuando la niña S.A. le expresó los actos que él cometía en su contra, y se limitó a callar, no le creyó y le dijo que eso era mentira, asumiendo una actitud negacionista y desinteresada.

Igual de irrelevante resulta el hecho de no haber probado la presencia de un río aledaño a la residencia del procesado, pues también lo mencionó la menor como una referencia sobre las intimidaciones que ejercía Luis Vidal para que callara sobre los vejámenes a los que era sometida. La niña mencionó que *“enfrente de la casa donde vivía él había como un caño, yo le tenía mucho miedo, él me decía si usted le llega a decir algo a su mamá la bruja va a venir por usted, entonces yo no decía nada”*, es decir, que este recuerdo manifestado por la menor está relacionado con la existencia de dicho caño, porque así fue registrado por su memoria, asociando la existencia de la quebrada a la intimidación por la posible aparición de los seres mitológicos a los que aludía el agresor, más no porque ella estuviera segura de su existencia.

En ese orden, no era un imperativo que la fiscalía demostrara la existencia de un caño, un río o un canal similar, junto a la casa del acusado para darle credibilidad al relato que hiciera la menor; lo significativo de este aspecto, que hizo parte del testimonio de la víctima, era evidenciar que el agresor recurrió a la provocación de miedo en la ofendida, amenazándola con un espectro que la aterrorizaría en caso de conversar sobre los hechos con su madre, para que guardara silencio y le permitiera continuar con los actos libidinosos a los que de forma continua la sometía.

Esto se acompasa a las críticas en torno a la desatención por parte del juez de primera instancia al auscultar el testimonio de Deisy Francely Cely Beltrán, pues la defensa cuestiona i) que la menor no le haya contado nada, ii) que no quisiera irse para Cúcuta aun cuando en Bucaramanga estaba siendo violentada, y iii) que la madre nunca se dio cuenta de los hechos porque la niña no lloraba y nunca le manifestó no querer regresar a casa de sus tíos.

Parece obvio, como lo resalta el Ministerio Público en su sustentación como no recurrente, que Deisy Francely nunca haya sospechado nada, porque precisamente la niña había sido acallada por su tía Nancy del Carmen y por su agresor Luis Vidal, quien le decía que un espectro le aparecería en caso de contar los sucesos a su madre, razón por la cual, la niña mantuvo oculta estas agresiones por el miedo que le había sido infundido, situación que le expuso a sus tíos cuando les contó sobre los ilícitos, diciéndole a Dany Oswald: *“pero no le diga nada porque si no se me aparece la bruja”*, lo que fue por él reiterado al aseverar que la niña ese día refirió que *“si ella le contaba algo a su mamá venía la llorona y la iba a matar a ella y a la mamá, entonces por eso la niña no hablaba con Deisy Francely”*. Además, Deisy Cely, durante toda su declaración, nunca mencionó que su hija se opusiera a viajar a Cúcuta. En síntesis, el testimonio de la progenitora de la víctima descarta las apreciaciones de la censura, que resultan ser proposiciones tergiversadas del relato ofrecido por esta testigo.

De otra parte, tampoco se apoyó en algún sustento válido, el hecho que la defensa cuestione que no se le hubiera practicado un examen sexológico a la niña para determinar clínicamente si ocurrieron penetraciones vaginales, deduciendo que ante dicha omisión solo resta el *“el dicho de la menor de 4 años la (sic) presunta penetración realizada por su tío político”*, pero ninguna confrontación materializó frente a la declaración que hizo la víctima sobre los accesos que Gutiérrez Marín le hizo con los dedos y con la lengua, con lo cual asintió con que efectivamente sí existió un medio probatorio a través del cual se valoró la ocurrencia de esos hechos, sin que se rebatiera en mayor grado dicha prueba.

Esta refutación al fallo, que hace la censura, pretende limitar o condicionar el principio de libertad probatoria que rige el proceso penal, que permite al juez formar su convencimiento a partir de la apreciación conjunta de las pruebas allegadas al juicio, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, por lo que las conclusiones a las que llegue el fallador, luego de valorar las pruebas, pueden partir de cualquier medio de convicción, exceptuando los casos expresamente señalados en la ley que exijan una tarifa probatoria para su comprensión, lo que no ocurre en este asunto.

Finalmente, el libelista ha escrutado sobre la ausencia de afectaciones psicológicas de S.A. o cambios comportamentales, pese a haber sido supuestamente víctima de agresiones sexuales por Luis Vidal, lo que le torna difícil creer que hayan sucedido tales afectaciones. Con esto, el libelista deja de lado la versión rendida por Leidy Tatiana Bacca Guzmán, psicóloga forense que practicó pericia a la menor y explicó a la judicatura los hechos que le narró durante la valoración, los hallazgos y las conclusiones a las que arribó, dentro de las que determinó que la niña no presentaba afectación psicológica, ni alteración en la conducta, pero sí presentaba sentimientos de rabia, dolor y vergüenza, además de reticencia a contar los hechos, pero cuya narración fue congruente, coherente y consistente.

También explicó la profesional que, en eventos como el ocurrido a la víctima en este caso, los niños frecuentemente no presentan alteraciones conductuales y es común que acudan a revelar los hechos a personas que no son de confianza para ellos, puesto que previamente recibieron una respuesta negativa de una de estas personas que se suponía que era de su confianza. En juicio, la testigo no manifestó que la niña no hubiese recordado los hechos, como lo asegura la defensa, al contrario, se refirió al relato por ella suministrado, encontrándolo congruente, coherente y consistente.

En síntesis, todos los ataques a la apreciación probatoria de primera instancia se advierten soportados en un ámbito etéreo de especulación y de falacia, conducidos a minimizar los hechos atentatorios contra la integridad sexual de la menor, sin que exista un exiguo soporte para respaldar la hipótesis de una falsa denuncia, partiendo del reproche al tío de la menor, pero sin refutar en mayor medida la declaración de la víctima S.A.C.C., quien alrededor de 9 años después se mantuvo en la narración de los hechos ante la psicóloga forense y 2 años y medio después lo hizo ante el juez singular, incluso, sin haber conversado sobre el tema con nadie, pues así lo dijeron su tío, la madre y la misma víctima; por lo tanto, no es posible asentir con que pudo haber existido una ideación de un tercero para conminarla a ofrecer esas versiones en momentos diferentes.

En virtud del análisis efectuado la sentencia confutada será objeto de confirmación.

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

Delito: Acceso carnal abusivo con menor de catorce años agravado en concurso homogéneo y sucesivo y otro

Resuelve:

Primero. Confirmar íntegramente la providencia objeto de apelación según se expuso en la parte considerativa.

Segundo. Contra la presente decisión procede el recurso extraordinario de Casación.

Notifíquese y cúmplase,

Los Magistrados



Jairo Mauricio Carvajal Beltrán



Juan Carlos Diettes Luna
Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia



Harold Manuel Garzón Peña



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>68307-60-00-142-2006-01281-01 (CI 904)</i>
<i>Asunto</i>	<i>Apelación auto interlocutorio - Ley 906 de 2004</i>
<i>Procedencia</i>	<i>Juzgado 9º Penal del Circuito de Bucaramanga</i>
<i>Procesados</i>	<i>Gloria Consuelo Herrera Aparicio y otra</i>
<i>Delito</i>	<i>Homicidio agravado</i>
<i>Decisión</i>	<i>Confirmar</i>
<i>Fecha de registro</i>	<i>14 de abril de 2023</i>
<i>Fecha de aprobación</i>	<i>19 de abril de 2023</i>
<i>Acta de aprobación No.</i>	<i>360</i>

Bucaramanga (Santander), diecinueve (19) de abril de dos mil veintitrés (2023)

MATERIA DE ESTUDIO

El recurso de apelación interpuesto y sustentado por el defensor de la procesada GLORIA CONSUELO HERRERA APARICIO contra la decisión adoptada en audiencia de acusación celebrada el pasado 27 de julio por el Juez 9º Penal del Circuito de Bucaramanga, consistente en negar la solicitud de nulidad que previamente formuló.

ANTECEDENTES

a) Hechos jurídicamente relevantes.

Fueron atribuidos a las dos procesadas en el curso de la audiencia de acusación, así:

“... el 29 de diciembre de 2006, cuando desaparece la señora MARTHA ELENA FERNÁNDEZ JEREZ, quien fue encontrada el 30 de diciembre de 2006, a las 5:00 de la mañana, por unidades de la policía judicial en el barrio Villampis de Girón, vía que del barrio Meseta Baja conduce a la Hacienda La Meseta, donde fue ultimada por proyectil de arma de fuego y con posterioridad el día 3 de enero de 2007 se ubica el vehículo Renault Clío de placas BVE-667 en el parqueadero denominado “El Bueno”, ubicado en el kilómetro 2, vía Girón, automotor a bordo del cual se desplazaba la obitada el día de su desaparición.

Según el informe pericial de necropsia del 30 de diciembre de 2006, practicada al cuerpo sin vida ... por el médico forense del Instituto Nacional de Medicina Legal, se dictamina como ... causa de muerte, trauma craneoencefálico severo por proyectil de arma de fuego, shock neurogénico, manera muerte violenta, homicidio.



República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público

Distrito Judicial de Bucaramanga (Santander)
Tribunal Superior
Sala Penal

Durante la investigación se logró la individualización de los autores del homicidio como son ALDO RAFAEL AYALA HERNÁNDEZ, quien disparó su arma de fuego en contra de la humanidad de la señora FERNÁNDEZ, de VÍCTOR MANUEL ANGARITA, organizador del crimen, de EDGAR ALFONSO ARAQUE ORTIZ, conductor del vehículo que transportó a todos los implicados el día de los hechos, de CLAUDIA LUCÍA SUÁREZ DUARTE, alias la abogada, la doctora, de GLORIA CONSUELO HERRERA APARICIO, excuñada de la víctima, habiendo sido judicializados estos 3 primeros, a quienes se les impartió sentencia condenatoria por estos hechos, generándose la ruptura de la unidad procesal correspondiente, restando la judicialización de las 2 mujeres en cuya contra se prosiguió la investigación bajo este radicado.

Igualmente se determina que se logró con la participación de VÍCTOR MANUEL ANGARITA, quien de manera voluntaria colaboró para el esclarecimiento de los hechos y los móviles ... del crimen, que obedece al parecer, por problemas suscitados entre la víctima y su excuñada GLORIA HERRERA, por unos bienes que la hoy procesada pretendía fueran puestos a su nombre en virtud de la muerte de su esposo, hermano de MARTHA ELENA, quien para la época los hechos laboraba en el Acueducto Metropolitano de Bucaramanga.

La participación de estas 2 mujeres en el desarrollo del *iter criminis* corresponde a lo siguiente:

GLORIA CONSUELO HERRERA ... APARICIO fue la persona que dio a los autores materiales contratados toda la información de la víctima MARTHA ELENA FERNANDEZ, correspondiente a dirección y teléfonos donde podía ubicarse. Adicionalmente ella era la interesada en la muerte de MARTHA ELENA ... por lo señalado anteriormente y

CLAUDIA LUCÍA SUÁREZ DUARTE, alias “La Mona”, fue la persona que contrató al sicario y todos los participantes para cometer el homicidio y dio la orden de asesinar a la señora MARTHA FERNÁNDEZ.

En complemento a lo anterior, pues se señala que GLORIA CONSUELO HERRERA APARICIO, concuñada de la hoy occisa ... y la acusada CLAUDIA LUCÍA SUÁREZ DUARTE, fueron las que buscaron a los autores materiales, contratando para ello a VÍCTOR MANUEL ANGARITA, conocido como desmovilizado de las autodefensas y llamado “Paraco”, en el barrio Campo Hermoso, donde laboraba como vigilante y este a su vez buscó a ALDO RAFAEL AYALA, alias “El Negro” y EDGAR ALFONSO ARAQUE ORTIZ, alias “Toto”, este último quien los acompañó como taxista toda la tarde y parte de la noche recorriendo la ciudad, ubicando a la víctima para finalmente darle muerte y desaparecer el carro perteneciente a la occisa hacia la madrugada del 30 de diciembre de 2006, carro retirado por el taxista, alias “Toto”, lugar donde iba a ser ultimada MARTHA HELENA FERNÁNDEZ, lugar donde la deja y posteriormente se lleva el vehículo al parqueadero “El Bueno”, vía Girón.

Actividad criminal que inició el 29 de diciembre de 2007, a las 3:00 de la tarde y finalizó el 30 de diciembre de 2007, a las 2:00 de la mañana, cuando es asesinada MARTHA ELENA FERNANDEZ.

Se tuvo conocimiento con la información suministrada por VÍCTOR MANUEL ANGARITA, quien aceptó cargos y ya fue condenado, quien señala que CLAUDIA LUCÍA SUÁREZ DUARTE, la abogada, fue la que le dio la orden de matar a MARTHA HELENA FERNÁNDEZ y VÍCTOR MANUEL ANGARITA le pasó el arma a ALDO RAFAEL AYALA HERNÁNDEZ, alias “El Negro”. Esta persona también participó en la ubicación de la víctima en el parque Las Palmas, donde vieron el carro de la víctima y es cuando ella dice “ahora sí gran hp, va a saber que es bueno” y se pusieron ... contentas las 2 acusadas



al haber ubicado a la víctima en este sector hasta que la ubican posteriormente en el parque Las Palmas y señala que le atraviesan el taxi y posteriormente, pues, intimidan a las personas que van en el vehículo de la víctima, ya que MARTHA HELENA FERNÁNDEZ se encontraba acompañada por un compañero de trabajo y se informa por parte del señor VÍCTOR MANUEL ANGARITA que el carro es conducido, el carro de la víctima es conducido por la abogada, quien es la que finalmente da la orden de ... que maten a la víctima y que el compañero que acompañaba a la víctima y que iba en el otro vehículo, pues posteriormente se lanza al vehículo y logra huir.

Que la razón por la cual se dio la orden de matar a MARTHA HELENA FERNÁNDEZ es por cuanto su excuñada GLORIA CONSUELO HERRERA APARICIO pretendía recuperar un apartamento, una plata que le había enviado su esposo de Estados Unidos.

Igualmente, también se tuvo conocimiento a través de estos informantes que, momentos antes de la muerte de MARTHA HELENA FERNÁNDEZ, se le hizo firmar un traspaso del vehículo en el que ella se movilizaba, siendo el móvil de este asesinato ... enteramente pecuniario.

Así mismo, en cuanto a la situación de indefensión en que se encontraba la víctima, que también hace parte de la causal de agravación por la que se formula acusación, pues, se tuvo en cuenta la necropsia realizada a MARTHA ELENA FERNÁNDEZ, JEREZ de 35 años de edad, donde se establece que esta persona recibió múltiples lesiones en el cráneo por proyectil de arma de fuego y en miembro superior derecho, recibiendo orificio de entrada en la región parietal, occipital izquierda, trayectoria supero inferior y herida en región de órbita derecha, cara medial, plano supero inferior. También presentaba herida en región posterior de antebrazo derecho del hombro, herida por proyectil de arma de fuego cuando pues la víctima no tenía como defenderse.”

b) Actuación procesal.

20 de octubre de 2021: En sendas audiencias preliminares, el Juez 5ª Penal Municipal de Bucaramanga con funciones de control de garantías declaró ajustada al ordenamiento jurídico la captura de GLORIA CONSUELO HERRERA APARICIO, materializada previo mandato judicial, la señora fiscal del caso le formuló imputación como coautora del delito de homicidio agravado, según la descripción típica de los artículos 103 y 104, numerales 4º y 7º del Código Penal, quedando en libertad porque dicha funcionaria se abstuvo de solicitar imposición de medida de aseguramiento.

22 de octubre de 2021: Ante el Juez 4º Penal Municipal de Bucaramanga con funciones de control de garantías, descentralizado en Girón, sucedió lo mismo en relación con CLAUDIA LUCÍA SUÁREZ DUARTE.



18 de noviembre de 2021: La representante del órgano de persecución penal presentó escrito de acusación respecto de ambas imputadas, asunto que correspondió por reparto de ese mismo día al Juzgado 9º Penal del Circuito de Bucaramanga.

20 de enero de 2022: Se inició la audiencia de acusación, manifestando las partes que no tenían causales de incompetencia, impedimento o recusaciones que invocar, ni solicitudes de nulidad que plantear, suspendiéndose la diligencia, ya que el defensor de CLAUDIA LUCÍA manifestó no contar con el escrito presentado, ahora cuando el señor juez informó que debía adelantar otra audiencia con persona privada de la libertad.

20 de abril de 2022: El defensor de GLORIA CONSUELO formuló las siguientes observaciones respecto del escrito de acusación:

- i) No aparecía precisada la “hipótesis delictiva” que se endilgaba a su prohijada. Y,
- ii) Se requería una explicación sobre el soporte fáctico de la circunstancia de agravación punitiva de que trata el numeral 7º del artículo 104 del estatuto de penas, precisándose cuál de los cuatro supuestos de hecho allí relacionados se predicaba en este caso.

Acto seguido, el defensor CLAUDIA LUCÍA manifestó que compartía lo planteado por su homólogo, cuestionando además que la fiscalía no había respondido una petición que se había elevado a efectos de que se pidiera la preclusión del caso por ausencia de intervención de su prohijada en la acción delictiva, ya que la fiscalía dejó una constancia, según la cual, ella no debió ser capturada por cuenta de estas diligencias.



Fue así como la señora fiscal manifestó que desconocía dicha petición y en cuanto a las observaciones del primer profesional del derecho hizo una exposición para evidenciar cómo en el escrito de acusación sí aparecía delimitado lo que echaba de menos, empero, añadió que a efectos de relacionar un situación fáctica más pormenorizada, requería la suspensión de la diligencia con el fin de revisar nuevamente los elementos materiales probatorios con el fin de verificar si había lugar a alguna modificación o complementación.

De esta forma, el director de la audiencia coincidió en señalar que faltaba precisar el supuesto de hecho concreto por el cual se atribuía la circunstancia de agravación punitiva referida. Por ese exclusivo motivo accedió a suspender la diligencia, toda vez que el cuestionamiento efectuado por el defensor de la procesada SUÁREZ DUARTE nada tenía que ver con los requisitos del escrito de acusación.

27 de julio de 2022: Se continuó la audiencia, reiterando la señora fiscal que no aparecía en su carpeta la solicitud referida por el defensor de CLAUDIA LUCÍA y con autorización del señor juez, procedió a formular la acusación con adiciones, relacionando los hechos arriba transcritos, a los cuales le asignó la siguiente calificación jurídica:

“Conforme con lo anterior, entonces se presenta esta acusación en contra de GLORIA CONSUELO .. y CLAUDIA LUCÍA ... como coautoras, a título de dolo, de la conducta de homicidio agravado en perjuicio de MARTHA ELENA FERNÁNDEZ JEREZ del artículo 103, 104, numeral 4o y 7o del Código Penal, que tiene una pena de 480 a 600 meses de prisión con la causal de agravación del numeral 4, esto es, con ánimo de lucro y numeral séptimo, aprovechándose de la situación de indefensión en que se encontraba la víctima.”

Enseguida hizo alusión al material probatorio objeto de descubrimiento y cuando el juez cognoscente preguntó si había alguna solicitud específica en torno al mismo, el defensor de GLORIA CONSUELO pidió se decretara la nulidad “parcial” de lo actuado conforme a lo establecido en el artículo 457 del estatuto penal adjetivo por vulneración de los derechos a la defensa y al debido proceso en aspectos sustanciales, pues, no obstante las observaciones que



planteó, la señora fiscal formuló la acusación, confundiendo los hechos jurídicamente relevantes con hechos indicadores y el contenido de elementos materiales probatorios, de modo que se contrarió lo precisado por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en reiterada jurisprudencia. Al respecto, indicó:

“... se esperaba que la fiscalía hiciera un relato circunstanciado de las circunstancias temporo-espaciales y modales en que ocurrió el hecho que se le endilga a la señora GLORIA CONSUELO HERRERA, pero en lugar de ello, lo que escuchamos fue hacer referencia a elementos materiales probatorios, sustrayéndose la fiscalía por completo de su deber de explicar de una manera clara y sucinta, cuáles son las circunstancias fácticas a partir de las cuales se le endilgan agravantes al comportamiento punible que se le atribuye; en efecto, cuando la señora fiscal procedió a desarrollar la agravante de indefensión, se remitió a la necropsia practicada por el Instituto de Medicina Legal y allí refirió las diferentes heridas y afectaciones que fueron halladas por parte del médico legista en el cuerpo. Sin embargo, aquí no nos explica cuál es la circunstancia concreta que constituye esa agravante, recordando, como se dijo en la sesión anterior, que en esta causal existen cuatro circunstancias distintas que deben ser expuestas por la fiscalía a efectos de indicar en cuál de ellas es que se circunscribe la conducta punible que se le atribuye al ciudadano. No sabemos en este caso al final si la indefensión ... fue generada por la acusada o también fue aprovechada por esta y en consecuencia incurre la fiscalía en ese defecto de hacer referencia en lo que debería ser un hecho jurídicamente relevante, basándolo en un elemento material probatorio, lo cual, como voy a decir enseguida, trae consecuencias gravísimas para el derecho de defensa y la segunda agravante ... en cuanto al motivo de la comisión de la conducta punible, la fiscalía no hizo un relato fáctico, circunstanciado y claro acerca de cuál es el motivo que induce a la conducta punible, ... sino que se remite a un elemento material probatorio y relata lo que en su momento relató alguna de las personas que ha sido señalado como testigo.”

Sobre el particular, adujo que lo anterior impedía diseñar la estrategia defensiva que corresponda de cara al juicio oral, pese a que instrumentos internacionales sobre derechos humanos y jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia apuntan a que se garantice el derecho que tiene toda persona de conocer los hechos por los cuales debe defenderse, incluidos aquellos que estructuran las circunstancias de agravación punitiva que se endilgan, genéricas o específicas, ya que las mismas tienen incidencia en el reproche penal y la determinación de las sanciones aplicables.

Agregó que las pruebas se debaten en el momento procesal oportuno, pero los hechos jurídicamente relevantes deben quedar claramente especificados no solo en el escrito de acusación, sino también en la formulación oral del cargo,



igualmente en la audiencia de imputación, lo que no ocurrió en este caso, de manera que solicitó la invalidación del trámite desde ese mismo acto cabeza del proceso.

La señora fiscal se opuso a dicha petición, destacando cómo la acusación sí quedó debidamente precisada. En similar dirección intervino el defensor de CLAUDIA LUCÍA.

c) Auto apelado.

El juez de primera instancia negó la petición de nulidad, resaltando cómo una medida de esa naturaleza se sujeta a varios principios y si bien el abogado postulante invocó la vulneración de los derechos a la defensa y al debido proceso en aspectos sustanciales, lo cierto es que, contrariando su afirmación inicial, según la cual, el motivo de invalidación había acaecido en esa diligencia, terminó solicitando que la misma se extendiera hasta la audiencia de imputación, siendo esto improcedente porque al comienzo manifestó que no tenía ninguna petición que formular en dicho sentido, precluyendo esa oportunidad.

De otro lado, aunque es cierto que, en su jurisprudencia, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha llamado la atención de la fiscalía para que relacione en debida forma los hechos jurídicamente relevantes, ello necesariamente debe hacerse conforme al contenido del material probatorio, ya que el mismo condiciona el cumplimiento de esa carga procesal, sin que la pueda incursionarse en el terreno de la suposición.

En este caso, prosiguió, la señora fiscal atendió adecuadamente las observaciones del defensor e incluso su requerimiento, describiendo con claridad la situación fáctica por la cual acusa a las procesadas, no solo en función de la conducta básica, sino también respecto de las circunstancias de



agravación punitiva que endilga, siendo claro que él no puede llevar a cabo un control material, ya que formular la acusación es una responsabilidad exclusiva del órgano de persecución penal.

De esta forma, concluyó:

“... este despacho concluye que no hay afectación del derecho a la defensa técnica de la acusada Gloria Consuelo Herrera, que deberá la defensa defenderse conforme a lo planteado por la fiscalía ..., que corresponde precisamente al debate establecer si lo que está señalando como sustrato fáctico ... la fiscalía en este caso, ... va a ser finalmente probado o no en el juicio, y es tanto así que si la fiscalía no prueba una circunstancia de agravación en los términos de cómo acusa, pues no puede ser condenado el acusado en ningún estadio procesal frente a algún delito por esa circunstancia, por un hecho no probado, pero no es la formulación de acusación el momento procesal para entrar a generar un control de esta naturaleza al acto de acusación de la fiscalía. Por ello, se negará la petición que hace el abogado de la acusada Gloria Consuelo Herrera, frente a la ... nulidad invocada en esta audiencia.”

d) Razones de la impugnación.

El defensor de GLORIA CONSUELO HERRERA APARICIO insiste en el decreto de nulidad, exponiendo los siguientes motivos de disenso:

- Aunque que en el estatuto penal adjetivo no hay una norma que establezca la posibilidad que el juez realice un control material sobre la acusación como sí ocurre en otros esquemas procesales, la realidad es que los instrumentos internacionales sobre derechos humanos sí hacen posible un tamizaje de esa naturaleza o de lo contrario la fiscalía tendría un poder absoluto al momento de formular los cargos, sometiéndose al ciudadano a afrontar un juicio oral sin poder estructurar una adecuada defensa, incluso con afectación de sus esferas emocional, económica y temporal ante el señalamiento de haber incurrido en una conducta punible, de modo que un control en tales condiciones sí resulta procedente.

- En cuanto a la circunstancia de agravación punitiva relacionada con el móvil, la fiscalía se limitó a relacionar el contenido de un medio probatorio, es decir,



lo que afirma un testigo de cargo, agregándose que al parecer existe un problema con unos dineros o bienes, pero la realidad es que no se sabe a qué se está haciendo referencia en concreto, lo cual implica que la defensa debe imaginarse o suponer el motivo de agravación.

- Respecto de la otra circunstancia específica de mayor reproche, la situación se torna más caótica, pues, no figura delimitado cuál de los 4 supuestos de hecho es que el que se predica en el caso de su defendida, para lo cual agrega:

“... la fiscalía nunca le ha dicho a la ciudadana GLORIA CONSUELO HERRERA, es que a usted se le acusa y su conducta es más grave porque usted se aprovechó de la indefensión o usted causó la indefensión o usted se aprovechó de la inferioridad o usted contribuyó a crear ese estado de inferioridad, nada de eso se dice. La defensa tendrá que verse avocada y a esto nos conduce la decisión que hoy se recurre, ... a defenderse de un agravante absolutamente genérico porque no sabemos cuáles son los supuestos facticos en que ella se ampara. Tendrá que adivinar la defensa, cuál es el motivo de indefensión e inferioridad que se le deduce a la señora acusada, para ver de qué manera logra estructurar una teoría del caso y ojalá que ... atine para ejercer en debida forma la defensa, no puede permitirse que un llamamiento a juicio se produzca en términos tan amplios, tan indeterminados, que obliguen a la defensa a un ejercicio defensivo absolutamente hipotético ...”

- El ejercicio de la acción penal requiere de control y mal puede brindarse al ciudadano el mensaje, según el cual, puede despreocuparse ante un panorama como el expuesto, bajo el pretexto que, si la fiscalía no prueba, no será objeto de reproche penal, ya que resulta indispensable que pueda defenderse de unos hechos concretos, no de lo que afirma un testigo.

CONSIDERACIONES

a) Competencia.

Conforme a lo establecido en el artículo 34, numeral 1º, del estatuto penal adjetivo, esta Sala es competente para decidir el recurso de apelación interpuesto y sustentado por el titular de la defensa técnica contra la decisión



interlocutoria de primera instancia, ya que fue proferida por un juez penal del circuito perteneciente a este distrito judicial.

b) Problema jurídico a resolver.

¿Hay lugar, o no, a decretar la nulidad de lo actuado, conforme a los reparos del defensor recurrente?

c) Caso concreto.

Según se relacionó previamente, en la primera sesión de audiencia de acusación celebrada el 20 de enero de 2022, el defensor recurrente manifestó que no tenía ninguna solicitud de nulidad que formular, luego le asiste razón al juez de primera instancia, en cuanto sostuvo que así quedó precluida la oportunidad para solicitar la nulidad de lo actuado desde la audiencia de imputación, como en últimas lo postuló.

Analizando un caso de rasgos similares, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia explicó en auto AP3824-2022:

“(…)

42. En el presente asunto, el 28 de febrero de 2022, en desarrollo de la audiencia de acusación, la Sala de Especial de Primera Instancia concedió la oportunidad para que fueran manifestadas, entre otras, eventuales causales de nulidad. Sin embargo, las partes e intervinientes adujeron no observar la existencia de irregularidades que pudieran dar lugar a la anulación del trámite. En consecuencia, el A quo no dio apertura a ningún incidente ni adoptó providencia interlocutoria alguna al respecto.

43. A continuación, el defensor de **O... R... D... V....** advirtió que tenía observaciones al escrito de acusación. Sostuvo que la Fiscalía había atribuido a su representado nuevos hechos y circunstancias jurídicamente relevantes, que no fueron mencionados en la audiencia de formulación de imputación. La Fiscalía refirió que se trataban solamente de precisiones del núcleo fáctico imputado y mantuvo sin modificaciones el escrito de acusación.

44. El defensor se mostró inconforme, insistió en su petición y advirtió que, de no ser atendida por la Sala, postularía la nulidad del trámite. Enseguida, las partes e intervinientes acordaron que la Fiscalía no realizara la verbalización de la acusación,



puesto que ya conocían anticipadamente el contenido del escrito y sus anexos. En consecuencia, se dio por culminada la primera parte de la diligencia, destinada al saneamiento del proceso y se dio comienzo al descubrimiento probatorio. Luego, la Sala de Primera instancia declaró formalmente acusado a **O... R... D... V...** y dio por finalizada la audiencia.

45. La defensa, entonces, pidió la nulidad del escrito acusatorio, conforme lo había anticipado. Reiteró que se presentaron hechos nuevos, en detrimento del principio de congruencia fáctica, lo cual desconocía sus derechos al debido proceso y a la defensa.

46. En las condiciones anteriores, como lo consideró la Sala Especial de Primera Instancia, resulta evidente que la solicitud de nulidad promovida por el defensor resultaba improcedente, debido a su extemporaneidad. No solo ya se había cumplido lo correspondiente a las manifestaciones de causales de impedimento, recusación, incompetencia y nulidad, y se había pasado al descubrimiento probatorio. La Sala de Primera Instancia había ya declarado formalmente acusado a **O... R... D... V...** y dado por terminada la audiencia. De este modo, la oportunidad de la defensa para invocar la nulidad estaba precluida. Su solicitud, pese a los argumentos invocados, no suponía ni tenía la virtualidad de volver atrás el proceso, a una etapa ya superada.”

Ahora bien, a diferencia de lo ocurrido en el proceso objeto de estudio por parte de la alta corporación, en la audiencia de acusación de las señoras GLORIA CONSUELO HERRERA APARICIO y CLAUDIA LUCÍA SUÁREZ DUARTE, el juez cognoscente no alcanzó a declararlas formalmente acusadas mediante orden no susceptible de recursos, conforme lo establece el artículo 343 del estatuto penal adjetivo, en cuanto allí se determina:

“Antes de finalizar la audiencia de formulación de acusación el juez tomará las siguientes decisiones:

1. Incorporará las correcciones a la acusación leída.”

En ese orden de ideas, indebida fue la solicitud de nulidad que formuló el defensor de la procesada HERRERA APARICIO, acorde con el principio de residualidad, según el cual, *“sólo tiene lugar la anulación cuando no existe manera de subsanar el yerro procesal”*, pues, si aún con las adiciones efectuadas por la señora fiscal al momento de formular la acusación, el profesional del derecho consideraba que los hechos jurídicamente relevantes no habían alcanzado la precisión requerida, lo que debió fue formular una nueva observación para que



el señor juez, dentro del ámbito de control exclusivamente formal, concediera el uso de la palabra a la señora fiscal con el fin que, asumiendo una posición reflexiva, acotara más la acusación, pues, lo cierto es que omitió leer los artículos en que sustenta la calificación jurídica de los hechos (103, 104, numerales 4º y 7º, así como cualquier otro del Código Penal), explicando a las procesadas por qué motivo los considera aplicables a ellas dos desde el punto de vista fáctico, total o parcialmente.

De esta forma, si hubiera leído primero los artículos 29 y 103 del estatuto de penas, habría podido ilustrar a ambas la razón por la cual predica que son coautoras del delito de homicidio y en qué modalidad, propia o impropia.

Y, seguidamente, si hubiera leído los numerales 4º y 7º del mismo compendio normativo, habría tenido la oportunidad de concretar:

- Frente al primero, si está predicando que el atentado contra la vida resulta agravado, ya que fue cometido por: a) por precio, b) promesa remuneratoria, c) ánimo de lucro o d) cualquier otro motivo abyecto o fútil. Y,

- Respecto del segundo, si concurre otra circunstancia de mayor reproche por haberse a) colocado a la víctima en situación de indefensión, b) colocado a la víctima en una situación de inferioridad, c) aprovechado una situación de indefensión en que estuviera la víctima o d) aprovechado una situación de inferioridad en que haya estado.

Lo anterior, a pesar de que la funcionaria hubiera hecho referencia inicial a un "ánimo de lucro" y a haberse aprovechado "la situación de indefensión en que se encontraba la víctima", pues, no hubo ilustración al respecto después de que se hizo la presentación general de los hechos.



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

De esta forma, los hechos jurídicamente relevantes deben ser expuestos por la fiscalía con claridad en cuanto a circunstancias de tiempo, lugar y modo, absteniéndose de leer o relacionar el contenido de elementos materiales probatorios, evidencia física o información legalmente obtenida, así como de efectuar una descripción de simples hechos indicadores. Sobre el particular, en la sentencia SP008-2023, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia recordó:

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

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

“1.3. Sobre las circunstancias de los hechos.

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

Por eso, doctrina reiterada y pacífica de la Corte, ha establecido que, si en las audiencias de formulación de imputación y de acusación, el fiscal no define de manera clara, completa y suficiente los hechos jurídicamente relevantes, a tal punto que el indiciado o imputado no haya tenido la posibilidad de conocer por qué hechos se le vincula o está siendo investigado, se vulnera de manera flagrante el debido



proceso, por lo cual el único remedio posible es la nulidad de la actuación. (SP741-2021, Rad. 54658).

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

En ese orden de ideas, una invalidación por esa causa **NO** puede obedecer a cualquier dislate de la fiscalía, por ejemplo, cuando ha leído el contenido de algún medio probatorio, sino cuando la acusación realmente se ofrece “*confusa, ambigua, incomprensible e indeterminada*”, lo que no ha acontecido en este caso, pues, lo único que falta es algo de mayor precisión al momento de leerse los apartados normativos que la señora fiscal considera aplicables en el caso de las procesadas, lo cual, valga reiterar, fue omitido.

Bajo esa perspectiva, como no hay lugar a decretar la nulidad de lo actuado, se impone confirmar el auto apelado y cuando las diligencias regresen, el juez de primer grado deberá reanudar la audiencia de acusación, abriendo espacio para que la señora fiscal o quien haga sus veces precise el cargo, según se mencionó líneas atrás.

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

RESUELVE:

CONFIRMAR la decisión interlocutoria apelada.

Cuando las diligencias regresen, el juez de primer grado deberá reanudar la audiencia de acusación, abriendo espacio para que la señora fiscal o quien haga sus veces precise el cargo, según se mencionó líneas atrás.



República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público

Distrito Judicial de Bucaramanga (Santander)
Tribunal Superior
Sala Penal

Contra esta providencia no procede recurso alguno.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Los magistrados,

HAROLD MANUEL GARZÓN PEÑA

SHIRLE EUGENIA MERCADO LORA

GUILLERMO ÁNGEL RAMÍREZ ESPINOSA



República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público

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>68001-60-00-159-2012-05312-01 (CI 968)</i>
<i>Asunto</i>	<i>Apelación sentencia condenatoria - Ley 906 de 2004</i>
<i>Procedencia</i>	<i>Juzgado 5° Penal del Circuito de Bucaramanga</i>
<i>Procesado</i>	<i>Gonzalo Villamizar Rodríguez</i>
<i>Delito</i>	<i>Homicidio</i>
<i>Decisión</i>	<i>Confirmar</i>
<i>Fecha de registro</i>	<i>11 de abril de 2023</i>
<i>Fecha de aprobación</i>	<i>11 de abril de 2023</i>
<i>Acta de aprobación No.</i>	<i>329</i>

Bucaramanga (Santander), once (11) de abril de dos mil veintitrés (2023)

MATERIA DE ESTUDIO

El recurso de apelación interpuesto y sustentado por la titular de la defensa técnica contra la sentencia proferida el pasado 8 de noviembre, mediante la cual, el Juez 5° Penal del Circuito de esta ciudad condenó a GONZALO VILLAMIZAR RODRÍGUEZ como autor del delito de homicidio.

ANTECEDENTES

a) Hechos jurídicamente relevantes.

Fueron reseñados en la sentencia apelada como sigue:

“De acuerdo con lo que se expuso en el Escrito de Acusación y se logró establecer a lo largo del juicio, se tiene que el día dos (2) de septiembre de dos mil doce (2012) el aquí procesado GONZALO VILLAMIZAR RODRÍGUEZ se encontraba en compañía de otras dos personas, su obrero de nombre ALIRIO N. y el entonces menor de edad ALVARO ALEXANDER MORENO GAUTA, en la tienda del señor ALVARO en la vereda Cuesta Boba, del municipio de Berlín (Santander) ingiriendo cerveza desde la ocho de la mañana (08:00 horas) hasta cuando cerró la tienda, siendo aproximadamente las siete de la noche (19:00 horas) y fueron expulsados de aquel sitio, sin embargo, debido a su estado de embriaguez, decidieron quedarse a las afueras de dicho establecimiento, para consumir media canasta de cerveza que previamente había comprado. Paralelamente, en el municipio de Vetas, se encontraban el hoy occiso EDWIN YAMID RODRIGUEZ MENDEZ con su hermano ALIRIO RODRIGUEZ MENDEZ y el primo de éstos CESAR ALBERTO JAIMES, y al finalizar la tarde viajaron en un camión de su propiedad hacía la vereda El Hatico, también de jurisdicción del municipio de Berlín



(Santander), pero detuvieron su marcha en el mismo lugar inicialmente señalado, Cuesta Boba con el fin de comprar bebidas embriagantes, encontrando que GONZALO VILLAMIZAR RODRÍGUEZ, se encontraba discutiendo y agrediendo al entonces menor de edad ALVARO ALEXANDER MORENO GAUTA, razón por la cual inicialmente interviene ALIRIO RODRIGUEZ MENDEZ reclamándole a GONZALO, desatándose una riña entre los dos, en la cual también intervinieron los acompañantes de cada uno de los rivales, por parte de GONZALO lo hizo su empleado ALIRIO N. y por parte de ALIRIO RODRIGUEZ MENDEZ, lo hicieron su hermano EDWIN y su primo CESAR; en medio de la discusión el aquí acusado GONZALO VILLAMIZAR RODRÍGUEZ sacó un arma de fuego y dispara en varias ocasiones impactando en una mano a su empleado ALIRIO, en una oreja a ALIRIO RODRIGUEZ MENDEZ y en el pecho y una pierna a EDWIN YAMID.

Inmediatamente, CESAR corre a auxiliar a EDWIN mientras ALIRIO RODRIGUEZ MENDEZ, quien había caído aturcido por el disparo, se restablece y ayuda a subirlo al camión para llevarlo al Puesto de Salud San Isidro de Berlín, a donde ingresa sin signos vitales, resaltando que en dicho lugar no había médico y sólo estaba la Auxiliar de Enfermería que estaba en misa y fue llamada para que auxiliara a los tres heridos, encontrando que ya no podía hacer nada por EDWIN quien falleció debido a las lesiones provocadas en el tórax, pues el proyectil lesionó el pulmón izquierdo y el corazón.”

b) Actuación procesal.

El 11 de abril de 2013, en audiencia preliminar celebrada ante el Juzgado 1º Penal Municipal de Bucaramanga con funciones de control de garantías, la fiscalía formuló imputación a GONZALO VILLAMIZAR RODRÍGUEZ, endilgándole el cargo de autor del delito de homicidio agravado al haberse cometido por motivo fútil y poniendo a la víctima en situación de indefensión, así como del reato de fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones, según lo previsto en los artículos 103, 104, numerales 4º y 7º, y 365 del Código Penal, los cuales no aceptó. Además, ese juzgador le impuso medida de aseguramiento de privación de la libertad en establecimiento de reclusión.

Radicado el escrito de acusación, correspondió por reparto del 14 de junio siguiente al Juzgado 5º Penal del Circuito de Bucaramanga, despacho que adelantó la formulación oral respectiva el 9 de diciembre posterior.



La audiencia preparatoria se surtió el 5 de marzo de 2014. En esa misma fecha se instaló el juicio oral, el cual se continuó en sesiones del 7 de mayo de la misma anualidad, 14 de agosto de 2015, 29 de agosto de 2016, 26 de agosto de 2019, 30 de agosto de 2021, 7 y 22 de septiembre de 2022, data en la que se anunció que el sentido del fallo sería condenatorio sólo por el atentado contra la vida sin circunstancias de agravación punitiva y se adelantó el trámite previsto en el artículo 447 del Código de Procedimiento Penal.

El 8 de noviembre posterior se dio lectura a la respectiva sentencia. Contra esa providencia, la defensora el interpuso recurso de apelación que ahora resuelve la Sala.

c) Sentencia de primera instancia.

En primera medida, señaló que, comoquiera que la formulación de imputación se adelantó el 11 de abril de 2013 y que el delito de fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones contempla una pena máxima de 12 años, la acción penal frente a dicho reato prescribió el 11 de abril de 2019, esto es, 6 años después del acto cabeza del proceso.

En segundo lugar, como sustento de la decisión condenatoria, el juez de primera instancia señaló:

- Se estipuló tener por probado que EDWIN YAMID RODRÍGUEZ MÉNDEZ falleció a causa de un shock hipovolémico agudo producido por una lesión de proyectil de arma de fuego que le penetró el pulmón izquierdo y el corazón.



- Las declaraciones rendidas por CÉSAR ALBERTO JAIMES y ALIRIO RODRÍGUEZ MÉNDEZ antes del juicio oral no fueron debidamente incorporadas al plenario por el anterior juzgador, por lo que no pueden ser tenidas en cuenta.
- Se probó que el procesado, la víctima y los acompañantes de ambos se encontraron en el lugar de los hechos. Una vez allí, se enfrascaron en una riña que terminó con la muerte del afectado.
- Las declaraciones de los testigos tienen serios compromisos que les merman credibilidad en algunos de sus apartes, sin que ello implique la imposibilidad de llegar a un convencimiento, más allá de toda duda razonable, sobre la materialidad de la conducta endilgada y la responsabilidad de GONZALO VILLAMIZAR RODRÍGUEZ.
- Los testigos directos de los hechos coinciden en afirmar que, mientras GONZALO se encontraba en Cuesta Boba desde tempranas horas de la mañana ingiriendo alcohol, en compañía de ALIRIO N. y ÁLVARO ALEXANDER MORENO GAUTA, la víctima EDWIN YAMID RODRÍGUEZ MÉNDEZ, su hermano ALIRIO RODRÍGUEZ MÉNDEZ y su primo CÉSAR ALBERTO JAIMES arribaron a ese lugar en un camión proveniente de Vetas. Indicaron los testigos que en ese momento GONZALO agredía a ÁLVARO, menor de edad, quien antes laboraba para los hermanos RODRÍGUEZ MÉNDEZ, lo que indignó a CÉSAR ALBERTO, quien, en compañía de EDWIN YAMID, fue a reclamarle a GONZALO.
- Allí se distancian las versiones de CÉSAR ALBERTO y ÁLVARO ALEXANDER. Mientras el primero dijo que luego del reclamo GONZALO contestó diciendo “¿usted también quiere?” para proceder inmediatamente a disparar sin motivo alguno en contra de EDWIN, el segundo afirmó que,



luego del reclamo, CÉSAR y GONZALO empezaron a pelear, logrando este derribar a aquel, por lo cual EDWIN tuvo que intervenir con el resultado ya conocido. De dichas narraciones, resulta más creíble la segunda, pues, explica de forma lógica la agresión. Así, queda claro que la víctima no se encontraba en estado de indefensión, ni que el homicidio haya estado fútilmente motivado.

- Ahora, la versión de ÁLVARO ALEXANDER, según la cual era ALIRIO N. quien portaba el arma, realizando con ella varios disparos al aire y luego se la pasó a GONZALO, resulta fantásica y carente de soporte, pues, de acuerdo con la enfermera JENNY RAMÍREZ FLÓREZ, además de GONZALO esa noche resultaron heridos ALIRIO en una oreja y ALIRIO N. en una mano, y no tendría sentido que el procesado hubiera lesionado a quien lo estaba ayudando. Además, siendo GONZALO el jefe de ALIRIO N. no es creíble que hubiera accedido a beber cerveza todo el día con un subalterno armado, como sí lo es que el encartado, reconocido comerciante de la zona, portara consigo un arma de fuego.
- Adicionalmente, de las heridas encontradas en la víctima puede inferirse que esta se encontraba cerca de su agresor, en un mismo plano horizontal y que el disparo se realizó de frente, lo que indica la intención de dar muerte, pues el arma se dirigió al tórax, donde se encuentran los órganos más vitales.
- No se configuró una legítima defensa por haber estado precedida la agresión de una riña.

Al momento de dosificar la sanción, partió de la pena prevista para el delito de homicidio, según lo establecido en el artículo 103 del estatuto de penas, esto es, entre 208 y 450 meses de prisión. Acto seguido, estableció los cuartos de punibilidad, ubicándose en el primero, delimitado entre 208 y 268,5 meses, por



no haberse atribuido circunstancias genéricas de agravación punitiva. Una vez allí, se apartó del mínimo *“atendiendo las circunstancias en que se ejecutó el delito, la intensidad del dolo ejecutado, reflejado en la forma como se agredió a la víctima y el contexto en que se produjo la misma, por la intolerancia con la que se actuó en medio de consumo de bebidas embriagantes”*, fijando la sanción definitiva en 240 meses de prisión

Así mismo, impuso al procesado las penas accesorias de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por un lapso igual al de la pena principal. Igualmente, le negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria en atención al monto de la sanción impuesta y la pena mínima fijada en la ley.

d) Razones de la impugnación.

Inconforme con la decisión, la defensora demandó su revocatoria y la consecuente absolución de su prohijado con fundamento en que:

- El relato de ÁLVARO ALEXANDER MORENO GAUTA tiene inconsistencias que generan dudas, pues, a pesar de que se encontraba en estado de embriaguez y de que había poca visibilidad en el lugar, afirmó haber visto a ALIRIO N. realizar dos disparos y pasarle el arma de fuego a GONZALO, quien a su vez disparó contra la víctima.
- No se entiende cómo pudo ver a GONZALO disparándole al afectado, pero no la dirección en la que previamente ALIRIO N. accionó el arma. Además, cómo sabe que este último no hirió a nadie si, según su relato, todo ocurrió en cuestión de segundos.



- Siendo ello así y teniendo en cuenta que ÁLVARO ALEXANDER adujo que ALIRIO N. se fue y no lo volvió a ver, resulta extraño que aquel sujeto hubiera desaparecido de la zona si no era el victimario. Así, surge como hipótesis alternativa la responsabilidad de aquel.
- De acuerdo con ÁLVARO ALEXANDER, GONZALO le disparó a EDWIN YAMID para quitárselo de encima; sin embargo, si ya había derribado a CÉSAR ALBERTO, ¿qué necesidad tenía de acudir a un arma de fuego para repeler a la víctima?
- De hecho, si es cierto que lo hizo para “quitárselo de encima”, ello significaría que el procesado se encontraba en el suelo, contrario a lo afirmado por el juez, según el cual, el ofendido y su victimario se encontraban en el mismo plano horizontal.
- ALIRIO RODRÍGUEZ MÉNDEZ estuvo en el lugar de los hechos, pero no en el preciso punto en el que su hermano fue herido. Según él, cuando llegaron al sitio, se quedó en el camión durmiendo. Por ello, solo pudo decir lo que le refirió su primo. Confirmó además que las condiciones de visibilidad no eran óptimas.
- No es posible que ALIRIO RODRÍGUEZ se haya acercado a su hermano y allí visto a GONZALO con un arma, pues, de acuerdo con ÁLVARO ALEXANDER y CÉSAR ALBERTO, el acusado salió corriendo luego de disparar.
- ALIRIO RODRÍGUEZ dijo además que no conoce, ni vio nunca a ALIRIO N., pero ambos figuran en la historia clínica del centro de salud de Vetas.



- Ese testigo también se encontraba en estado de embriaguez, pues admitió haber tomado entre 6 y 7 cervezas antes de arribar al lugar de los hechos.
- Lo mismo ocurre con CÉSAR ALBERTO, quien también corroboró que la iluminación del lugar era muy deficiente, lo que, sumado a la neblina, dificultaba la visibilidad.
- Dijo además que no vio a GONZALO disparar, solo escuchó “el totazo” y observó a su primo caer.
- No se esclareció cuántas personas se encontraban en el lugar, ni cuántos disparos se realizaron aquella noche.
- Carece de sustento la máxima de la experiencia, según la cual, quien portaba el arma era el acusado y no ALIRIO N., porque aquel era el patrón y este el obrero.
- Las declaraciones anteriores de CÉSAR ALBERTO debieron incorporarse y valorarse como testimonio adjunto, dado el cambio sustancial en su versión de los hechos.
- El propio fallador reconoció que la investigación fue pobre y superficial, al igual que las declaraciones de los testigos presenciales adolecen de serios compromisos que les merman la credibilidad.

e) Intervención de los no recurrentes.

Guardaron silencio.



CONSIDERACIONES

a) Competencia.

De conformidad con lo preceptuado en el numeral 1º del artículo 34 de la Ley 906 de 2004, esta Corporación es competente para conocer el recurso de apelación interpuesto por la defensora contra la sentencia de primera instancia, ya que fue proferida por un juez penal del circuito perteneciente a este distrito judicial.

b) Problema jurídico a resolver.

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

¿Se probó, más allá de toda duda razonable, la responsabilidad GONZALO VILLAMIZAR RODRÍGUEZ en la comisión del delito de homicidio?

c) Caso concreto.

Los criterios de valoración de la prueba testimonial y las contradicciones en que puede incurrir un testigo.

Para apreciar los testimonios, al tenor de lo dispuesto en el artículo 404 de la Ley 906 de 2004, deben tenerse en cuenta los principios técnico científicos sobre la percepción, la memoria y especialmente, lo relativo a la naturaleza del objeto percibido, al estado de sanidad del sentido o sentidos por los cuales se tuvo la percepción, las circunstancias de lugar, tiempo y modo en que se percibió, los procesos de rememoración, el comportamiento del testigo durante el interrogatorio y el contrainterrogatorio, la forma de sus respuestas y su personalidad.



Además, el máximo órgano de la jurisdicción ordinaria ha proporcionado diversos parámetros para que los jueces tengan en cuenta a la hora de valorar la prueba testimonial, como lo son la ausencia de interés para mentir, las condiciones subjetivas, físicas y mentales del declarante para recordar lo percibido, la posibilidad de haber percibido, la coherencia de su discurso, la correspondencia con otros datos objetivos comprobables, la verificación de los asertos con distintos elementos de prueba, la intención en la comparecencia procesal, entre otros, al tiempo que ha descartado la condición moral del atestante como parámetro suficiente para restarle poder de convicción¹.

Finalmente, sobre las contradicciones que pueden presentarse en un testimonio, el máximo órgano de la jurisdicción ordinaria ha clarificado que:

“al analizar un testimonio, lo que destruye su valor y credibilidad es la verdadera contradicción, interna o externa, sobre aspectos esenciales relevantes, cuya depreciación será mayor cuando sea menos explicable la contradicción. En contraste, las contradicciones sobre aspectos accesorios no destruyen la credibilidad del testimonio, aunque sí la aminoran, sin que ello traduzca ruptura de la verosimilitud”.²

Del concepto de duda razonable.

Finalmente, por ser relevante de cara al asunto puesto en consideración de la Sala, conviene señalar que, como es bien sabido, para proferir sentencia condenatoria el juzgador debe alcanzar un grado de conocimiento, más allá de toda *duda razonable*, sobre la materialidad de la conducta y la responsabilidad del procesado. Ahora, para entender aquel concepto aplicado al proceso penal y su conclusión por la vía ordinaria, es importante recordar que en el sistema de enjuiciamiento criminal regulado mediante la Ley 906 de 2004, las partes

¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 30 de enero de 2019 (SP083-2019). Rad. 51.378. MP Dr. José Francisco Acuña Vizcaya.

² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 4 de diciembre de 2019 (SP5204-2019). Rad. 54.814. MP Dr. Jaime Humberto Moreno Acero.



contienen para probar las hipótesis que plantean frente a una situación de carácter aparentemente criminal, esto es, su respectiva teoría del caso.

Así, mientras la fiscalía enfila sus esfuerzos en probar la existencia de una conducta punible y la responsabilidad de procesado, la defensa pugna por acreditar la inocencia del encartado, ya sea mediante la intención de desvirtuar los argumentos del órgano de persecución penal o por intermedio de una hipótesis alternativa que pueda explicar lo ocurrido.

Por consiguiente, la oposición de las teorías explicativas de un mismo suceso genera una tensión que debe ser resuelta por el juzgador mediante el proceso de valoración probatoria, en el que decidirá cuál de las hipótesis sometidas a su consideración se encuentra mejor sustentada en las pruebas debidamente practicadas. Allí, es posible que el fallador encuentre que, tanto la teoría de cargo como la de descargo tienen respaldo probatorio y que ambas explican de manera razonable el evento de connotación aparentemente delictiva, sin que una pueda descartar de manera suficiente a la otra.

A tal situación se le ha denominado duda razonable, concepto sobre el cual, la Corte Suprema de Justicia en providencia del 8 de marzo de 2017, dictada dentro del radicado No. 44.599, con ponencia de la Dra. Patricia Salazar Cuellar, señaló que:

“(…) puede predicarse la existencia de duda razonable cuando durante el debate probatorio se verifica la existencia de una hipótesis, **verdaderamente plausible**, que resulte contraria a la responsabilidad penal del procesado, la atenúe o incida de alguna otra forma que resulte relevante (SP 1467, 12 Oct. 2016, Rad. 37175, entre otras)”. (Destaca la Sala).

Como se ve, lo razonable de la duda radica en su carácter verdaderamente plausible, que necesariamente se encuentra relacionado con que se hayan probado las razones por las cuales se finca la hipótesis alternativa y que estas



puedan explicar de manera suficiente una determinada situación. En palabras del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria:

“... cuando el ente instructor ha presentado, respecto de una situación fáctica en principio por fuera de lo ordinario o compleja, una explicación razonable, que satisfaga aquellos aspectos anormales o intrincados del fenómeno, y esté apoyada en los medios de prueba que obran en el expediente, la duda o ausencia de certeza jurídica **solo procederá cuando la solución alternativa que se brinde logre reunir similar nivel de explicación. Si la hipótesis absolutoria, en cambio, está soportada en proposiciones que no sugieren respuesta alguna al problema, o que requieren de otras para llegar realmente a una solución, se habrá violado el principio de suficiencia, así como la lógica de lo razonable, si el juez con esas bases adopta una decisión favorable a los intereses del procesado**”.³ (Negrillas de la Sala).

La situación concreta del procesado.

Pues bien, como se reseñó, en el caso concreto la recurrente no cuestiona que se haya acreditado la tipicidad objetiva del comportamiento atribuido a su prohijado. Más bien, centra sus esfuerzos argumentativos en que no se probó, en el grado de conocimiento necesario, que GONZALO haya sido quien disparó en contra de EDWIN YAMID causándole la muerte, invocando, también, a título de duda razonable, la posible autoría de un tercer sujeto, identificado como ALIRIO N.

Como principal obstáculo para que el juez lograra un conocimiento, más allá de toda duda razonable, alega que i) los testigos de cargo incurrieron en plurales contradicciones, ii) se encontraban en estado de embriaguez y iii) las condiciones de visibilidad en el lugar no eran adecuadas. Sin embargo, como se verá a continuación, i) aunque sí se presentaron algunas inconsistencias en sus dichos, estas resultaron ser menores o accidentales, ii) pese a que admitieron haber consumido alcohol, nada indica que se encontraran en un estado de ebriedad tal que no les permitiera discernir con claridad lo que

³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 18 de marzo de 2015 (SP3006-2015). Rad. 33.837. MP Dr. Eugenio Fernández Carlier.



ocurría y iii) si bien indicaron que la iluminación del lugar era deficiente y que había algo de neblina, ello no les impidió ver lo sucedido pocos metros a su alrededor.

Con ello, se anticipa desde ya, para la Sala sí se probó en grado de certeza racional que GONZALO VILLAMIZAR RODRÍGUEZ disparó en contra de EDWIN YAMID RODRÍGUEZ MÉNDEZ, provocándole la muerte.

Sobre lo ocurrido, CÉSAR ALBERTO JAIMES, familiar de la víctima, contó que él y sus dos primos EDWIN YAMID y ALIRIO RODRÍGUEZ MÉNDEZ habían estado vendiendo verduras en Vetas (Santander) y cuando llegaron a la vereda Cuestaboba, encontraron a GONZALO VILLAMIZAR RODRÍGUEZ riñendo a los puños con ÁLVARO ALEXANDER MORENO GAUTA, por lo que EDWIN YAMID se les acercó pidiéndoles no pelear, a lo cual GONZALO le contestó “¿usted también?” y sin mediar más palabras, le disparó. Entonces, continuó, él se lanzó contra el procesado y se agredieron, luego de lo cual recogió a su primo para llevarlo al centro de salud de Berlín (Santander).

Explicó que antes de llegar a Cuestaboba se habían tomado aproximadamente 10 cervezas cada uno y que una vez allí ALIRIO se quedó en el carro mientras él y EDWIN YAMID se bajaron a buscar cerveza en la tienda. Que cuando “sintió”, ALIRIO se bajó del camión y se le fue a GONZALO, momento en el que este le disparó también a él, hiriéndolo en una oreja, después de lo cual “no supe más de GONZALO”.

Adujo que en la tienda había varias personas, pero “en el momento que ocurrieron los hechos eso se puso muy oscuro y no podría determinar quiénes estaban ahí” y que los hechos duraron aproximadamente 5 minutos y ocurrieron al lado del referido local comercial. Que GONZALO estaba borracho y que no pudo ver el arma “porque eso fue repentinamente”. Negó haberle quitado el arma a



GONZALO y sobre la visibilidad advirió que había en el lugar un bombillo que no proporcionaba buena iluminación, sumado a que *“estaba muy nublado”*.

Se le confrontó con una entrevista por él rendida en la que afirmó que le quitó el arma de fuego a GONZALO y la arrojó, sin darse cuenta hacia dónde, contradicción sobre la cual respondió que *“no ve que yo no se la alcancé a quitar a él, sí se cayó ahí, pero no la cogí ni nada”*.

ALIRIO RODRÍGUEZ MÉNDEZ, hermano de la víctima, dijo saber que GONZALO vivía en Cuestaboba y que nunca habían tenido problemas con él antes de los hechos que aquí se juzgan, sobre los cuales adujo:

“Pues nosotros no teníamos ninguna rivalidad con el señor Gonzalo ni nada, simplemente íbamos viajando y paramos en esa tienda, este con el fin de comprar unos dulces y eso y en el momento, ellos se bajaron con mi primo del camión, yo me quedé un poquito en el camión, cuando de pronto sentí unos totazos algo, entonces yo me bajé, ya él le había dado a mi hermano y yo me bajé por el lado del camión y cuando llegué atrás él me golpeó a mí, en ese momento, pues como el golpe mío fue en la cabeza, casi prácticamente perdí el conocimiento, ya ahí mi primo me decía que le ayudara, que le ayudara porque habían herido a Edwin, que le ayudara, que le ayudara a subirlo, entonces yo como pude me levanté y me fui hacia donde ellos estaban a ayudarlo a subir a Edwin y a mí al carro. Eso fue lo que más recuerdo yo”

Confirmó que *“en esa zona no hay alumbrado público, por ahí un bombillo en la casa y no más, no hay alumbrado público”*. También, que ya estaba oscuro.

Así mismo, que entre la tienda y el lugar donde se dieron los disparos hay aproximadamente 20 metros y que, como se quedó en el camión mientras su hermano y su primo compraban *“unos dulces”*, no supo qué sucedió. Que cuando se bajó del camión, luego de escuchar el disparo, se encontró con GONZALO, quien le dijo *“¿usted también quiere?”*, al tiempo que lo tomaba por



el cuello y le apuntaba con un arma, para después dispararle en la oreja, tras lo cual perdió el conocimiento, recuperándolo instantes posteriores, cuando su primo CÉSAR ALBERTO le pedía ayuda para levantar a EDWIN YAMID.

Adveró que antes de los hechos habían ingerido entre 6 y 7 cervezas cada uno y que no pudo ver el momento en el que hirieron a su hermano. Afirmó también que en el lugar había *“más muchachos”*, cuyos nombres desconocía, pero *“no creo que esas personas intervinieran”*. Contó así mismo que, para ese momento, *“la nube ya estaba bajando”*.

Se le puso de presente una entrevista por él rendida el día siguiente, en la que dijo: *“yo me bajé por el lado derecho, cuando iba hacia la tienda yo sentí unos disparos, como 2 o 3, como yo iba dando la vuelta por el lado del camión, yo alcancé a mirar al señor Gonzalo Villamizar que tenía un arma en la mano, creo que era un revolver y ahí fue cuando de un momento a otro sentí un impacto en la cabeza, caí al piso aturdido”*, divergencia que explicó indicando que ese día *“estaba grave”, “muy enfermo”, “crítico”* y *“por eso pues quedó así”*.

Fue enfático en señalar que *“el único que tenía arma de fuego en ese momento era el señor GONZALO”* y que esta correspondía a un revolver blanco.

ÁLVARO ALEXANDER MORENO relató que el día de los hechos se encontraba tomando cerveza desde la mañana con ALIRIO N., un empleado del enjuiciado, en la tienda de don ALONSO, ubicada en Cuestaboba, a donde llegó GONZALO sobre las 4 p.m., local del cual los sacaron sobre las 7:30 porque estaban cerrando. Entonces, afirmó, el señor GONZALO, quien ya estaba bastante tomado, comenzó a discutir con él, reclamándole que pelearan mientras le lanzaba puños, a lo que él le respondía que no, mientras se *“echaba”* hacia atrás.



En ese momento, continuó, llegaron CÉSAR ALBERTO y EDWIN YAMID, quienes le pidieron a GONZALO que no le pegara. Entonces *“se agarró con CÉSAR y con EDWIN y ya fue ahí donde, que yo recuerde, el señor ALIRIO se puso así a disparar y le pasó el arma de fuego a GONZALO”*. Insistió en que él vio que ALIRIO era quien tenía primero el arma de fuego, que se la pasó a GONZALO y fue este quien le disparó a EDWIN YAMID. También, que el acusado se tornaba bastante agresivo cuando tomaba alcohol.

Adujo que ALIRIO disparó *“yo creo que al aire porque a nadie le pegó”* y adveró que estaba oscuro, pero se podía reconocer a las personas y se podía ver la ruana blanca.

Hasta aquí, como se ve, los relatos de los dos testigos directos del homicidio son coincidentes en los aspectos esenciales, como lo son el que CÉSAR ALBERTO y EDWIN YAMID se acercaron a GONZALO para reclamarle por estar golpeando a ÁLVARO ALEXANDER, que el procesado reaccionó violentamente transándose en una riña con los dos primeros y que, en medio del combate, accionó un arma de fuego en contra de EDWIN YAMID, hiriéndolo en dos oportunidades y provocándole la muerte.

Al claro señalamiento se suma lo dicho por ALIRIO, hermano de la víctima, quien no pudo ver el momento en que su familiar fue herido, pero sí se encontró con GONZALO a pocos metros del lugar quien portaba un arma de fuego y lo hirió disparándole en una oreja.

Ahora, como se mencionó, a pesar de que admitieron haber ingerido cerveza antes de los hechos, lo cierto es que nada indica en el plenario que sus sentidos hayan estado afectados al punto de impedirles percibir lo que ocurría a su alrededor, especialmente porque se trata de hechos relativamente simples, que ocurrieron en un corto periodo y a pocos metros de distancia, involucrando a



una persona que les era familiar, como lo era el procesado.

Sobre el particular, necesario es destacar que, para mermar el mérito de convicción de un testimonio, no basta con afirmar en abstracto que el deponente había consumido bebidas alcohólicas. Más bien, se requiere puntualizar cómo se advierte que dicha ingesta afectó sus sentidos en el caso concreto, dadas sus particulares circunstancias. Con ello en mente, en el caso bajo estudio, se insiste, nada se aclaró al respecto, sin que se cuente con elementos de juicio que permitan concluir que era tal el estado de embriaguez de los testigos que no pudieron percibir correctamente los sucesos que los rodeaban. De hecho, al efecto debe considerarse que ese consumo de cerveza se llevó a cabo durante varias horas, lo que implica una probable disminución de los efectos del alcohol.

A ello súmese, como se indicó, que los hechos fueron relativamente simples y ocurrieron a pocos metros de ÓSCAR ALBERTO y ÁLVARO ALEXANDER, lo que facilita el proceso de rememoración, al menos en lo que atañe a los elementos nucleares del evento, como ocurre en el caso bajo examen en el que, se advirtió, en los aspectos esenciales como lo son el inicio de la confrontación, la actitud pendenciera del encartado y el responsable de los disparos que causaron la muerte de EDWIN YAMID, las declaraciones de los testigos directos son plenamente coincidentes.

Frente a tales datos, además, poca fuerza de convicción resta la alegada mala visibilidad, pues si bien fue reconocida por todos los testigos de cargo, ninguno adujo que fuera completamente imposible identificar a los presentes y por el contrario, todos tenían claro que era GONZALO, habitante de la región a quien conocían con antelación, fue la persona que estaba provocando la riña, disparó en contra de la víctima y luego contra ALIRIO, su hermano, con independencia de que no hubieran podido describir el arma de fuego que aquel utilizó.



Añádase a ello que en los hechos no participó un número elevado de personas, ni se vieron envueltos terceros desconocidos que pudieran suscitar dudas sobre la identidad de los involucrados y el responsable.

Tan posible era ver al procesado y sus actos que el propio BALBINO BARRIOS LAGUADO, testigo de descargo que transitaba por el lugar en ese momento, dijo haber percibido al procesado *“en medio de la luz, donde estaban peleando”*, única persona a la que pudo identificar porque no conocía a los demás, lo que deja claro que la visibilidad no era tan escasa al punto de impedir el discernimiento de lo que sucedía.

De la mano de lo anterior, la sinceridad con la que rindieron testimonio tales deponentes sobre la ingesta de bebidas embriagantes y la falta de iluminación artificial, antes que afectar su credibilidad contribuye a darles mérito suasorio, pues evidencia su interés en contar los hechos como los recuerdan y no en fabricar un relato acomodado para perjudicar al encartado en contra de quien, dicho sea de paso, no se demostró que tuvieran animadversión alguna, como tampoco que pudieran obtener algún provecho de su condena.

Así, no puede obviar la Sala que fueron tres las personas que observaron al procesado portando la única arma de fuego que fue vista en el lugar, dos (CÉSAR ALBERTO y ÁLVARO ALEXANDER) en el mismo momento en que este disparó contra la víctima y uno (ALIRIO) instantes posteriores, siendo este último herido por un disparo que impactó en su oreja izquierda, lesión cuya materialidad y semejanza con una herida provocada por arma de fuego fue corroborada por la enfermera JENNY RAMÍREZ FLÓREZ.

Nótese además que el dicho de ÁLVARO ALEXANDER se corrobora con el dictamen rendido por GUILLERMO SUÁREZ GÓMEZ, experto en balística que analizó el pantalón de la víctima y quien concluyó, al no encontrar residuos



de pólvora en la prenda, que el disparo tuvo que haberse dado a más de un metro y medio de distancia, lo que coincide con lo dicho por el primero, quien señaló que GONZALO disparó contra EDWIN YAMID aproximadamente a 4 metros, luego de que *“se hizo para atrás”*.

Ahora bien, en lo que respecta a la duda razonable que la impugnante finca en la presencia de un tercer sujeto conocido con ALIRIO N., quien según ÁLVARO ALEXANDER disparó y luego le entregó el arma de fuego a GONZALO, encuentra la Sala que, aunque según ese deponente, ello ocurrió de esa manera, el hombre debió disparar al aire *“porque a nadie le pegó”*, en tanto que vio caer a EDWIN YAMID justo después de que el procesado accionara el arma de fuego, lo que descarta que haya sido ALIRIO N. el causante de las heridas que resultaron en su muerte.

En ese estado de cosas, al no encontrar razón en los argumentos de la recurrente, la Sala confirmará el fallo apelado en todo o que fue objeto de concreta impugnación.

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

RESUELVE

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

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



República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público

Distrito Judicial de Bucaramanga (Santander)
Tribunal Superior
Sala Penal

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Los magistrados,

HAROLD MANUEL GARZÓN PEÑA

SHIRLE EUGENIA MERCADO LORA

GUILLERMO ÁNGEL RAMÍREZ ESPINOSA



República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público

Distrito Judicial de Bucaramanga (Santander)
Tribunal Superior
Sala Penal

Magistrada ponente: Paola Raquel Álvarez Medina.
Radicado: 68001-6008-828-2020-01205-01 (21-573A)
Procesado: Wilson Javier González.
Delito: Violencia intrafamiliar agravada.
Decisión: Confirma sentencia.

APROBADO ACTA No. 435

Bucaramanga, ocho (8) de mayo de dos mil veintitrés (2023)

ASUNTO

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la defensa de **Wilson Javier González**, contra la sentencia del 6 de agosto de 2021, mediante la cual, el Juzgado Cuarto Penal Municipal de Bucaramanga con función de conocimiento lo condenó a la pena de 36 meses de prisión al hallarlo responsable penalmente del delito de violencia intrafamiliar agravada.

HECHOS

Según el escrito de acusación, el 10 de marzo de 2012 Wilson Javier González y Mónica Jazmín Durán Cruz se unieron mediante el matrimonio, conviviendo hasta el 5 de enero de 2020, lapso en el cual procrearon a las menores de edad M.A. y M.J. González Durán. El 29 de febrero de 2020 Wilson Javier fue a la vivienda de Mónica Jazmín, ubicada en la calle 1ª N° 23-13 del barrio San Cristóbal Norte de Bucaramanga, donde ingresó a escondidas mientras ella se bañaba, se escondió en una habitación y luego salió a amenazarla; tal episodio se repitió el 1º de marzo siguiente, donde la insultó y de manera abusiva la despojó de \$500.000 pesos; luego, el 2 de marzo de ese año, sobre las 9:20 p.m., el encartado sacó de la casa a su hija M.A. González Durán, amenazando a Durán Cruz con llevársela de la ciudad, al momento se la entregó pero la golpeó, propinándole también amenazas de muerte y tortura vía telefónica.



El 1° de mayo de 2020 Wilson Javier también agredió verbalmente a Mónica Jazmín, el 11 de mayo siguiente hizo lo mismo, pero intervino su padre, quien llamó a la Policía Nacional. Los días 12, 13 y 14 de mayo el procesado lanzó piedras en la casa de Durán Cruz, hiriéndola en un brazo y le dio un puño cuando ella barría la reja de la vivienda. El 13 de mayo aludido, sobre el medio día, Wilson Javier le propinó insultos a la víctima, quien estaba en la verja almorzando con su progenitor y en horas de la noche la asechaba diciéndole que le iba a pegar y que no descansaría hasta verla muerta, por lo que ella decidió llamar a la Policía Nacional, donde le impusieron un comparendo; finalmente, el 31 de octubre y 1° de noviembre de esa anualidad el procesado arribó a la casa de Durán Cruz y le lanzó improperios y amenazas.

ACTUACIÓN PROCESAL

1. El 23 de noviembre de 2020, la agencia fiscal corrió traslado a Wilson Javier González, junto a su defensor, del escrito de acusación del procedimiento abreviado, por el delito de violencia intrafamiliar (art. 229 inc. 2° del C.P.) en perjuicio de Mónica Jazmín Durán Cruz, quien señaló no aceptar los cargos, escrito que el 4 de diciembre siguiente correspondió por reparto al Juzgado Cuarto Penal Municipal de Bucaramanga con función de conocimiento, autoridad que el 1° de julio de 2021 celebró la audiencia concentrada, oportunidad en la cual se varió el curso de la misma ante la intención del acusado de allanarse a los cargos, la cual fue aprobada por el despacho por haber sido libre, consiente, voluntaria y debidamente asesorada.

Seguidamente, se corrió el traslado del artículo 447 del C.P.P., lo cual realizó la fiscalía.

En la audiencia del 6 de agosto de 2021, se continuó con el aludido traslado, respecto de la defensa y, pese a que el artículo 545 del C.P.P. prevé que la



sentencia debe trasladarse a las partes e intervinientes por escrito, debido a la pandemia que existía en ese entonces, la remitió por correo electrónico de manera inmediata.

2. Mediante sentencia del 6 de agosto de 2021 se profirió sentencia condenatoria en contra de Wilson Javier González por el delito de violencia intrafamiliar agravada, determinación que apeló su apoderado judicial, quien procedió a sustentar la alzada dentro del término legal.

3. El 1° de septiembre de 2021 las diligencias ingresaron por reparto a esta magistratura, para lo de su cargo.

SENTENCIA IMPUGNADA

El juez de primera instancia estimó¹ acreditada la ocurrencia del reato acusado y la responsabilidad penal de Wilson Javier González, con fundamento en la aceptación de cargos que respondió a una manifestación consciente, libre y voluntaria, estando debidamente asesorado por su defensor, así como con los elementos materiales de prueba expuestos, por lo que dictó sentencia condenatoria en su contra.

En consecuencia, el *a quo* condenó al prenombrado a la pena de 36 meses de prisión; además, le impuso la sanción accesoria de inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso de la pena privativa de la libertad y le denegó el acceso a los subrogados penales, así como la prisión domiciliaria prevista en el artículo 1° de la Ley 750 de 2002.

En cuanto a este último aspecto que fue objeto de disenso por parte de la defensa, consideró que, si bien el sentenciado es padre de unos menores de edad, lo cierto es que no se hace acreedor de la gracia implorada, comoquiera que no acreditó que dependan exclusivamente de él, pues sus madres, atendiendo al principio de solidaridad y corresponsabilidad, deben procurar el cuidado y subsistencia de sus descendientes.

¹ Pág. 22 en adelante. Expediente digital.



RECURSO DE APELACIÓN

La defensa de Wilson Javier González² solicita que se revoque parcialmente la sentencia aludida para lograr que su prohijado tenga acceso a los sustitutos de la suspensión condicional de la ejecución de la pena o la prisión domiciliaria, mediante la imposición de una pena menos invasiva para garantizar los fines del legislador. Critica que el delito enrostrado se hubiera tipificado con el agravante que incrementa la penalidad, pues representa una situación desventajosa, toda vez que no puede pasarse por alto que los hechos se presentaron durante la época que cursó la emergencia sanitaria ocasionada por el COVID-19, donde se elevaron los casos de esa índole por estar limitada la movilidad, quedando encerrados los miembros de la familia en espacios pequeños, a lo que le atribuye el agravante en el actuar de su defendido, más no por tratarse de una mujer, máxime que para eximir a este último aspecto los sujetos del ilícito tendrían que ser del sexo masculino.

De otro lado, en cuanto a la negativa de la prisión domiciliaria por padre cabeza de familia, aduce que en realidad Wilson Javier es quien tiene a su cargo “... *la provisión económica, ciertos cuidados y responsabilidades (...)* pues es el quien cada mañana sale a trabajar honesta y madrugadoramente como vendedor de frutas y verduras en los alrededores(sic) de la plaza de abarrotes del barrio San Francisco en la ciudad capital de Bucaramanga, ...”.

Aduce que hasta hace pocos meses su prohijado tenía un hogar conformado junto a Mónica Jazmín Durán Cruz, lo que no significa su fracaso como padres, teniendo el encartado la responsabilidad mayor con sus hijas fruto de esa relación, a través de su trabajo, como también ocurre con su descendiente M.Y. de 16 años de edad, quien requiere recursos económicos para estudiar una carrera universitaria.

² Pág. 16 en adelante. Expediente digital.



NO RECURRENTES.

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

CONSIDERACIONES DE LA SALA

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

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

Entonces, para que el sentenciado tenga derecho a la prisión domiciliaria se requiere (a) que sea madre o padre cabeza de familia, (b) que su desempeño personal, laboral, familiar o social permita colegir que no colocará en peligro a la comunidad o a las personas a su cargo; (c) que la sentencia no se haya impuesto por delitos de genocidio, homicidio, delitos contra el Derecho Internacional Humanitario, extorsión, secuestro o desaparición forzada; (d) que no registre antecedentes penales, salvo por delitos políticos o culposos³.

Ahora bien, para determinar si una mujer o un hombre tiene la calidad de madre o padre cabeza de familia, el artículo 2° de la Ley 82 de 1993,

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



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

Definición sobre la que la Corte Constitucional precisó:

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

De otra parte, el Alto Tribunal Constitucional ha sido claro en que la aplicación de la sustitución de la pena de prisión intramural por la prisión domiciliaria cuando se es madre o padre cabeza de familia no es un derecho de los implicados, pues tiene como fin la protección del menor que puede encontrarse en inminente riesgo⁵.

2. Del confuso escrito mediante el cual sustentó el recurso de apelación, en primer lugar, la defensa pretende por esta vía que se reduzca la pena impuesta a Wilson Javier González, criticando las razones por las cuales se tipificó el agravante del delito de violencia intrafamiliar, pues considera que, contrario a que la conducta recaiga en una mujer, se vio motivada por las limitaciones en la movilidad generadas por la emergencia sanitaria del COVID-19 que en esa época cursaba y refiere que, la única forma de que tal

⁴ Sentencia SU – 388 de 2005.

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



ilicitud no sea agravada sería en el caso que la pareja sentimental esté conformada por dos hombres.

Lo anterior, amén de resultar paradójico, en realidad propone una discusión al legislador sobre las circunstancias previstas para agravar el delito de violencia intrafamiliar, descritas en el inciso 2° del artículo 229 del C.P., lo cual no corresponde a este escenario, máxime que Wilson Javier aceptó los cargos, tal cual fueron acusados por la fiscalía, estando debidamente asesorado por el mismo recurrente, de forma libre, consiente y voluntaria, por lo que resulta un despropósito que, luego de haberse allanado a los cargos aludidos, pretenda vagamente controvertirlos mediante una crítica a la norma referida y peor aún, intentando excusarla por cuenta de la pandemia generada por el COVID-19.

2.1. De otro lado, conforme a los registros civiles de nacimiento⁶ allegados por la defensa en el traslado del artículo 447 del C.P.P., se demostró que efectivamente el procesado González es padre de M.J. González Durán de 10 años de edad y, M.A. González Durán de 8 años de edad, pero además que registra como su progenitora la señora Mónica Jazmín Duran Cruz, víctima dentro de las diligencias, de quien se desprende con claridad que es la persona que ejerce la custodia y protección de las aludidas menores de edad, como se advierte en los hechos jurídicamente relevantes, pues incluso en uno de los eventos descritos -2 de marzo de 2020- Wilson Javier le arrebató por un instante a una de sus hijas de la vivienda de la denunciante, para amenazarla con llevársela de la ciudad, aspectos que además son indicativos del precario rol ejercido como padre, como para que pueda catalogarse, así como así, la cabeza del hogar, máxime que los episodios de violencia intrafamiliar también fueron presenciados por sus pequeñas hijas.

Aunado a ello, como fue descrito por el a quo, no se logró demostrar que el acusado sea la persona que ejerce el cuidado y protección de las prenombradas niñas, como para considerar que quedarán en total abandono con su privación de la libertad de forma intramural, pues amén

⁶ Pág. 34 en adelante. Expediente digital.



que ellas viven con su progenitora, no se alegó que esta se encuentra incapacitada física o mentalmente para ejercer ese rol, previsto también en el artículo 411 del Código Civil, sin que con ello tampoco se descarte la existencia de la familia extensa, quienes podrían asistirles mientras este purga la pena, en virtud del principio de solidaridad⁷, todo lo cual descarta su condición de padre cabeza de familia.

Aunado a ello, su rol de padre cabeza de familia frente al beneficio depregrado, se descarta con relación a su otra hija Mellanie Yireth González Gelvez, pues amén que actualmente tiene 18 años edad, porque nació el 2 de noviembre de 2004, tampoco acreditó que, como lo impone el artículo 1° de la Ley 750 de 2002, esta padezca de una incapacidad mental permanente.

“Artículo 1°. 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.

La presente ley no se aplicará a las autoras o partícipes de los delitos de genocidio, homicidio, delitos contra las cosas o personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario, extorsión, secuestro o desaparición forzada o quienes registren antecedentes penales, salvo por delitos culposos o delitos políticos. (...).”

En conclusión, como no hay lugar a modificar la tipificación de la conducta punible enrostrada, ni a otorgar la prisión domiciliaria a su favor, se confirmará la sentencia impugnada.

⁷ Al respecto, la Corte Constitucional en sentencia T – 215 del 2018, ha señalado, en relación con el principio de solidaridad familiar que: “Así mismo, esta Corporación ha definido el principio de solidaridad como “un deber, impuesto a toda persona por el sólo hecho de su pertenencia al conglomerado social, consistente en la vinculación del propio esfuerzo y actividad en beneficio o apoyo de otros asociados o en interés colectivo.

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



Apelación sentencia abreviada - Rad: 68001-6008-828-2020-01205-01 (21-573A)
Procesado: Wilson Javier González.
Decisión: Confirma sentencia del 6 de agosto de 2021.

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

RESUELVE:

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

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

CÚMPLASE

Los Magistrados,

PAOLA RAQUEL ÁLVAREZ MEDINA

JAIRO MAURICIO CARVAJAL BELTRÁN

JUAN CARLOS DIETTES LUNA



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

PROYECTO REGISTRADO A TRAVÉS DEL EXCEL INSTITUCIONAL DE LA SECRETARÍA DE ESTA SALA ESPECIALIZADA EL **2 DE MAYO DE 2023**.

El expediente obra en un cuaderno digital de OneDrive



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE
BUCARAMANGA

SALA DE DECISIÓN PENAL

Magistrada ponente: SUSANA QUIROZ HERNÁNDEZ

Radicación	685476000147201700732 NI. 23-275 A (163.23)
Procedencia	Juzgado 1 Penal del Circuito con funciones de Conocimiento de Bucaramanga.
Acusado	Dagoberto Herrera Herrera
Delito	Uso de documento falso
Apelación	Sentencia condenatoria
Decisión	Decreta preclusión por prescripción
Aprobación	Acta nro. 449
Fecha	10 de mayo de 2023

I. OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

Entraría la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la defensa, contra la sentencia proferida el 21 de marzo de 2023, mediante la cual el Juzgado 1 Penal del Circuito de Bucaramanga declaró penalmente responsable a DAGOBERTO HERRERA HERRERA, por la conducta punible de uso de documento falso, si no fuera porque se advierte que la acción penal prescribió.

1

II. HECHOS JURÍDICAMENTE RELEVANTES

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

“El 6 de abril de 2017 aproximadamente a las 7:00 horas, dentro de labores de patrullaje realizadas sobre el kilómetro 81 + 600 metros vía San Gil - Bucaramanga sector san Carlos del municipio de Piedecuesta Santander, por parte de agentes policiales, fue requerido DAGOBERTO HERRERA HERRERA mientras se movilizaba en un vehículo particular, para que exhibiera sus documentos de identificación y los del vehículo que conducía, presentando la licencia de conducción, número 11310338, categoría B1 y C1 a su nombre; la cual al ser verificada reflejaba inconsistencias en su formato. En estudio realizado al documento incautado -licencia de conducción-, se concluyó que este documento no reúne las características documentológicas y de seguridad”.

III. ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

3.1. El 07 de abril de 2017, ante el Juzgado Cuarto Promiscuo Municipal con función de control de Garantías de Piedecuesta, la Fiscalía General de la Nación formuló imputación en contra de Dagoberto Herrera Herrera como presunto autor del punible de uso de documento falso -art. 291 del Código Penal-, cargos que no fueron aceptados por el procesado.

3.2 Radicado el escrito de acusación, la competencia correspondió al Juzgado 1 Penal del Circuito con función de conocimiento de esta ciudad, el que realizó diligencia de acusación el 24 de marzo de 2022, mientras que la preparatoria la adelantó el 31 de mayo siguiente.

3.3. El juicio oral se llevó a cabo en diferentes sesiones, el 14 de diciembre de 2022, 07 de marzo y 21 de marzo de 2023, sesión última en la que se emitió el sentido del fallo condenatorio, se corrió el traslado de que trata el artículo 447 y se dio lectura a la correspondiente sentencia, determinación contra la cual se interpuso recurso de apelación por la defensa.

3.4 Las diligencias fueron remitidas a este Tribunal el pasado 25 de abril, y asignadas por reparto a este Despacho hasta el 03 de mayo, informándose en el correo de remisión, advertencia del Secretario del Juzgado de primera instancia, respecto de la ocurrencia del fenómeno de prescripción.

IV. CONSIDERACIONES DE LA SALA

4.1. Sobre la competencia

De conformidad con lo dispuesto en el numeral 1° del artículo 34 de la Ley 906 de 2004, este Tribunal es competente para conocer del recurso de apelación interpuesto por defensa técnica, contra el

fallo condenatorio del 21 de marzo hogaño, proferido por el Juzgado 1 Penal del Circuito de Bucaramanga.

4.2. Sobre la prescripción de la acción penal.

El artículo 83 de la Ley 599 de 2000 -Código Penal- dispone que la acción penal prescribe “*en un tiempo igual al máximo de la pena fijada en la ley, si fuere privativa de la libertad*”, sin que en ningún caso pueda ser inferior a 5 años, ni exceder de 20 años.

El anterior precepto normativo debe articularse con el artículo 86 *ibidem*, modificado por el artículo 6° de la Ley 890 de 2004, en concordancia con los artículos 292 y 536 parágrafo primero -introducido por el artículo 13 de la Ley 1826 de 2017- de la Ley 906 de 2004¹, según los cuales la acción penal se interrumpe con el traslado del escrito de acusación o la formulación de imputación y a partir de este momento, el término de prescripción empezará a contabilizarse por un término igual a la mitad del señalado en el citado artículo 83 del Código Penal que en todo caso no podrá ser inferior a tres (3) años ni superior a diez (10).

3

Igualmente, es preciso señalar que la prescripción de la acción penal implica la estructuración de la causal objetiva de que trata el numeral 1° del artículo 332 de la Ley 906 de 2004, y que cualquier decisión posterior relacionada con la responsabilidad penal de los procesados, inclusive de carácter absolutorio, es violatoria del debido proceso, ante la pérdida de potestad del Estado para su juzgamiento.

Al respecto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en decisión SP5050-2018, reafirmada en sentencia SP230 del 09 de febrero de 2022, radicado 57857 ha estimado que:

¹ La prescripción de la acción penal se interrumpe con la formulación de la imputación. Producida la interrupción del término prescriptivo, éste comenzará a correr de nuevo por un término igual a la mitad del señalado en el artículo 83 del Código penal. En este evento no podrá ser inferior a tres (3) años.

“(…) ni siquiera la presunción de inocencia como garantía fundamental podría invocarse para justificar que debe emitirse la providencia liberatoria de responsabilidad (por ejemplo, por preclusión de la instrucción, cesación de procedimiento o **aún sentencia absolutoria**), por cuanto para proferirla se exige como requisito sine qua non que el Estado, a través del respectivo funcionario, detente la capacidad para adelantar una actuación penal, la cual desaparece ipso iure por virtud de extinguirse la acción penal, entendida ésta como el derecho-deber del Estado de investigar, juzgar o sancionar a una persona a quien se le imputa la comisión de una conducta definida como punible... “.

(…) “Debe decirse que la anterior regla, esto es, aquella según la cual producida la prescripción debe procederse a su declaratoria, sólo tiene dos excepciones. La primera, cuando la sentencia de segundo grado es de carácter absolutorio, pues en ese caso un tal pronunciamiento se prefiere sobre el de la prescripción, como lo viene sosteniendo la Corte desde la sentencia del 16 de mayo de 2007 dictada dentro del radicación 24374...”

La segunda excepción se presenta cuando el procesado, en ejercicio del derecho consagrado en el artículo 85 del Código Penal, renuncia a la prescripción. En ese caso, empero, el aludido deberá atenerse a la decisión de la justicia, de manera que el fallo podrá ser absolutorio o condenatorio.”

4.3. Caso en concreto.

4

En atención a las anteriores premisas normativas y jurisprudenciales, en el evento *in examine* se tiene que la Fiscalía acusó al procesado la comisión, a título de autor, del delito uso de documento falso, tipificado en el inciso 1 del artículo 249 del Código Penal, de la siguiente manera:

ARTÍCULO 291. USO DE DOCUMENTO FALSO. <Artículo modificado por el artículo 54 de la Ley 1142 de 2007. El nuevo texto es el siguiente:> El que sin haber concurrido a la falsificación hiciere uso de documento público falso que pueda servir de prueba, incurrirá en prisión de cuatro (4) a doce (12) años.

Si la conducta recae sobre documentos relacionados con medios motorizados, el mínimo de la pena se incrementará en la mitad.

Así las cosas, teniendo en cuenta que el delito cometido consagra en definitiva una pena máxima de 12 años de prisión y en atención a que la formulación de imputación se realizó el 07 de abril de 2017, en virtud a lo establecido en el artículo 292 de la Ley 906 de 2004, la

acción penal respecto al delito endilgado, prescribió el 07 de abril del presente año; es decir, 6 años después de haberse formulado imputación.

En ese sentido, el 03 de mayo pasado, fecha en la que se repartieron las diligencias a este Despacho, el fenómeno jurídico de la prescripción ya había operado, razón por la cual la única actuación que se impone a la Colegiatura es la de reconocer que ha cesado la potestad punitiva del Estado y al encontrar configurada la causal objetiva de que trata el numeral 1° del artículo 332 de la Ley 906 de 2004, decretará la preclusión por prescripción de la acción penal a favor de la procesada por el delito acusado.

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

RESUELVE:

5

PRIMERO.- DECLARAR PRESCRITA LA ACCIÓN PENAL que dio lugar al proceso que se adelantó por el Juzgado Primero Penal del Circuito con funciones de Conocimiento de Bucaramanga, contra DAGOBERTO HERRERA HERRERA, por el delito de uso de documento falso.

SEGUNDO.- DECRETAR LA PRECLUSIÓN de la actuación a favor de DAGOBERTO HERRERA HERRERA por imposibilidad de continuar el ejercicio de la acción penal, de conformidad con el numeral 1° del artículo 332 de la Ley 906 de 2004.

TERCERO.- DEVOLVER el expediente al Juzgado de primera instancia, quien se encargará de cancelar todo registro que tenga DAGOBERTO HERRERA HERRERA por razón exclusivamente del presente proceso.

CUARTO.- ADVERTIR que contra la presente decisión procede el recurso de reposición.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,


SUSANA QUIROZ HERNÁNDEZ
Magistrada



PAOLA RAQUEL ÁLVAREZ MEDINA
Magistrada


JAIRO MAURICIO CARVAJAL BELTRÁN
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SALA DE DECISIÓN PENAL

MAGISTRADO PONENTE: GUILLERMO ÁNGEL RAMÍREZ ESPINOSA

Bucaramanga, nueve (9) de mayo de dos mil veintitrés (2023)
Discutido y Aprobado virtualmente por Acta No. 443.

OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por la defensa contra la sentencia del 20 de agosto de 2021, proferida por el Juzgado Séptimo Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bucaramanga, mediante el cual declaró responsable a **Bertha Peralta Rubiano** de los delitos de **extorsión agravada y concierto para delinquir**, en virtud de allanamiento; conforme lo descrito en el artículo 179 del C.P.P.

HECHOS

Fueron narrados en la sentencia de instancia de la siguiente manera¹:
«La presente investigación tuvo génesis en el CUI 686796000151201300447, carpeta dentro del cual se acumularon alrededor de 150 noticias criminales que manejan un mismo modus operandi, que por su modalidad y época de ocurrencia de los hechos permite establecer que se trata de extorsiones generadas desde los establecimientos carcelarios del país y adicionalmente, todos los casos acumulados, tienen la particularidad de haber simulado la investidura de un miembro de la Policía Nacional y la existencia de una captura a un familiar. En estas condiciones las víctimas constreñidas, ante el mal que afecta a su familiar aceptan consignar las sumas de dinero exigidas, posteriormente son contactados por los mismos victimarios para expresar que les deben consignar más dinero porque de lo contrario las capturas serán para ellos, quienes consignaron el dinero por sobornar a un policial.»

¹ Folio 61 C-4 digitalizado.

En desarrollo de la actividad investigativa se pudo vincular a **BERTHA PERALTA RUBIANO**, en los siguientes hechos:

El 7 de octubre de 2013 Juan de la Cruz Grimaldos, quien aproximadamente a las 9:30 horas se encontraba en su local ubicado en el barrio la Joya de Bucaramanga, cuando recibió una llamada supuestamente de su sobrino Cristian y expreso que lo tenían detenido porque le habían encontrado un arma de fuego pero que la policía le iba a colaborar a cambio de la suma de UN MILLÓN DE PESOS (\$1.000.000). Se le solicitó hacer la consignación a nombre de la señora BERTHA PERALTA RUBIANO con cedula 26.584.724 a través de un Servientrega (EFECTY). La víctima consignó la suma de **QUINIENTOS MIL PESOS (500.000)** tal como le indicaron.

El 8 de agosto de 2013 Cecilia Rueda Flórez se encontraba en su oficina ubicada en el barrio Alarcón de Bucaramanga, atendió una llamada, en que su supuesto sobrino le indicaba que estaba detenido por hallarle en su poder un arma de fuego, razón por la que fue capturado, pero que a cambio de su libertad le exigían la suma de DOS MILLONES QUINIENTOS MIL PESOS (\$2.500.000), que debía consignar a nombre de la señora BERTHA PERALTA RUBIANO con cedula 26.584.724; la señora Cecilia consignó a través de EFECTY la suma de DOS MILLONES QUINIENTOS MIL PESOS (2.500.000) en dos consignaciones una por \$900.000 y otra por valor de \$700.000.

El 12 de septiembre de 2013 María Mariana Falla Camacho aproximadamente a las 5:30 de la tarde, se encontraba en su residencia ubicada en el barrio San Francisco de Bucaramanga, recibió una llamada a su teléfono celular y le habló un hombre que dijo ser su sobrino, quien le indicó que lo habían capturado porque un amigo le había dejado a guardar una maleta y dentro del maletín había una pistola pero que la policía le iba a colaborar, exigiendo para ello la entrega de DOS MILLONES DE PESOS (2.000.000). la victima giró UN MILLÓN QUINIENTOS MIL PESOS (\$1.500.000), a nombre de BERTHA PERALTA RUBIANO con cedula 26.584.724.

El 23 de agosto de 2013, Rosalba Bernal aproximadamente a las 11:00 de la mañana, recibió llamada en su trabajo y una voz masculina le dijo que era su sobrino favorito, le manifestó que se encontraba detenido porque un amigo le había dejado una maleta y en ella había un revolver. Pidió que le consignaran UN MILLÓN

(\$1.000.000) de pesos a nombre de BERTHA PERALTA RUBIANO con cedula 26.584.724. la victima consignó el dinero a través de La PERLA.

Finalmente, el 7 de agosto de 2013 José Alberto Vargas Díaz aproximadamente a las 7:30 de la mañana se encontraba en la residencia de una hermana en el barrio Camilo Torres de Bucaramanga, cuando recibió una llamada de un joven y manifestó que le habían dejado un bolso y dentro de él había una pistola y por eso la policía le había capturado, que debía enviar la suma de UN MILLÓN QUINIENTOS MIL PESOS (\$1.500.000), a la señora BERTHA PERALTA RUBIANO con cedula 26.584.724 en APUESTAS LA PERLA.»

ACTUACIÓN PROCESAL

El 29 de mayo de 2019², ante el Juzgado Setenta y Seis Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá, se legalizó la captura y se formuló imputación a **Bertha Peralta Rubiano** en calidad de cómplice del delito de extorsión agravada y como autora de concierto para delinquir (arts. 244, 245 núm. 8 y 9 y 340 inc. 1º del CP), cargos que fueron aceptados. Se dispuso la libertad inmediata de la procesada en virtud del retiro de la respectiva solicitud.

La fiscalía presentó el escrito de acusación³ que correspondió por reparto al Juzgado Séptimo Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bucaramanga⁴, quien celebró audiencia de verificación de allanamiento el 19 de marzo de 2021⁵, oportunidad en la que se corrió el traslado del artículo 447 del CPP respecto de la fiscalía.

² Archivo No. 4, carpetas preliminares posterior, cuaderno digitalizado.

³ Archivo No. 01, folios 31-43 digitalizado.

⁴ Acta de reparto, folio 28 C-1 digitalizado.

⁵ Acta de audiencia, folios 6 al 8 C-2 digitalizado.

Lo propio realizó la defensa en la sesión del 20 de agosto de 2021⁶, acto seguido se procedió a la lectura de la sentencia condenatoria contra la cual formuló recurso de apelación la defensa.

SENTENCIA RECURRIDA

Mediante providencia del 20 de agosto de 2021⁷, el Juzgado Séptimo Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bucaramanga condenó a **Bertha Peralta Rubiano**, como cómplice del delito de extorsión agravada y autora de concierto para delinquir, en virtud de allanamiento que no mereció la concesión de rebaja por prohibición legal; en consecuencia, le impuso las penas 94 meses de prisión, multa de 2008 smlmv e inhabilitación para el ejercicio de derecho y funciones públicas por el mismo término de la pena principal.

La a-quo hizo alusión al allanamiento a cargos como figura de la justicia premial, la cual requiere de una manifestación voluntaria, libre, espontánea y debidamente informada, acotando que implica la renuncia al derecho a contradecir la acusación, presentar pruebas que demuestren su inocencia y adelantar un juicio oral ante el juez de conocimiento, además de traer a colación el artículo 293 del CPP, que regula el procedimiento a seguir y aludir a la inviabilidad de la retractación.

Realizó una relación de los elementos materiales probatorios allegados por el órgano de persecución penal, a partir de los cuales infirió la existencia de los delitos y la responsabilidad de la encartada, acorde con lo establecido en el artículo 381 ibídem, acto seguido continuó con la dosificación punitiva, para lo cual partió del mínimo de la pena de prisión contemplada para el reato de extorsión agravada, la cual aumentó en 12 mensualidades en atención al concurso homogéneo (4 ocasiones) y 10 fracciones por la conducta punible de

⁶ Acta de audiencia, folios 53 al 55 C-4 digitalizado.

⁷ Folios 61 al 85 C-4 digitalizado.

concierto para delinquir, mientras aumentó 8 salarios mínimos legales mensuales vigentes al extremo inferior de la multa, advirtiendo que no resulta procedente rebaja alguna en virtud de la prohibición de la Ley 1121 de 2006.

Finalmente, le negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria, por incumplir los requisitos objetivos que establece el ordenamiento jurídico.

EL RECURSO

La defensa de **Bertha Peralta Rubiano** apeló⁸ el fallo de instancia mediante un escrito en el que divagó en diferentes asuntos, extractándose que su finalidad es el decreto la nulidad de conformidad con el artículo 457 del CPP, además de deprecar que no se reconozcan algunas víctimas mencionadas en la sentencia, que se modifique la pena impuesta en virtud de la indemnización a los afectados (art. 269 CP), que se modifique la sanción pecuniaria por excesiva y que se suspenda la pena atendiendo a la solicitud de terminación del proceso que efectuaron los perjudicados.

Argumentó que se le vulneró el debido proceso y el derecho de defensa a la encartada, dado que el allanamiento a cargos no estuvo precedido de la debida asesoría sobre la posibilidad de una aceptación parcial, además de acotar que la participación de la inculpada en el dossier criminal obedeció a un engaño derivado de su condición económica y, que se procuró la reparación de las víctimas por parte de los descendientes de la procesada, excepto con una por imposibilidad de ubicación, sin que la fiscalía ni la juez objetaran el acuerdo celebrado con aquellas.

Censuró lo concluido por la juez unipersonal acerca de la materialidad del delito y la responsabilidad de la procesada con relación a Sandra Milena

⁸ Folios 11 al C-4 digitalizado.

Rodríguez Flórez y Emilse Díaz Vargas, cuyos supuestos fácticos fueron ocultados a la defensa, toda vez que en el escrito de acusación únicamente se mencionó a cinco (5) afectados, de ahí que su mención en el fallo confutado desconozca lo previsto en el artículo 337 del CPP, máxime cuando no obra noticia criminal interpuesta por aquellas y cualquier variación implica desatender lo pactado con la fiscalía.

Criticó que no se motivara debidamente la sentencia en cuanto a lo informado sobre la reparación de las víctimas 1, 2, 3 y 5 relacionadas en la acusación, quienes recibieron las sumas que consignaron en favor de la procesada de conformidad con el artículo 349 ibídem, manifestando su interés en la terminación del proceso, lo que fue inobservado por la instancia pues no aplicó lo establecido en el artículo 269 del Código Penal, agregando que no hubo incremento patrimonial.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia. - Conforme al numeral 1º del artículo 34 de la Ley 906 de 2004, esta Sala es competente para conocer el recurso de apelación interpuesto por la defensa contra la sentencia del 20 de agosto de 2021, proferida por el Juzgado Séptimo Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bucaramanga, que declaró penalmente responsable en virtud del allanamiento a **Bertha Peralta Rubiano** por los delitos de **extorsión agravada y concierto para delinquir**.

Como se evidenció en el acápite precedente, el recurrente enfila los reparos en varias direcciones, a saber: i) que se declare la nulidad de lo actuado a partir de la formulación de imputación por violación a garantías fundamentales, específicamente del derecho a la defensa, dado que en su sentir la profesional en derecho que asistió a la procesada en el allanamiento lo hizo de manera deficiente, o subsidiariamente se proceda a ello por

ocultamiento de pruebas y falta de motivación; ii) que se rehaga la imputación jurídica para excluir a presuntas afectadas que solamente se mencionaron en el fallo; iii) que se modifique la multa por excesiva; y iv) que se le conceda la suspensión condicional de la ejecución de la pena en virtud de lo manifestado por los perjudicados.

Conforme a las razones esgrimidas por el censor, la Sala desarrollará los siguientes ítems: a) limitación del derecho a controvertir la aceptación de cargos, b) la nulidad por violación a garantías fundamentales, c) de la rebaja de pena por reparación - artículo 269 del CP, y iv) la exclusión de beneficios por disposición del artículo 26 de la Ley 1121 de 2006.

2. Desarrollo de la decisión.

2.1. Limitación del derecho a controvertir la aceptación de cargos.

Esta regla de limitación del derecho a controvertir los aspectos aceptados o concertados con la Fiscalía, ha sido reconocida por la jurisprudencia del Alto Tribunal de la Justicia Penal, cuando ha indicado que *«...se erige en garantía de seriedad del acto consensual y en expresión del deber de lealtad que debe guiar las actuaciones de quienes intervienen en el proceso penal, única manera para que el sistema pueda ser operable, pues de permitirse que el implicado continúe discutiendo ad infinitum su responsabilidad penal, no obstante haber aceptado los cargos imputados, haría inocuo o tornaría irrealizable el propósito político criminal que justifica el sistema de lograr una rápida y eficaz administración de justicia a través de los acuerdos, y de obtener ahorros en las funciones de investigación y juzgamiento⁹»*.

Precisamos que esta restricción al derecho de impugnar los términos de la aceptación unilateral de responsabilidad o de los acuerdos, normativamente se ha regulado por la ley a través del principio de **«irretractabilidad»**, el cual

⁹ CSJ SCP, SP 1º de junio de 2011, RAD. 31895.

comporta la prohibición de desconocer directa o veladamente la manifestación de responsabilidad realizada, porque la manifestación o el acuerdo no solo son vinculantes para el Juez, sino esencialmente para las partes, principio que se deriva del artículo 293 de la Ley 906 de 2004.

De igual manera no resulta factible una variación de la formulación de la imputación fáctica y jurídica, basada en la simple disparidad de criterios entre lo que según el apelante ocurrió, el delito que procedería y lo que finalmente se le enrostró, dado que lejos de evidenciar una real afectación de derechos lo que pretende es revivir una etapa ya finalizada para controvertir los hechos que le fueron endilgados, debate al que como se verá más adelante decidió renunciar al momento del allanamiento a cargos.

En la audiencia de imputación, para mayor claridad, la fiscalía le enrostró a la ahora procesada los siguiente hechos y delitos¹⁰:

«Esta investigación la inicia la Fiscalía del GAULA Santander, la inicia bajo el radicado ya referenciado al inicio de esta audiencia, terminado en 447, en esa noticia criminal debe señalarse que es por el delito de extorsión, y allí se presenta en la sala de atención al usuario la señora Elizabeth Torres Galvis, con el fin de imponer una denuncia o interponer una denuncia penal por le delito conocido el día sábado 18 de mayo del 2013, como a las 6 y media de la tarde, señala que ella se encontraba en su casa con su señor padre Martín Torres Soto, en Mogotes, Santander, le entró una llamada al teléfono fijo, ella contestó la llamada, la persona le dijo que era su sobrino, entonces ella le dijo le escucho la voz rara, si, le dijo deme el celular y ya le marco es que tengo gripa, le da el número de celular, inmediatamente la llaman al número de celular y esta persona que se identifica como su sobrino le dice que lo tienen preso en la cárcel de San Gil, que porque lo habían cogido con un revólver que no era de él, que él era inocente, sino que ese revólver no tenía papelas, que necesitaba entonces un dinero para que no lo judicializaran y le señala que efectúe un pago por una empresa

¹⁰ Audiencia de formulación de imputación, minuto 1:03:04 a 1:36:58.

de giros, y así sucesivamente le hacen varios requerimientos a esta ciudadana hasta que pone en conocimiento lo acontecido.

Una vez se empieza el desarrollo del programa metodológico por parte de esa fiscalía de Santander, encuentra que esto no es un hecho aislado, que no es un solo hecho que hayan denunciado, sino que es un modus operandi que se viene realizando, cuyas víctimas están en el área metropolitana de Bucaramanga, indica la fiscalía titular del despacho que se ha realizado el proceso de investigación y el desarrollo del programa metodológico con una acumulación de procesos, de aproximadamente, recaudando 150 víctimas del área metropolitana de Bucaramanga y alrededor de 60 indiciados, o sea, unas 60 personas investigadas.

En la cual se señala entonces que todos ellos usan un modus operandi similar o igual, o idéntico, en qué consiste, esta es una modalidad de extorsión que consiste en la simulación de autoridad, conocida como tío, tío coloquialmente, en la cual se origina desde los diferentes centros carcelarios, de acuerdo con esta investigación se señala que en este caso estarían originándose unas llamadas desde el centro carcelario Picalaña de Ibagué y otras desde el centro carcelario la Pola de Guaduas, Cundinamarca, en la cual las personas llaman a las víctimas y la constriñen identificándose como miembros de la fuerza pública, con grados y apellidos, patrullero, sargento, teniente, capitán, y le dicen a al víctima que un sobrino suyo se encuentra privado de la libertad por parte de la Policía Nacional, porque fue captura bien sea por un porte ilegal de armas o porque le encontraron unos estupefacientes en una requisa que le estaban haciendo, en un operativo se les encontró eso, en un vehículo que viajaba, o el arma de fuego también en el vehículo, y que esta persona se encuentra seriamente involucrada, o que esta persona se encuentra seriamente involucrada en esta circunstancia que se le está poniendo de presente.

Fijen inicialmente estar haciendo un procedimiento rutinario de verificación, con el derecho a la llamada, tal como se les dio a ustedes la posibilidad de hacer una llamada para informar su captura y constatar un arraigo y unas circunstancias, en ese momento hacen eso y obtienen la información de parte de las víctimas, para después paso seguido decirle a estas víctimas que para no judicializar a la persona tienen que girar de inmediato un dinero por una empresa de giros, dándole el nombre de la

persona y la empresa de giros, manteniendo en lo posible a la persona en línea mientras hace de manera inmediata el giro.

Una vez la víctima absolutamente consternada por la situación y anulada su voluntad y capacidad de raciocinio, dado ese mal futuro e inminente que le espera un ser querido, accede a la exigencia y realiza el primer giro, recibe posteriormente una nueva llamada por parte de los extorsionistas donde le dicen que la situación se complicó, porque un superior de ellos se dio cuenta y le exigen aun más dinero, si la víctima se molesta por esta situación le dicen que ahora ella también está implicada en un delito por haberles dado dinero a ellos como miembros de la Fuerza Pública, que eso tiene cárcel y que ya tienen sus datos, y que entonces ahora la van a expedir una orden de captura a esa persona por haberse puesto a poner un dinero a una persona que es una autoridad judicial.

Se señala también que previamente tienen previsto y perfectamente coordinado para que una vez se produzca la consignación, de inmediato se haga el retiro del dinero, tal actividad extorsiva como bien he dicho la coordinan desde los centros carcelarios.

Se indica entonces que desde esta estratagema y de esta organización delictiva hay diferentes roles, hay unos que son los coordinadores, hay unos que son los jefes o plumas de los centros carcelarios que son los que autorizan realizar estas llamadas, otros que hacen las llamadas y hay otras personas que están fuera del centro carcelario, que son las que prestan su nombre y su cedula para ir a hacer los retiros, estas personas están catalogadas en la investigación como los girados o los recogedores, que son personas que sirven para retirar esos dineros producto de esas extorsiones, quienes están al tanto de esos giros que en el día pueden reclamar siguiendo instrucciones de una persona que es coordinador o directamente un sujeto que realiza las extorsiones desde la cárcel, una vez se tiene establecido retiran este dinero esas personas lo entregan a otra persona bien sea de manera personal o haciendo un regiro a nombre de otra persona, y se quedan con una parte o un porcentaje en dinero, lo que de acuerdo con investigaciones no solamente en este caso particular, sino en otras similares, oscila entre el 6 y el 10 por ciento del valor que están realizando los giros.

*Debe señalarse entonces como en el caso particular de la señora **Bertha Peralta Rubiano**, tenemos que se inicia como se bien he dicho en esta investigación, se acumulan por la identidad plena de ese modus operandi y la correlación que se hace a través de las diferentes empresas de giros y demás, existe una víctima que es Juan de la Cruz Grimaldos Prada, identificado con cedula de ciudadanía No. 91.241.618 dentro de la noticia 680016106056201301030, la cual como bien he dicho las acumuló la fiscalía primera, en la cual ha esta víctima bajo esa misma modalidad le hacen la exigencia de un valor de \$500.000., por la empresa de giros Efecty, a nombre de **Bertha Peralta Rubiano**, procediendo la víctima a efectuar ese giro.*

*En segundo lugar, existe la víctima señor Cecilia Rueda Flórez identificada con cedula de ciudadanía número 37.793.504, en al cual pone el denuncia número 680016106056201300603, pone en conocimiento la circunstancia que le ocurrieron en el mismo sentido, a través de la empresa de giros Efecty le giró un valor de \$2.500.000., a nombre de **Bertha Peralta Rubiano**.*

*También está la noticia criminal 6800106057201300787 mediante la cual la señora María Farina -sic- Falla Camacho, con cedula 20.035.186, denuncia haber sido víctima de esa misma modalidad, teniendo que consignarle a través de su esposo Leandro Lizarazo Céspedes, los giros de un valor de \$1.500.000., a nombre suyo señora **Bertha Peralta Rubiano**.*

*En cuarto lugar, tenemos la noticia 680016000159201307558 mediante la cual la señora Rosalba Bernal Miranda, con cedula de ciudadanía No. 37.869.093, denunció recibir llamadas telefónicas en esa misma modalidad, debiendo realizar el giro de \$1.000.000., a nombre de **Bertha Peralta Rubiano**.*

*En quinto y último lugar, tenemos la noticia criminal 680016106056201300596 mediante la cual el señor José Alberto Vargas Díaz, con cedula de ciudadanía 91.246.933 denuncia esa misma modalidad, esa misma circunstancia de modus operandi y pone en conocimiento que tuvo que ponerle un dinero de \$1.500.000., a nombre de **Bertha Peralta Rubiano** para efectos ya señalados.*

(...) Debe de ponerse de presente también en cuanto a la señora **Bertha Peralta Rubiano**, que de estas 5 personas que consignaron las fechas de cada uno de ellos, de Juan de la Cruz Grimaldos le hizo el giro el 7 de octubre del año 2013, la señora Cecilia Rueda Flórez el 8 de agosto del 2013, la señora María Marfila -sic- Marina Falla Camacho el 12 de septiembre de 2014, la señora Rosalba Bernal Miranda el 23 de agosto de 2013, el señor José Alberto Vargas Díaz el 7 de agosto del año 2014.

(...) Debe señalarse también como dentro de la investigación adelantada por la Fiscalía Primera Especializada del GAULA Santander, se ha hecho la verificación de esa empresa criminal y esa actividad delictiva que se viene manejando por ustedes, y se indica en el caso de la ciudadana **Bertha Peralta Rubiano**, como hay una correlación de giros entre varias personas indiciadas dentro de ese proceso, como Leandro Lizarazo Céspedes, Cecilia Rueda Flórez, Juan Carlos Grimaldos, adicionalmente de acuerdo con las búsquedas selectivas en bases de datos que se realizaron, qué significa la búsqueda selectiva en bases de datos, se solicita previo control de juez de garantías a las empresas de giros que reporten cuántos giros han recibido y enviado las personas, una vez se entregan esos reportes se hacen unos cotejos de verificación para evitar que hayan sido suplantados y esos resultados son los que arrojan unos valores que han recibido, unos valores de dinero, se tiene para la señora **Bertha Peralta Rubiano** por ejemplo que tiene movimientos por la empresa de giros Efecty de \$42.136.957., de los cuales cobró usted \$27.171.000., y por el Grupo Matriz que tiene Baloto, Gana Gana, Supergiros y otras más, es una red digamos compilada en el Grupo Matriz, tiene 414 giros cobrados que suman \$325.018.646., a su vez usted registró \$95.351.000., para un total de movimiento de \$420.369.000., sumado a los de Efecty tiene un total, unos movimientos de 854 giros por \$462.506.833., esto en punto de concierto para delinquir para señalar que se hace parte de una organización delictiva.

(...) Considera la fiscalía que como bien ha dicho es una actividad perfectamente coordinada, la fiscalía no está que ustedes hayan realizado las llamadas extorsivas, no tiene evidencia de eso y de acuerdo con el estratagema, la investigación, se tiene que los que realizan la llamada son otras personas, pero ustedes hacen parte de ese engranaje criminal para efectos de lograr los cometidos, por lo tanto, considera la fiscalía que ustedes querían participar de esas exigencias dinerarias, que ustedes tenían conocimiento que estaban constriñendo a sus víctimas, al conducta desplegada por

ustedes lesionó el bien jurídico del patrimonio económico y puso en peligro el bien jurídico de la autodeterminación y libertad individual de las víctimas, y su comportamiento no se encuentra justificado ante la ley, ustedes tenían la capacidad de comprender la ilicitud de su comportamiento y autodeterminarse de acuerdo a esa comprensión, pues en primer lugar no se observa en ustedes circunstancia o enfermedad mental que impida dicha comprensión, ustedes eran conscientes que constreñir a una persona así como concertarse son delitos y por ello podían no haberlo hecho.

Y por qué se hacen esas afirmaciones por parte de la fiscalía, porque de suyo resulta que de acuerdo con las verificaciones que se han hecho dentro de la investigación, en primer lugar ustedes no tienen contacto ni relación alguna con las personas que le ponían el dinero, toda vez que las víctimas que son las que giran el dinero «yo a esta persona no la conocía, por el contrario, me dijeron que era una patrullera o que era un sargento, o que era una persona de la Institución, yo no sabía, no los conozco», luego ustedes reciben un dinero que si bien es cierto en principio ustedes no saben la procedencia, ustedes no conocen la persona que le está recibiendo ese dinero, que le está girando el dinero, por lo tanto la medida y la autodeterminación señalan que yo no voy a ir a una empresa de giros a retirar un dinero de alguien que no conozco.

Y también se ha establecido y se tiene así acreditado, el tiempo corto entre la consignación y el retiro no pasan más de 15 minutos, 20 minutos, por qué es importante esto, porque de acuerdo con la investigación qué sucede cuando la persona se da cuenta que es una estratagema que le están haciendo y que realmente su sobrino no está en esas circunstancias, lo primero que hace es devolverse a la empresa de giros a bloquear el giro, luego es importante para que esta empresa funcione, criminal funciones, pues que ustedes estén atentos a hacer el retiro de manera inmediata una vez le confirman que ya se hizo el giro, y eso se acredita en los diferentes retiros que se hacen de una manera casi que inmediata, en un lapso no mayor a 25 minutos, 15 minutos, de una vez puesto el dinero, eso es les confirman que ya pusieron el dinero, ustedes van y retiran el dinero, luego claramente también no tienen una explicación distinta de estar conectados y concertados para participar en esta acción delictiva.

(...) En ese sentido debe señalarse que nos encontramos frente al delito de extorsión, por cuanto las víctimas fueron constreñidas para que hicieran algo, eso es, para que entregaran sumas de dinero diferentes, a quien con ese constreñimiento obtendría un provecho ilícito o cualquier utilidad ilícita, o beneficio ilícito para sí o un tercero, cabe destacar que este delito de extorsión que está contemplado en el artículo 244 señala: (...), el verbo rector que se tiene aquí es constreñir, que es doblegar la voluntad, es obligar, precisar, compeler por fuerza a alguien a que haga o ejecute algo, entendiendo el constreñimiento como el apremio y compulsión que se hace de alguien para que ejecute algo, lo cual implica el quebranto coercitivo de la voluntad, por eso en la extorsión se habla que es pluriofensivo, no solo afecta el patrimonio económico, o sea, el bolsillo de la persona para que ustedes lo entiendan en un lenguaje comprensible, sino que también afecta la voluntad, al libre determinación de la persona, ella no va porque quiere poner un dinero así o donarlo, o porque haya un contrato entre ustedes y que sea el pago de unos honorarios, no, es porque está presa de una obligación, de un constreñimiento, de un mal futuro que le va a suceder, y ese es el temor, esa zozobra, ese es el miedo, entre otros presupuestos, que conllevan a que la persona actúe como se lo piden, o sea, que venza su voluntad de resistencia y vaya y consigne, esto lo señala sentencia de casación 25120 del 2 de septiembre del 2008, Magistrado Ponente Augusto Ibáñez Guzmán.

(...) Este delito tiene una pena de prisión de 192 meses a 288 meses, esto es, de 16 años a 24 años, y una multa de 800 a 1800 smlmv, ahora bien para este caso concreto la conducta a ustedes endilgada se encuentra agravada al tenor del artículo 245, circunstancias de agravación consagradas en los numerales 8° y 9°, modificados por el artículo 6° de la Ley 733 de 2002, el cual señala: la pena señala en el artículo anterior se aumentará hasta en una tercera parte y la multa será de 3000 a 6000 smlmv, hoy de 4000 a 9000, si concurre alguna de las siguientes circunstancias, la del numeral 8° si se comete utilizando orden de captura o detención falsificada o simulando tenerla, o simulando investidura o cargo público, o si fingiere pertenecer a la fuerza pública, nótese como aquí el legislador ya ha previsto esta circunstancia como una circunstancia de agravación de la extorsión cuando quien hace la exigencia finge pertenecer a la Fuerza Pública, como en este caso, y 9° cuando la conducta se comete total o parcialmente desde un lugar de privación de la libertad, esto es, como se tiene dicho estas llamadas provienen de los diferentes centros carcelarios.

Entonces por el delito de extorsión agravada de acuerdo con el numeral 2, del artículo 60 del Código Penal, la pena sería mínimo de 192 meses, esto es, 16 años, y máximo 32 años que es 384 meses, y multa de 4000 a 9000 smlmv.

Delito que se imputa también en concurso heterogéneo con el delito de concierto para delinquir, contemplado en el artículo 340, modificado por el artículo 8º de la Ley 733 de 2002, el cual señala cuando varias personas se concierten con el fin de cometer delitos, cada una de ellas será penada por esa sola conducta con prisión de 48 a 108 meses, y en el presente caso resulta evidente que varias personas se concertaron para cometer delitos y este delito de concierto para delinquir se encuentra ubicado en el título XII, delitos contra la seguridad pública (...) el hecho de concertarse para cometer delitos ya es autónomo por sí solo, ya es un delito, y si adicionalmente se materializan esos delitos para los cuales ustedes se concertaron, pues hay un concurso de conductas punibles, que es como se va a enrostrar esta participación (...).

Debe indicarse también que ese delito por ser autónomo se endilga en calidad de autores, el delito de concierto para delinquir, a voces del radicado 35116 Magistrado Ponente, doctor Guillermo Salazar Otero, (...) luego este delito es autónomo, reitero, de los otros, por eso se considera que en este caso son autores, ni siquiera coautores, sino autores porque cada quien da la voluntad y ahí con esa misma voluntad que es para concertarse ya genera la calidad de autor.

Debe también indicarse ahora el grado de participación de ustedes, la fiscalía considera, y es una calificación de orden provisional por lo menos para la fase de la imputación, que ustedes deben responder en cuanto al delito de extorsión se refiere en calidad de cómplices, este delito de extorsión agravada, por cuanto se tiene establecido que ustedes contribuyeron a la realización de la conducta antijurídica o prestaron una ayuda posterior, por concierto previo o concomitante a la misma, teniendo la oportunidad de interrumpir el iter criminis dentro de esa distribución de tareas, pero sin tener dominio del hecho como tal desde la gestación, o sea, la fiscalía no tiene elementos de juicio para decir que ustedes realizaron esas llamadas y que ustedes contribuyeron directamente, pero sí prestaron una ayuda que fue prestar sus nombres para ir a retirar el dinero, eso los ubica por lo menos en esta primer fase en la categoría de cómplices, señala el artículo 30 de la Ley 599 (...), o sea, ustedes sí

podían advertir lo irregular del procedimiento, esto es, no retirar unos dineros cuya procedencia les da otros matices, incluso hubieran podido poner en conocimiento de las autoridades la comisión de un eventual punible porque ustedes están recibiendo un dinero de unas personas que no conocen, sin embargo, no toman la precaución, no pueden interrumpir como tal el accionar, no tienen el dominio del hecho para que llamen a esa víctima a extorsionarla, pero sí podían haber advertido lo irregular del hecho y haber interrumpido esa circunstancia, al no hacerlo considera la fiscalía que ustedes estarían o se les enrostra esa participación en grado de cómplices.

Qué significa esto señala el artículo 30, a las personas que son cómplices se les aplicará la pena establecida para el delito, disminuida de 1/6 a la mitad, qué significa esto que la pena mínima sería entonces mínimo 96 meses, esto es, 8 años de prisión, y máximo 320 meses, esto es, 26 años, 8 meses de prisión, y multa de 2000 a 7500 smlmv.

*Entonces como resumen de todo lo anterior, a ustedes se les imputa de carácter doloso, o sea, con intención, el delito de extorsión agravada, extorsión contemplada en el artículo 244, agravada por el numeral 8º y 9º del artículo 245, grado de participación en calidad de cómplices para ese delito, debe señalarse que a todos se les imputa ese delito de extorsión agravada, y a la señora **Bertha** se le imputa ese delito en concurso homogéneo y sucesivo, o sea, se le señalaron 5 eventos, luego ese delito es en concurso homogéneo y sucesivo, y para todos ustedes estos delitos se le imputan en concurso heterogéneo con el delito de concierto para delinquir del artículo 340 (...)».*

Al momento de ser inquirida por el juez sobre el entendimiento de los cargos, **Bertha Peralta Rubiano** señaló al minuto 2:00:55, *si su señoría, hemos entendido muy bien.* Conocimiento que le permitió manifestar además que aceptaba en esa oportunidad la responsabilidad, previa asesoría de su defensora, finalidad con la cual se suspendió durante 10 minutos la audiencia al récord 2:06:45, una vez se reanudó la diligencia la apoderada judicial indicó *si su señoría, se hizo lo pertinente.*

Lo anterior descarta que haya estado desprovista de defensa, pues como se avizoró estuvo asesorada por una profesional de confianza, quien durante la audiencia de imputación intervino en aras de solicitar aclaración sobre el grado de participación endilgado a la procesada, de cara a la posibilidad de allanarse a los cargos, además de intentar persuadir al fiscal sobre la materialización de una coautoría, no así la ocurrencia del delito previsto en el artículo 340 del CP, y solicitar la concesión de un receso para explicarle detenidamente la situación (récord: 1:47:08 a 1:51:33).

Aunado a ello, en dicha audiencia además el juez de control de garantías le explicó ampliamente sus derechos y los hechos jurídicamente relevantes le fueron expuestos en un lenguaje comprensible, sin que se observe un apremio para que se aceptaran culpabilidad, por el contrario, el funcionario judicial permitió que los encartados accedieran a la debida asesoría previo a indagarles sobre el tema, en particular **Bertha Peralta Rubiano**.

2.2. De la nulidad por violación a garantías fundamentales.

El censor argumenta que en el presente trámite se vulneraron las garantías fundamentales de la procesada, específicamente el derecho a la defensa, porque i) la profesional del derecho que la representó en la audiencia de imputación no le explicó la posibilidad que le asistía de allanarse a los cargos de manera parcial; ii) la fiscalía presentó pruebas desconocidas para la defensa, relacionadas con supuestos fácticos no incluidos en el acto de comunicación inicial; y iii) la sentencia adolece de motivación relacionada con la indemnización de perjuicios efectuada por la imputada y la manifestación del interés de terminación del proceso.

Según el récord de la audiencia del 29 de mayo de 2019, en que se le formuló imputación a **Bertha Peralta Rubiano** y se verificó el allanamiento a cargos que la prenombrada efectuó, a la procesada sí se le explicó con

suficiencia las consecuencias de la aceptación de culpabilidad, no sólo respecto a la entidad de los delitos enrostrados, sino la pena a la que se vería sometida en virtud de la prohibición de conceder beneficios por las conductas incluidas en la Ley 1121 de 2006, respecto de las cuales el único favorecimiento consistía en inaplicar el aumento introducido por la Ley 890 de 2004, conocimiento a partir del cual indicó que era su deseo acogerse a los cargos atribuidos.

Manifestación que estuvo precedida de una exposición detallada de los hechos por los que la encartada aceptaba la responsabilidad, que como se dijo, corresponde a su participación en calidad de cómplice en cinco (5) extorsiones agravadas y su condición de autora del reato de concierto para delinquir, conductas que se adecuaron típicamente a los artículos 244, 245 núm. 8º y 9º, 340 inciso 2º del CP, luego se aclaró que en virtud de la manifestación de responsabilidad no recibiría contraprestación respecto del primer reato enrostrado, dada la prohibición contenida en el artículo 26 de la Ley 1121 de 2006, de manera que lo único favorable sería la condena conforme la punibilidad de la Ley 733 de 2002.

Seguidamente ante requerimiento de la defensa de la procesada, se habilitó un receso de 10 minutos, agotado el cual la defensora anunció que se le había brindado la asesoría pertinente.

En la referida audiencia el juez le explicó a la inculpada (minuto 2:04:12):

«La otra variante tiene que ver con la aceptación de cargos, en caso de ustedes aceptar cargos entonces estarían reconociendo la responsabilidad penal por esos delitos que ya les ha imputado la fiscalía, esa decisión de aceptación de cargos es irrevocable, quiere decir que de verificarse unas condiciones, es decir, que debe ser libre, consciente, voluntaria y debidamente asesorada esa decisión, y de verificarse eso por parte de este despacho no habrá lugar con posterioridad a ello a una retractación, o en principio una manifestación de esa naturaleza no sería válida, así mismo como consecuencia de esa aceptación de cargos con posterioridad se emitiría por parte del

juez de conocimiento una sentencia condenatoria por esos delitos ya imputados, y como consecuencia de ello muy probablemente tendrían que purgar una pena de prisión teniendo en consideración ese quantum punitivo o esos extremos de pena que les ha mencionado la fiscalía.

Asimismo, como consecuencia de esa sentencia condenatoria en virtud de la aceptación de cargos se les registraría un antecedente de tipo penal por esos delitos, y de igual forma les reitero que con esta aceptación de cargos ustedes estarían entonces renunciando de manera legítima a los derechos aguardar silencio, a no autoincriminarse y a contar con una audiencia de juicio oral mediada por un ejercicio de contradicción ante un juez imparcial».

Acto seguido le preguntó *“si acepta o no acepta los cargos que le ha formulado la fiscalía el día de hoy”*, a lo cual respondió *“si su señoría, si aceptó”* (minuto 2:07:53). Continúo el juez: *«esta decisión es libre, consciente, voluntaria y debidamente asesorada por su defensora»*, nuevamente responde *«si su señoría»*. El juez le dice: *«asimismo, infórmele a este estrado judicial si usted ha consumido o bebido alguna sustancia que afecte ese conocimiento y voluntad dentro de las 24 horas anteriores a esta audiencia»*, contestó la imputada *«no señor, ninguna»* (minuto 2:08:12).

En la audiencia de verificación de allanamiento celebrada el 19 de marzo de 2021, en la que ya fue asistida por el abogado Julio Manuel Gómez Pineda, la defensa adujo que no avizoraba causales de incompetencia, recusación o nulidad (récord: 14:06), acto seguido se dio lectura al escrito de acusación presentado por la delegada del órgano de persecución penal, en la cual se reiteró la imputación fáctica y jurídica, sin observaciones sustanciales por parte del extremo pasivo de la acción penal.

La juez de conocimiento advirtió que, conforme la jurisprudencia no repetiría el interrogatorio efectuado a la procesada en audiencia preliminar, sin embargo, indicó que revisada la grabación verificó que surtida la imputación, el

fiscal le informó sobre la posibilidad de allanarse a los cargos, posibilidad que reiteró el director de la diligencia al dar lectura a los derechos que le asistían, y finalmente ante la aceptación de culpabilidad corroboró que se tratara de una manifestación libre, consciente y voluntaria, momento a partir del cual se torna irrevocable, a menos que se acredite un vicio de conocimiento que no se alegó dentro de la actuación.

Después verificó el contenido de los elementos materiales probatorios allegados por la fiscalía, de los cuales infirió el mínimo de prueba acerca de la materialidad de los reatos endilgados y la responsabilidad de la encartada, en virtud de ello le impartió aprobación al allanamiento a cargos, acto seguido emitió la sentencia confutada.

Del recuento procesal efectuado, la Sala concluye que no se vulneró ninguna garantía fundamental a **Bertha Peralta Rubiano** por las siguientes razones: i) desde la audiencia preliminar de imputación la fiscalía le enrostró cinco eventos de extorsión agravada en calidad de cómplice y el delito de concierto para delinquir como autora, advirtiendo que las víctimas eran Juan de la Cruz Grimaldos Prada, Cecilia Ruda Flórez, María Marina Falla Camacho, Rosalba Bernal Miranda y José Alberto Vargas Díaz, calificación jurídica que no sufrió ninguna variación en el escrito de acusación ni en la sentencia.

Luego en momento alguno se sorprendió a la sindicada respecto las conductas punibles por las cuales estaba siendo investigada y en virtud de las que aceptó responsabilidad, distinto es que ahora en la sustentación de la apelación intente desdecirse de los términos acordados y aceptados, reclamando inclusive la falta de defensa técnica y la nulidad por ocultamiento de pruebas.

Sobre la defensa técnica anotamos que el artículo 29 de la Constitución Política, consagra el derecho del sujeto pasivo de la acción penal a la asistencia

letrada, cualificada o científica como integrante básico del debido proceso penal, al respecto indica: «(...) *Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; (...)*». A su vez el artículo 8º, numeral e), de la Ley 906 de 2004, consagra a favor del procesado el derecho a ser asistido y representado por un abogado de confianza o nombrado por el Estado.

Garantía reconocida en tratados internacionales ratificados por Colombia que, en virtud del artículo 93 superior, «*prevalecen en el orden interno*», como son el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹¹ y la Convención Americana de Derechos Humanos¹², aprobados por las Leyes 74 de 1968 y 16 de 1972, respectivamente.

Advertimos también que la violación al derecho a la defensa real o material se configura por el absoluto estado de abandono del defensor, generada por la inactividad categórica del abogado, de tal manera que no basta para considerar la ausencia de defensa, la simple convicción de que la asistencia del profesional del derecho pudo haber sido mejor, puesto que se tiene decantado que la estrategia defensiva varía según el estilo de cada profesional, dado que no existen fórmulas uniformes o estereotipos de acción.

Existe claridad que **Bertha Peralta Rubiano** siempre estuvo asistida por defensores de confianza contratados por ella, inicialmente la abogada Claudia Ramona Acosta Velandia, posteriormente por el togado Julio Manuel Gómez Pineda, evidenciando que si bien la primera brindó la asesoría para la aceptación de cargos en la audiencia preliminar, el segundo que funge como

¹¹ Artículo 14, numeral 3, literal d): "[d]urante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: (...) d) A hallarse presente en el proceso y a **defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección**; a ser informada, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo, y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo."

¹² Artículo 8º, numeral 2, literales d) y e): "(...) [d]urante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: (...) d) **derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor**; e) **derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley.**"

apelante en esta oportunidad, no invocó causal de nulidad alguna a instancias de la verificación del allanamiento, lo que únicamente adujo ahora que se emitió la sentencia condenatoria.

En la audiencia en la que se realizó la manifestación de culpabilidad, de la cual se deriva la crítica del recurrente, no se refleja una particular situación de indefensión, por cuanto la posibilidad de allanarse a los cargos sí representó una ventaja para la procesada de cara a la evidencia con la que contaba la fiscalía, pues si bien concurre la prohibición de conceder beneficios conforme el artículo 26 de la Ley 1121 de 2006, la terminación anticipada de la actuación penal habilitó la inaplicación del aumento punitivo que introdujo la Ley 890 de 2004, específicamente en cuanto al delito de extorsión agravada.

De ahí que constituya una mera especulación lo referido por el censor, acerca de la omisión de explicarle a la procesada la posibilidad de allanarse parcialmente a los cargos, máxime cuando se precisó cuál sería el escenario favorable que suscitaba tal alternativa (la condena conforme la Ley 733 de 2002), además de no concurrir el principio de trascendencia que rige las nulidades, según el cual no basta con aludir a la ocurrencia de una incorrección, sino que debe demostrarse que ésta afecta de manera real y cierta las garantías de los sujetos procesales o socava las bases fundamentales del proceso, se itera, sin que en el presente evento se estime materializada la situación denunciada.

De igual forma, tampoco es posible cuestionar el entendimiento de la inculpada respecto de las consecuencias que traería la aceptación de responsabilidad, pues no sólo la defensa la asesoró como se avizoró anteriormente, sino que intervino la fiscalía quien de manera clara expresó la pena a la que se vería sometida, sin mencionar nada sobre otros beneficios como la procedencia de subrogados o sustitutos penales, incluso, le informó que la eventual reparación de perjuicios daba lugar a la aplicación de lo dispuesto en el artículo 269 del CP.

Así mismo el juez le ilustró sobre los derechos a los que estaba renunciando y que la finalización anticipada del proceso traería como resultado inexorable una sentencia de carácter condenatorio, a todo lo cual dio su anuencia **Peralta Rubiano**.

Entonces una vez le fueron suficientemente explicadas las consecuencias de la aceptación a la procesada, decidió de forma libre, consciente y voluntaria asentir los cargos, renunciando a tener un juicio oral, público y con contradicción, así como al derecho de no autoincriminación, admitiendo así la tesis enrostrada por la fiscalía desde la imputación inicial.

En consecuencia, las críticas reseñadas por el censor no constituyen más que manifestaciones subjetivas y ajenas a la realidad procesal, que no resultan suficientes para demostrar el quebranto a garantías fundamentales base de su solicitud de nulidad, razón por la cual se despachará desfavorablemente el cargo así formulado.

Y es que es claro para la Sala que el propósito del censor, so pretexto de una inexistente violación de garantías fundamentales, es que **Bertha Peralta Rubiano** se retracte del allanamiento a cargos y de las consecuencias de éste, específicamente verse sometida a una pena privativa de la libertad, pese a que dichas resultas le fueron suficientemente explicadas, no sólo por su defensor, sino por la fiscalía y el juez de control de garantías.

Siendo del caso relieves que incluso se pretermitió por parte de las autoridades la verificación del requisito contemplado en el artículo 349 del CPP, no obstante que tenían la carga de verificar el cumplimiento de los requisitos definidos por el legislador para el allanamiento a cargos, que incluyen el reintegro de incremento patrimonial fruto de la comisión del delito, conforme se estableció en providencia SP14496-2017, RAD. 39831, sin que haya lugar a retrotraer la actuación en virtud de la prohibición de reforma en peor, en todo

caso porque no se concedió ninguna rebaja en virtud de la aceptación de culpabilidad, solamente la inaplicación de la Ley 890 de 2004 conforme el criterio jurisprudencial.

Tampoco puede tenerse como válido el argumento relacionado con el ocultamiento de pruebas, mismas que adujo el censor únicamente se exhibieron en la sentencia confutada, pues precisamente al obrar manifestación de culpabilidad renunció entre otros derechos, a un juicio oral, público y con contradicción de pruebas; luego el debate al que se aspira fue uno de los demisiones que consintió a cambio de la terminación anticipada del proceso y la no aplicación del aumento de la pena contemplado en la Ley 890 de 2004, descartando así esta Corporación, la afectación de su derecho a la defensa.

Ahora, si bien en el fallo se enlistaron como prueba para soportar la condena las noticias criminales formuladas por Sandra Milena Rodríguez Flórez y Emilse Díaz Vargas, las cuales también aparecen en el acápite de elementos probatorios del escrito de acusación, ello no significa que la declaratoria de responsabilidad recaiga en los eventos que involucran a las prenombradas, por el contrario, la juez de conocimiento desde la audiencia de verificación del allanamiento dio cuenta que la situación fáctica enrostrada correspondía a 5 eventos de extorsión agravada de los cuales fueron víctimas: i) Juan de la Cruz Grimaldos Prada mediante consignación de \$500.000., ii) Cecilia Ruda Flórez en cuantía de \$2.500.000., iii) María Marina Falla Camacho por valor de \$1.500.000., iv) Rosalba Bernal Miranda una suma de \$1.000.000., y v) José Alberto Vargas Díaz por \$1.500.000., cifras que retiró la procesada en hora seguida a la llamada extorsiva, así como el delito de concierto para delinquir por su adherencia a la organización criminal.

Ello, impide considerar que se haya vulnerado el principio de congruencia como alude intrínsecamente en la apelación, pues nótese que los términos tanto fácticos como jurídicos no fueron modificados, esto respecto de la

modalidad concursal que se le atribuyó por el delito de extorsión agravada, de manera que no hay lugar al pretendido rehacer de la imputación jurídica para excluir a presuntas afectadas que solamente se mencionaron en el fallo, se insiste, ello únicamente se hizo en procura de verificar el mínimo de prueba que permite inferir la autoría y participación en las conductas previstas en los artículos 244, 245 núm. 8° y 9° y 340 inc. 2° del CP, que respaldan no sólo la manifestación de responsabilidad sino el fallo emitido en su contra.

En los mismos términos se relacionaron los hechos en la sentencia del 20 de agosto de 2021, dosificando la pena que correspondía a la citada cantidad de eventos (cinco), pues se partió del mínimo de 72 meses de prisión y se aumentó 12 meses por los 4 restantes (3 por cada uno), lo propio se realizó con la sanción pecuniaria que se acrecentó con 2 smlmv por los demás supuestos, aunado al aumento propio del concurso heterogéneo por la concurrencia del reato previsto en el artículo 340 del CP.

Menos procede la declaratoria de ineficacia en virtud de la presunta falta de motivación referente a la indemnización parcial de las víctimas, pues si bien la instancia no hizo mención de ello, la defensa tampoco solicitó en la oportunidad procesal pertinente dar aplicación al artículo 269 del CP, lo postuló únicamente en sede de apelación como base de su pretensión nulificante; a lo cual se aúna que los términos en que se realizó la dosificación le permitía controvertir la decisión, como efectivamente ocurrió.

Ello, impide considerar que se reúnen los supuestos para decretar la nulidad de la sentencia, en tanto no se evidencia una absoluta omisión de la fundamentación que dio lugar a la pena impuesta a la procesada, escenario que sí se habría dificultado al censor formular los reparos contra la decisión de primer grado, máxime cuando ello puede subsanarse en virtud de lo argumentado en la alzada, como se precisará más adelante.

Visto lo anterior, se negarán las nulidades deprecadas por la defensa de Bertha Rubiano Peralta.

2.3. De la rebaja de pena por reparación - artículo 269 del CP.

El artículo 269 del C.P., como fenómeno post -delictual, genera para el procesado el derecho a una rebaja de pena que va de la mitad (50%) a las tres cuartas partes (75%), que debe ser aplicada por el juez de instancia de manera discrecional, que no arbitraria, propósito para el que debe analizar el interés mostrado por el acusado y el momento en que tuvo lugar la reparación, pues en últimas, lo que se persigue es velar por la satisfacción de los derechos de las víctimas (CSJ AP2116 de 2018, Rad. 46936).

De acuerdo al artículo 269 sustancial, los requisitos para reconocer la rebaja de pena son: *(i) que la reparación integral ocurra antes de dictarse sentencia de primera o única instancia, (ii) la restitución del objeto material del delito, cuando a ello sea posible, o en su defecto, la cancelación del valor del mismo y, finalmente, que (iii) sea integral, lo cual comporta la obligación de indemnizar los perjuicios causados.* (CSJ SP1480 de 2015)

Respecto de la manera de acreditar la materialización de la indemnización integral, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, en la providencia AP5218 de 2018, Rad. 53843, reiteró el precedente establecido en la SP16497-2014, Rad. 42647, en los siguientes términos:

«Si se busca acudir al mecanismo de reducción de pena dispuesto en el artículo 269 de la Ley 599 de 2000, lo adecuado es que la presentación de la prueba que demuestra la reparación efectiva del daño, suceda en curso de la diligencia dispuesta en el artículo 447 de esa normatividad, encaminada precisamente a regular la individualización de la pena, uno de cuyos factores incidentes, para los delitos cometidos contra el patrimonio económico, lo es la indemnización de perjuicios,

entendida como hecho post delictual que ninguna incidencia tiene en la delimitación de los mínimos y máximos de dosificación».

(...)

Eso sí, como la norma obliga a que la reparación opere "antes de dictarse sentencia de primera o única instancia", en tratándose de anuncio de sentido de fallo absolutorio, como quiera que no existe ese espacio para presentar solicitudes encaminadas a la fijación de la pena, por obvias razones, es facultad de la parte interesada, durante todo el término procesal previo a la emisión del fallo de primer grado, relacionar el cumplimiento de ese requisito material, para que cumpla con sus efectos.

(...)

Cuando menos, entonces, esos elementos de juicio aportados deben cubrir tan básicas exigencias, esto es, permitir desentrañar que no solo se restituyó el objeto material del delito –cuando pudo haberse desplazado su tenencia o se trató de un bien fungible el entregado u obtenido por ocasión del ilícito-, sino que se indemnizaron los perjuicios de todo orden anejos al delito.

Precisamente, la prueba que se presente debe ser suficiente para determinar el porcentaje de rebaja de pena –la norma establece un baremo que oscila entre la mitad y las tres cuartas partes- que no corresponde al arbitrio del funcionario judicial, sino a las características de la reparación y lo que ellas informen en torno del tipo de daño y su cabal reparación».

También sobre el tema de decisión, como ha sostenido la jurisprudencia (radicado 40234 de 2013), en aplicación del principio de igualdad y del valor justicia, el operador judicial puede moverse entre el 50% y el 75% de descuento «según el momento en que se hizo la indemnización y de quién surgió la voluntad de hacerlo, pues no es lo mismo que se restablezcan los derechos de la víctima a último momento, permitiendo que padezca las consecuencias del delito y las vicisitudes de un proceso penal por un extenso período, como tampoco que el esfuerzo para resarcir no hubiese sido realizado por el acusado, sino por un tercero».

En consecuencia, la norma estudiada confiere un margen de discrecionalidad en el reconocimiento cuantitativo de dicha disminución (*de la mitad a las tres cuartas partes*), lo que le permite al sentenciador considerar en su conjunto todas las circunstancias dentro de las cuales se presenta la reparación integral, con el propósito de definir el monto final de la degradación de la pena que finalmente impondrá.

Como se anotó, una de las pretensiones del censor era la declaratoria de nulidad por falta motivación en punto de los acuerdos indemnizatorios que presentó, en virtud de los cuales considera que debió reconocerse a la procesada la rebaja prevista en el artículo 269 del CP, lo que ya se dijo no tiene lugar dentro de la presente actuación.

La Sala destaca que como lo adujo el recurrente, la instancia se abstuvo de considerar para efectos de la dosificación de la pena lo planteado por él en el traslado del artículo 447 del CPP, donde expuso la reparación que realizó **Bertha Peralta Rubiano** en favor de las víctimas, excepto con relación a Rosalba Bernal Miranda por imposibilidad de ubicación, anotando que previamente había allegado los respectivos soportes al despacho.

Nótese que la juez unipersonal se limitó a tasar la sanción privativa de la libertad conforme lo previsto en la Ley 733 de 2002, en concordancia con el artículo 30 del CP en virtud del grado de participación atribuido a la encartada en la audiencia de imputación, por lo que decidió partir de aquel mínimo de 72 meses y sumar 12 meses por el concurso homogéneo y sucesivo, quedando la pena en 84 meses para el reato atentatorio del patrimonio económico.

Respecto de la multa consideró el quantum conforme la Ley 890 de 2004, fijando los extremos punitivos de 2000 a 7500 smlmv, sin que resultara ello procedente dado que la proscripción de beneficios contemplada en la Ley 1121 de 2006, ha motivado sendas decisiones del órgano de cierre

de la justicia penal en las que se ha precisado la incompatibilidad de aquel incremento cuando se acude a los mecanismos de la justicia premial, de ahí que lo procedente era definir la sanción pecuniaria dentro de los márgenes de la Ley 733 de 2002, que para el cómplice iría de 1500 a 5000 smlmv, lo que se corregirá más adelante.

Sin embargo, inobservó que la defensa acreditó la celebración de sendos acuerdos entre **Bertha Peralta Rubiano** y las víctimas a saber: i) Juan de la Cruz Grimaldos Prada quien recibió la suma de \$600.000., manifestando que fue reparado integralmente, mediante escrito suscrito el 16 de marzo de 2021¹³; ii) Cecilia Rueda Flórez por la cifra de \$2.500.000., informando que se consideraba indemnizada integralmente, memorial presentado ante la Notaría Séptima del Círculo de Bucaramanga el 28 de julio de 2021; y iii) José Alberto Vargas Díaz quien recuperó el valor de \$1.500.000., anunciando que renunciaba a cualquier reclamación de la misma índole, lo cual se acreditó a través de documento presentado en la ulterior fecha.

De manera que se probó el supuesto contemplado en el artículo 269 de la Ley 599 de 2000 con relación a tres de los afectados, pues si bien se mencionó que solamente no se logró lo mismo con Rosalba Bernal Miranda por imposibilidad de ubicación, lo cierto es que no se allegó evidencia alguna que permita entender cumplida esta condición respecto de María Marina Falla Camacho, de ahí que únicamente pudiera considerarse la rebaja para los casos en que se demostró la restitución del objeto material del delito o su valor, y la indemnización de los perjuicios ocasionados a la víctima.

Así, si bien algunas víctimas no demostraron interés en seguir con el proceso, ni en la indemnización, ello no es óbice para que el responsable de la conducta lo haga, lo que únicamente se realizó de manera parcial,

¹³ Folios 3 al 5 C-3 digitalizado.

precisamente porque el ánimo de indemnización debe provenir precisamente de quien causó el perjuicio.

Sin que exista duda de la procedencia de la rebaja en cuestión ante la reparación de las víctimas del delito de extorsión, de conformidad con lo decantado por la Corte Suprema de Justicia desde la decisión CSJ SP, 6 Jun 2012, RAD. 35767, dado que la referida disminución punitiva se entiende como un derecho y no un beneficio, de manera que no se encuentra cobijado por la prohibición contemplada en el artículo 26 de la Ley 1121 de 2006¹⁴.

De ahí que una vez materializado el supuesto de hecho que contempla la norma como requisito, el juez debe proceder a reconocerlo, para lo cual habrá de considerar el momento en que se materializó la indemnización y del sujeto de quien surge la intención de hacerla (CSJ SP 26 jun. 2013, rad. 40243, CSJ SP17588 de 2017, Rad. 49841).

En ese orden, al guarismo previamente definido -72 meses- habrá de rebajársele un 50% por indemnización integral, se itera, únicamente en tres de los eventos atribuidos a **Bertha Peralta Rubiano**, ello considerando que la reparación se efectuó aproximadamente 7 años después de la comisión de los delitos enrostrados y, más o menos a los dos años de la imputación y el allanamiento a cargos por parte de la procesada (mayo 29 de 2019), tiempos que no pueden pasar inadvertidos, porque ello es a todas luces uno de los criterios que, según la Corte, debe atenderse al momento de determinar el monto de la rebaja a reconocer por el resarcimiento de los perjuicios, por tanto, se estima proporcional acceder a la citada rebaja que conduciría a que en 3 de los eventos de extorsión se parta de 36 meses.

Ello significa que la pena de prisión de 72 meses continúa siendo la que rige el proceso de dosificación punitiva, dado que al no acreditar la

¹⁴ CSJ SCP, AP1710-2018, RAD. 52129.

indemnización integral respecto de las perjudicadas Rosalba Bernal Miranda y María Marina Falla Camacho, no hay lugar a aplicar el artículo 269 del CP para la totalidad de las extorsiones, lo que únicamente se hará con relación a los casos en que fungen como víctimas Juan de la Cruz Grimaldos Prada, Cecilia Rueda Flórez y José Alberto Vargas Díaz.

Así, atendiendo a los criterios utilizados por la instancia para definir la sanción privativa de la libertad que le correspondía a la procesada, a los 72 meses iniciales se le sumarán 3 más por el segundo evento en el que no se indemnizó, así como 4 meses y 15 días en virtud de los tres eventos en que se accedió al descuento de la norma en cuestión, precisamente aplicando la disminución del 50% anunciada al incremento realizado por la modalidad concursal homogénea y sucesiva de extorsiones, de manera que esta sanción quedará en 79 meses y 15 días por el delito en cuestión, aunado a los 10 meses que se determinaron por el concurso heterogéneo con el reato de concierto para delinquir, para un quantum definitivo de 89 meses y 15 días.

Por su parte, la sanción pecuniaria que como se indicó se tasó erróneamente conforme el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, deberá adecuarse a lo previsto en la Ley 733 de 2002, que prevé para la extorsión agravada una multa de 3000 a 6000 smlmv, se itera, que para el cómplice corresponde a 1500 a 5000 smlmv.

Así, atendiendo al proceso dosimétrico realizado por la instancia se partirá de 1500 smlmv, a los cuales se sumarán 2 por el segundo caso no indemnizado y 3 por los eventos cobijados por la rebaja del artículo 269 del CP, atendiendo a la proporción indicada de disminución (50%). En consecuencia, la multa que se le impondrá a la encartada corresponde a 1505 smlmv.

De otro lado, resulta necesario efectuar una aclaración respecto del quantum de la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones

públicas, dado que la instancia se limitó a relacionarlo con la pena principal, sin verificar que la condena por el delito de extorsión agravada contempla la multa con idéntico carácter, motivo por el cual resulta pertinente precisar que el término de la sanción accesoria corresponde a la pena de prisión aquí modificada.

2.4. La exclusión de beneficios por disposición del artículo 26 de la Ley 1121 de 2006.

De acuerdo con la Ley 1121 de 2006, el legislador en desarrollo de la política criminal y atendiendo al contexto del conflicto armado adoptó normas para la prevención, investigación y sanción de los delitos de terrorismo, financiación de terrorismo, secuestro extorsivo, extorsión y conexos (artículo 26) y determinó que quienes cometieran los ilícitos mencionados no serían favorecidos con rebajas de pena por sentencia anticipada o confesión, subrogados penales o mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad, ni beneficio alguno de carácter judicial o administrativo, excepto los previstos por colaboración eficaz¹⁵.

Precepto declarado exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C-073 de 2010:

«Como se puede apreciar, se trata de un texto normativo encaminado a prevenir, investigar y sancionar los delitos de terrorismo, secuestro y extorsión, en sus diversas modalidades, mediante la adopción de un conjunto de medidas, de diversa naturaleza (preventivas, represivas, económicas, etc.) encaminadas todas ellas a combatir estos delitos que causan un elevado impacto social.

¹⁵ Ley 1121 de 2006. Artículo 26: Exclusión de beneficios y subrogados. Cuando se trate de delitos de terrorismo, financiación de terrorismo, secuestro extorsivo, extorsión y conexos, no procederán las rebajas de pena por sentencia anticipada y confesión, ni se concederán subrogados penales o mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad de condena de ejecución condicional o suspensión condicional de ejecución de la pena, o libertad condicional. Tampoco a la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión, ni habrá lugar a ningún otro beneficio o subrogado legal, judicial o administrativo, salvo los beneficios por colaboración consagrados en el Código de Procedimiento Penal, siempre que ésta sea eficaz.

En ese orden de ideas, la disposición legal acusada, mediante la cual se excluye la concesión de beneficios y subrogados penales para los autores y partícipes de tan gran graves conductas, no resulta ser un cuerpo extraño en el texto de la Ley 1121 de 2006. Todo lo contrario.

Su contenido se ajusta perfectamente a los fines perseguidos por el legislador, en la medida en que pretende disuadir a todos aquellos que deseen perpetrar tales crímenes.»

Dentro de sus pretensiones el recurrente solicita que se le otorgue la suspensión condicional de la ejecución de la pena a **Bertha Peralta Rubiano**, ello bajo el entendido que las víctimas indemnizadas manifestaron su interés en la terminación del proceso, sin que aquello constituya un presupuesto para el acceso al subrogado pretendido, ni derruya la proscripción legal que existe respecto del delito de extorsión agravada por el que aceptó cargos la procesada y fue condenada.

Recuérdese que el limitante para proceder conforme lo previsto en el artículo 63 del CP, está contemplado en el artículo 26 de la Ley 1121 de 2006, donde se prevé expresamente la prohibición de conceder la suspensión condicional de la ejecución de la pena, cuando se trate de delitos de extorsión y conexos, por lo que habrá de confirmarse la sentencia en este sentido.

En conclusión, la Sala precisa que los cargos formulados por el apoderado solo prosperan parcialmente, en consecuencia, se negarán las solicitudes de nulidad formuladas por la defensa, además de confirmar la sentencia de 20 de agosto de 2021 proferida por el Juzgado Séptimo Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bucaramanga, que declaró a **Bertha Peralta Rubiano** penalmente responsable, en virtud de allanamiento, como cómplice del delito de extorsión agravada y autora del reato de concierto para delinquir, modificándose únicamente lo relacionado con el quantum de las penas impuestas.

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

RESUELVE

Primero. - **Negar** las nulidades planteadas por la defensa de **Bertha Peralta Rubiano**, por ausencia de vulneración de garantías fundamentales.

Segundo. - **Confirmar parcialmente** la sentencia del 20 de agosto de 2021, proferida por el Juzgado Séptimo Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bucaramanga, que declaró a **Bertha Peralta Rubiano** penalmente responsable, en virtud de allanamiento, como cómplice del delito de extorsión agravada y autora del reato de concierto para delinquir.

Tercero. - **Modificar las penas contenidas en el numeral primero** de la sentencia del 20 de agosto de 2021, proferida por el Juzgado Séptimo Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bucaramanga, precisando que se condena a **Bertha Peralta Rubiano** a la pena de 89 meses y 15 días de prisión y multa de 1505 salarios mínimos legales mensuales vigentes, **aclarando** que el quantum de la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas establecida en el numeral segundo, corresponde al término de la pena de prisión.

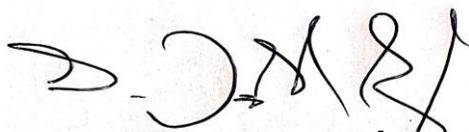
Cuarto. - Contra la presente providencia procede el recurso extraordinario de Casación, que deberá interponerse y sustentarse en los términos de ley.

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

Los Magistrados,



GUILLERMO ÁNGEL RAMÍREZ ESPINOSA



SUSANA QUIROZ HERNÁNDEZ



PAOLA RAQUEL ÁLVAREZ MEDINA

Registro de proyecto el 8 de mayo de 2023.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE
BUCARAMANGA

SALA DE DECISIÓN PENAL

Magistrada ponente: SUSANA QUIROZ HERNÁNDEZ

Radicado: 68001 6000 159 2022 06114 01 NI 23-078 (005-23)
Procedencia: Juzgado Primero Penal Municipal con Funciones Mixtas de Girón
Acusado: Daniel Alfonso Díaz Morris
Delitos: Violencia Intrafamiliar Agravada
Asunto: Sentencia Condenatoria
Decisión: Confirma
Aprobado: Acta No. 401
Fecha: 28 de abril de 2023
Lectura: 11 de abril de 2023

ASUNTO POR DECIDIR

Procede el Despacho a desatar el recurso de apelación interpuesto por la defensa de **Daniel Alfonso Díaz Morris** contra la sentencia proferida el 27 de diciembre de 2022 por el Juzgado Primero Penal con Funciones Mixtas de Girón – Santander, que lo declaró penalmente responsable por el delito de violencia intrafamiliar agravada.

IMPUTACIÓN FÁCTICA

El 20 de agosto de 2022, a las 07:50 horas, en la carrera 16 # 14B - 18 piso 3 del barrio Villas de Don Juan Etapa I de Bucaramanga, **Daniel Alfonso Díaz Morris** maltrató física y psicológicamente a Yessika Fernanda Pico Rueda, su excompañera permanente y mamá de su hijo menor de edad. Concretamente, luego de que esta recibió una llamada en su teléfono celular que no contestó, el acusado le reclamó y ella le respondió que no tenía por qué darle explicaciones, ante lo cual **Díaz Morris** la cogió de los brazos, le apretó la cara, le arañó el cuello y le exigió que le diera el número del cual la estaban llamando; seguidamente, con un cuchillo intentó darle una puñalada en la pierna, la amenazó diciéndole que le iba a destruir la cara, la cogió de la camisa y la tiró. El

señor **Daniel Alfonso Díaz Morris** fue capturado en flagrancia por parte de patrulleros de la Policía Nacional.

ACTUACIÓN PROCESAL

El 21 de agosto de 2022, ante el Juzgado Quinto Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bucaramanga, se legalizó la captura de **Daniel Alfonso Díaz Morris** y la fiscalía le corrió traslado de la acusación por el delito de violencia intrafamiliar agravada, cargos que no fueron aceptados. En aquella oportunidad el Ente Acusador solicitó la imposición medida de aseguramiento consistente en privación de la libertad en establecimiento carcelario, petición que fue despachada favorablemente por el juzgado de control de garantías.

El conocimiento correspondió al Juzgado Primero Penal Municipal con Funciones Mixtas de Girón - Santander, que realizó audiencia concentrada el 7 de septiembre de 2022; el juicio oral se adelantó en sesiones del 1° y 15 de noviembre y 13 de diciembre de 2022; en esta última diligencia se emitió el sentido del fallo de carácter condenatorio, al cabo que se corrió traslado de la sentencia el 27 de diciembre del mismo año, siendo recurrida únicamente por el acusado.

2

SENTENCIA IMPUGNADA

La primera instancia declaró penalmente responsable a **Daniel Alfonso Díaz Morris** por el punible de violencia intrafamiliar agravada, conforme al inciso 2° del artículo 229 del C.P., tras considerar que se reunieron los presupuestos exigidos en el artículo 381 del C.P.P., dada la credibilidad de la víctima, concordante con lo dicho por los demás testigos.

Aclaró que, si bien el acusado manifestó no haber golpeado a Yessika Fernanda, ello quedó desacreditado con lo narrado no solo por la víctima, sino por los dos agentes que intervinieron en el procedimiento de captura y la profesional de la salud adscrita al Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses que realizó el reconocimiento médico a la agredida.

Precisó que el único evento que se le atribuyó al procesado se ajustó al tipo penal enrostrado, además de que tuvo la trascendencia suficiente para lesionar cierta y efectivamente el bien jurídico tutelado. Adicionalmente, encontró configurado el agravante debido a que los celos manifestados por **Díaz Morris** y que dieron lugar a maltratar a su expareja, constituye una circunstancia que, a luz del enfoque de género, permite inferir que los hechos se enmarcaron en un contexto de sumisión, subyugación y discriminación.

Finalmente, procedió con el proceso de dosificación punitiva, para lo cual fijó los límites punitivos entre seis (6) y catorce (14) años de prisión; luego estableció los cuartos de movilidad y, atendiendo a que concurrió una circunstancia de menor punibilidad, como lo es el no contar con antecedentes penales, y una de mayor punibilidad, precisamente la descrita a numeral 20 del artículo 58 del C.P., se ubicó dentro de los cuartos medios; seguidamente, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 61 *ibidem*, fijó la sanción en ocho (8) años y un (1) día de prisión e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso. A su vez, negó la concesión de subrogados penales por expresa prohibición legal, por lo que dispuso mantener privado de la libertad al procesado para el cumplimiento efectivo de la pena.

DE LA APELACIÓN

Inconforme con la decisión, **Daniel Alfonso Díaz Morris** interpuso en término y sustentó por escrito recurso de apelación, coadyuvado en esta oportunidad por el Dr. Eduardo Morales Miranda; para el efecto, censuró, en primer lugar, que el *a quo* no tomó en consideración que su actuar obedeció a una circunstancia de ira e intenso dolor, ya que el conflicto de pareja tuvo su génesis ante una llamada telefónica que recibió su expareja por parte de una persona de sexo masculino y, al no recibir una explicación clara y precisa, reaccionó ejecutando conductas propias de la celotipia, perdiendo el control.

Igualmente, censuró la dosificación punitiva, pues, a su juicio, el juez debió ubicarse en el primer cuarto de movilidad punitiva, atendiendo la ausencia de antecedentes, lo cual debía arrojar una pena de un año de prisión, aplicando el atenuante del artículo 57 del Código Penal.

Por otro lado, reprochó que el abogado que lo representó durante todo el curso del proceso no tuvo comunicación alguna con él y tal anomalía fue advertida por el juez de conocimiento, quien debió declarar la nulidad de la actuación a partir del traslado del escrito de acusación. Tal situación, adujo, afectó su derecho al debido proceso y las garantías procesales, dado que, al no contar con una defensa técnica, se le privó de buscar una terminación anticipada del proceso que le habría significado una disminución sustancial de la pena.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Competencia

De conformidad con lo dispuesto en el numeral 1º del artículo 34 de la Ley 906 de 2004, este Tribunal es competente para conocer del recurso de apelación interpuesto por el sentenciado, contra el fallo condenatorio proferido por el Juzgado Primero Penal Municipal con Funciones Mixtas de Girón - Santander Conocimiento, aclarando que, por tratarse de la segunda instancia, los asuntos bajo conocimiento de esta Sala se circunscriben a los que fueron objeto de inconformidad y a los inescindiblemente ligados a los mismos, en virtud del principio de limitación.

4

Cabe destacar que, en atención al derecho fundamental al debido proceso consagrado en la Constitución Política de 1991, toda persona tiene derechos a impugnar la sentencia condenatoria, razón por la cual es viable que la Sala desate la alzada promovida por el procesado en ejercicio de su derecho a la defensa material.

Problema jurídico

La crítica al fallo confutado radica en los siguientes aspectos: (i) configuración de nulidad por vulneración al derecho de defensa; (ii) la configuración de la circunstancia de ira e intenso dolor; y (iii) la errónea dosificación de la pena impuesta.

De manera que, siguiendo el orden de prioridades, la Sala se ocupará en primer término de la nulidad propuesta, pues obvio es que, de estructurarse esta, se afectaría la actuación desde el momento en que ello hubiese ocurrido y no quedaría camino diferente en esta instancia que decretarla. De no prosperar la nulidad invocada, se continuará con el examen de los restantes reparos propuestos en la alzada.

Sobre la nulidad invocada por vulneración al derecho de defensa

El Título VI del Libro II de la Ley 906 de 2004 regula la ineficacia de los actos procesales, estableciéndose en los artículos 455 y siguientes de dicha normatividad las hipótesis en las cuales resulta necesario declarar la nulidad de determinadas actuaciones, a saber: (i) cuando se obtienen pruebas con violación de las garantías fundamentales (arts. 455 y 23); (ii) cuando el juez cognoscente carece de competencia para adelantar el proceso (art. 456); y (iii) en los eventos que se presente violación del **derecho de defensa** o del debido proceso en aspectos sustanciales (art. 457). A su turno, el canon 458 del referido compendio normativo establece que no podrá decretarse ninguna nulidad por causal diferente a las señaladas en precedencia.

Téngase en cuenta que la invalidación de los actos procesales, tal como reiteradamente lo ha puntualizado la Corte Suprema de Justicia¹, debe ajustarse a derroteros axiológicos que, si bien no se encuentran contenidos en el Código de Procedimiento Penal del 2004, sí figuraban en la legislación pretérita (Ley 600 de 2000), mismos que, por no reñir con la sistemática procesal acusatoria, son de recibo en virtud del principio de integración. La citada Corporación los sintetizó de la siguiente manera:

Estos principios han sido definidos por la jurisprudencia de esta Sala, de la siguiente manera: **Taxatividad**, significa que solo es posible solicitar la nulidad por los motivos expresamente previstos en la ley. **Acreditación**, se refiere a que quien la alega debe especificar la causal que invoca y señalar los fundamentos de hecho y de derecho en los que se apoya. **Protección**: la nulidad no puede

¹ SP, 18 nov 2008, radicado 30539 y SP, 18 mar 2009, radicado 30710.

ser invocada por quien ha coadyuvado con su conducta a la ejecución del acto irregular. **Convalidación:** la nulidad puede enmendarse por el consentimiento expreso o tácito del sujeto perjudicado. **Instrumentalidad:** la nulidad no procede cuando el acto irregular ha cumplido la finalidad para la cual estaba destinado. **Trascendencia:** quien la alegue debe demostrar que afectó una garantía fundamental o desconoció las bases fundamentales de la instrucción o el juzgamiento. **Residualidad:** solo procede cuando no existe otro medio procesal para subsanar el acto irregular. ²

Entonces, la prosperidad de la nulidad en el sistema penal con tendencia acusatoria dependerá de la demostración de la irregularidad en los eventos expresamente señalados en la ley y del respeto de los demás principios que la rigen.

Sobre el derecho de defensa, importa precisar que, instituido como garantía judicial³, se encuentra desarrollado en el artículo 29 de la Constitución Política, en el marco de la garantía al debido proceso judicial, así: *Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento.* Al respecto, el máximo órgano de la jurisdicción penal ha sostenido que se entiende quebrantada en los siguientes eventos:

“...el derecho a la defensa y especialmente desde la defensa técnica, se advierte quebrantado cuando: I) hay ausencia absoluta de un profesional del derecho, II) Por la falta de actos positivos de gestión o III) cuando el profesional del derecho carece de las mínimas habilidades, conocimientos y experticia requerida para actuar en el proceso penal.

En esa misma línea, la Corte Constitucional ha señalado tres presupuestos para tener en cuenta cuando se predica el

² SP 1 jun 2018, radicado 49592.

³ Convención americana de derechos humanos, artículo 8 – garantías judiciales:

d) derecho del inculcado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;

e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculcado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley.

quebranto del derecho de defensa, en la modalidad de defensa técnica, así:

1. La vulneración del núcleo esencial del derecho a la defensa técnica no puede darse como consecuencia de la utilización de una estrategia de defensa.
 2. La ausencia de defensa técnica debe tener repercusiones respecto de otros derechos fundamentales del imputado y debe evaluarse dentro del contexto general del debido proceso y
 3. Las deficiencias de la defensa técnica no pueden ser el resultado de la intención de evadir las consecuencias del proceso.
- (SP, AP3975-2019, radicado 55830)

De ahí que se entiende vulnerada esta garantía *ius fundamental* cuando el abogado que asiste al procesado no despliega un ejercicio profesional del derecho de manera activa, sino simplemente formal, o cuando hay ausencia total del apoderado o aquel no tiene los conocimientos mínimos para asumir la representación. Asimismo, quien alegue afectación de este derecho deberá acreditar que efectivamente generó una repercusión en las demás garantías que le asisten al implicado en el marco del debido proceso.

7

Precisado lo anterior, se tiene que en el presente asunto el sentenciado alega la vulneración de su derecho de defensa, pues, según su dicho, no tuvo comunicación con su defensor y que, al advertir tal falencia, el juez de conocimiento debió decretar la nulidad desde el traslado del escrito de acusación. Agregó que el abogado que representó sus intereses no hizo un esfuerzo por presentar teoría del caso, como tampoco en demostrar el atenuante de ira e intenso dolor.

Sin embargo, revisada la actuación se tiene que desde audiencias preliminares asistió el doctor Bernardo García Grimaldo, abogado escogido y contratado por el mismo procesado. En la diligencia concentrada, de forma clara y puntual el *a quo* le hizo saber al encartado sobre el descuento al que se haría acreedor en el evento de aceptar cargos; en tal sentido, le indagó si había sido asesorado y si era conocedor de las consecuencias en caso de ser declarado culpable, a lo cual respondió: “sí,

señor”⁴. Así, luego de la verificación de las garantías del procesado, el director de la diligencia prosiguió las diligencias.

En la instalación de juicio oral del 1° de noviembre, nuevamente el *a quo* informó al procesado sobre la posibilidad de acceder al descuento punitivo correspondiente por aceptación de la responsabilidad penal; para el efecto, le preguntó si había podido establecer comunicación con su representante y le concedió la oportunidad de hablar con el Dr. García, lo cual rechazó para manifestar que no aceptaba cargos. Igualmente, previo a escucharse su testimonio⁵, el juez decretó un receso a fin de garantizar la comunicación que echa de menos el impugnante⁶.

Así las cosas, encuentra la Sala que se respetó y garantizó el derecho de defensa del señor **Díaz Morris**, pues contó en todo momento con la representación de un profesional designado por él mismo, al punto que el *a quo* le indagó si había sido asesorado a efectos de corroborar si conocía de las consecuencias de la aceptación de cargos y de enfrentarse a un juicio, optando de manera libre, voluntaria y asesorada por el segundo camino.

8

Ahora, si bien la actuación desplegada por el abogado de confianza no cumplió con las expectativas del apelante, ello no significa que se quebrantó su garantía de defensa, máxime que aquel demostró aptitud para el desempeño del mandato, siempre estuvo presto a acudir a las diligencias y no se mostró pasivo en las diligencias. Nótese que confrontó a la víctima mediante preguntas en sede de conainterrogatorio, ofreció el testimonio del propio acusado y postuló alegatos finales de acuerdo con su criterio profesional. El hecho de que no presentara teoría del caso en modo alguno constituye irregularidad, pues ello suele ser una estrategia válida, al punto que el artículo 371 de la Ley 906 de 2004 no lo establece como obligación de la defensa.

Así las cosas, no se observa la configuración de ninguno de los supuestos por los cuales se pueda entender quebrantado el derecho de

⁴ Audiencia concentrada del 7 de septiembre de 2022, récord 07:02 ss.

⁵ Audiencia juicio oral del 13 de diciembre de 2022, récord 33:33 a 40:58.

⁶ Audiencia juicio oral del 1° de noviembre de 2022, récord 4:16 ss.

defensa del acusado, razón por la cual resulta infundada su queja al respecto.

De la configuración de la circunstancia de ira e intenso dolor

El recurrente argumentó que su actuar obedeció a una conducta propia de la “celotipia” que lo llevó a perder el control, lo que, a su juicio, constituye la circunstancia atenuante de ira e intenso dolor. Pues bien, para resolver el particular se debe hacer alusión al artículo 57 del Código Penal⁷, que versa sobre el estado emocional del sujeto activo, cuya alteración lo conlleve a ejecutar la conducta punible, causado por comportamiento ajeno, grave e injusto. Entonces los elementos que deben concurrir para reconocer la atenuante son los siguientes:

- (i) Conducta ajena, grave e injusta.
- (ii) Estado de ira e intenso dolor.
- (iii) Relación causal entre la provocación y la reacción.⁸

En lo que tiene ver de manera específica con el desarrollo de una conducta grave por parte de la víctima, la Corte Suprema de Justicia señaló:

(...) para reconocer el estado de ira, resulta indispensable que los elementos probatorios tengan la capacidad de demostrar que efectivamente el acto delictivo se cometió a consecuencia de un impulso violento, provocado por un acto grave e injusto de lo que surge necesariamente la existencia de la relación causal entre uno y otro comportamiento, el cual debe ejecutarse bajo el estado anímico alterado. No se trata entonces, como atinadamente lo enseña la doctrina, de actos que son el fruto exclusivo de personalidades impulsivas, que bajo ninguna provocación actúan movidas por su propia voluntad. Y en el caso de que el acto sea

⁷ El que realice la conducta punible en estado de ira o de intenso dolor, causados por comportamiento ajeno grave e injustificado, incurrirá en pena no menor de la sexta parte del mínimo ni mayor de la mitad del máximo de la señalada en la respectiva disposición.

⁸ SP, 30 de junio de 2010, radicado 33163

origen de un estado emocional como los celos, es necesario diferenciar la existencia previa del acto reprochable, ultrajante y socialmente inaceptable por parte de la víctima de aquel que se origina en una responsabilidad predispuesta a sentirlos sin ningún motivo real.⁹

Pues bien, el señor **Díaz Morris** alegó que la circunstancia que lo llevó a actuar como lo hizo fue por una llamada telefónica que recibió la agredida, según él, de una persona de sexo masculino, y al no recibir una explicación satisfactoria, perdió el control¹⁰. Explicación que debe ser rechazada de manera contundente por la Sala porque, además de no contarse con prueba científica que permita demostrar que el procesado sufriera del alegado trastorno mental, el apelante obró sin motivo real, puesto que asumió sin comprobación alguna que la llamada recibida por la víctima era de otro sujeto. Además, el hecho de que aquella no quisiera darle explicaciones al respecto no constituye un acto reprochable o ultrajante capaz de provocar tal reacción; contrariamente, no queda duda de que el acusado actuó en un claro contexto de dominación y subyugación, comoquiera que, según su propia afirmación, pretendía coartar la autonomía de la víctima mediante la violencia para que le suministrara la información. Por lo tanto, asumir la postura del impugnante sería tanto como legitimar estos actos de agresión en contra de la mujer en detrimento de sus libertades.

10

Comportamientos como el que finalmente admitió el enjuiciado están proscritos por el ordenamiento jurídico. Basta referenciar que la Convención de Belém Do Pará (1994) busca erradicar la violencia contra la mujer, cometido de obligatorio cumplimiento para el estado colombiano¹¹ que se concreta en el tipo penal previsto en el artículo 229 del Código Penal, en consonancia con la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra La mujer (1979)¹², ratificada mediante Ley 51 de 1981. En este punto es importante resaltar que, en todos los casos de violencia contra la mujer, los medios de

⁹ SP, 9 de mayo de 2007, radicado 19876.

¹⁰ Escrito impugnación – Archivo 028. Folio 2

¹¹ La Ley 248 de 1995 incorporó al ordenamiento interno la Convención de Belém do Pará.

¹² Conocida por sus siglas en inglés como CEDAW (Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women)

conocimiento deben analizarse bajo el enfoque de género¹³, de tal forma que sea posible identificar y superar ese contexto social de discriminación a las mujeres, a quienes históricamente se les ha subyugado en relación con los hombres¹⁴.

Bajo esa línea de pensamiento, es claro para la Sala que la situación fáctica no encuadra dentro del atenuante previsto en el citado artículo 57, por lo que el cargo en tal aspecto fracasa.

De la dosificación punitiva

Finalmente, el apelante señaló que el *a quo* erró al fijar la pena dentro de los cuartos medios, pues, a su juicio, debía partir del cuarto mínimo, además de reconocer el atenuante de ira e intenso dolor.

Pues bien, verificado el escrito de acusación, del cual se corrió el respectivo traslado al procesado y su defensor, y así se constató ante el Juez Quinto Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bucaramanga en diligencia celebrada el 21 de agosto de 2022¹⁵, en el acápite número seis denominado “Comunicación de los Cargos”, obrante a folio 5, se lee:

Señor DANIEL ALFONSO DIAZ MORRIS, se le comunica concurre en su favor circunstancias de menor punibilidad de que trata el artículo 55 numeral 1 del CP, como quiera que en oficio del 20 de agosto de 2022 de la Policía Nacional, Dirección de Investigación Criminal e Interpol Seccional Bucaramanga, registra antecedentes penales.

Señor DANIEL ALFONSO DIAZ MORRIS, se le comunica concurre circunstancias de mayor punibilidad, toda vez que utilizó arma blanca cuchillo para intimidar la víctima, de acuerdo con el numeral

¹³ “El enfoque de género es un mandato constitucional y supraconstitucional que vincula a todos los órganos e instituciones del poder público, y que les obliga a que, en el ejercicio de sus funciones y competencias, obren en modos que les permitan identificar, cuestionar y superar la discriminación social, económica, familiar e institucional a la que históricamente han estado sometidas las mujeres”. CSJ SP 2136 del 1 de julio de 2020.

¹⁴ Ver Sala de Casación Penal C.S.J., sentencia del 19 de febrero de 2020 Rad. 53037. M.P. Patricia Salazar Cuellar.

¹⁵ Récord 31:20 ss.

20 del artículo 7 de la ley 2197 del 25 de enero de 2022 que modificó el artículo 58 de la Ley 599 de 2000.”

Por lo anterior, observa la Sala que, en atención a lo normado en el artículo 61 inciso 2°, por concurrir una circunstancia de mayor y otra de menor punibilidad, al fallador solo le era permitido moverse dentro de los cuartos medios. Dicha causal de mayor punibilidad no solo fue comunicada al acusado mediante el traslado de la acusación, sino que se demostró con los testigos que usó un cuchillo para intimidar a la víctima, por lo que encuentra esta Colegiatura que no le asiste razón al procesado al pretender una dosificación más beneficiosa, descartada, como se dijo, la configuración del atenuante.

Cuestión final

Llama la atención de la Sala que el memorial que sustenta el recurso de apelación esté suscrito por el abogado Edgar Morales Miranda bajo la figura de la coadyuvancia, a pesar de que el acusado estuvo representado por otro defensor de confianza. Así las cosas, ante la insólita y presunta irregular forma de ejercer la profesión, se ordenará remitir copias a la Comisión Seccional de Disciplina Judicial de Santander para lo de su competencia.

12

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO. CONFIRMAR la sentencia del 27 de diciembre de 2022, proferida por el Juzgado Primero Penal con Funciones Mixtas de Girón – Santander, en contra de **Daniel Alfonso Díaz Morris** por el punible de violencia intrafamiliar agravada.

SEGUNDO. REMITIR copias a la Comisión Seccional de Disciplina Judicial, según lo indicado en el acápite final de esta providencia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


SUSANA QUIROZ HERNÁNDEZ
Magistrada


PAOLA RAQUEL ÁLVAREZ MEDINA
Magistrada

JAIRO MAURICIO CARVAJAL BELTRÁN
Magistrado



República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público

Distrito Judicial de Bucaramanga (Santander)
Tribunal Superior
Sala Penal

Magistrada ponente: Paola Raquel Álvarez Medina.

Radicado: 68001-6000-159-2020-05448 (21-730A).

Procesado: Yerson Alfonso Montañez Lizarazo.

Delito: Fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones.

Decisión: Confirma sentencia.

APROBADO ACTA No. 451

Bucaramanga, once (11) de mayo de dos mil veintitrés (2023)

ASUNTO

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por el procesado **Yerson Alfonso Montañez Lizarazo** contra la sentencia del 18 de agosto de 2021, mediante la cual el Juzgado Octavo Penal del Circuito de Bucaramanga con función de conocimiento lo condenó a la pena de 60 meses de prisión, como responsable penalmente del delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones (art. 365 del C.P.).

HECHOS

Según el escrito de acusación, el 22 de octubre de 2022, sobre las 08:00 p.m., en el barrio Junín de Piedecuesta –Santander, miembros de la Policía Nacional sorprendieron a Yerson Alfonso Montañez Lizarazo en poder de un arma de fuego tipo revólver calibre 23.

ACTUACIÓN PROCESAL

1. El 22 de octubre de 2020, ante el antes denominado Juzgado Cuarto Promiscuo Municipal de Piedecuesta –Santander en función de control de garantías, se legalizó la captura de Yerson Alfonso Montañez Lizarazo; asimismo, la agencia fiscal le formuló imputación por el delito de



*Apelación sentencia abreviada - Rad: 68001-6000-159-2020-05448 (21-730A)
Procesado: Yerson Alfonso Montañez Lizarazo.
Decisión: Confirma sentencia del 18 de agosto de 2021.*

fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones (art. 365 del C.P.), cargos que no aceptó.

2. El 11 de diciembre de 2020, la fiscalía presentó escrito de acusación respecto de Yerson Alfonso Montañez Lizarazo por la misma atribución jurídica referida, el cual por reparto correspondió al Juzgado Octavo Penal del Circuito de Bucaramanga con función de conocimiento, despacho que, luego de varios intentos, el 18 de agosto de 2021, se instaló la audiencia de acusación, pero la fiscalía solicitó cambiar el rumbo de la misma, dado que celebró un preacuerdo con el encartado consistente en que, a cambio de aceptar responsabilidad penal, degradaría su participación a cómplice para efectos punitivos, pactando una pena imponible de 60 meses de prisión, términos que fueron explicados por el defensor a Yerson Alfonso, quien adujo aceptar los mismos de forma libre, consiente, voluntaria y debidamente asesorado, con lo que estuvo de acuerdo la delegada del Ministerio Público.

Seguidamente, se corrió el traslado del artículo 447 del C.P.P. y, finalmente, el despacho emitió la sentencia condenatoria respectiva, denegándole el acceso a los subrogados penales, determinación que fue recurrida por el procesado y sustentada dentro del término correspondiente.

3. El 10 de noviembre de 2021 las diligencias ingresaron por reparto a esta magistratura, para lo de su cargo.

SENTENCIA IMPUGNADA

El juez de primera instancia estimó¹ acreditada la ocurrencia del reato acusado y la responsabilidad penal de Yerson Alfonso Montañez Lizarazo con fundamento en la aceptación de cargos mediante la suscripción de un preacuerdo, lo cual respondió a una manifestación consciente, libre y voluntaria del procesado, quien estuvo debidamente asesorado por su

¹ Pág. 40 en adelante. Expediente digital.



Apelación sentencia abreviada - Rad: 68001-6000-159-2020-05448 (21-730A)
Procesado: Yerson Alfonso Montañez Lizarazo.
Decisión: Confirma sentencia del 18 de agosto de 2021.

defensor, así como con los elementos materiales de prueba expuestos, por lo que dictó sentencia condenatoria en su contra.

En consecuencia, el *a quo* condenó al prenombrado a la pena de 60 meses de prisión como autor responsable del delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones, *a quien se reconoce en virtud de preacuerdo la rebaja de pena que corresponde a quien actúa como cómplice, sin base fáctica*; además, les impuso la sanción accesoria de interdicción para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso de la pena privativa de la libertad; finalmente, denegó el acceso a los subrogados penales y dispuso el comiso definitivo del arma y la munición incautadas, a favor de las fuerzas militares.

En cuanto a este último aspecto, que fue objeto de disenso, el cognoscente consideró que Yerson Alfonso no se hace merecedor de la suspensión condicional de la ejecución de la pena porque, conforme al artículo 63 del Código Penal, la pena impuesta supera los 4 años de prisión; de otro lado, en cuanto a la prisión domiciliaria consagrada en el artículo 38 *ibídem*, señaló que no se cumple con el requisito objetivo allí señalado, dado que la pena mínima prevista para el ilícito enrostrado es de 9 años de prisión y, conforme lo indicó la Corte Suprema de Justicia en sentencia N° 52.227 de 2020, en preacuerdos sin base fáctica, como el presente, se debe atender a la sanción para el delito realmente cometido más no el acordado, dado que el pacto únicamente degrada la participación a cómplice para efectos de la pena; entonces, pese a que hubiera sustentado la procedencia de los requisitos subjetivos en punto al arraigo social, laboral y familiar y que ha observado buen comportamiento, no puede obviarse el incumplimiento del referido presupuesto objetivo.

RECURSO DE APELACIÓN

Yerson Alfonso Montañez Lizarazo solicita² se revoque parcialmente la sentencia, para que, en su lugar, le concedan el subrogado de la prisión

² Pág. 16 en adelante. Expediente digital.



*Apelación sentencia abreviada - Rad: 68001-6000-159-2020-05448 (21-730A)
Procesado: Yerson Alfonso Montañez Lizarazo.
Decisión: Confirma sentencia del 18 de agosto de 2021.*

domiciliaria. Aduce que desde las audiencias preliminares la agencia fiscal no solicitó la imposición de medida de aseguramiento alguna; asimismo, exteriorizó su voluntad de aceptar los cargos desde la instalación de la audiencia de acusación, lo que le generó una rebaja punitiva, pero no está de acuerdo con que se le hubiera denegado la prisión domiciliaria porque satisface los requisitos relativos al arraigo social, familiar y laboral, por lo que resulta innecesaria la ejecución de la pena de forma intramural, máxime que esta vulnera de forma sistemática los derechos de los internos en los establecimientos penitenciarios, debido al hacinamiento y temas de salubridad.

Relata que cumpliría el alegado beneficio en la calle 6 Norte N° 9-70 de la Urbanización Junín de Piedecuesta, junto a su esposa Martha Liliana Duarte Salcedo y sus dos hijas de 6 y 15 años; además, en ese lugar tiene el establecimiento comercial Beer American Bar de su propiedad; seguidamente, trae a colación aspectos relacionados con la privación de la libertad de cara a la prisión domiciliaria, junto a apartes jurisprudenciales; por último, alega que las normas que regulan el sustituto implorado son regresivas y cercenan la posibilidad de acceder a este.

NO RECURRENTES.

No se pronunciaron al respecto.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Analizado el beneficio de la prisión domiciliaria a la luz de los artículos 38 y 38B del Código Penal, modificados y adicionados por la Ley 1709 de 2014, consagran como requisitos para su concesión los siguientes:

“1. Que la sentencia se imponga por conducta punible cuya pena mínima prevista en la ley sea de ocho (8) años de prisión o menos.

2. Que no se trate de uno de los delitos incluidos en el inciso 2° del artículo 68A de la Ley 599 de 2000”.

3. Que se demuestre el arraigo familiar y social del condenado (...).



Apelación sentencia abreviada - Rad: 68001-6000-159-2020-05448 (21-730A)
Procesado: Yerson Alfonso Montañez Lizarazo.
Decisión: Confirma sentencia del 18 de agosto de 2021.

Con respecto al primer requisito, valga indicar que, de acuerdo con la actual jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, no se debe tener en cuenta dentro de los términos del preacuerdo, pues, tal como lo coligió el *a quo*, a pesar de que *“se condenó como autor a quien ostentaba tal condición y así lo aceptó por vía del preacuerdo, deben aplicarse en su respecto todas las consecuencias jurídicas, especialmente si se trata de subrogados penales, así se le haya impuesto la sanción del cómplice la cual fue referida exclusivamente para fines punitivos y no como un cambio de la tipicidad”*³.

Por ello, aunque se pactó imponer la pena del cómplice, no se desconoce que aceptó la comisión del delito a título de autor, óptica desde la cual debe fijarse el derrotero de este punto, por lo que la pena mínima prevista en la ley para el ilícito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones (art. 365 del C.P.) es de 9 años de prisión, lo que descarta su cumplimiento. En un caso similar, la Corte Suprema de Justicia coligió lo mismo así:

*“(...) Por eso, carecen de fundamento los cargos propuestos en la medida en que, en contra de lo aducido por el censor, no medió violación directa de norma alguna por errónea interpretación, toda vez que el aspecto cuantitativo de los subrogados fue examinado en relación con el cargo preacordado, que lo fue, se reitera, el de autor de porte ilegal de armas, cuya sanción mínima es de 9 años de prisión, límite que ciertamente excluye el análisis y el reconocimiento de la suspensión condicional de la ejecución de la pena o la prisión domiciliaria, como así se decidió en la sentencia recurrida, la cual, por ende, no será casada.”*⁴

Por lo expuesto, no es posible concederle al procesado la prisión domiciliaria como sustitutiva del encierro intramural, pese a que probablemente satisfaga los demás requisitos de orden subjetivo, pues el juzgador no está habilitado para desconocer abiertamente la regulación normativa, máxime cuando ha sido ampliamente decantada por la jurisprudencia. En efecto, pese a que Montañez Lizarazo cuente con arraigo social y familiar, lo cierto

³ CSJ SP359-2022. Radicación No. 54535 del 16 de febrero de 2022. Posición fijada también en sentencias SP2073-2020, rad. 52.227 y SP2295-2020.

⁴ CSJ SP359-2022. Radicación No. 54535 del 16 de febrero de 2022.



*Apelación sentencia abreviada - Rad: 68001-6000-159-2020-05448 (21-730A)
Procesado: Yerson Alfonso Montañez Lizarazo.
Decisión: Confirma sentencia del 18 de agosto de 2021.*

es que no satisface el requisito objetivo señalado en el numeral 1° de la norma en cita, lo que le impide acceder a dicha gracia, debiendo purgar la penalidad impuesta al interior del penal que el INPEC disponga, lugar en el que serán garantizados sus derechos fundamentales mediante las diferentes instituciones que conforman la red, para efectivizar los servicios de salud, alimentario, mobiliario y demás.

Ahora bien, pese a que el recurrente alega contar con un núcleo familiar al cual le debe cuidado y protección, así como un establecimiento comercial de su propiedad, lo cierto es que tales aspectos no son vinculantes para conceder la prisión domiciliaria en esta sede; finalmente, valga precisar que cuando decidió aceptar los términos del preacuerdo estuvo consciente de las consecuencias del mismo, esto es, que entre otros aspectos, le generaría la emisión de una sentencia condenatoria, sobre lo cual su defensor lo asesoró, por lo que no es posible que ahora se pretenda obviar un requisito legalmente expreso para intentar acceder a un subrogado penal, máxime cuando el juez de primer grado realizó su estudio debido.

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

RESUELVE:

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

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

CÚMPLASE



Apelación sentencia abreviada - Rad: 68001-6000-159-2020-05448 (21-730A)
Procesado: Yerson Alfonso Montañez Lizarazo.
Decisión: Confirma sentencia del 18 de agosto de 2021.

Los Magistrados,

PAOLA RAQUEL ÁLVAREZ MEDINA

JAIRO MAURICIO CARVAJAL BELTRÁN

JUAN CARLOS DIETTES LUNA



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

PROYECTO REGISTRADO A TRAVÉS DEL EXCEL INSTITUCIONAL DE LA SECRETARÍA DE ESTA SALA ESPECIALIZADA EL **5 DE MAYO DE 2023**.

El expediente obra en un cuaderno digital de OneDrive

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL**

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

Magistrada Ponente: Shirle Eugenia Mercado Lora

Radicación:	680016000-159-2017-03847 (22-024A)
Procedencia:	Juzgado Décimo Penal del Circuito de Bucaramanga
Procesado:	Andrés Felipe Gutiérrez Malagón
Delito:	Hurto calificado y agravado en grado de tentativa en concurso heterogéneo con fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego partes y municiones
Apelación:	Sentencia absolutoria
Decisión:	Confirma
Aprobado:	Acta No. 292
Fecha:	27 de marzo de 2023

I. OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

La Sala resuelve el recurso de apelación interpuesto por la víctima contra la sentencia del 17 de noviembre de 2022 proferida por el Juzgado Décimo Penal del Circuito de Bucaramanga mediante la cual se absolvió a Andrés Felipe Gutiérrez Malagón del punible de hurto calificado y agravado en grado de tentativa en concurso con el ilícito de tráfico, fabricación o porte de armas de fuego.

II. HECHOS JURÍDICAMENTE RELEVANTES

Conforme se reseñó en la sentencia de primer grado:

“el 26 de marzo de 2017, a eso de las 16:35 horas, en el que compartían el señor Julio César Calvete Díaz con Jessica Paola Jerez García, por el parque Los Leones, esto es, en el barrio Cabecera de Bucaramanga, cuando de repente un sujeto que luego se identificó como Andrés Felipe Gutiérrez Malagón, utilizando arma de fuego pretendió despojarlo de sus pertenencias, las cuales fueron valuadas en la suma de quinientos mil (\$500.000) pesos, concretamente un celular que se partió durante el forcejeo.

En igual sentido, se advierte que el arma corresponde a un revólver de calibre 38 largo marca Smith & Wesson, número de serie 160320 con tres cartuchos

calibre 32, los cuales resultaron ser incautados. Se indica que, existió forcejeo y violencia sobre la víctima.” (sic)

III. ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

3.1. El 27 de marzo de 2017 ante el Juzgado Catorce Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bucaramanga, tras la legalización de captura del procesado, la Fiscalía General de la Nación formuló imputación en contra de Andrés Felipe Gutiérrez Malagón por los ilícitos de hurto calificado y agravado en grado de tentativa en concurso heterogéneo y sucesivo con fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego partes y municiones, cargos que no fueron aceptados por el procesado.

3.2. Radicado el escrito de acusación, las diligencias correspondieron por reparto al Juzgado Décimo Penal del Circuito de Bucaramanga, realizándose la audiencia de formulación de acusación el 4 de diciembre de 2018 y la audiencia preparatoria el 24 de agosto de 2020.

3.3. El juicio oral se adelantó en sesiones del 7 de diciembre de 2020 y 17 de noviembre de 2022 oportunidad en la que se profirió sentido de fallo de carácter absolutorio y se profirió la correspondiente sentencia, contra la cual la víctima interpuso recurso de apelación.

IV. EL FALLO DE PRIMER GRADO

El A quo indicó que de conformidad con lo establecido en el artículo 371 y 381 del Código de Procedimiento Penal, las pruebas tienen como fin llevarle al juez el conocimiento más allá de toda duda razonable, acerca de la materialidad del delito y de la responsabilidad penal del acusado, estándar que no se logró cumplir en el caso en concreto.

Lo anterior, en el entendido que de los hechos jurídicamente relevantes que se lograron concretar, únicamente se acreditó la identificación de la persona que resultare ser el procesado y que el mismo, no tenía permiso para portar armas.

No obstante, en lo que se refiere a la existencia misma del arma y cartuchos incautados y en general a las circunstancias de tiempo, modo y lugar en la que

acontecieron los hechos, no se practicó prueba alguna en el juicio que permitiera constatar los mencionados hechos jurídicamente relevantes, de manera que no se logró el estándar más allá de toda duda razonable sobre la materialidad del delito y mucho menos de la responsabilidad penal de este.

En mérito de lo expuesto, el A quo dispuso la absolución de Andrés Felipe Gutiérrez Malagón por los ilícitos de hurto calificado y agravado en grado de tentativa en concurso con el ilícito de tráfico, fabricación o porte de armas de fuego.

V. DEL RECURSO

5.1 Recurrentes

5.1.1 Víctima -Julio Cesar Calvete Díaz-

Inconforme con la decisión adoptada por el juez de primera instancia, la víctima interpuso recurso de apelación argumentado que no fue notificado en el lugar de su residencia y por tal motivo no tuvo conocimiento de la realización de las audiencias, situación que vulneró sus derechos al debido proceso, defensa y contradicción.

Lo anterior, en el entendido que no fue escuchado y sus declaraciones no fueron tenidas en cuenta, por la falta de comunicación con la fiscalía y los problemas de comunicación que generó la pandemia por COVID.

En ese sentido, solicitó que se tenga en cuenta que a las audiencias previas que sí asistió, el procesado no se hizo presente.

Por otra parte, reseñó que nunca se le asignó un abogado de oficio tal y como corresponde en derecho, lo cual le vulneró sus derechos fundamentales y la igualdad procesal, resaltando que nunca abandonó el interés para llevar a feliz término la presente causa en calidad de víctima.

Finalmente, solicitó que se revoque la decisión adoptada por el juez de primera instancia y se continúe con la diligencia correspondiente.

VI. CONSIDERACIONES DE LA SALA

6.1. Sobre la competencia

De conformidad con lo dispuesto en el numeral 1° del artículo 34 de la Ley 906 de 2004¹, este Tribunal es competente para conocer del recurso de apelación interpuesto por la víctima contra la sentencia del 17 de noviembre de 2021 proferida por el Juzgado Décimo Penal del Circuito de Bucaramanga. Bajo esa premisa, estudiará la Sala la impugnación propuesta, aclarando que, por tratarse de la segunda instancia, la competencia está restringida a los aspectos objeto de inconformidad y a los que resulten inescindiblemente ligados a los mismos, en virtud del principio de limitación.

6.2. Problema jurídico

De conformidad con las censuras planteadas, le corresponde a esta Sala de Decisión determinar si se configura una irregularidad que aflore lesiva al debido proceso en las citaciones efectuadas a la víctima a las diferentes audiencias.

6.3. Precisiones preliminares

Delimitado así el asunto a resolver, impera precisar que de conformidad con el artículo 132 de la Ley 906 de 2004, se entiende por víctimas a:

“las personas naturales o jurídicas y demás sujetos de derechos que individual o colectivamente hayan sufrido algún daño directo como consecuencia del injusto.”

Así, el artículo 340 de la misma codificación, contempla que el momento procesal para su reconocimiento es la audiencia de formulación de acusación, no obstante, la Corte Suprema de Justicia ha expuesto que esta oportunidad no puede entenderse preclusiva, en el entendido que:

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

“(…) si bien es en la audiencia de acusación «en donde se formaliza la intervención de la víctima mediante la determinación de su condición y el reconocimiento de su representación legal, su participación, directa o mediante apoderado, se encuentra garantizada aún desde la fase de investigación.» (Sentencia C-516 de 2007), postura consolidada que desvirtúa la alegación del recurrente, descartando que sea esa audiencia la única oportunidad para su intervención, como tampoco la primera, ni la última para hacerlo.

Si ello es así, a fortiori debe entenderse que con posterioridad al momento procesal en que se traba el contradictorio –acusación-, las víctimas pueden acudir a solicitar su reconocimiento y por ende, participar en las audiencias para satisfacer sus perspectivas de verdad y justicia, pues, solo de esa manera, lograrán llegar al estadio que les permitirá discutir el componente de reparación que, como principal presupuesto procesal, exige la existencia de una sentencia de carácter condenatorio.

(…)

Dicho de otro modo, el único límite temporal que establece la Ley 906 de 2004 y que se erige como momento a partir del cual precluye la oportunidad para que las víctimas acudan al proceso penal, se encuentra en el artículo 106 ibidem, modificado por la Ley 1395 de 2010…»²

Así las cosas, advierte la Sala que, ante la inasistencia de la víctima a la audiencia de acusación y las subsiguientes diligencias, dicho reconocimiento no pudo surtir, pues fue solo hasta el 17 de noviembre de 2021 que Julio Cesar Calvete Díaz se vinculó en el desarrollo de la diligencia, realizando su presentación una vez la fiscalía agotó sus alegatos conclusivos.

En ese sentido, una vez proferida la decisión, el juez de primera instancia le otorgó el uso de la palabra a Calvete Díaz para la interposición de recursos, reconociéndole implícitamente su condición de víctima de cara a los hechos jurídicamente relevantes, reconocimiento al que además no se opuso la defensa.

Así las cosas, pese a que no se surtió el trámite previsto en la ley para el reconocimiento de Calvete Díaz como víctima, lo cierto es que esta irregularidad

² CSJ AP, 23 junio 2021, rad. 58730

carece de trascendencia en el caso en concreto, pues como se indicó en precedencia, de la delimitación de los hechos jurídicamente relevantes se extrae sin dificultad que Calvete Diaz fue quien sufrió un daño directo con la conducta acusada al procesado y en ese sentido está legitimado para fungir como víctima dentro de la presente actuación.

6.4. Del caso en concreto

Dilucidado lo anterior, destaca la Sala que no advierte ninguna irregularidad en el trámite adelantado, concretamente en la citación de la víctima a las diferentes audiencias celebradas ante el Juzgado Décimo Penal del Circuito de Bucaramanga, como procederá a exponerse, con la precisión de que únicamente se hará referencia a las audiencias que efectivamente se adelantaron y no aquellas que fueron aplazadas por diferentes circunstancias.

Así, se tiene que respecto de la audiencia de acusación adelantada el 4 de diciembre de 2018 se cuenta con la planilla de reporte de programación de audiencias No. 1943³ en la que se advierte que los datos de contacto de Julio Cesar Calvete Diaz eran los mismos que los previstos en el escrito de acusación, esto es, calle 6 # 24-51 del barrio Universidad de Bucaramanga, Santander, y el abonado telefónico 3158176758.

Además, se tiene el informe de trazabilidad web de la empresa 4 72⁴ del oficio remitido con ocasión a dicha planilla en el que se advierte que la guía No. RN891810271CO fue enviada el 25 de noviembre de 2018 y entregada el 27 de enero de 2018 a la dirección descrita en precedencia.

A su vez, la audiencia preparatoria se adelantó el 24 de agosto de 2020, cuyas citaciones se soportan en la planilla de reporte de programación de audiencias No. 2021⁵ - con los mismos datos señalados en precedencia- y el informe de trazabilidad web de la empresa de 4 72⁶ del oficio remitido con ocasión a la referida planilla en el que se advierte que la guía No. RA217722087CO fue enviada el 11 de diciembre de 2019 con devolución entregada al remitente del 17 de diciembre de 2019 por concepto “no existe – no hay cll 6 con kra 24”.

³ Folio No. 18

⁴ Trazabilidad Web – Acusación 4 dic 2018.pdf

⁵ Folio No. 20

⁶ Trazabilidad Web- 24 agost 2020.pdf

En suma, una vez instalada esta diligencia se dejó constancia de que la fecha y hora de la diligencia había sido comunicada a Calvete Diaz vía WhatsApp al abonado telefónico 3158176758.

En cuanto al juicio oral, se tiene que las citaciones a la sesión del 7 de diciembre de 2020 se soportan en la planilla No. 2021⁷ y en el informe de trazabilidad web de la empresa 4-72⁸ en el que se advierte que la guía No. TL016890675CO fue enviada el 24 de diciembre de 2020 con devolución entregada al remitente del 4 de enero de 2021 por concepto “desconocido”.

Del mismo modo, una vez instalada la audiencia se dejó la siguiente constancia: “de otro lado se intentó comunicación al abonado telefónico 3158176758 el cual apareció apagado en las múltiples oportunidades. Asimismo, luego de labores de indagación con el señor fiscal se logró el número telefónico 3105367291 el cual tampoco fue contestado.”

Finalmente, en lo que atañe a la sesión del 17 de noviembre de 2021 se cuenta con la planilla No. 3361 y el informe de trazabilidad web de la empresa 4-72⁹ en el que se advierte que la guía No. TL019802785CO fue enviada el 26 de mayo de 2021 con devolución entregada al remitente del 4 de julio de 2021 por concepto “desconocido”.

Igualmente, se dejó constancia durante el desarrollo de la audiencia que la información de la fecha y hora de la diligencia había sido remitida vía WhatsApp al abonado telefónico 3158176758 con confirmación de lectura.

Así las cosas, emerge evidente que durante el devenir del proceso se realizaron las gestiones de notificación pertinentes a la víctima y a pesar de a ello Julio Cesar Calvete Diaz, solo asistió a la sesión de juicio oral del 17 de diciembre de 2021, vinculándose a la diligencia en el minuto 11:20 una vez el ente acusador ya había desistido de su práctica probatoria.

Ahora, no desconoce esta Sala, que varios de los oficios fueron devueltos por motivo desconocido e incluso que, en algunas ocasiones, pese a las gestiones

⁷ Folio No. 17

⁸ Trazabilidad Web – 7 diciembre 2020.pdf

⁹ Trazabilidad Web 471 – Juicio 17 noviembre 2021.pdf

realizadas, tampoco fue posible contactar a la víctima, no obstante, lo cierto es que a Calvete Diaz le asistía el deber de comunicar cualquier cambio de domicilio, residencia, lugar o dirección electrónica señalada para recibir las notificaciones o comunicaciones de conformidad con el numeral 5 del artículo 140 del Código de Procedimiento Penal.

Por otra parte, si bien se advierte que para la audiencia del 7 de diciembre de 2020 el oficio remitido por la empresa 4-72 fue enviado con posterioridad a la fecha de la diligencia, esto es, el 24 de diciembre de 2020, esta irregularidad también carece de trascendencia pues, lo cierto es que dicho oficio fue devuelto por motivo desconocido, como la mayoría de los oficios restantes, luego de haberse remitido con anterioridad tampoco hubiese sido entregado efectivamente a la víctima.

Finalmente, en cuanto al reparo del censor por el hecho de no habersele designado un apoderado, destaca la Sala que aunado al desinterés de la víctima a lo largo del trámite, tampoco existió manifestación alguna que permitirá establecer que Calvete Diaz no contaba con los medios para designar un abogado que lo representara, y en todo caso, en la sesión del 17 de noviembre de 2021, el juez de primera instancia fue muy claro con la víctima y le indicó las posibilidades que tenía en el evento de no contar con los medios para contratar un abogado que representará sus intereses.

Bastan entonces las anteriores consideraciones, para concluir que en el caso examinado no existió vulneración alguna de garantías fundamentales, pues se agotaron todas las gestiones para lograr comunicar a la víctima de las fechas de las diligencia programadas a los datos de contacto que se conocían de Julio César Calvete Díaz a través del escrito de acusación, sin que este interviniente hubiese informado ningún cambio de domicilio o información adicional que impusiera una carga diferente al juzgado de primera instancia, motivos por los que esta Sala 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,

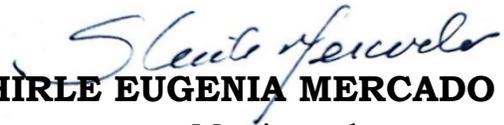
RESUELVE:

Radicación: 680016000-159-2017-03847 (22-024A)
Procesado: Andrés Felipe Gutiérrez Malagón
Delito: Hurto calificado y agravado en grado de tentativa en concurso heterogéneo con fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego partes y municiones.

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,


SHIRLE EUGENIA MERCADO LORA
Magistrada


GUILLERMO ÁNGEL RAMÍREZ ESPINOSA
Magistrado



RAFAEL ENRIQUE LÓPEZ GÉLIZ
Magistrado

Proyecto registrado: 24 de marzo de 2023



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE
BUCARAMANGA

SALA DE DECISIÓN PENAL

Magistrada ponente: SUSANA QUIROZ HERNÁNDEZ

Radicación	68001600016020226545700 NI 23-191A (96.23)
Procedencia	Juzgado 8 Penal del Circuito con funciones de Conocimiento de Bucaramanga.
Acusado	José Martínez Aguilar
Delito	Omisión del Agente Retenedor o Recaudador
Apelación	Auto Preclusión
Decisión	Declara preclusión por prescripción
Aprobación	Acta nro. 440
Fecha	09 de mayo de 2023
Lectura	18 de mayo de 2023

I. ASUNTO POR DECIDIR

El recurso de apelación promovido por la Fiscalía General de la Nación, contra el auto del 23 de marzo de 2023, proferido por el Juzgado 8° Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Bucaramanga, mediante el cual avaló parcialmente la solicitud de preclusión por prescripción de la acción penal a favor de José Martínez Aguilar.

II. SITUACIÓN FÁCTICA

Conforme se advierte de la información allegada a la carpeta penal, la investigación se generó por denuncia formulada por la apoderada de la División de Gestión Jurídica de la Dirección Seccional de Impuestos de Bucaramanga, mediante la cual puso en conocimiento de la Fiscalía General de la Nación, que JOSÉ MARTÍNEZ AGUILAR, Representante Legal o persona encargada del cumplimiento de la obligación tributaria de la sociedad PROTECARS LTDA., se sustrajo al cumplimiento de las sumas declaradas dentro

de los plazos fijados por el Gobierno Nacional, valor que asciende a la suma de \$19.716.000.

Concretamente se informó que JOSÉ MARTÍNEZ AGUILAR, como persona natural y teniendo la obligación de hacerlo, omitió consignar en las fechas establecidas lo recaudado por concepto de retención y ventas; esto es, dentro de los dos (2) meses siguientes, contados a partir de la fecha del vencimiento del plazo.

Puntualizando, para lo que interesa a esta decisión, que tal negligencia se presentó en los períodos 3,4 y 6 del año 2.009; 1,2,3,4,5,6,7 del año 2.010 y 1,2,y 3 del año 2.011.

III. ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

3.1. El 15 de marzo hogaño, ante el Juzgado Octavo Penal del Circuito de Conocimiento de esta ciudad, la Fiscal 14 Delegada ante los Jueces Penales del Circuito de esta ciudad, Grupo de Investigación y Juicio, elevó solicitud de preclusión de la actuación penal a favor de JOSÉ MARTÍNEZ AGUILAR, por el delito de omisión del agente retenedor o recaudador – artículo 402 del Código Penal – en calidad de autor.

3.2. El Despacho cognoscente, decretó la preclusión de la investigación por pago de algunas de las obligaciones tributarias relacionadas, al tiempo que negó la preclusión por prescripción de la acción penal, respecto de las restantes peticionadas por el ente acusador.

3.3. Contra la anterior decisión, la Representante de la Fiscalía Interpuso recurso de apelación, decisión objeto de esta instancia.

IV. LA SOLICITUD INICIAL

4.1. Argumentación de la Fiscalía

En audiencia del 15 de marzo del año que corre, la Señora Representante de la Fiscalía General de la Nación, deprecó del Estrado de Conocimiento la preclusión de la investigación a favor de JOSÉ MARTÍNEZ AGUILAR, al considerar inicialmente cumplidos los presupuestos contenidos en el art. 332.1 del C.P.P., por imposibilidad de continuar con el ejercicio de la acción penal, atendiendo que se encuentra acreditado el pago de las obligaciones tributarias y los intereses adeudados por el acusado, respecto los periodos 3 del año 2009 y período 7 del año 2010.

Asimismo, comoquiera que operó el fenómeno de prescripción del delito de omisión de agente retenedor, respecto las obligaciones tributarias correspondientes al período 4 y 6 del año 2009 y período 1 del año 2010, punible que contempla una pena máxima de 9 años, pero que en este caso se incrementa el término prescriptivo conforme lo previsto en el artículo 83 del C.P., por lo que corresponde a 12 años, sin que haya lugar a interrupción de términos debido a que en este caso no hubo formulación de imputación.

Se presentó a consideración del Estrado Judicial los comprobantes de pago de las obligaciones tributarias referenciadas en la argumentación oral y la denuncia correspondiente, formulada por la apoderada de la División de Gestión Jurídica de la Dirección Seccional de Impuestos y Aduanas de Bucaramanga, entre otros documentos.

4.2. Intervención de la víctima.

La apoderada de víctimas se opuso a lo peticionado por la Representante de la Fiscalía, para lo cual citó criterio de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en decisión del 14 de julio de 2011, radicado 30017, teniendo en cuenta que por tratarse de un delito de omisión, el término prescriptivo inicia cuando haya cesado el deber de acción, por lo que debe contabilizarse desde el momento en que cesó la obligación de pago; es decir, en este caso desde que ocurrió la prescripción, que opera a los 5 años siguientes de la fecha de vencimiento para presentar la declaración privada, fecha máxima que tuvo en cuenta la DIAN para hacer efectiva la acción de cobro coactivo.

4.3. Intervención de la Defensa.

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

4

V. EL AUTO IMPUGNADO

El Despacho aceptó parcialmente la petición elevada por la representante del Ente Acusador. Al efecto comenzó por advertir que no haría referencia a las obligaciones tributarias correspondientes a los periodos 2,3,4,5 y 6 del año 2010 y 1,2,3 del año 2011, ya que respecto estas obligaciones se presentó ruptura de la unidad procesal, por lo que se persiguen bajo el radicado 2012-01938.

De esta forma, encontró procedente la causal de preclusión invocada, atendiendo que opera un fenómeno objetivo de extinción de la acción penal conforme lo previsto en el numeral 6° del artículo

82 del C.P. y el parágrafo del artículo 402 del Código Penal, respecto el pago de las obligaciones tributarias correspondientes a los periodos 3 del año 2009 y 7 del año 2010, mientras que deniega la solicitud de preclusión por prescripción de la acción penal, respecto las obligaciones tributarias correspondientes al periodo 4 y 6 del año 2009 y periodo 1 del año 2010, ya que se trata de un delito de omisión propia cuyo término de prescripción tiene un cómputo especial que debe seguirse conforme lo previsto en el artículo 84 del Código Penal y el precedente jurisprudencial indicado por la apoderada de víctimas; es decir, el término prescriptivo debe contarse desde que haya cesado el deber de consignar los dineros adeudados.

Por lo que considera, que para la fecha en que se pronuncia, la acción penal todavía se encuentra vigente.

Corolario de lo anterior, decretó la preclusión de la investigación penal por pago de las obligaciones tributarias correspondientes a los periodos 3 del año 2009 y período 7 del año 2010, a favor de JOSÉ MARTÍNEZ AGUILAR, a su vez que negó la preclusión de la investigación penal por prescripción respecto las obligaciones tributarias correspondientes al periodo 4 y 6 del año 2009 y periodo 1 del año 2010, solicitada a favor de JOSÉ MARTÍNEZ AGUILAR.

5

VI. RECURSO DE APELACIÓN

6.1. Intervención de la Fiscalía.

En la misma oportunidad procesal, la señora Representante de la Fiscalía, sustentó recurso de apelación, peticionando a la

Corporación revocar lo concerniente a la determinación de negar la preclusión por prescripción frente a los periodos 4 y 6 del año 2.009 y 1 del año 2.010.

En sentir de la agente Fiscal, efectivamente ha operado el fenómeno jurídico de la prescripción de la acción penal, para lo cual tiene en cuenta que ha transcurrido el término previsto en la ley a partir de la comisión del delito de omisión del agente retenedor o recaudador, que para el caso del impuesto sobre las ventas, es a partir del plazo límite que la sociedad obligada tenía para cancelar las obligaciones tributarias, reiterando que dicho lapso es el que marca la fecha de consumación de la conducta.

Agrega que según decisión con radicado 33468 de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, el delito en cuestión es de ejecución instantánea y de resultado.

6

Así las cosas, considera que en el presente caso, el impuesto sobre las ventas año 2009, período 4, según el calendario tributario de aquella época; esto es, el Decreto 4680 de 2009, fecha límite que tenía la sociedad para declarar y cancelar por este concepto fue el 11 de septiembre de 2.009 y para el período 6 según el mismo Decreto, la fecha límite para declarar fue el 03 de enero de 2010; por lo que si se le suman los dos (2) meses que tenían para cancelar por dicho concepto, sería para el primer caso el 11 de noviembre de 2009 y para el segundo, el 03 de marzo de 2010.

Así las cosas, considera que se han superado los doce (12) años para el adelantamiento de la acción penal, sin que haya operado fenómeno alguno de interrupción del término prescriptivo, el cual debe declararse.

6.2. Traslado a no recurrentes.

6.2.1. Representante de víctimas

La representación de víctimas en consonancia con lo resuelto por el *A quo*, demanda de esta Colegiatura la confirmación del auto recurrido.

Al efecto señala que no ha operado el fenómeno jurídico de la prescripción de la acción penal, en atención a la reconocida condición de servidor público con funciones transitorias que ostenta el agente retenedor del impuesto sobre las ventas, por lo que descarta que la jurisprudencia citada por la señora Fiscal se acompañe con el caso que ocupa la atención de la instancia, amén que no constituye un precedente judicial, por ser un dicho de paso.

Así las cosas, demanda de esta Corporación se confirme el proveído impugnado.

6.2.2. Defensa.

Por su parte, el apoderado judicial del procesado, solicita se revoque la decisión adoptada por el Cognoscente, al considerar que se equivocó al no decretar la preclusión por prescripción de las obligaciones tributarias correspondientes a los períodos 4 y 6 del año 2009 y 1 del año 2.010, recogiendo enteramente los argumentos planteados por la señora Fiscal en su solicitud inicial.

VII. CONSIDERACIONES DE LA SALA

7.1. De la competencia.

De conformidad con lo previsto en el numeral 1° del artículo 34 de la Ley 906 de 2004, es competente esta Colegiatura para conocer la apelación incoada por la Fiscalía General de la Nación, contra el auto del 23 de marzo de 2023, proferido por el Juzgado 8° Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Bucaramanga, mediante el cual avaló parcialmente la solicitud de preclusión por prescripción de la acción penal a favor de José Martínez Aguilar.

7.2. La conducta objeto de estudio

A JOSÉ MARTÍNEZ AGUILAR se le atribuye la comisión del ilícito de omisión del agente retenedor o recaudador, contenido en el artículo 402 del Código Penal, cuyo tenor literal, para el momento de los hechos, refería:

“ARTÍCULO 402. El agente retenedor o autorretenedor que no consigne las sumas retenidas o autorretenidas por concepto de retención en la fuente dentro de los dos (2) meses siguientes a la fecha fijada por el Gobierno Nacional para la presentación y pago de la respectiva declaración de retención en la fuente o quien encargado de recaudar tasas o contribuciones públicas no las consigne dentro del término legal, incurrirá en prisión de cuarenta y ocho (48) a ciento ocho (108) meses y multa equivalente al doble de lo no consignado sin que supere el equivalente a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

*En la misma sanción incurrirá el responsable del impuesto sobre las ventas que, teniendo la obligación legal de hacerlo, no consigne las sumas recaudadas por dicho concepto, **dentro de los dos (2) meses siguientes a la fecha fijada por el Gobierno Nacional** para la presentación y pago de la respectiva declaración del impuesto sobre las ventas.*

Tratándose de sociedades u otras entidades, quedan sometidas a esas mismas sanciones las personas naturales encargadas en cada entidad del cumplimiento de dichas obligaciones.”

Sobre la naturaleza jurídica del tipo penal examinado, la Sala de Casación penal de la Corte Suprema de Justicia enseña que se

trata de un delito que tutela el bien jurídico de la administración pública y reprime la conducta consistente en no consignar los impuestos o contribuciones referidos en la misma disposición. A su vez, se describe por la alta Corporación, como de ejecución instantánea y de resultado.

Amén de lo anterior, se corresponde a un tipo penal en blanco, porque para su aplicación es necesario acudir a otros órdenes normativos, especialmente de estirpe tributaria, única forma de determinar el alcance de expresiones como “retenedor” o “autorretenedor”, y determinar los plazos dentro de los cuales deben cumplirse tales obligaciones, momento que define su consumación.¹

A su vez, y frente al momento consumativo de la conducta, la Corte ha expresado:

“Por otra parte, el tipo penal que describe la conducta de omisión de agente retenedor o recaudador establece que el delito se configura en su parte objetiva cuando pasados dos meses después de vencido el término fijado por el Gobierno Nacional para realizar el pago, el responsable no cumple con esta obligación. Es el transcurso de ese lapso de 2 meses sin pagar la obligación lo que delimita en el tiempo la ocurrencia de la conducta típica (en este caso omisiva), y es precisamente ese espacio temporal el que viene descrito en el tipo penal.”²

7.3. Problema jurídico

En razón a los disensos planteados en la alzada, le corresponde a esta Sala analizar si, como lo demanda la censora, operó el fenómeno jurídico de la prescripción penal respecto a las obligaciones tributarias a cargo del indiciado JOSÉ MARTÍNEZ

¹ Casación 30 de enero de 2008. Rad. 25818

² Corte Suprema de Justicia, auto del 18 de noviembre de 2010. Rad. 33.605

AGUILAR, derivadas de los periodos 4 y 6 del año 2009 y 1 del año 2.010.

7.4. Del caso en concreto.

7.4.1. Prescripción de la acción penal

Si bien el tema central gira en torno a la pretensión de preclusión por prescripción, soportada en la causal primera del artículo 332 de la Ley 906 de 2004, la crítica expuesta en la apelación, debe inicialmente resolverse partiendo del incremento de la tercera parte (1/3) al momento de contabilizar el término prescriptivo, atendiendo que el inculpado MARTÍNEZ AGUILAR es un particular a quien se le puede atribuir la calidad de servidor público por el cumplimiento de funciones transitorias; tal y como lo aclara el precedente jurisprudencial trazado por la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Penal tal y como se procederá a explicar.

10

Observemos,

A JOSÉ MARTÍNEZ AGUILAR se le endilgó la omisión de consignar los dineros recaudados con ocasión de los impuestos sobre las ventas IVA, durante los periodos comprendidos en los años 2009 y 2010, por lo cual, el artículo 83 del Código Penal describe lo siguiente:

“ARTICULO 83. TERMINO DE PRESCRIPCION DE LA ACCION PENAL. La acción penal prescribirá en un tiempo igual al máximo de la pena fijada en la ley, si fuere privativa de la libertad, pero en ningún caso será inferior a cinco (5) años, ni excederá de veinte (20), salvo lo dispuesto en el inciso siguiente de este artículo.

(...)

Al servidor público que en ejercicio de sus funciones, de su cargo

o con ocasión de ellos realice una conducta punible o participe en ella, el término de prescripción se aumentará en una tercera parte.” (Negrilla de la Sala)

A la par el artículo 20 *ib.* definió a los servidores públicos como aquellos “(...) miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios.” y “los particulares que ejerzan funciones públicas en forma permanente o transitoria”.

Sobre el particular punto de discrepancia, el máximo órgano de la jurisdicción ordinaria en lo penal, a través de proveído AP5389 de 2019, con radicado 54532 y ponencia del Magistrado Jaime Humberto Moreno Acero, se encargó de resolver un caso cuya génesis factual y problema jurídico resultan coincidentes con los acá planteados, concretando de forma expresa:

“La Corte ha señalado de manera reiterada, que el agente retenedor cumple funciones transitorias de servidor público (CSJ AP960-2019, Rad. 54594; CSJ AP5708-2016, Rad. 47449; CSJ SP11042-2016, Rad. 48050; CSJ SP002-2015, Rad. 37938; CSJ AP6408-2014, Rad. 42635; CSJ SP 29 de enero 2014, Rad. 41984; CSJ SP, 27 julio 2011, Rad. 30170, entre otras):

(...)

En conclusión, los agentes retenedores o recaudadores son particulares que de manera transitoria ejercen funciones públicas, por lo tanto, deben asumir las responsabilidades públicas con todas las consecuencias que ello conlleva, siendo una de ellas, precisamente, el aumento del término de prescripción en la proporción descrita en el artículo 83 del Código Penal.

Según este último artículo «la acción penal prescribirá en un tiempo igual al máximo de la pena fijada en la ley, si fuere privativa de la libertad, pero en ningún caso será inferior a cinco (5) años, ni excederá de veinte (20), salvo lo dispuesto en el inciso siguiente de este artículo», término que en los casos tramitados al amparo de la ley 906 de 2004, se interrumpe, según lo señala su artículo 292 «... con la formulación de la imputación», con la variante 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. En este evento no podrá ser inferior a tres (3) años».

Es más, en el citado proveído se refirió cómo desde el año de 1998 la Corte Suprema de Justicia ya había enfatizado que, si bien los agentes retenedores son particulares, su labor es caracterizada como una función pública, tesis replicada en fallos de 1999 y 2006³. Circunstancia que conlleva el asumir las consecuencias penales, civiles y disciplinarias, entre las cuales se encuentra el aumento del término prescriptivo en una tercera parte.

“Sin embargo, en las comentadas decisiones se omitió expresar que si bien el agente retenedor o recaudador es un particular, a éste la ley le ha conferido la realización de manera transitoria de una función pública, por cuya razón, como lo señaló la sentencia C-563 de 1998 y lo ha sostenido también esta Corporación, en ese caso “asume las consiguientes responsabilidades públicas, con todas las consecuencias que ella conlleva, en los aspectos civiles y penales, e incluso disciplinarios, según lo disponga el legislador” . Una de esas consecuencias es, desde luego, el aumento del término de prescripción en una tercera parte cuando se actúa en condición de servidor público, conforme lo tiene previsto el inciso quinto del artículo 83 del Código Penal de 2000.”⁴ (subrayado de la Sala)

12

Entonces, de lo descrito en los párrafos previos es dable colegir, a MARTÍNEZ AGUILAR le era reprochable la calidad de particular con funciones públicas transitorias al fungir como recaudador del impuesto sobre las ventas, siendo así, el incremento en el término de prescripción señalado en el inciso quinto del artículo 83 del Código Penal, vigente para la fecha de los hechos, le es atribuible al procesado.

Bajo tal entendido veamos si operó el fenómeno jurídico de la prescripción en lo relativo a los periodos 4 y 6 del año 2009 y 1 del año 2010.

³ Ver folio 12 y 13 del AP5389 de 2019, radicado 54532, MP Jaime Humberto Moreno Acero.

⁴ AP5389 de 2019, radicado 54532, MP Jaime Humberto Moreno Acero.

El numeral 4° del artículo 82 de la Ley 599 de 2000 dispuso como causal de extinción penal la prescripción; por su parte, el artículo 83 *ib.* señaló que el término prescriptivo opera de conformidad con la pena máxima fijada en la Ley, “*pero en ningún caso será inferior a cinco (5) años, ni excederá de veinte (20), salvo lo dispuesto en los incisos siguientes de este artículo.*” A la par, el inciso quinto de la citada norma, aplicable al *sub examine*, refirió el incremento de una tercera parte cuando la conducta ha sido atribuida a un servidor público, entendido en sentido amplio conforme el artículo 20 de la Ley 599 de 2000.

De otro lado, la contabilización del término se entiende interrumpido con la formulación de imputación, en razón a lo previsto en el artículo 292 de la Ley 906 de 2004, e iniciando nuevamente el conteo por un lapso igual a la mitad del descrito en la normatividad Penal, sin ser inferior a 3 años⁵.

13

Ahora, conforme lo enunciado en el artículo 402 del Código Penal, el Legislador dispuso como pena máxima para el reato de omisión del agente retenedor o recaudador 9 años de prisión, el cual, para contabilizar el término de prescripción, debe incrementarse en 1/3 parte conforme lo prescribe el artículo 83 *ib.* ya señalado previamente; ello quiere decir, la Fiscalía General de la Nación tenía un plazo máximo de 12 años, desde la ocurrencia del hecho, para formular imputación.

En igual sentido cabe la pena destacar, según la descripción típica del delito acusado, incurre en la conducta punible quien “*no*

⁵ ARTÍCULO 292. INTERRUPCIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN. La prescripción de la acción penal se interrumpe con la formulación de la imputación. 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. En este evento no podrá ser inferior a tres (3) años.

consigne las sumas retenidas o autorretenidas por concepto de retención en la fuente dentro de los dos (2) meses siguientes a la fecha fijada por el Gobierno nacional para la presentación y pago de la respectiva declaración” o en palabras más sencillas, la contabilización del plazo prescriptivo inicia dos meses posteriores a la presentación de la correspondiente declaración⁶.

Al respecto, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, se ha pronunciado en los siguientes términos:

El comentado lapso -refiriéndose al término de prescripción- ha de computarse con sujeción a las reglas establecidas en el artículo 84 del Código Penal, las que aplicadas al tipo penal de omisión de agente retenedor o autorretenedor, por tratarse de un delito de conducta instantánea y de resultado, permiten concluir se consuma y se torna ilícita cuando el pago del respectivo tributo no se verifica dentro de los dos meses siguientes a la fecha de exigibilidad establecida por el fisco⁷.

14

De lo antepuesto se colige que la interpretación ofrecida por la representante de víctimas y acogida por el señor Juez de Conocimiento en el proveído impugnado, deviene errada, al considerar que el término consumativo de la conducta omisiva inicia cuando haya cesado el deber de acción, que según su postura, debe contabilizarse desde el momento en que cesó la obligación de pago; es decir, en este caso desde que ocurrió la prescripción, que opera a los 5 años siguientes de la fecha de vencimiento para presentar la declaración privada, fecha máxima que tuvo en cuenta la DIAN para hacer efectiva la acción de cobro coactivo, correspondiéndose este término a uno ajeno al propósito del legislador al tipificar el tipo penal examinado, pues sin duda que se trata de un cobro de

⁶ Ver SP3212-2020, radicado 56030, MP. Jaime Humberto Moreno Acero.

⁷ AP 3166 radicado 53823 de 2019 reiterando decisión SP Radicado 33468 de 2013.

naturaleza administrativa o ejecutiva, que no penal.

Tesis que sin duda, contraviene el tenor literal del tipo penal examinado, que es claro al indicar un período concreto de dos (2) meses después de vencido el término fijado por el Gobierno Nacional para realizar el pago, siendo entonces que si el responsable no cumple con esta obligación, en ese lapso de tiempo, se delimita así la ocurrencia de la conducta típica, en este caso omisiva.

A su vez, el artículo 84 del Código Penal dispuso, *“Cuando fueren varias las conductas punibles investigadas y juzgadas en un mismo proceso, el término de prescripción correrá independientemente para cada una de ellas”*

Corolario, surge diáfano que la determinación adoptada por la primera instancia no fue acertada, en tanto, sin dificultad alguna se concluye que feneció el poder punitivo del Estado en la fase de indagación. Para mejor entendimiento, es menester puntualizar las obligaciones tributarias cuyo pago se echó de menos por la víctima - DIAN-, para colegir en la procedencia del fenómeno jurídico de la prescripción, así:

AÑO	PERÍODO	FECHA DE PRESENTACIÓN	FECHA DE EXIGIBILIDAD
2009	4	11-09-2009	11-11-2009
2009	6	15-01-2010	15-03-2010
2010	1	12-03-2010	12-05-2010

Así las cosas, aunque no se discutió por la opugnadora la fecha señalada de la declaración, ni la máxima fijada para el pago, referente a los periodos 4 y 6 del 2009 y 1 del año 2010, sobre las cuales, al realizar la sumatoria del plazo máximo de 12 años para formular imputación, se constata que efectivamente dicho lapso ha sido superado en cualquiera de los eventos planteados.

Y es que, al respecto, itérese desde el año 2.009, data de las obligaciones 4 y 6 sobre el impuesto a las ventas a la fecha, han transcurrido más de trece (13) años, mientras que para la obligación generada en el año 2010, primer período, se han superado doce (12) años, desde cuando se hizo exigible su pago, cuyo alcance para la persecución penal se extendió hasta mayo 12 del año 2022, sobre cada uno de los periodos tributarios en los que se omitió el pago del impuesto sobre las ventas, luego se tiene que el término máximo para cumplir la carga procesal descrita en el artículo 286 de la Ley 906 de 2004 se superó.

Conforme lo descrito, la determinación que en derecho corresponde adoptar, es la de revocar el proveído confutado, para en su lugar declarar que ha operado el fenómeno jurídico de la prescripción de la acción penal y con ello la configuración de la causal objetiva de preclusión de la actuación contenida en el art. 332.1 del C.P.P., ante la imposibilidad de continuar el ejercicio de la acción penal en tales condiciones.

16

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

RESUELVE

PRIMERO. - REVOCAR el auto del 23 de marzo de 2023, proferido por el Juzgado 8° Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Bucaramanga, para en su lugar, declarar la **PRECLUSIÓN** de la investigación por prescripción de la acción penal a favor de José Martínez Aguilar, conforme con lo expuesto en la parte motiva del presente proveído.

SEGUNDO. - a través de la Secretaría de esta Corporación, **REMITIR**, de forma inmediata, las diligencias al Juzgado 8° Penal del Circuito de Bucaramanga.

TERCERO. - Contra la presente decisión no procede recurso alguno.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



SUSANA QUIROZ HERNÁNDEZ

Magistrada



PAOLA RAQUEL ÁLVAREZ MEDINA

Magistrada



JAIRO MAURICIO CARVAJAL BELTRÁN

Magistrado