



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 NOEL JIMÉNEZ ORTIZ** por el punible de **ACTOS SEXUALES CON MENOR DE CATORCE AÑOS AGRAVADO**, se ha dictado sentencia de segunda instancia de fecha **20 DE OCTUBRE DE 2023**.

Para notificar al procesado y 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 **20 DE NOVIEMBRE DE 2023**, siendo las 8:00 a.m.

Sandra Jullieth Cortés Samacá
Secretaria

RI 19-713A

LINK EDICTO PUBLICADO EN EL MICROSITIO DE LA RAMA EL 20 DE NOVIEMBRE 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 **JESÚS HARLEY SÁNCHEZ ROJAS** por el punible de **HOMICIDIO AGRAVADO TENTADO Y OTRO** se ha dictado sentencia de segunda instancia de fecha **23 DE OCTUBRE DE 2023**.

Para notificar a los herederos determinados e indeterminados de la víctima 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 **20 DE NOVIEMBRE DE 2023**, siendo las 8:00 a.m.

Sandra Jullieith Cortés Samacá
Secretaria

RI 23-637A

LINK EDICTO PUBLICADO EN EL MICROSITIO DE LA RAMA EL 20 DE NOVIEMBRE DE 2023:
<https://www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-bucaramanga-sala-penal/149>



República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público

Distrito Judicial de Bucaramanga (Santander)
Tribunal Superior
Sala Penal

<i>Magistrado ponente</i>	<i>Harold Manuel Garzón Peña (Despacho 6)</i>
<i>Radicación</i>	<i>68001-61-06-056-2014-07347-02 (CI 515)</i>
<i>Asunto</i>	<i>Apelación sentencia condenatoria – Proceso ordinario</i>
<i>Procedencia</i>	<i>Juzgado 10° Penal del Circuito de Bucaramanga</i>
<i>Procesado</i>	<i>Noel Jiménez Ortiz</i>
<i>Delito</i>	<i>Actos sexuales con menor de catorce años agravado</i>
<i>Decisión</i>	<i>Confirmar</i>
<i>Fecha de registro</i>	<i>27 de septiembre de 2023</i>
<i>Fecha de aprobación</i>	<i>20 de octubre de 2023</i>
<i>Acta de aprobación No.</i>	<i>1038</i>

Bucaramanga (Santander), veinte (20) de octubre de dos mil veintitrés (2023)

MATERIA DE ESTUDIO

El recurso de apelación interpuesto y sustentado por el titular de la defensa técnica contra la sentencia proferida el 23 de octubre de 2019, mediante la cual, el Juez 10° Penal del Circuito de Bucaramanga condenó a NOEL JIMÉNEZ ORTIZ como autor del delito de actos sexuales con menor de catorce años agravado, cometido en concurso homogéneo.

ANTECEDENTES

a) Hechos jurídicamente relevantes.

Fueron reseñados en la sentencia de primera instancia como sigue:

“El 9 de julio de 2014, en la casa 240 del asentamiento humano Asomiflor de municipio de Floridablanca, NOEL JIMÉNEZ ORTIZ realizó tocamientos a las partes íntimas-senos, cola y vagina-de la niña Z.Z.V.G. de 9 años de edad, situación que se había estado presentando en varias oportunidades, aproximadamente desde el año 2011.

NOEL JIMENEZ ORTIZ era el compañero permanente de Yulet del Socorro Gil, madre de la niña, condición que permitió que la víctima depositara su confianza en él.”



b) Actuación procesal.

El 10 de julio de 2014, en audiencia preliminar celebrada ante el Juez 9º Penal Municipal de Bucaramanga con función de control de garantías, descentralizado en Floridablanca, luego de declarar ajustado al ordenamiento jurídico el procedimiento de captura de NOEL JIMÉNEZ ORTIZ, previa orden judicial, la fiscalía le formuló imputación, endilgándole cargos como autor del delito de actos sexuales con menor de catorce años agravado y en concurso homogéneo, según lo previsto en los artículos 209 y 211, numeral 5º del Código Penal.

Radicado el escrito de acusación, correspondió por reparto al Juzgado 10º Penal del Circuito de Bucaramanga, cuyo titular adelantó la audiencia de formulación de acusación el 15 de septiembre siguiente.

La audiencia preparatoria se surtió el 15 de enero de 2015. El juicio oral se adelantó en sesiones del 11 de febrero, 13 de abril y 28 de julio de esa misma anualidad, 8 de julio y 10 de octubre de 2016, 24 de febrero y 2 de junio de 2017, 10 de abril, 26 de agosto y 23 de octubre de 2019, cuando se anunció el sentido condenatorio del fallo, se corrió el traslado de que trata el artículo 447 del Código de Procedimiento Penal y se dio lectura a la respectiva sentencia.

Contra esa providencia, el titular de la defensa técnica interpuso el recurso de apelación que concita la atención de la Sala.

c) Sentencia de primera instancia.

En sustento de la decisión condenatoria, el juez de primera instancia adujo:

- Se probó con el testimonio de Z... Z... V... G... que la niña fue objeto de reiterativos tocamientos libidinosos por parte de NOEL JIMÉNEZ, su



padrastró. La pequeña indicó con claridad el marco temporal de los abusos, el lugar de su ocurrencia, así como las partes de su cuerpo que eran objeto de los tocamientos y el contexto en que ello sucedía.

- La infanta realizó un relato similar a la entrevistadora ZAYDA RUBIELA MENDOZA y a la médica legista ANA ELVIRA AQUILERA NORATO. Además, la psicóloga forense MYRTHA CECILIA LÓPEZ ROJAS dijo haber notado a la niña en actitud inhibida y callada, con tono de voz bajo, ansiosa con predominio de tristeza y con dificultad para describir sus sentimientos y emociones.
- Ante esta última profesional, la menor de edad se retractó de su testimonio, lo cual se explica por la presión psicosocial y familiar.
- La denunciante adujo en juicio no haber visto nada, que el día de los hechos imaginó cosas y que obligó a su hija a que le dijera “cosas”; sin embargo, tal versión parece estar motivada por el afecto que tiene hacia el procesado, a quien visitaba todos los domingos en la cárcel.
- DANIELA PATRICIA y YULIETH ANDREA VILLALBA GIL, la madre de la menor y esta misma confirmaron que el acusado estaba integrado a la unidad doméstica de la cual hacía parte desde el 2006.
- La denunciante y las hermanas de la víctima no fueron testigos de los hechos, por lo que no pueden descartar que hayan ocurrido.

Al momento de dosificar la sanción, partió de la pena prevista en los artículos 208 y 211, numeral 5° del Código Penal, es decir, de 144 a 234 meses de prisión. A partir de ello, luego de establecer los cuartos de movilidad, se ubicó en el primero, comprendido entre 144 y 166.5 meses. Acto seguido, se apartó del mínimo “*teniendo en cuenta que se trató de la afectación a un bien jurídico tan importante como la libertad, integridad y formación sexual de una niña de 9 años para*



la época de los acontecimientos, la modalidad del actuar desplegado por el acusado, las circunstancias de modo, tiempo y lugar que rodearon los hechos, la intensidad del dolo con que se actuó, la afectación que causó a la niña en cuanto a formación e integridad sexual”, con lo que individualizó la sanción en 150 meses, a los cuales aumentó otros 50 meses en virtud del concurso homogéneo de conductas punibles, para un total de 200 meses de prisión.

Igualmente, le impuso la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso de la pena principal, al tiempo que le negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria en atención a la prohibición contenida en el artículo 199 de la Ley 1098 de 2006.

d) Razones de la impugnación.

Inconforme con la decisión, el defensor solicitó su revocatoria y la consecuente absolución de su representado aduciendo que:

- La denuncia estuvo motivada en una simple conjetura y sobre todo, en un antecedente personal de la madre de la pequeña, a quien la mujer, mediante amenaza psicológica y castigo físico, forzó a decirle lo que quería escuchar, aunque ello no fuera verdad.
- JORGE ARMANDO ÁLVAREZ SUÁREZ, policial que presentó informe de primer respondiente, solo aportó en juicio declaraciones de referencia, como ocurrió también con el técnico investigador CÉSAR AUGUSTO CASTELLANOS SANMIGUEL y la entrevistadora ZAYDA RUBIELA MENDOZA LEAL.
- El informe pericial sexológico no explica las técnicas de probabilidad o certeza utilizadas, como tampoco las fuentes bibliográficas, ni las



referencias documentales. En todo caso, la experta concluyó con *“alto grado de certeza”* que para el 10 de julio de 2014 no hubo tocamiento sexual alguno.

- La madre pudo haberse visto afectada por una experiencia personal, al punto de alucinar que vio al procesado tocando a su hija.
- La psicóloga forense MYRTHA CECILIA LÓPEZ ROJAS dijo que la menor presentaba ansiedad y depresión, pero que esos signos no reunían criterios completos para un cuadro psicopatológico asociado a un ataque sexual.
- La menor informó mediante un documento firmado por ella que la entrevistadora judicial la obligó a mentir, medio que no fue admitido por el juzgador como prueba sobreviniente; sin embargo, como quiera que se permitió su lectura, se le otorgó *“plena validez”* y debe ser valorado.
- La investigadora *“puso en marcha un maquiavélico positivo a espaldas de la Fiscalía y de la progenitora, en perjuicio coetáneo del acusado”*.
- El juzgador descalificó a YULIETH DEL SOCORRO GIL ARIAS, aduciendo que no fue testigo directa de los hechos, a pesar de que la mujer señaló que imaginó todo.
- DANIELA y YULIETH VILLALBA GIL dijeron que esa tarde observaron al procesado y a la víctima viendo televisión, en actitud tranquila y desapercibida, sin notar algo extraño. También, que NOEL siempre fue respetuoso con ellas y lo veían como un *“auténtico”* padrastro.

e) Intervención de los no recurrentes.

Guardaron silencio.



CONSIDERACIONES

a) Competencia.

Según lo preceptuado en el numeral 1º del artículo 34 de la Ley 906 de 2004, esta corporación es competente para conocer el recurso de apelación interpuesto por el defensor contra la sentencia de primera instancia, la cual 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, que NOEL JIMÉNEZ incurrió en el delito de actos sexuales con menor de catorce años cometido en concurso homogéneo?

d) Caso concreto.

Sobre la regulación legal y jurisprudencial de la prueba de referencia.

Con miras a resolver el problema jurídico planteado, lo primero es indicar que el proceso penal es, en esencia, el escenario reglado en el cual un juez puede determinar si en un caso concreto se cometió una conducta punible, si ella es atribuible al procesado y de ser ello así, cuál debe ser su consecuencia jurídica.

Para tal fin, el juzgador debe valerse de las pruebas legalmente incorporadas a la actuación, cuyo propósito es, precisamente, llevar a su conocimiento los hechos y circunstancias materia de juzgamiento y los de la responsabilidad penal del acusado (art. 372 del estatuto penal adjetivo).



Ahora, para proferir sentencia condenatoria, es necesario que, por intermedio de esas pruebas debidamente practicadas e integradas al proceso, el funcionario judicial haya logrado un conocimiento, más allá de toda duda razonable, acerca de la materialidad de la conducta punible y de la responsabilidad penal del acusado (art. 381 *idem*).

En tal ejercicio epistemológico, además, por regla general, el juez sólo puede tener en cuenta las pruebas practicadas y controvertidas en su presencia (art. 379). Así, toda declaración realizada por fuera del juicio oral, por cuyo intermedio las partes pretendan probar un hecho jurídicamente relevante, se considera prueba de referencia (art. 437) y cuando es admisible, tiene asignado un menor valor suasorio, traducido en que, por sí misma, no es suficiente para fundamentar una sentencia condenatoria (inciso 2º del art. 381).

La poca confiabilidad de la prueba de referencia se deriva de la afectación que produce en el derecho de confrontación, teniendo en cuenta que la parte contra la que se aduce no tiene la posibilidad de formularle al declarante preguntas tendientes a cuestionar su credibilidad y refutar sus afirmaciones. Es por ello que la prueba de referencia es admisible sólo de forma excepcional respecto de los casos que contempla expresamente la regla procesal 438, según la cual:

“Únicamente es admisible la prueba de referencia cuando el declarante:

- a) Manifiesta bajo juramento que ha perdido la memoria sobre los hechos y es corroborada pericialmente dicha afirmación;
- b) Es víctima de un delito de secuestro, desaparición forzada o evento similar;
- c) Padece de una grave enfermedad que le impide declarar;
- d) Ha fallecido.
- e) **Es menor de dieciocho (18) años y víctima de los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales tipificados en el Título IV del Código Penal**, al igual que en los artículos 138, 139, 141, 188a, 188c, 188d, del mismo Código”.



Las declaraciones fuera de audiencia de niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos sexuales y su incorporación en juicio oral como prueba de referencia.

De acuerdo con el último literal de la referida norma, las entrevistas rendidas por los menores que han sido víctimas de delitos sexuales son excepcionalmente admisibles como prueba de referencia. Ello, por supuesto, no significa que el juez pueda permitir su incorporación y valorarlas como cualquier otro elemento de convicción, pues tal clase de prueba obliga al necesario balance que debe procurarse entre los derechos de los niños víctimas de tales conductas y las garantías procesales del acusado.

De manera que, por regla general, si el agraviado acude a juicio no es posible aducir sus declaraciones anteriores como prueba de referencia y ello solo será procedente si, a pesar de presentarse al debate probatorio y atestar, en realidad, su disponibilidad resultó relativa en la medida en que no se encontraba en plenas condiciones para rendir el testimonio. Así, por ejemplo:

“... es posible que para el momento del juicio oral el niño no esté en capacidad de entregar un relato completo de los hechos, bien porque haya iniciado un proceso de superación del episodio traumático, porque su corta edad y el paso del tiempo le impidan recordar, por las presiones propias del escenario judicial (así se tomen las medidas dispuestas en la ley para aminorarlo), por lo inconveniente que puede resultar un nuevo interrogatorio exhaustivo (de ahí la tendencia a que sólo declare una vez), entre otras razones”¹.

Pero, además, la incorporación y valoración de una declaración anterior como prueba de referencia supone que la parte interesada haya solicitado su aducción en el escenario procesal correspondiente, esto es, la audiencia preparatoria si desde allí conocía las razones que permitían su admisión excepcional o el juicio oral si los motivos sobrevienen durante el debate probatorio.

¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 11 de julio de 2018 (SP2709-2018). Rad. 50.637. MP Dra. Patricia Salazar Cuellar



En consecuencia, en los casos de delitos sexuales cometidos respecto de niños, niñas y adolescentes, corresponde al fiscal valorar la situación de la víctima y decidir cómo llevará al juez el conocimiento de los hechos que considera constitutivos de una conducta punible con miras a probar su teoría del caso sin dar al traste con los derechos del acusado. Para ello, deberá descubrir las entrevistas y declaraciones rendidas por el afectado y si, desde la audiencia preparatoria, anticipa que su testigo solo estará disponible de manera relativa por presentarse cualquiera de las situaciones ya referidas, solicitar en ese momento su admisión excepcional como pruebas de referencia.

De otra parte, si en el juicio oral es que la víctima brinda señales de no encontrarse plenamente disponible para declarar, será allí el momento para solicitar la admisión de la prueba de referencia, cumpliendo las respectivas cargas argumentativas, de manera que la defensa pueda ejercer la contradicción sobre las exigencias para tal decreto y el juez cuente con los elementos necesarios para decidir el asunto, emitiendo un pronunciamiento expreso sobre la solicitud probatoria².

Al respecto, desde hace varios años la Corte Suprema de Justicia tiene dicho que:

“... para la incorporación de una declaración anterior al juicio oral a título de prueba de referencia (...) (i) deben ser objeto de descubrimiento la declaración anterior y los medios que se pretenden utilizar en el juicio oral para demostrar su existencia y contenido; (ii) **en la audiencia preparatoria la parte debe solicitar que se decrete la declaración que pretende incorporar como prueba de referencia**, así como los medios que utilizará para demostrar la existencia y contenido de la misma; (iii) **se debe acreditar la circunstancia excepcional de admisibilidad de prueba de referencia** (artículo 438); y (iv) en el juicio oral la declaración anterior debe ser incorporada, según los medios de prueba que para tales efectos haya elegido la parte. Si la circunstancia excepcional de admisibilidad de prueba de referencia es sobreviniente, en el respectivo estadio procesal deben acreditarse los presupuestos de su admisibilidad y el juez decidirá lo que considere procedente”³.

² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 20 de mayo de 2020 (SP934-2020). Rad. 50.045. MP Dr. José Francisco Acuña Vizcaya.

³ Op. Cit. Ut supra. Nota 1, entre muchas otras.



La situación concreta del procesado.

Con tal panorama normativo de presente, lo primero es indicar que, en el caso concreto, las declaraciones anteriores realizadas por la entonces niña Z... Z... V... G... no adquirieron la calidad de prueba de referencia admisible. Ello es así porque las partes no agotaron el procedimiento necesario y atrás descrito para tal fin, ni requirieron su aducción en tal condición o bajo alguna de las causales contenidas en el referido artículo 438 de la Ley 906 de 2004.

Así mismo, al estudiar lo ocurrido en el juicio oral, se tiene que la menor de edad asistió al juicio oral para atestar con plena disponibilidad de someterse al examen cruzado, como en efecto sucedió. De ello concluye la Sala que las mentadas declaraciones realizadas por la niña por fuera de audiencia no pueden ser valoradas al no haber adquirido la calidad de pruebas válidamente aportadas al contradictorio, con mayor razón si tampoco fueron empleadas con fines de impugnar credibilidad, según el procedimiento establecido para ello.

Así lo predicó la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en auto AP1081-2023 (Rad. 61.870):

“La inconformidad del recurrente se origina en la exclusión de las declaraciones previas de la menor, incluidas en la anamnesis o aparte correspondiente de los respectivos informes, ya que él pretendía sacar partido de eventuales contradicciones entre lo dicho por la menor en el juicio oral y lo afirmado por ella en relatos anteriores a éste, efectuados a investigadora del C.T.I., médico legista, psicólogos, trabajadora social, etc. Sin embargo, lo cierto es que frente a estos últimos la Corte ha decantado que si no fueron solicitados como prueba de referencia (con la carga argumentativa que ello implica, debido a que se va a privar a la contraparte del derecho a la confrontación), los informes base de opinión pericial o de otro tipo no pueden ser empleados para introducir subrepticamente al proceso esa información.”.

Por consiguiente, la colegiatura procederá a determinar si las pruebas debidamente incorporadas a la actuación -es decir, haciendo sustracción de las manifestaciones anteriores de Z... Z... V... G..., llevadas a juicio por otros



testigos como prueba de referencia inválida-, permiten llegar al nivel de conocimiento necesario para sostener la sentencia condenatoria, lo que, dicho sea de paso, exime a la Sala de analizar las supuestas contradicciones que, según el apelante, existen entre lo narrado por la menor de edad dentro y fuera del juicio oral.

Pues bien, como se reseñó, el recurrente sostiene que los hechos atribuidos al su representado no ocurrieron. Al respecto, aduce que, a causa de algunas experiencias personales, la denunciante imaginó a NOEL tocando a su hija, para luego obligar a la niña a acusarlo. Así mismo, que *“la investigadora” “puso en marcha un maquiavélico positivo a espaldas de la Fiscalía y de la progenitora, en perjuicio coetáneo del acusado”* y que, de cualquier manera, en el examen médico no se encontraron huellas físicas del acto, al tiempo que la valoración psicológica no arrojó muestras suficientes de un ataque sexual.

Además, la niña se retractó de su testimonio en un documento que, si bien no fue incorporado a la actuación por decisión del juez, debe ser valorado, pues, se le dio lectura en audiencia.

Para la Sala, sí se probó que el NOEL JIMÉNEZ realizó tocamientos libidinosos a la menor Z... Z... V... G..., con quien convivía en la misma unidad doméstica, sin que la hipótesis alternativa planteada por la defensa, cifrada en una infundada denuncia, seguida de una maliciosa persecución, resulte razonable, por las razones que pasan a explicarse.

De los hechos, la pequeña Z... Z... V... G... relató en juicio que NOEL vivió con ella desde que tenía un año en *“Asomiflor”* y que el hombre *“me tocaba las partes íntimas”*, concretamente, *“los senos, la cola, la vagina”*. Explicó que *“mi mamá llevaba a mi hermana la guardería y yo quedaba sola con él y él me manoseaba”* por encima de la ropa. También que, NOEL le decía que si le contaba a su



madre le iba a pegar, a pesar de lo cual ella le informaba a su progenitora sobre los hechos, pero la mujer no le creía.

Aclaró que el encartado no le ofrecía regalos, dulces o dinero para que se dejara tocar y que el día que su madre lo vio tocándole sus partes íntimas fue cuando se lo llevó la policía a la cárcel.

De esa manera, aunque conciso, para la Sala el relato de la menor de edad se ofrece claro, contextualizado y libre de indicios de un interés en perjudicar al enjuiciado. La niña precisó el lugar donde ocurrían los tocamientos, cómo se daban, quién era el responsable y cuáles eran los momentos que aprovechaba para realizar el comportamiento, llegando incluso a indicar con meridiana claridad que el día en que la policía se llevó a NOEL, este la había tocado.

En este punto, es pertinente recordar que, como lo ha señalado en repetidas oportunidades la Corte Suprema de Justicia:

“(…) lo dicho por las víctimas no puede observarse como la simple contraposición a la versión que ofrece el victimario para exigirles más evidencias que sus afirmaciones si las mismas se adhieren a las circunstancias propias del medio y las condiciones en que éstas se desenvuelven, más, cuando el agresor genera o aprovecha ambientes de soledad en los que la ofendida difícilmente puede oponerse.

Es por esto que, el testimonio de la víctima, cuando supera las reglas de la sana crítica, cobra especial importancia, más, cuando en la mayoría de casos, es sobre su propio cuerpo donde se ejecutan los actos libidinosos del invasor y no quedan huellas materiales del atentado sexual, como es el caso en estudio.

En tal sentido ha señalado la Corte:

El testimonio de la víctima, por tanto, constituye la pieza fundamental para establecer la materialidad del delito y la responsabilidad del acusado. Obviamente, en los eventos en que quedan rastros físicos, el dictamen médico legal sobre las afectaciones en la integridad de la persona agredida es esencial para verificar la comisión del delito e incluso la responsabilidad, si se obtuvieron muestras biológicas del agresor.

Pero en los casos en los que no quedan huellas materiales, la versión de la víctima constituye el único elemento de juicio a partir del cual reconstruir lo sucedido, dificultad probatoria morigerada por la jurisprudencia de la Corte a través de la corroboración



periférica de los hechos, metodología analítica que impone examinar los datos demostrados en el proceso que puedan hacer más creíble la versión de la persona afectada. En tal sentido, la Sala ha señalado:

En el derecho español se ha acuñado el término “corroboración periférica”, para referirse a cualquier dato que pueda hacer más creíble la versión de la víctima, entre ellos: (i) la inexistencia de razones para que la víctima y/o sus familiares mientan con la finalidad de perjudicar al procesado; (ii) el daño psíquico causado a raíz del ataque sexual; (iii) el estado anímico de la víctima en los momentos posteriores a la ocurrencia de los hechos; (iv) regalos o dádivas que el procesado le haya hecho a la víctima, sin que exista una explicación diferente de propiciar el abuso sexual, entre otros. (...).

Es claro que no es posible, ni conveniente, hacer un listado taxativo de las formas de corroboración de la declaración de la víctima, porque ello dependerá de las particularidades del caso. No obstante, resulta útil traer a colación algunos ejemplos de corroboración, con el único propósito de resaltar la posibilidad y obligación de realizar una investigación verdaderamente exhaustiva: (i) el daño psíquico sufrido por el menor; (ii) el cambio comportamental de la víctima; (iii) las características del inmueble o el lugar donde ocurrió el abuso sexual; (iv) la verificación de que los presuntos víctima y victimario pudieron estar a solas según las circunstancias de tiempo y lugar incluidas en la teoría del caso; (v) las actividades realizadas por el procesado para procurar estar a solas con la víctima; (vi) los contactos que la presunta víctima y el procesado hayan tenido por vía telefónica, a través de mensajes de texto, redes sociales, etcétera; (vii) la explicación de por qué el abuso sexual no fue percibido por otras personas presentes en el lugar donde el mismo tuvo ocurrencia, cuando ello sea pertinente; (viii) la confirmación de circunstancias específicas que hayan rodeado el abuso sexual, entre otros (SP1525-2016).⁴

Así, aunque de acuerdo con el apelante los hechos tuvieron origen en una actitud delirante de la madre de la niña, quien en medio de alucinaciones imaginó al procesado tocando a su hija, lo cierto es que esa versión no resulta creíble.

Al respecto, efectivamente la progenitora de Z... Z... V... G... y denunciante, YULIET DEL SOCORRO GIL ARIAS, indicó que el día 9 de junio de 2014 se levantó y vio a su hija Z... Z... V... G... acostada cerca de NOEL y se imaginó “*muchísimas cosas*”, por lo que llamó a la policía en medio de “*una ira de rabia*”. Agregó que “*le pegué, la maltrate y la obligue a decirme cosas*”.

⁴ CSJ SP, 11 mar. 2020, rad. 56.997.



Insistió en que *“no vi nada, yo lo que vi fue que me le quedé mirando y ella se me quedó mirando, solamente eso yo vi eso, entonces esa mirada de ella y esa mirada de él, pues yo pensé tantas cosas, que no, no vi nada”*, por lo que empezó a *“gritar como loca”*.

Y como supuesta explicación de la airada reacción, indicó que *“psicológicamente yo vengo con ese problema de que siempre le he metido mis hijas de que no se acerquen a los hombres, que los hombres siempre tienen costumbres malas”*.

Sin embargo, la Sala no encuentra razonable que, con solo ver a su hija acostada cerca del procesado, quien se hallaba sentado en una silla, la mujer hubiera reaccionado de esa manera, pues si es verdad que ello fue todo lo que observó, resulta difícil, si no absurdo, concluir que NOEL estaba tocando a la pequeña en sus partes íntimas. Además, en realidad la denunciante no explicó cuáles fueron aquellas supuestas experiencias traumáticas que la han llevado a desconfiar sistemáticamente de los hombres, lo que de hecho deviene contraevidente cuando la misma testigo indica que el procesado jugaba regularmente con su hija.

Por otro lado, si es cierto que la impúber solo dijo que NOEL la tocó por la presión de su madre y que esta se arrepintió muy pronto de haber dado aviso a las autoridades sin verificar lo ocurrido, no se entiende por qué la menor de edad mantuvo en juicio el señalamiento en contra del encartado. En otras palabras, si lo único que soportaba la acusación era la imposición de su madre, por qué no desapareció la inculpación cuando la mujer supuestamente recapacitó.

Contrario a lo afirmado por el impugnante, la única versión que ingresó válidamente al juicio fue aquella en la que la pequeña Z... Z... V... G... acusó con claridad a NOEL de haberla tocado en repetidas ocasiones en su cola, senos y vagina, sin que pueda valorarse la presunta retractación escrita de la niña, remitida al juzgado de primera instancia por el defensor, en el entendido que *“El juez deberá tener en cuenta como pruebas **únicamente** las que hayan sido practicadas y controvertidas en su presencia”* (artículo 379 del C. de P.P.), lo que implica que si era su deseo incorporar un supuesto dicho de la menor entregado por fuera de



audiencia, específicamente la carta que pretendió ingresar de manera irregular como anexo de un memorial que radicó durante el transcurso del juicio oral, le correspondía al defensor realizar una solicitud de prueba sobreviniente o testimonio adjunto, cumpliendo las respectivas cargas argumentativas para ese fin.

Y aunque la psiquiatra forense MYRTHA CECILIA LÓPEZ ROJAS dijo que la menor negó lo sucedido, también refirió que notó en ella un *“cúmulo de tensiones emocionales y económicas que son visibles a la percepción de la aludida víctima, derivadas del dolor y tristeza que advierte en sus hermanos varones menores, así como las dificultades económicas de la madre que se ve a quien ve en el día a día luchar, realizando el trabajo al que no estaba acostumbrada y qué hacía el padrastro, que implica un mayor esfuerzo físico y mayor distanciamiento del hogar, por lo que en la actualidad debe estar reposando mayor responsabilidad en tareas domésticas a la examinada”*.

Adujo igualmente que observó a la pequeña *“tensa, ansiosa, con actitud dubitativa al enunciar sus apreciaciones o tratar de recordar los hechos vividos, quien contando con conciencia lúcida y memoria conservada, adoptó con angustia, postura tendiente a desviar la atención de la suscrita en el sentido de otras situaciones que la tensan para hacer ver que nunca su padrastro se sobrepasó con ella”*.

Explicó además que percibió en la menor ansiedad y depresión, signos que en todo caso no reúnen los criterios suficientes para un cuadro clínico que pueda asociarse con el abuso sexual, aclarando que el esfuerzo por retractarse de la menor de edad interfirió en la recolección de información relevante sobre el contexto en que pudieron ocurrir los hechos. Así, contrario al testimonio de la niña, esa posible retractación extrajudicial de la menor se aprecia manipulada, producto de una presión familiar.

Y si bien las hermanas de la infanta negaron cualquier comportamiento indebido por parte de NOEL, lo cierto es que no estuvieron presentes en el momento exacto de los hechos.



República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público

Distrito Judicial de Bucaramanga (Santander)
Tribunal Superior
Sala Penal

Por lo demás, nada soporta la afirmación, según la cual, la investigadora “*puso en marcha un maquiavélico positivo a espaldas de la Fiscalía y de la progenitora, en perjuicio coetáneo del acusado*”, máxime cuando en juicio la menor declaró rodeada de garantías, bajo la vigilancia del juez de primera instancia, con intermediación de la defensora de familia y el acompañamiento de delegado del ministerio público, siendo irrelevante la prueba pericial sustentada por una médica legista que practicó el examen sexológico a la víctima, por cuanto tocamientos como los descritos por ella no dejan necesariamente rastros o huellas en su cuerpo.

Entonces, al no encontrar razón en los argumentos del apelante, la Sala confirmará la providencia recurrida en todo lo que fue objeto de concreta impugnación.

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

RESUELVE:

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

Contra lo resuelto procede el recurso extraordinario de casación en los términos de la Ley 906 de 2004.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Los magistrados,

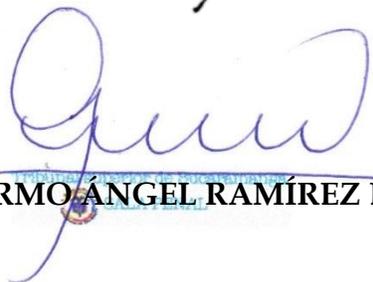
HAROLD MANUEL GARZÓN PEÑA



República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público

Distrito Judicial de Bucaramanga (Santander)
Tribunal Superior
Sala Penal


SHIRLE EUGENIA MERCADO LORA


GUILLERMO ÁNGEL RAMÍREZ ESPINOSA



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>68001-60-00-160-2014-03776-01 (CI 1052)</i>
<i>Asunto</i>	<i>Apelación sentencia condenatoria – Proceso ordinario</i>
<i>Procedencia</i>	<i>Juzgado 7º Penal del Circuito de Bucaramanga</i>
<i>Procesado</i>	<i>Jesús Harley Sánchez Rojas</i>
<i>Delitos</i>	<i>Homicidio agravado tentado y otro</i>
<i>Decisiones</i>	<i>Negar nulidad y confirmar</i>
<i>Fecha de registro</i>	<i>23 de octubre de 2023</i>
<i>Fecha de aprobación</i>	<i>23 de octubre de 2023</i>
<i>Acta de aprobación No.</i>	<i>1045</i>

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

MATERIA DE ESTUDIO

El recurso de apelación interpuesto y sustentado por el titular de la defensa técnica contra la sentencia proferida el pasado 1º de agosto, mediante la cual, la Jueza 7ª Penal del Circuito de Bucaramanga condenó a JESÚS HARLEY SÁNCHEZ ROJAS como autor de los delitos de homicidio agravado tentado y fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones.

ANTECEDENTES

a) Hechos jurídicamente relevantes.

Fueron reseñados en la sentencia de primera instancia como sigue:

“El 3 de junio de 2014 aproximadamente entre las 14:00 horas, al frente de la residencia de Delfino Humberto Gutiérrez, ubicada en la calle 3 No. 22B - 37 del barrio San Cristóbal de Bucaramanga, aquel tuvo una discusión con JESÚS HARLEY SÁNCHEZ ROSAS, el cual era su vecino de al frente, quien amenazó con dispararle, posterior a ello, ingresó a su vivienda y desde la puerta de su casa disparó hacia la humanidad de Delfino Humberto, impactando un proyectil en su tórax.”



b) Actuación procesal.

El 23 de octubre de 2017, en audiencia preliminar celebrada ante la Jueza 2ª Penal Municipal de esta ciudad con función de control de garantías, la fiscalía formuló imputación a JESÚS HARLEY SÁNCHEZ ROJAS, endilgándole el cargo de autor de los delitos de homicidio agravado tentado y fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones, en la modalidad de *portar*, según lo previsto en los artículos 103, 104, numeral 7º y 365 del Código Penal.

Radicado el escrito de acusación, correspondió por reparto al Juzgado 7º Penal del Circuito de Bucaramanga, cuya titular adelantó la audiencia de formulación de acusación el 6 de abril de 2018.

La audiencia preparatoria se surtió el 17 de febrero de 2020. El juicio oral se adelantó en sesiones del 18 de agosto y 26 de octubre de la misma anualidad, 19 de enero y 9 de noviembre de 2021, y 27 de febrero de 2023, cuando se anunció el sentido condenatorio del fallo y se corrió el traslado de que trata el artículo 447 del C. de P.P.

El 1º de agosto de 2023 se dio lectura a la respectiva sentencia. Contra esa providencia, el titular de la defensa técnica interpuso el recurso de apelación que concita la atención de la Sala.

c) Sentencia de primera instancia.

En sustento de la decisión condenatoria, la jueza de primera instancia adujo:

- Con el testimonio del médico ORLANDO NAVAS QUINTERO se probó que, el 3 de junio de 2014, DELFINO HUMBERTO GUTIÉRREZ presentó



una herida por arma de fuego en el abdomen, la cual le provocó varias lesiones internas.

- Con la declaración del galeno JAIME EDUARDO BARRERA CÁCERES, quien valoró al afectado, días después de los hechos, se confirmó que las heridas fueron causadas por un arma de fuego y que le significaron 45 días de incapacidad, al tiempo que le dejaron una deformidad física que afecta el cuerpo de carácter permanente, lesiones que, de no haber sido tratadas oportunamente, habrían conducido a la muerte de DELFINO HUMBERTO.
- Por medio del testimonio de la víctima, se acreditó que el acusado lo amenazó con dispararle e inmediatamente después ingresó a su vivienda y desde la puerta de entrada accionó en su contra un arma de fuego, hiriéndolo en la forma ya indicada, versión que corroboró ALEXANDER SALAMANCA ALMEIDA, investigador que dirigió diligencia de reconocimiento fotográfico en la cual el agraviado señaló a JESÚS HARLEY como responsable del atentado en su contra.
- Así, es clara la intención de segar la vida del agraviado, al utilizar directamente en su contra un elemento bélico que tiene por finalidad provocar daños letales, como lo es un arma de fuego, desde una corta distancia, impactando en el abdomen, todo lo cual pudo conducir a la muerte a DELFINO HUMBERTO, de no ser por la oportuna intervención de los médicos, sin que, además, este último contara con medio alguno para defenderse, es decir, que se hallaba en estado de indefensión.
- Con el dicho de la víctima y la estipulación probatoria sobre la carencia de permiso para portar armas, se probó también que JESÚS HARLEY realizó el delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones.



Al momento de dosificar la sanción, individualizó las penas para cada delito y concluyó que la pena más grave corresponde al delito contra la vida, cuya sanción tasó en 200 meses, a los cuales aumentó 12 por el concurso con el reato contra la seguridad pública, para una pena definitiva de 212 meses de prisión.

Igualmente, le impuso la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso de la pena de prisión, al tiempo que 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 contemplada en la ley penal.

d) Razones de la impugnación.

Inconforme con la decisión, el defensor demandó la nulidad de lo actuado *“en atención al escaso casi nulo el empleo de táctica defensiva”*, agregando que *“fue muy precario el desarrollo defensivo”* y que *“ello pudo conllevar a las resultas del proceso como es el hecho de estar recurriendo esta sentencia y solicitando la nulidad desde la audiencia PREPARATORIA”*.

En subsidio, solicitó la revocatoria de la sentencia apelada y la consecuente absolución de su representado aduciendo que:

- Si en gracia de discusión se afirmara que JESÚS HARLEY fue quien activó el arma, no es posible concluir que quiso lesionar a la víctima, *“como si fuera un gran tirador para atinar”*.
- El disparo se produjo desde el interior de la vivienda del acusado, donde había más personas que habían discutido previamente con el ofendido.
- Existía animadversión entre el acusado y la víctima, lo que hace probable que esta quisiera perjudicar a aquel.



- Según el investigador SANDRO RINCÓN RINCÓN, los vecinos le informaron que JESÚS HARLEY fue quien disparó; sin embargo, ninguno de esos posibles testigos fue llevado a juicio.

e) Intervención de los no recurrentes.

Guardaron silencio.

CONSIDERACIONES

a) Competencia.

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

b) Problemas jurídicos a resolver.

De conformidad con lo reseñado, corresponde a la Sala resolver los siguientes problemas jurídicos:

¿Debe invalidarse el trámite desde la audiencia preparatoria por falta de defensa técnica?

Como la respuesta será negativa,

¿Se probó, más allá de toda duda razonable, que JESÚS HARLEY SÁNCHEZ ROJAS incurrió en los delitos de homicidio agravado tentado y fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones?



d) **Caso concreto.**

De la nulidad por falta de defensa técnica.

Pues bien, para atender la cuestión primera, dígase preliminarmente que el proceso penal moderno se ha caracterizado por la consagración de normas y principios que garantizan los derechos de las partes y los intervinientes, en particular, los del procesado y las víctimas.

Con respecto al procesado, es bien sabido que, al enfrentar el poder punitivo del Estado, debe estar dotado de herramientas jurídicas suficientes para evitar su arrollamiento por la fuerza de la autoridad, muy superior en recursos y capacidad operativa. Así, en consagración de las prerrogativas que deben garantizarse a quien es sometido a la jurisdicción penal, el artículo 29 de la Constitución Política condensa los principios básicos que conforman el derecho a un proceso debido en dicha área, como son los de legalidad de los delitos y de las penas, juez natural, legalidad de la actuación, favorabilidad, presunción de inocencia, *non bis in idem*, esto sumado a los derechos de defensa, a un proceso público sin dilaciones injustificadas, a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en contra, así como a impugnar la sentencia condenatoria.

Como parte esencial del debido proceso, el derecho a la defensa implica que el encartado pueda conocer oportunamente los hechos por los cuales se le juzga, contando con herramientas efectivas de control de la actividad judicial y con escenarios para controvertir la acusación en su contra, pues, aunque al estar cobijado por la presunción de inocencia es una opción la total inactividad, también lo es el ejercer activamente la defensa, mediante la verificación de la validez de los actos que la administración de justicia adelanta en su contra y la directa contradicción de las pruebas de cargo, así como de los fundamentos de



una eventual sentencia condenatoria. Sobre dicha prerrogativa, la Corte Suprema de Justicia ha reiterado que:

“el derecho a la defensa «constituye una garantía de rango constitucional, cuya eficacia debe ser vigilada y procurada por el funcionario judicial,...», que se caracteriza por ser intangible, real o material y permanente. La intangibilidad se predica de su carácter de irrenunciable, por cuanto debe el procesado designar un abogado de confianza y, en caso de que éste no pueda o no quiera, es obligación ineludible del Estado asignarle un defensor de oficio o público.

Es real o material cuando el actuar del defensor corresponde a actos tendientes a contrarrestar las teorías de la Fiscalía en el marco de un proceso adversarial, amparado por el principio de igualdad de armas, de manera tal, que no es garantía del derecho a la defensa la sola existencia nominal de un profesional del derecho.

Se predica que el derecho a la asistencia letrada es permanente, pues debe ser ininterrumpido durante el transcurso del proceso, es decir, tanto en la investigación como en el juzgamiento. Por tanto, la no satisfacción de cualquiera de estas características, al ser esenciales, deslegitima el trámite cumplido e impone la declaratoria de nulidad, una vez evidenciada y comprobada su trascendencia.

La violación al derecho a la defensa real o material, **se configura por el absoluto estado de abandono del defensor, esto es, una situación de indefensión generada por la inactividad categórica del abogado**, por lo que no basta, de cara a la prosperidad del cargo, con la simple convicción de que la asistencia del profesional del derecho pudo haber sido mejor, toda vez que se tiene decantado que la estrategia defensiva varía según el estilo de cada profesional, en el entendido de que no existen fórmulas uniformes o estereotipos de acción. Es decir, la simple disparidad de criterios sobre un punto no tiene la fuerza de configurar una violación al estudiado derecho.”¹ (Negritas fuera del texto original).

Claro está, como lo reiteró recientemente la Corte Suprema de Justicia:

“cuando se pretende cuestionar el ejercicio defensivo bajo el supuesto de una falta de idoneidad profesional del encargado de la defensa técnica, **es indispensable mostrar razonada y argumentativamente con vista en la actuación desarrollada que en efecto las deficiencias y vacíos en la labor encomendada fueron las que incidieron negativamente en la situación de su mandante**, y no hacerlo mediante genéricas aseveraciones que revelan ser producto de la visión personal y, por tanto, apartadas de las realidades procesales y las posibilidades defensivas que el asunto ofrece.

(...)

¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 29 de abril de 2020 (SP-2020). Rad. 46.389. MP Dr. José Francisco Acuña Vizcaya.



Ni es irregularidad invalidante de la actuación, el que la defensa técnica en el curso del interrogatorio a los testigos no haya formulado objeciones frente a las preguntas sugestivas o repetitivas del interrogador, en tanto es una facultad de la cual puede hacer uso la parte que no interroga sin que la ley establezca sanción alguna por no hacerlo. Adicionalmente no basta que se diga que omitió hacer uso de tal facultad, es imprescindible indicar cuáles preguntas tenían esas características y cómo su permisión perjudicó los intereses del inculpado.”².

Ahora, en relación con la importancia de la asesoría de un profesional del derecho en la audiencia preparatoria, el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria tiene dicho que:

“La audiencia preparatoria es, justamente, el acto procesal por excelencia para realizar las solicitudes de las pruebas que habrán de practicarse en el juicio oral. Por tal motivo, la legislación exige que el procesado deba estar asistido durante esta diligencia por un profesional del derecho, que, como se ha dicho en el apartado anterior, debe ser idóneo para la representación de los intereses que se le confían, lo cual implica, entre otras cualidades, que sea depositario de los conocimientos y las habilidades necesarias para asegurar que el juicio será un escenario contradictorio, en el que su representado pueda ejercitar plenamente el derecho a la defensa, bien sea por medio de la práctica de la prueba postulada y admitida en la audiencia preparatoria o, confrontando y contradiciendo las arrimadas por su contraparte.”³

Así mismo, sobre la defensa en los casos en que es asumida por el Estado, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sido enfática en señalar que:

“(…) la institución de la defensa pública, a través de la provisión de servicios públicos y gratuitos de asistencia jurídica permite, sin duda, compensar adecuadamente la desigualdad procesal en la que se encuentran las personas que se enfrentan al poder punitivo del Estado, así como la situación de vulnerabilidad de las personas privadas de libertad, y garantizarles **un acceso efectivo a la justicia en términos igualitarios.**

Sin embargo, la Corte ha considerado que **nombrar a un defensor de oficio con el sólo objeto de cumplir con una formalidad procesal equivaldría a no contar con defensa técnica**, por lo que es imperante que dicho defensor actúe de manera diligente con el fin de proteger las garantías procesales del acusado y evite así que sus derechos se vean lesionados y se quebrante la relación de confianza.”⁴ (Negrillas de la Sala).

² CSJ SP, 3 ago. 2022, rad. 58.079.

³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 18 de enero de 2017 (SP154-2017). Rad. 48.128. MP Dr. José Francisco Acuña Vizcaya.

⁴ CrIDH, caso Ruano Torres y otros vs. El Salvador. Sentencia del 5 de octubre de 2015.



Y cuando se presenta una vulneración sustancial o relevante del derecho de defensa, se abre paso a la nulidad como herramienta para corregir tales irregularidades y reconducir la actuación por las vías de la estricta legalidad, garantizando la validez del procedimiento. Sin embargo, para acudir a tal remedio es necesario que se cumplan determinados presupuestos o principios, pues se trata de una medida extrema que sólo puede implementarse como última opción.

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

El caso bajo estudio.

Pues bien, con tales precisiones normativas y jurisprudenciales, la Sala encuentra que el recurrente no sustentó en debida forma la nulidad deprecada y que, en todo caso, no se presentó irregularidad sustancial derivada de una falta de defensa técnica.

De una parte, como se vio, el apelante no concretó cuál fue la actuación omitida por el anterior defensor, limitándose a señalar que su trabajo “*fue muy precario*”,



aseveración que ciertamente no satisface la carga argumentativa que le correspondía al solicitar la invalidación. El impugnante no señaló cuál fue la prueba o pruebas cuyo decreto pudo haber demandado el otrora titular de la defensa técnica y cómo ella o ellas pudieron haber cambiado el sentido de la decisión, ni concretó actividad alguna de la que pudiera desprenderse que el defensor público solo asistió a las audiencias como mera formalidad o desconocía abiertamente el procedimiento.

Y aunque es verdad que el antiguo defensor no solicitó más pruebas que el propio testimonio del encartado, lo cierto es que este último abandonó la actuación después de haberse formulado la acusación, sin que al defensor le fuera posible establecer contacto, lo que explica que su entonces representante judicial no contara con información suficiente para solicitar más pruebas de descargo. En todo caso, el profesional del derecho cumplió los deberes que le imponía su rol, oponiéndose a varias de las postulaciones probatorias de la fiscalía, presentando plurales objeciones durante los interrogatorios del ente acusador y ejerciendo juiciosamente el examen cruzado de los testigos, al cuestionar la veracidad de sus aserciones durante el conainterrogatorio, por lo que no puede calificarse como inexistente o meramente formal su actuación.

En ese estado de cosas, la Sala no advierte la configuración de irregularidad alguna y por ende negará la nulidad solicitada.

La cuestión de fondo.

Ya en lo que atañe al fondo del asunto, el apelante no cuestiona la materialidad de la conducta, es decir, que DELFINO HUMBERTO recibió una herida de bala que pudo acabar con su vida de no haber sido por la oportuna intervención del cuerpo médico. Más bien, sugiere que hay dudas frente al autor del disparo en cuestión, porque i) en la casa de la cual provino la detonación se encontraban otras personas con las cuales aquel habría tenido conflictos y ii) existía



animadversión entre el procesado y la víctima, lo que hace probable que esta quisiera perjudicarlo con una falsa acusación.

En segundo lugar, propone que, de concluirse que el acusado fue quien disparó el arma, no podría colegirse que actuó con dolo, como si se tratara de un tirador profesional.

Pues bien, con respecto al primer ataque, ninguna duda le asiste a la Sala sobre la autoría del disparo que hirió a la víctima el día de los hechos. Al respecto, solo se cuenta con la declaración del propio afectado, DELFINO HUMBERTO, quien contó que el día de los hechos estaba acostado en la sala de su casa cuando vio que alguien pasó frente a su ventana *“como al corredorcito y volvió y salió rápido”*. Entonces él salió por la puerta y vio al acusado, a quien llamó HARLEY, llevándose un palo que él utilizaba para inmovilizar un vehículo, por lo que lo increpó diciéndole *“oiga, ¿pa’ dónde lleva el palo? A lo que aquel respondió “¡Ay, yo no me lo voy a comer!”*, para luego tirarlo hacia el corredor, lo cual provocó que entre ambos iniciara un cruce de insultos en medio del cual JESÚS HARLEY amenazó con darle *“un tiro”*. Él le contestó *“pues, mano, hágale”* y se quedó *“como un bobo parado ahí en la puerta”*, momento en el que el acusado ingresó a su vivienda y desde la entrada le disparó, impactándolo *“en la barriga”*.

Agregó que JESÚS HARLEY luego se fue *“por allá pa’ arriba”* y poco después llegó la patrulla que lo llevó al hospital. También que no había tenido problemas anteriormente con el acusado, aunque sí con todos sus hermanos y su madre, y que entre ambas casas hay aproximadamente 10 metros de distancia. Adujo así mismo que todo ocurrió muy rápido, que *“yo nunca me imaginé que ese tipo me fuera a disparar”* y que para la época de los hechos en la casa del acusado convivían él, su madre y un sobrino suyo.



Como se ve, el relato se ofrece claro, detallado y coherente, lo que sumado a la forma desprevenida y tranquila en la que fue presentado por la víctima en juicio, lo hacen creíble. DELFINO HUMBERTO señaló con total precisión cuáles fueron los eventos que precedieron a su encuentro con el procesado, cuál fue el motivo de la discusión que llevó a JESÚS HARLEY a amenazarlo y cómo en pocos instantes ingresó a la vivienda para cumplir con su amenaza, disparando en su contra y en una sola oportunidad.

El agredido indicó que los hechos ocurrieron aproximadamente a las 4 de la tarde y que no existieron obstáculos visuales entre él y su atacante, lo que permite descartar cualquier impedimento o afectación del sentido de la vista. Así mismo, además de que fue enfático sobre la brevedad de los hechos y aseveró haber visto plenamente al enjuiciado dispararle a una distancia no superior a los 10 metros, nunca refirió que otra persona se hubiera involucrado en los hechos o siquiera transitado por el lugar en ese momento, lo cual elimina cualquier hesitación sobre la posibilidad de que un tercer individuo hubiera sido el tirador.

Su dicho, en lo que respecta a las circunstancias espaciales, encuentra respaldo en la declaración del PT. SANDRO LEONARDO RINCÓN RINCÓN, quien confirmó que el procesado vivía frente a la víctima con su madre y que, entre las residencias, había una vía vehicular que mide aproximadamente 6 o 7 metros.

De esa manera, contrario a lo alegado por el recurrente, no existen dudas sobre la autoría del disparo, pues aunado a la claridad del señalamiento, ningún medio de prueba mostró que en ese momento se encontrara presente en el lugar alguno de los miembros de la familia del acusado con los cuales la víctima había tenido alguna clase de inconveniente y, de hecho, de acuerdo con DELFINO HUMBERTO, hasta ese día no se habían presentado problemas personales entre él y el enjuiciado. Pero, aunque fuera cierto que entre ellos



existía alguna animadversión, habida cuenta del mérito de convicción del testimonio de la víctima, no hay forma de concluir o siquiera sospechar que su relato fue una fabricación fantasiosa presentada con el único propósito de perjudicar a JESÚS HARLEY, máxime cuando admitió haber tenido inconvenientes más serios, incluso que trascendieron a enfrentamientos físicos, con los hermanos del encartado, pero no con él.

Por lo demás, en consideración al principio de libertad probatoria que rige el sistema procesal penal colombiano, aunque deseable, no resultaba necesario que la fiscalía presentara como testigos a otros sujetos, sobre todo cuando no se sabe a ciencia cierta si alguien más presenció los hechos, siendo pertinente indicar que lo relevante en la valoración de las pruebas no es su cantidad, sino su calidad y consecuente mérito de convicción frente a los hechos materia de juzgamiento, por lo que, se insiste, para la Sala, como para la jueza de primera instancia, resulta suficiente el dicho de la víctima para encontrar acreditado en grado de certeza racional que fue JESÚS HARLEY quien disparó en contra de HUMBERTO DELFINO el día de marras.

Por último, sobre el propósito del acusado de quitarle la vida a la víctima, a decir verdad, para la colegiatura no tiene cabida suponer que JESÚS HARLEY disparó en contra de HUMBERTO DELFINO con un fin distinto. Sobre el hecho, se sabe que, en medio de una acalorada discusión, el primero amenazó al segundo con “*darle un tiro*”, ultimátum que cumplió pocos instantes después cuando, sin mediar más palabras, accionó en su contra un arma de fuego, logrando impactarlo a la altura del abdomen. Es que, si de hacer una advertencia o causar apenas una lesión se hubiera tratado, lo esperable hubiera sido que JESÚS HARLEY disparara al aire, contra el suelo o hubiera apuntado a los miembros inferiores de la víctima. En cambio, de forma decidida y justo después de amenazarlo, ingresó a su vivienda y le disparó en el torso, en el cual se alojan órganos vitales, actitud a partir de la cual puede inferirse, sin lugar a dudas, que el atacante procuró herir de muerte al agraviado.



Entonces, la obvia y conocida letalidad del medio empleado, el punto hacia el cual se dirigió el disparo y el breve lapso transcurrido entre el enfrentamiento verbal, la amenaza y la detonación, permiten a la Sala concluir que JESÚS HARLEY tuvo por finalidad matar a DELFINO HUMERTO. En este punto, resta señalar que el recurrente plantea un equivocado razonamiento al señalar que no puede concluirse lo anterior porque el procesado no es *“un gran tirador”*. Para empezar, si bien es realmente desconocida qué tan atinada es la puntería del procesado con armas de fuego, lo cierto es que le bastó un disparo para impactar a su víctima, en virtud de lo cual estuvo en riesgo de perder la vida.

En segundo lugar, aceptar tal planteamiento implicaría admitir que una persona que dispara en contra de otra, solo pretendió acabar con su vida si tenía la habilidad suficiente para acertar el tiro. Ello, por demás, deja al descubierto una confusión dogmática del recurrente en la medida en que pretende hacer objetivo lo que es subjetivo, es decir, espera que el dolo de matar, elemento subjetivo del tipo, dependa exclusivamente de un hecho objetivo, la habilidad del tirador. Por supuesto, como es bien sabido, la prueba de los elementos subjetivos del tipo depende de hechos concretos perceptibles por medio de los sentidos, pero ello no significa que solo puedan tenerse por acreditados tras la constatación de un determinado evento, como si de una tarifa legal se tratara.

Entonces, se insiste, aunque no se conoce la habilidad del procesado con las armas de fuego, es decir, no se sabe si era en esa época *“un gran tirador”*, sí se sabe que amenazó a la víctima con dispararle, que pocos instantes después cumplió su amenaza y que dirigió el disparo a su torso, hechos que para la Sala conllevan a la conclusión ya señalada, esto es, que JESÚS HARLEY pretendió quitarle la vida a DELFINO HUMBERTO, cometido que no logró, dada la intervención del cuerpo médico que lo atendió.



República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público

Distrito Judicial de Bucaramanga (Santander)
Tribunal Superior
Sala Penal

En consecuencia, al no encontrar razón en los argumentos del recurrente, la Sala confirmará la providencia apelada en todo lo que fue objeto de concreta impugnación.

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

RESUELVE:

PRIMERO.- NEGAR la nulidad solicitada.

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

Contra lo resuelto procede el recurso extraordinario de casación en los términos de la Ley 906 de 2004.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Los magistrados,

HAROLD MANUEL GARZÓN PEÑA

SHIRLE EUGENIA MERCADO LORA

GUILLERMO ÁNGEL RAMÍREZ ESPINOSA