



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 HENRY FERNANDO MARTÍNEZ CABALLERO Y SAÚL RUEDA GUTIÉRREZ** por el punible de **HURTO CALIFICADO Y AGRAVADO Y OTROS**, se ha dictado sentencia de segunda instancia de fecha **2 DE AGOSTO DE 2023**.

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



Sandra Jullieth Cortés Samacá
Secretaria

RI 19-220A

LINK EDICTO PUBLICADO EN EL MICROSITIO DE LA RAMA EL 28 DE SEPTIEMBRE 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 ROBERTO ACEVEDO AMADO** por el punible de **ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE CATORCE AÑOS AGRAVADO EN CONCURSO HETEROGENEO CON LESIONES PERSONALES**, se ha dictado sentencia de segunda instancia de fecha **25 DE AGOSTO DE 2023**.

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

Sandra Jullith Cortés Samacá
Secretaria

RI 21-602A

LINK EDICTO PUBLICADO EN EL MICROSITIO DE LA RAMA EL 28 DE SEPTIEMBRE 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 **SERGIO ARTURO GONZALES DURAN** por el punible de **VIOLENCIA INTRAFAMILIAR AGRAVADA**, se ha dictado sentencia de segunda instancia de fecha **18 DE JULIO DE 2023**.

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


Sandra Jullieth Cortés Samacá
Secretaria

RI 21-853A

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

TRIBUNAL SUPERIOR DE BUCARAMANGA
SALA DE DECISIÓN PENAL

Magistrada Ponente: Shirle Eugenia Mercado Lora

Radicación:	680016000000-201400208-01 (19-220A)
Asunto:	Apelación Sentencia Incidente Reparación Integral
Procedencia:	Juzgado Tercero Penal del Circuito Especializado con Funciones de Conocimiento de Bucaramanga
Condenado:	Henry Fernando Martínez Caballero y Saúl Rueda Gutiérrez
Delito:	Hurto calificado y agravado y otros
Registro proyecto:	27/07/2023
Aprobado:	Acta N° 759
Decisión:	Confirma
Fecha:	Bucaramanga, 2 de agosto de 2023.

I. ASUNTO POR DECIDIR

La Sala resuelve el recurso de apelación interpuesto por la representante de la víctima Telebucaramanga S.A., contra la sentencia del 15 de marzo de 2019 mediante la cual el Juzgado Tercero Penal del Circuito Especializado con Funciones de Conocimiento de Bucaramanga declaró improcedente la pretensión indemnizatoria elevada por la entidad en mención contra Henry Fernando Martínez Caballero y Saúl Rueda Gutiérrez.

II. HECHOS

Obran en la sentencia condenatoria de fecha 12 de febrero de 2016, en los siguientes términos:

“Tratan sobre la existencia de un grupo delincuenciaal dedicado a la apropiación de dineros de entidades del Estado en grandes cantidades, mediante la elaboración y uso de cartas apócrifas donde falsificaban el logo de la respectiva entidad, la firma de su representante y los sellos secos en alto relieve, húmedos, protectores y/o protectógrafos, siendo presentadas ante las entidades financieras con el propósito de lograr la transferencia de fondo a cuentas de terceros desviando inclusive las llamadas de confirmación de transacción que efectuaban los bancos a los encargados del manejo de las respectivas cuentas.

“Bajo esta modalidad, fue hurtado el día 20 de mayo de 2011 la suma de \$1.189.188.330 de la cuenta corriente de la Tesorería de Bucaramanga; el día 22 de agosto de 2011 la suma de \$224.624.500 siendo víctima la Gobernación del Amazonas; el 22 de septiembre de 2011 la suma de \$485.665.320 de la cuenta de la Empresa Social el (sic) Estado- Instituto de Salud de Bucaramanga ISABU.

“Igualmente se tiene constatado el intento de hurto efectuado por esta banda el día 27 de mayo de 2011 por cuantía de \$830.081.335 siendo víctima la Tesorería de Bucaramanga; el día 22 de agosto de 2011 por cuantía de \$348.756.758 siendo víctima la Gobernación del Amazonas; el día 30 de agosto de 2011 por cuantía de \$299.339.295 siendo víctima la sociedad Transportadora de Gas del Oriente – TRANSORIENTE S.A. E.S.P.; el 22 de septiembre de 2011 por cuantía de \$255.981.621 siendo víctima la Empresa Social el (sic) Estado – Instituto de Salud de Bucaramanga – ISABU y el 28 de noviembre

de 2011 por cuantía de \$197.789.717 siendo víctima la Caja de Previsión de la Universidad Industrial de Santander –CAPRUIS”.

III. ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

Agotada la fase de juicio oral, a través de sentencia de fecha 12 de febrero de 2016 el Juzgado Tercero Penal del Circuito Especializado con Funciones de Conocimiento de Bucaramanga condenó a (i) Henry Fernando Martínez Caballero a la pena de 72 meses de prisión y multa de 1.400 smlmv, como responsable del punible de hurto calificado y agravado en concurso homogéneo siendo víctimas el Instituto de Salud de Bucaramanga –ISABU y TansOriente S.A. E.S.P., falsedad material en documento público, concierto para delinquir agravado y enriquecimiento ilícito de particulares; y a (ii) Saúl Rueda Gutiérrez a la misma pena, por el punible de hurto calificado y agravado en concurso homogéneo siendo víctimas el Instituto de Salud de Bucaramanga –ISABU-, Transoriente S.A. E.S.P. y la Caja de Previsión Social de la Universidad Industrial de Santander –CAPRUIS-, Falsedad material en documento público, concierto para delinquir agravado y enriquecimiento ilícito de particulares.

A instancia de la apoderada de la empresa Telebucaramanga S.A. se da inicio al trámite de incidente de reparación integral, el que, una vez agotadas las audiencias de pruebas y alegaciones durante los días 3 de octubre de 2016, 12 de junio de 2017, 16 de enero y 6 de noviembre de 2018, termina con el proferimiento de sentencia de fecha 15 de marzo de 2019 por medio de la cual el juez de conocimiento declara improcedentes las pretensiones de la demandante empresa Telebucaramanga S.A., dirigidas al reconocimiento de la suma total de \$47.426.205 como indemnización por concepto de daño emergente, originado, en sentir de la apoderada judicial, de las conductas punibles por las cuales fueron condenados los señores Henry Fernando Martínez Caballero y Saúl Rueda Gutiérrez.

Cantidad de dinero, que -según se explicó en la audiencia-, se pagó por concepto de prestaciones sociales legales y extralegales o contravencionales, mientras se hallaban suspendidos los contratos de trabajo, al primero de los mencionados por la suma de \$10.703.896 y al segundo por \$9.480.119. Y en razón a los costos de honorarios que ascienden a \$11.600.000 cancelados a la firma San Pedro Abogados que representó judicialmente a la sociedad en el marco del proceso penal; y viáticos asumidos por cuantía de \$15.642.190 dado que los abogados debían trasladarse de Bogotá a la ciudad de Bucaramanga.

Exigencia dineraria a la que se opuso el señor defensor de los sentenciados bajo la consideración de que esos pagos obedecieron a la existencia de los contratos laborales, y no son el producto del delito punible, no son una consecuencia del daño antijurídico de la conducta delictiva. La víctima directa de los hechos fue indemnizada a partir de lo cual se celebró un preacuerdo al que no se opuso la empresa Telebucaramanga. La jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia ha sido clara en cuanto a que los gastos de defensa y costas procesales no hacen parte de la indemnización. Y la reclamación del pago de primas y prestaciones sociales se debe elevar ante la jurisdicción ordinaria laboral por cuanto no tienen nada que ver con el delito.

IV. FALLO IMPUGNADO

Previas elucubraciones sobre la naturaleza y finalidad del trámite incidental, concluyó el A quo que la pretensión de la empresa Telebucaramanga escapa del contexto de la reparación en razón a que el perjuicio alegado deriva de los contratos de trabajo suscrito con los encausados en virtud de una omisión administrativa al interior de la entidad al cancelar algunos conceptos laborales cuando la relación laboral se hallaba suspendida. Esa situación no está concatenada con los delitos por los que obra la condena respecto de los cuales la empresa citada no detenta la calidad de víctima directa al no ser sujeto pasivo de los mismos a diferencia de Isabu, Transoriente S.A. E.S.P. y Capruis que sí fueron las víctimas de los actos perpetrados. Para la aceptación de los preacuerdos los ajusticiados desplegaron actos indemnizatorios de carácter integral con las víctimas directas sin que se hubiera exigido con relación a Telebucaramanga. Y si estos cumplieron un rol en la empresa criminal desviando las líneas telefónicas de confirmación de las transacciones bancarias, este punto no es el argumento de la pretensión indemnizatoria. El “pago no debido” alegado resulta ajeno a la estructuración de los delitos objeto de la sentencia, tampoco son procedentes los pagos por concepto de representación judicial y viáticos al no constituir de manera directa “concatenados” al ilícito objeto de la responsabilidad penal declarada.

Finalmente resuelve el cognoscente declarar improcedente la pretensión económica formulada, y declarar cerrado el incidente de reparación integral.

V. DE LA IMPUGNACIÓN

En la oportunidad procesal pertinente, la apoderada de la empresa Telebucaramanga, argumenta que a partir de la sentencia C-370 de 2006, es víctima cualquier persona que haya tenido alguna relación en el marco de las conductas investigadas, pero no, que deba ser directamente la afectada por el delito o titular del bien jurídico vulnerado. Está demostrado con la declaración de la señora Claudia Patricia Castellanos Cristancho que la suspensión de los contratos laborales de los sentenciados fue con ocasión de su vinculación con el proceso penal que llevó a la empresa a adoptar medidas en términos laborales como mantener ciertos pagos mientras se definía la cancelación del contrato, los que también se acreditaron. Y una vez emitida la sentencia condenatoria los retiró del personal de la empresa.

Añade que, si bien Telebucaramanga no sufrió un detrimento patrimonial en el marco de los bienes jurídicos, sí fue empleada como instrumento para cometer la actividad delictiva teniendo como consecuencia económica en el aspecto laboral, por eso se debe reconocer la calidad de víctima a la compañía y por ende los pagos injustificados correspondientes a primas legales y extralegales que se otorgan a los empleados por las ganancias obtenidas por la empresa logradas por el apoyo o colaboración de los trabajadores y los encausados no hicieron aporte alguno mientras la suspensión.

Con cita jurisprudencial relacionada con el tema de los perjuicios materiales ruega que se acepte como perjuicio el pago de los honorarios y viáticos, pues la empresa tenía

todo el derecho de ser parte en el proceso penal y en ese evento no se le puede atribuir en su perjuicio dicho pago. La nueva postura de la jurisprudencia surgida en el año 2018 en torno a que los honorarios y viáticos se deben estimar como costas en temas en agencias de derechos y expensas procesales, no existía para el momento en que se formuló la pretensión y de acogerse se debe tener en cuenta el numeral 2.9. de las tarifas nacionales del colegio Nacional de abogados, así como los abogados son especialistas en materia penal y hacen parte de una firma de abogados

Busca entonces que se reconozca a Telebucaramanga como víctima, un daño derivado del actuar delictivo, los pagos acreditados, y como daño emergente los viáticos y honorarios que asumió la compañía por la lesividad ocasionada con el delito, en caso contrario se aplique el art. 366 del C. G. P. y el criterio del numeral 2.9., para ello se valore la especialización y experiencia de los abogados.

VI. ALEGACIONES DE LA PARTE NO RECURRENTE

Esgrime el señor defensor que es improcedente el incidente de reparación integral dado que Telebucaramanga sí fue reconocida como víctima en auto emitido por el Tribunal donde a la vez se determinó que no es una víctima directa sino indirecta del injusto y como tal tenía la obligación de probar los perjuicios ocasionados sin que eso se hubiera producido con ocasión del daño emergente, en cambio se traslada un problema contractual de índole laboral.

En punto de los viáticos y honorarios la cartilla que los fija no es vinculante y nunca se demostró la trayectoria, experiencia y estudios de los abogados que fungieron como representantes de víctimas, además en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia radicado 49493 del 28/02/2018 se estableció que los gastos inherentes a la defensa son costas procesales, las que no se pueden tener como fuente de la obligación de quienes fueron condenados. En esa medida clama que se confirme la decisión apelada.

VII. CONSIDERACIONES DE LA SALA

7.1. De 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 el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de víctima Empresa Telebucaramanga S.A., y bajo ese marco normativo, le concierne, en aplicación del principio de limitación que rige el recurso de alzada¹, abordar el asunto planteado por el recurrente y aquellos inescindiblemente ligados a éste, y en esa medida determinar si tiene razón el recurrente o si, por el contrario, se debe confirmar la decisión del A quo.

¹ El principio de limitación del recurso de apelación, ha sido entendido, justamente, como una restricción a la competencia del juez de segunda instancia, en el sentido de que el estudio que debe realizar se debe centrar en la cuestión planteada por el recurrente (o los recurrentes), sin perjuicio de que, adicionalmente, se pueda extender dicho estudio a otras cuestiones que, si bien no fueron directamente planteadas por el opugnador, sí están íntimamente relacionadas con su censura (así, ver, por ejemplo, el Auto del 2 de abril de 2014, radicación 41754, M. P. Eyder Patiño Cabrera, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, p. 10).

7.2. Problema jurídico

De conformidad con la censura planteada por la recurrente, incumbe a la Sala de Decisión determinar si en efecto se acreditó la causación de un perjuicio o daño ocasionado por las conductas punibles cometidas por los encausados Henry Fernando Martínez Caballero y Saúl Rueda Rodríguez, y en esa medida, si debe ser objeto de indemnización o reparación a favor de la empresa Telebucaramanga.

7.3. Precisiones preliminares.

Respeto al tema a dilucidar resulta procedente recordar que en el Sistema Penal Acusatorio la víctima ostenta un papel importante en el desarrollo del proceso penal dado que sus intereses han sido elevados al rango constitucional, por eso la efectividad de sus derechos depende de que éstas puedan intervenir en cualquier momento del proceso penal, aún en la fase de indagación preliminar. Participación que va encaminada a garantizar la reparación patrimonial del daño ocasionado con el delito, y a la satisfacción de sus derechos a la justicia y a la verdad (arts. 11 y 137 de la Ley 906 de 2004).

En Punto de la reparación del daño, el legislador erigió el denominado incidente de reparación integral, es decir, aquel trámite a través del cual la víctima y el encausado participan conjuntamente de forma activa en la resolución de cuestiones derivadas del delito con el fin de lograr un acuerdo restaurativo con o sin la participación de un facilitador.

Para su procedencia es necesaria la declaratoria de culpabilidad de ahí que solamente en virtud de lo señalado en el art. 102 del C. de P. P., modificado por el art. 86 de la Ley 1395 de 2010, puede promoverse una vez se encuentre en firme la sentencia condenatoria, y para su iniciación debe existir solicitud expresa de la víctima cuando su pretensión es exclusivamente económica, o del Fiscal o del Ministerio Público, es decir, siempre a iniciativa y a instancias de la víctima, por ser ésta la titular de promover la actividad del juez de conocimiento con el fin de lograr la reparación como consecuencia del delito, lo que significa que no es de iniciativa del Juez ni puede ser adelantado de oficio.

Dicho incidente, a la luz de la normativa que lo regula, siendo así definido por la jurisprudencia, es un trámite accesorio al proceso penal al que pueden acudir quienes hayan sufrido un daño como consecuencia del delito y/o les asista interés en que se cuantifiquen y procuren el resarcimiento de los perjuicios causados por el penalmente responsable, cuya naturaleza se sujeta al procedimiento dispuesto por el ordenamiento procesal civil, y exhibe características tales como:

«(I) Se trata de un mecanismo procesal posterior e independiente al trámite penal, pues ya no se busca obtener una declaración de responsabilidad penal, sino la indemnización pecuniaria fruto de la responsabilidad civil derivada del daño causado con el delito (sentencias del 13 de abril de 2011, radicado 34.145, que se apoya en el fallo C-409 del 2009 de la Corte Constitucional, y del 29 de mayo de 2013, radicado 40.160).

(II) El trámite debe circunscribirse a debatir lo relativo a la responsabilidad civil, sin que puedan cuestionarse asuntos ya superados del ámbito penal, dado que

han sido resueltos en fallo de condena ejecutoriado, de tal manera que el incidente de reparación se aparta completamente del trámite penal (providencias del 27 de junio del 2012, radicado 39.053, y del 9 de octubre de 2013, radicado 41.236).

(III) Como se trata de una acción civil al final del proceso penal, una vez declarado un sujeto penalmente responsable, cuando se busca la valoración de los daños causados con la ilicitud que se declaró cometida, se impone aplicar los criterios generales consagrados en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998, norma que regula que dentro de cualquier proceso que se surta ante la administración de justicia, la valoración de los daños causados, “atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales”².

7. 4. Caso objeto de estudio

Consta en el plenario que en desarrollo del incidente de reparación integral, iniciado a instancia de la empresa Telebrucaramanga S. A. E.S.P., en audiencia del 3 de octubre de 2016, el señor Juez Tercero Penal de Circuito Especializado de Bucaramanga reconoció a la incidentante la condición de víctima, decisión que fue objeto de impugnación, siendo así asignado el asunto en una primera ocasión a ésta Corporación, la cual con auto del 24 de julio de 2017 se inhibió de conocer del recurso al no proceder contra la determinación que reconoce la calidad de víctima.

Entonces, ante esa aceptación de víctima, la apoderada de la compañía Telebucaramanga reclama el reconocimiento del pago del daño emergente cuantificado en un total de \$47.426.205 generado con la conducta punible, que corresponde a los pagos que efectuó la empresa al contratar abogados para que fuera representada en el proceso penal y los valores que asumió por conceptos de primas, cesantías y beneficios extralegales a favor de los acusados pese a que fueron suspendidos sus contratos de trabajo, con lo cual hubo un enriquecimiento sin justa causa.

Y para efectos de acreditar la existencia del daño, se escucharon en declaración las testigos empleadas de Telebucaramanga Claudia Patricia Castellanos Cristancho – Coordinadora de nómina, y Claudia Milena Díaz Monsalve – Encargada de área de contabilidad y presupuesto.

La primera de las deponentes da cuenta sobre la suspensión de los contratos de trabajo durante los años 2013 a 2015, así como a la posterior terminación de los mismos por justa causa. También precisó que impartida la orden de suspensión se interrumpe igualmente el pago de los salarios pero se continúa con el pago de las prestaciones sociales legales y extralegales. A través de ésta testigo se incorporan al diligenciamiento como prueba los siguientes documentos:

- (i) Memorando del 25 de mayo de 2012. Con el mismo la Subgerente de Gestión Humana comunica a la Coordinadora de Nómina que los contratos de trabajo de los señores Saúl Rueda Gutiérrez y Henry Fernando Martínez Caballero, se suspenden desde el día 23 de mayo de 2012 hasta nueva orden
- (ii) Comprobantes de nómina correspondientes a pagos de sueldo, domingos y festivos y horas extra diurna, primas de servicio y extralegal, intereses a las

² Sentencia CSJ SP4559-2016.

cesantías, bonificación, incentivo durante el período comprendido entre 16 de mayo a junio de 2016, efectuados a nombre de los sentenciados.

- (iii) Memoriales del 18 de agosto de 2014 y 24 de agosto de 2015 por medio de los cuales se comunica a los acusados la terminación unilateral del contrato de trabajo con justa causa, de conformidad con el numeral 5 del art. 62 del Código Sustantivo del trabajo
- (iv) Oficio del 18 de agosto de 2015 con el que se explica a Henry Fernando Martínez Caballero, la improcedencia de los recursos frente a la culminación del contrato de trabajo
- (v) Liquidaciones de terminación del contrato

Ya por parte de la segunda de las atestantes, Claudia Milena Díaz Monsalve, se refiere el conocimiento que tuvo sobre la subsistencia de un proceso en contra de los procesados. Igualmente alude a las facturas existentes por concepto de pago de honorarios y de tiquetes aéreos. Con esta testigo se allegan los documentos que se relacionan a continuación:

- (i) constancia del 26/05/2016 sobre los valores pagados durante la ejecución de la orden de servicios profesionales por concepto de desplazamiento aéreo y hospedaje de colaboradores de la firma contratista, causados en desarrollo de la representación y asesoría judicial como abogados de la compañía en calidad de apoderados de víctima
- (ii) constancia del 26/05/2016 en torno a la suma total cancelada por concepto de honorarios profesionales derivados de la representación y asesoría judicial como abogados de la compañía en calidad de apoderados de víctima en el proceso penal
- (iii) órdenes de pago, poderes conferidos a profesionales del derecho, certificado de existencia y representación de la empresa Telecomunicaciones de Bucaramanga S.A. E.S.P. , poder general

7. 5. Solución del asunto planteado

De acuerdo con lo brevemente reseñado, para la Sala la decisión de primer grado merece ser confirmada porque efectivamente no se probó la concurrencia de un perjuicio derivado del hecho delictivo, que amerite su reparación.

No es de recibo la pretensión de la recurrente dirigida a que se reconozca como víctima a la empresa que representa, toda vez que, como bien se resaltó en el fallo y lo hace la parte no recurrente, este incidente se inició y tramitó, justamente porque se aceptó o admitió esa calidad a la compañía Telebucaramanga. Se equivoca al estimar que por ese sólo reconocimiento, automáticamente se debe presumir que sufrió algún daño o perjuicio, puesto que ha quedado claro, de antaño, que corresponde a la parte que reclama su resarcimiento económico, demostrar que realmente ocurrió, es decir, debe probar cuál fue

la afectación padecida como consecuencia directa de la conducta o hecho delictivo desplegado por el procesado.³

Señala la sentencia, y en términos generales lo alude la impugnante, que los encausados son empleados de Telebucaramanga para la época de los hechos y fueron las personas, dentro de la organización delictiva, las encargadas de alterar las comunicaciones telefónicas, para efectos de la confirmación de las transacciones bancarias, sin embargo, ni de los testimonios ni de la prueba documental acopiada en el curso del trámite incidental, es posible extraer cuál fue el daño causado a la empresa con ese proceder, o en qué medida se afectó su patrimonio, como si ocurrió frente a las entidades ya indemnizadas por el hurto de dineros, a partir del preacuerdo celebrado entre Fiscalía y acusados.

De acuerdo con los arts. 1494 y 2341 del Código Civil y 94 del C. P., toda persona que resulte personalmente responsable debe indemnizar los daños tanto de índole material como moral que con su proceder cause. En el caso de los materiales deben estar plenamente acreditados y frente a los morales si no obra base en el proceso que permita cuantificarlos o valorarlos pecuniariamente se puede aplicar lo previsto en el art. 97 del Estatuto Penal.

Entonces, como se anotó, la ley consagra dos clases de daños, los materiales y los morales. Por los primeros se entienden aquellos que afectan el patrimonio económico del perjudicado, y los segundos los que inciden en alguna de las esferas de la persona distinta a la patrimonial.

A la luz de la ley civil, los daños materiales están constituidos por daño emergente, que comprende las erogaciones económicas hechas por el perjudicado para atender las consecuencias del delito, y el lucro cesante, traducido en las ganancias o lo dejado de percibir con motivo de la comisión de la conducta punible.

En cuanto a los perjuicios morales, tanto jurisprudencia como doctrina han admitido dos especies o clases: los objetivados que inciden en la capacidad productiva o laboral de la persona agraviada y por su naturaleza son cuantificables pecuniariamente, y los subjetivos o “pretium dolores”, afectan el fuero interno de las personas y que residen en su intimidad manifestándose en la tristeza, el dolor, la congoja, o la aflicción que produce en ellas la pérdida

Su estimación corresponde al arbitrio judicial, entendido éste como “la capacidad jurídica para analizar y estudiar las consecuencias dañosas del hecho y fijar como indemnización una suma adecuada, proporcionada a las angustias o impactos psicológicos sufridos” por el perjudicado o víctima. La tasación se debe hacer teniendo en cuenta factores como la naturaleza de la conducta y la magnitud del daño causado (art. 97 inciso 2 del C. P.)

Impone también la jurisprudencia la comprobación de la existencia real del daño causado directamente por el delito, al igual que las particularidades de certidumbre, actualidad y legitimidad.

³ CSJ SP, 20 nov. 2014, rad: 43252³-.

Pero, en el asunto de trato, basta con examinar los elementos de juicio recopilados, para advertir que los valores que se dice se deben asumir por los sentenciados como indemnización, no surgieron de su proceder delictivo, o por lo menos tal aspecto no se comprobó, sino del posible o presunto incumplimiento de un contrato laboral. El pago de primas legales y extralegales, está asociado es al contrato laboral, y no a la comisión de las conductas punibles. Y si procedía o no su pago estaba sujeto al cumplimiento o no del contrato laboral que existía para la época de ocurrencia de los hechos.

Es la normativa transcrita la que refleja que la reparación de los perjuicios se da como consecuencia del delito mismo, que es la fuente de la obligación, y si bien con la sentencia condenatoria se determinó la responsabilidad penal, también allí quedó claro que las entidades que se perjudicaron con las ilicitudes fueron ISABU, Capruis, y Transoriente SA., pues en ellas recayó su ejecución.

El órgano de cierre de justicia ordinaria, ha sido enfática en indicar que existe una carga procesal en cabeza de la parte interesada, con independencia de la clasificación del daño ocasionado, en el sentido de que, además de ser ciertos, deben ser probados en el trámite incidental⁴, y eso aquí no aconteció, por cuanto la prueba lo que revela es que se causaron unos pagos por la existencia de un contrato laboral, y que se hicieron por la misma empresa Telebucaramanga pese a la determinación de suspensión de los contratos, sin que de allí se pueda derivar el nexo causal que se impone para otorgar la reparación económica del daño, es que, se insiste, no se probó el daño sufrido a consecuencia del accionar ilícito de los encausados.

Y ante la falta de pruebas que demuestre el daño derivado de la ilicitud, la decisión no puede ser diversa a la de que no es posible condenar al pago de las sumas pretendidas por la apoderada de Telebucaramanga.

Además los honorarios del abogado, las costas, expensas y agencias en derecho no pueden considerarse como un perjuicio derivado u ocasionado con la ejecución del delito, por cuanto que no tienen una relación directa con el mismo, es decir, no ostentan la naturaleza de daño o perjuicio, sino que se generan u ocasionan con razón del proceso que surge contra el acusado para determinar su responsabilidad, así lo ha reconocido la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, desde antaño, como en la providencia CSJ, SP, sentencia del 13 de abril de 2011, rad. 34145, que se reproduce en la providencia SP440-2018, Radicación n.º 49493 del 28/02/2018, la cual no comparte la accionante.

Allí se consagra que:

“2.3. Las costas procesales no hacen parte de los perjuicios.

“También es necesario aclarar que tanto la doctrina como la jurisprudencia distinguen claramente los conceptos de costas y perjuicios”:

“(…) el derecho positivo diferencia nítidamente entre la condena al pago de la indemnización de perjuicios y la condena en costas, traduciéndose

⁴ CSJ SP, 9 jul. 2014, rad. 43933.

aquellos, en términos muy generales, en la disminución patrimonial que por factores externos al proceso en sí mismo considerado, pero con ocasión de él, hubiese podido sufrir la parte, al paso que las costas comprenden aquellos gastos que, debiendo ser pagados por la parte de un determinado proceso, reconocen a este proceso como causa inmediata y directa de su producción. (Derecho Procesal Civil, Parte General, Jaime Guasp, pag. 530)”.

“Esa distinción ha sido ampliamente reconocida por la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de esta Corporación (auto del 7 de abril de 2000, radicado No. A-078-2000, 7215), que al respecto ha dicho”:

“En primer lugar señala la Corte que no se pueden identificar, ni menos confundir, los conceptos de costas y perjuicios, a fin de obtener, con fundamento en el artículo 384 del C. de P.C., la liquidación de las condenas que sobre unas u otros se profieran en la sentencia que declara infundado el recurso extraordinario de revisión”.

En la segunda de las providencias en comento se puntualiza que:

“1. En ninguna irregularidad incurrió el Tribunal por no acceder a la petición del apoderado del Banco AV Villas de reconocer el pago, a título de perjuicios, de los gastos inherentes a la defensa en que incurrió en los procesos civil y penal. Ello es así porque esa clase de gastos no configuran indemnización sino que corresponden a las costas procesales, y no es dable involucrar en la liquidación de perjuicios aspectos inherentes al pago de costas, en el entendido, además, de que el incidente de reparación integral tiene por objeto la determinación de los perjuicios y cada uno de estos conceptos -perjuicios y costas procesales- tienen distintas vías para hacerse efectivas”.

Y por simple lógica, su fijación está ligada a la existencia de una condena al pago de daños o perjuicios, cosa que no acontece en este evento, pues a la conclusión a la que se llegó es que no se probó la concurrencia de perjuicios procedentes de la conducta punible.

Al respecto, en sentencia T-432 de 2007, la H. Corte Constitucional se refirió al tema en el siguiente sentido:

“20. Aquí estima la Sala pertinente recordar cómo en relación con las costas, es decir, con los gastos en que incurren las partes en un proceso se aplica el *dictum* romano, de conformidad con el cual, quien ha sido vencido en un proceso judicial debe “pagar al vencedor los gastos o costas del juicio.” Justo en ese sentido, ha dicho la doctrina que las costas equivalen a “la carga económica que debe afrontar quien no tenía razón [en el juicio] motivo por el cual obtuvo decisión desfavorable y comprende, a más de las expensas erogadas por la otra parte, las agencias en derecho, o sea el pago de los honorarios de abogado que la parte gananciosa efectuó, y a la que deben ser entregados⁵.”

De suerte que como no le asiste razón a la recurrente, la decisión de primer grado se confirmará.

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

⁵ Hernán Fabio López Blanco, Procedimiento Civil, Tomo I, p. 1032.

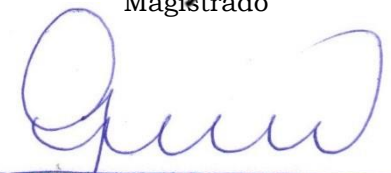
RESUELVE

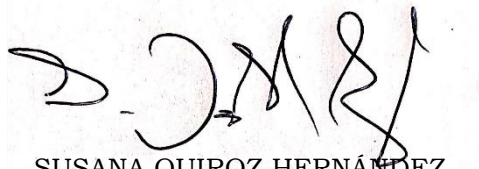
Primero. Confirmar el fallo apelado, de naturaleza, fecha y de procedencia ya anotadas.

Segundo. Esta decisión se notifica en estrados y contra ella no procede recurso alguno.

Cúmplase y devuélvase.


SHIRLE EUGENIA MERCADO LORA
Magistrado


GUILLERMO ÁNGEL RAMÍREZ ESPINOSA
Magistrado


SUSANA QUIROZ HERNÁNDEZ
Magistrada

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL

TRIBUNAL SUPERIOR DE BUCARAMANGA
SALA DE DECISIÓN PENAL

Magistrada Ponente: Shirle Eugenia Mercado Lora

Radicación:	680016000258-2012-00432 (21-602A)
Procedencia:	Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Bucaramanga
Procesado:	José Roberto Acevedo Amado
Delito:	Acceso carnal abusivo con menor de catorce años agravado en concurso heterogéneo con lesiones personales
Apelación:	Sentencia condenatoria
Decisión:	Confirma parcialmente
Aprobado:	Acta N.º 834
Fecha:	25 de agosto de 2023

I. ASUNTO POR DECIDIR

La Sala resuelve el recurso de apelación interpuesto por la defensa contra la sentencia del 2 de septiembre de 2021 mediante la cual el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Bucaramanga condenó a José Roberto Acevedo Amado como autor responsable del delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años - artículos 208 y 211, numeral 5 del Código Penal- en concurso heterogéneo con el punible de lesiones personales -artículos 111 y 115 del Código Penal- a la pena principal de doscientos veinte (220) meses de prisión.

II. HECHOS

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

“Los hechos que dieron origen a la presente actuación penal se remontan al 9 de marzo de 2012 fecha en la cual, según lo narrado por la agencia Fiscal, se recibió una ficha epidemiológica procedente de la Clínica Chicamocha donde se referenció un posible delito sexual donde la víctima sería un menor de 4 años de edad de iniciales N.J.A.A., así como el presunto autor su padre biológico JOSÉ ROBERTO ACEVEDO AMADO. Se indicó que según lo consignado en el informe médico el padre del menor le habría introducido una cuerda de fique en su orificio anal durante un paseo en moto en días previos a la consulta.

¹ 17. Sentencia31Agosto2021.pdf Expediente digital

Narró el informe médico fechado del 06 de marzo de 2012 que una cuerda de fique fue extraída del ano del menor cuando la madre del mismo lo llevó a la Clínica Chicamocha pues el menor sentía dolor en su cola. Además, se indicó que se tomaron muestras del pantaloncillo que arrojaron finalmente rastros de semen. Los presuntos hechos delictivos tuvieron ocurrencia en la vereda llanadas del municipio de Lebrija Santander, días previos al conocimiento de estos hechos por la señora madre del menor.” (sic)

III. ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

3.1. El 26 de agosto de 2013 ante el Juzgado Promiscuo Municipal con Función de Control de Garantías de Lebrija, la Fiscalía General de la Nación formuló imputación en contra de José Roberto Acevedo Amado por el ilícito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años agravado en concurso con delito de lesiones personales, cargos que el imputado no aceptó. En la misma oportunidad se le impuso a Acevedo Amado medida de aseguramiento consistente en detención preventiva en establecimiento carcelario.

3.2. Radicado el escrito de acusación, las diligencias correspondieron por reparto al Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Bucaramanga, realizándose la audiencia de formulación de acusación el 27 de noviembre de 2013.

3.3. A su vez, la audiencia preparatoria se adelantó en sesiones del 15 de mayo de 2014 y 7 de noviembre de 2014, oportunidad en la que se resolvió respecto del decreto probatorio, determinación que fue recurrida por la defensa y el apoderado de la víctima.

3.4. En ese sentido, esta Corporación resolvió el recurso formulado mediante auto aprobado con acta No. 741 del 7 de noviembre de 2014, cuya lectura se surtió el 21 de enero de 2015.

3.5. Acto seguido, el juicio oral se surtió en múltiples sesiones del 8 de mayo de 2015, 20 de mayo de 2016, 29 de julio de 2016, 11 de julio de 2017, 10 de agosto de 2017, 30 de agosto de 2017, 17 noviembre de 2017, 1 de agosto de 2018, 16 de octubre de 2019, 4 de agosto de 2021 y 11 de agosto de 2021, oportunidad en la que se profirió sentido del fallo de carácter condenatorio y su surtió el traslado del artículo 447 del Código Ode Procedimiento Penal.

3.6. Finalmente, el 2 de septiembre de 2021 se dio lectura de la sentencia condenatoria, contra la cual la defensa presentó y sustentó en el término legal para ello, recurso de apelación.

IV. PROVIDENCIA IMPUGNADA

El A quo abordó su argumentación planteando el siguiente problema jurídico: ¿Si el caudal probatorio vertido en el debate de juicio oral permite arribar al conocimiento más allá de toda duda de la existencia del delito y de la autoría y responsabilidad del acusado José Roberto Acevedo Amado en el punible de acceso carnal abusivo con menor de 14 años en concurso homogéneos con lesiones personales, y por tanto debe recibir una sentencia condenatoria?

A partir de lo anterior se refirió a la normatividad aplicable al caso concreto y continuo con un recuento de la practica probatoria.

Acto seguido, consideró probado que el procesado incurrió en una conducta típica que claramente atenta contra la integridad y formación sexual de un menor de 14 años, que además es su hijo, sin que se acreditaran circunstancias excluyentes de responsabilidad.

Sobre el particular, destacó que en primer lugar se demostró la ocurrencia del hecho ilícito, siendo que un menor de 14 años sufrió una afectación en su bien jurídico de la libertad y formación sexual cuando le fue introducido por su ano de forma abusiva una cuerda de origen vegetal, que le fue dejada allí y posteriormente fue descubierta por su madre y su tía.

Lo anterior, se acreditó a través de las múltiples declaraciones, incluida la del menor víctima, su progenitora y la del propio médico que extrajo el material orgánico que tenía el menor en su ano, así como las de los diferentes profesionales que concurrieron al juicio, consistentes en corroborar, ya sea directa o periféricamente, el hecho de que el menor llegó a tener una cuerda de origen vegetal en su ano, así como el hallazgo de restos de semen en calidad de espermatozoides en él, elementos que no dejan duda alguna en cuanto al hecho de que el menor fue víctima de una agresión sexual y que su agresor era del sexo masculino.

En cuanto al ilícito de lesiones personales por perturbación psíquica, aseveró que este también refulge típico, en tanto la Dra. Demnys Lilibet Oliveres -testigo de fungibilidad- declaró sobre el informe pericial que rindió el Dr. Juan José Cañas con relación a la perturbación psicológica al menos transitoria que sufrió el menor en su momento.

Seguidamente se refirió a la antijuridicidad de la conducta desplegada por Acevedo Amado, estimando colmados dos de los tres elementos de la responsabilidad penal.

Continuó su argumentación, abordando los motivos conforme los cuales concluyó que Amado Acevedo es culpable por las conductas que se le endilgan con la finalidad de que la triada de la imputación penal se halle completa.

Así, resaltó que el primero de los señalamientos lo realizó la propia víctima, que con la ingenuidad propia de un menor de 4 años, le dice a su progenitora que su papá le introdujo una cabuya por su ano, dicho que merece total credibilidad, pues como se advierte del acervo probatorio los profesionales que concurrieron al juicio oral indicaron que el menor mostraba claridad al expresar los hechos, reconstruyendo de forma ordenada el suceso de contenido libidinoso, sexual y aberrante del que fue víctima.

Además, afirmó que al reconstruir el entorno factico, son múltiples las corroboraciones periféricas que demuestran cómo ocurrieron los hechos, como lo son el dicho de la madre y la tía del menor, quienes percibieron de forma directa la cuerda tipo fique que le colgaba al menor de su recto y escucharon de este, que ese elemento se lo había introducido su padre, además de los hechos anteriores que relataron estas testigos por los cuales desconfiaban del procesado.

Por otra parte, señaló que la defensa olvida que el menor al rendir declaración está amparado por el derecho internacional y lo que dice debe ser vitalmente escuchado, como lo determina la Convención sobre los Derechos del Niño del 20 de noviembre de 1989.

En suma, se refirió a los postulados de la Corte Constitucional y de la Corte IDH en cuanto a los procesos penales relaciones con violencia sexual en contra de niños, niñas y adolescentes, concluyendo que resulta irrefutable que el testimonio del menor es completamente convincente para endilgar responsabilidad penal por culpabilidad al acusado.

Finalmente, tras referirse al proceso de individualización de la pena y la procedencia de subrogados penales, profirió condena en contra de José Roberto Acevedo Amado por los aludidos delitos.

V. DE LA IMPUGNACIÓN

Inconforme con la decisión de primera instancia, el defensor interpuso recurso de apelación argumentando que, si bien se escuchó al menor presuntamente ofendido expresar que su padre “le metió una cuerda en una parte íntima... señalando la cola como su parte íntima”, no es menos cierto que en sede de contrainterrogatorio cuando se le pregunta si alguien le había dicho lo que tenía que expresar, afirmó que su mamá y tu tía le habían dicho lo que tenía que expresar.

Circunstancia que despoja el dicho de este menor de fuerza de convicción, máxime cuando del testimonio de la progenitora se extrae que esta sostenía una relación conflictiva con el procesado, haciendo esto explicable su actitud de instruir

a su hijo sobre lo que debía decir en el testimonio rendido en el juicio oral, en otras palabras, afirmó que esta circunstancia sugiere que el caso sub examine, se trata de una falsa denuncia basada en el resentimiento de la madre del niño hacia su pareja.

Además, develó que la introducción de un cuerpo extraño en el ano del menor por su representado, sin que este suponga que eso le va a causar daño al menor y además de ello, lo deje allí sabiendo que puede ser descubierto, se sale de toda lógica.

También cuestionó el hecho de que la progenitora del menor y su familia, conociendo que presuntamente Acevedo Amado tenía conductas sexuales inapropiadas, no hubiesen tomados medidas preventivas y además de ello, Yeimi Katherine Arciniegas hubiese permanecido tanto tiempo junto al procesado.

Por otra parte, resaltó que la profesional de la psicología Diana Lorena Fajardo Sáenz al emitir y sostener su dictamen, fue enfática en señalar que el examinado no presenta inclinaciones aberrantes en su sexualidad, haciendo alusión expresa al concepto plasmado por esta profesional en el respectivo dictamen. Así las cosas, indicó que el perfil descrito en este elemento por esta profesional es totalmente incompatible con la personalidad y el comportamiento endilgado a su representado.

Además, refirió que dicho aspecto se complementa con la versión rendida por su hermano, Luis Jesús Acevedo Amado, que fue enfático en manifestar que sus hijos menores habían compartido con su hermano momentos de esparcimiento, sin que hubiera observado en éste actitudes proclives a un comportamiento sexual inadecuado.

Acto seguido, afirmó que el hecho que hace más incoherente el espectro *evidencial* que se presenta contra su prohijado es la aparición de situaciones que no armonizan con lo dicho por el menor, cuando se quiere plantear una supuesta presencia de semen que quiso ser atribuida al padre del menor, sin que el niño hubiese hecho mención a un episodio de maniobra sexual o penetración por parte de su padre que involucrara el órgano sexual de este, circunstancia que le resta total credibilidad a la participación del acusado en el episodio en el que se le quiere involucrar.

Así, cuestiona cómo es que llegó ese semen a los pantaloncillos del menor, si el menor no hizo alusión a que su padre le haya introducido o tratado de introducir su miembro en alguna parte de su cuerpo, lo que hace pensar que todo ello se trata de un montaje para involucrar a José Roberto Acevedo Amado motivado por las discordias entre el procesado y la madre del menor y su familia.

En cuanto al médico Diego Humberto Meza Avella, destacó que este es un testigo de referencia, ya que este no le halló nada al menor como el mismo lo reconoce.

Continuó su argumentación, señalando que el dicho del médico Miguel Darío Duran Soto carece de la imparcialidad exigible a todo testigo idóneo y creíble, al incursionar en el ámbito de la valoración probatorio y de la deducción de la responsabilidad del acusado, campo que es de competencia exclusiva del juez de conocimiento.

Además, argumentó que los psicólogos forenses no son idóneos para pronunciarse sobre las perturbaciones psíquicas en las lesiones personales sino los médicos psiquiatras como reiteradamente lo ha dejado sentado la Corte Suprema de Justicia.

Así las cosas, afirmó que no existe prueba que permita aprehender el conocimiento más allá de toda duda para impartir una sentencia condenatoria en contra de José Roberto Acevedo Amado, motivo por el cual solicitó que se revoque la decisión de primer grado y, en su lugar, se emita una en sentido absolutorio.

VI. CONSIDERACIONES DE LA SALA

6.1. De la competencia

De conformidad con lo dispuesto en el numeral 1° del artículo 34 de la Ley 906 de 2004²⁹, este Tribunal es competente para conocer el recurso de apelación interpuesto contra el fallo condenatorio proferido el 2 de septiembre de 2021 por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Bucaramanga; bajo esa premisa estudiará la Sala la impugnación propuesta, aclarando que, por tratarse de la segunda instancia, únicamente se abordarán los asuntos objeto de inconformidad y los inescindiblemente ligados a estos en virtud del principio de limitación.

6.2. Problema jurídico

De conformidad con la censura planteada por el recurrente, le corresponde a esta Sala de Decisión determinar si con las pruebas allegadas al juicio oral es dable arribar al conocimiento, más allá de duda razonable, de la ocurrencia de los hechos constitutivos del punible de acceso carnal abusivo con menor de catorce años agravado y de la responsabilidad del procesado o si por el contrario su presunción de inocencia se mantuvo incólume durante la actuación, a efectos de

²⁹ “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.”

que se revoque la sentencia condenatoria y, en su lugar, se emita una en sentido absolutorio. Ello, claro está, teniendo en cuenta que los medios de conocimiento sólo son aquellos que se han producido como pruebas dentro de la audiencia pública³.

Sería del caso entrar a pronunciarse igualmente respecto del ilícito de lesiones personales si no se advirtiera que respecto del mismo acaeció el fenómeno extintivo de la acción penal como se expondrá a continuación.

6.3. De 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 2004⁸, según los cuales la acción penal se interrumpe con el traslado del escrito de acusación 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).

En atención a las anteriores premisas normativas, en el evento examinado se profirió sentencia condenatoria en contra del procesado, a título de autor, por el delito de lesiones personales tipificado en los artículos 111 y 115 inciso 1 del Código Penal, al calificar la perturbación psíquica como transitoria.

Así las cosas, comoquiera que, frente al delito en comento, consagrado en el artículo 115 inciso 1° del C.P. se consagra en definitiva una pena máxima de 126 meses de prisión -10 años y 6 meses- y en atención a que la formulación de imputación se adelantó el 26 de agosto de 2013, en virtud de lo establecido en el artículo 292 de la Ley 906 de 2004, la acción penal respecto al delito endilgado prescribió el 26 de noviembre de 2018, es decir, 5 años y 3 meses después de haberse formulado imputación, siendo este el acto procesal que interrumpe el termino prescriptivo.

Así las cosas, en este momento carece la Sala de facultad para emitir fallo de segundo grado ya que ha operado el fenómeno jurídico de la prescripción, razón por la cual la única actuación que se impone a la Colegiatura es la de reconocer

³ Artículo 16 C.P.P.

que ha cesado la potestad punitiva del Estado y al encontrar configurada la causal objetiva de que trata el numeral 1º del artículo 332 de la Ley 906 de 2004, decretar la preclusión por prescripción de la acción penal.

Ahora bien, es pertinente precisar que en el caso examinado no es procedente realizar un pronunciamiento de fondo respecto a la responsabilidad del procesado frente al ilícito en comento, para privilegiar una eventual decisión absolutoria frente a la declaratoria de prescripción, toda vez que de conformidad a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia⁹, la prevalencia de la absolución frente a la declaratoria de prescripción sólo aplicable:

“únicamente frente a dos eventos: (i) cuando la sentencia de segundo grado es de carácter absolutorio y la misma no es debatida en sede de casación y, (ii) cuando el procesado renuncia a la prescripción.

El primero de aquellos supuestos, esto es, cuando se confrontan la decisión absolutoria y la materialización de la prescripción sólo es procedente en sede del recurso extraordinario de casación y así lo ha desarrollado la jurisprudencia de la Corte, pues como bien se advierte, dicha determinación, se presupone, ha arribado a esa Corporación prevalida de una doble presunción de acierto y legalidad, ante lo cual «... algún valor debe darse a las decisiones de las instancias, cuando es claro que la prescripción, o mejor, el término de ellas, se cubrió con posterioridad a las mismas y no compete a la Corte, repetimos, porque no fue objeto de ningún tipo de demanda, evaluar el tópico específico de la absolución» (CSJ SP, 16 mayo. 2007, Rad. 24734).”

Pues considerarlo de otro modo en esta instancia, comportaría una grave afectación al debido proceso, al permitir la prolongación del debate jurídico y probatorio, pese a la pérdida de potestad punitiva del Estado. Al respecto la Corte Suprema de Justicia¹⁰ ha expresado:

“(...) de suerte tal que, una vez logrado o superado el lapso previsto por el legislador para el efecto, no hay opción distinta para el operador jurídico que decretar la prescripción, pues actuar en contravía del respectivo mandato, esto es, trascendiendo el límite cronológico máximo, implica desconocer las formas propias del juicio, sin que sea oponible para eludir el referido pronunciamiento, el que decisiones próximas a tomar puedan favorecer al procesado.

En eventos tales, 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 (...)

6.4 Precisiones preliminares

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

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

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

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

6.5. De la valoración del testimonio de un menor de edad víctima de un delito sexual

Así las cosas, destaca esta Colegiatura que al momento de valorar el testimonio del menor víctima de un delito sexual debe tenerse en cuenta que este tipo de conductas punibles de connotación sexual por lo general se cometen en entornos privados, dejando en la mayoría de los casos a la víctima como único testigo directo de la agresión.

De manera que su valoración implica un especial cuidado, puesto que además de ser el único testigo directo del hecho delictivo –en la mayoría de los casos-, es un sujeto de especial protección constitucional. Circunstancias que no pueden suponer el menoscabo de las garantías mínimas del procesado, asumiendo en todos los casos como verdades irrefutables las atestaciones hechas por el menor de edad.

Por lo cual, la valoración de este testimonio debe realizarse en el marco de la normatividad procesal vigente, concretamente conforme a los criterios objetivos previstos en el artículo 404 de la Ley 906 de 2004, los principios técnico científicos sobre la percepción y la memoria y, especialmente, lo relativo a la naturaleza del objeto percibido, al estado de sanidad del sentido o sentidos por los cuales se tuvo la percepción, las circunstancias de lugar, tiempo y modo en que se percibió, los procesos de rememoración, el comportamiento del testigo durante el interrogatorio y el contrainterrogatorio, la forma de sus respuestas y su personalidad.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia ha señalado:

“(…) Ya se ha determinado que en casos traumáticos como aquellos que comportan la agresión sexual, el menor tiende a decir la verdad, dado el impacto que lo sucedido que lo sucedido le genera.

(…)

Desde luego, a esos conceptos intrínsecos del testimonio y quien lo rinde, deben agregarse para la verificación de su trascendencia y efectos respecto de objeto central del proceso, aquellos referidos a cómo los demás elementos suasorios apoyan o contradicen lo referido, había cuenta de que el sistema de sana crítica del cual se halla imbuida nuestra sistemática penal, obliga el examen en conjunto y de contexto de todos los medios de prueba arrimados legalmente al debate.⁴” (sic)

Dicho lo anterior, no puede perderse de vista que en el actual sistema procedimental penal -regido por la Ley 906 de 2004- , únicamente se estima como prueba la que se ha producido o incorporado en forma pública, oral, concentrada, y sujeta a confrontación y contradicción ante el juez de conocimiento.

No obstante, las declaraciones rendidas con anterioridad al juicio excepcionalmente pueden constituir prueba en las siguientes circunstancias excepcionales: (i) la indisponibilidad del testigo por cualquiera de las circunstancias previstas en el artículo 438 del CPP, que habilita la admisión de dicha declaración como prueba de referencia y, (ii) cuando el testigo comparece a juicio para variar su versión anterior o retractarse de la misma, evento en el cual la declaración anterior podrá ser incorporada como testimonio adjunto.⁵

Bajo las anteriores premisas, cuando el menor víctima de un delito sexual acude al juicio oral a rendir su testimonio, y sus declaraciones previas no son incorporadas como testimonio adjunto, ante una eventual retractación del menor y la fiscalía tampoco sustenta la admisibilidad excepcional de estas declaraciones

⁴ CSJ SP, 25 enero 2017, rad. 41948

⁵ CSJ, 18 agosto 2021, rad. 56357

como prueba de referencia, cualquier declaración rendida por el menor antes del juicio, incluso aquellas rendidas en el marco de una valoración de tipo sexual o psicológico, no podrán ser objeto de valoración.

Al respecto la Corte ha indicado:

“los relatos sobre los hechos investigados, entregados por los menores de edad en las valoraciones de carácter sexual, psicológico o psiquiátrico, tienen la condición de declaraciones rendidas por fuera del juicio oral, y (ii) si la parte pretende utilizar estas versiones para probar la existencia del hecho investigado, debe sujetarse en su descubrimiento, incorporación y valoración, al trámite y reglas establecidas para la prueba de referencia.⁶”

6.6. Del caso concreto

Expuestas las anteriores premisas, se impone a esta colegiatura, en primer término, efectuar el juicio de tipicidad en orden a determinar si en el caso examinado se estructura el punible de acceso carnal abusivo con menor de catorce años agravado por el cual, se itera, se acusó a José Roberto Acevedo Amado.

La referida conducta punible está descrita y sancionada en el artículo 208 del Código Penal, modificado por el artículo 4° de la Ley 1236 de 2008, en los siguientes términos:

«El que acceda carnalmente a persona menor de catorce (14) años, incurrirá en prisión de doce (12) a veinte (20) años.».

Disposición normativa que se integra con lo previsto en el artículo 212 de la Ley 599 de 2000 que define el término acceso carnal así:

“Para los efectos de las conductas descritas en los capítulos anteriores, se entenderá por acceso carnal la penetración del miembro viril por vía anal, vaginal u oral, así como la penetración vaginal o anal de cualquier otra parte del cuerpo humano u otro objeto.”

Conforme a la anterior descripción típica, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha definido como elementos de este ilícito los siguientes:

“un sujeto activo y pasivo indeterminados, pero en todo caso concretándose en cuanto al segundo, la víctima, una condición especial: la minoría de catorce años; siendo indiferente que el ejercicio del actuar ilícito, conducta de connotación erótico-sexual, se realice con la anuencia o complacencia del sujeto pasivo pues se ha

⁶ CSJ SP 26 sep. 2018, rad. 47789

establecido que en ningún caso cuenta con capacidad de disposición sobre su sexualidad una persona menor de catorce años.

La edad de la víctima es un elemento esencial del delito, pues hasta los catorce años se ha considerado por el legislador, y así lo entiende la Corte, que debe brindarse una protección prevalente a los menores, proscribiendo comportamientos de connotación sexual que se realicen en o sobre personas que no superen esa barrera etaria, pues no cuentan con capacidad de comprensión adecuada respecto de las actividades sexuales, sus implicaciones y consecuencias para la propia identidad, libertad o integridad sexuales.”⁷

En cuanto al agravante imputado por la fiscalía, este se encuentra previsto en el numeral 5 del artículo 211, modificado por el artículo 7° de la Ley 1236 de 2008 y el artículo 30 de la Ley 1257 de 2008, en los siguientes términos:

“Las penas para los delitos descritos en los artículos anteriores, se aumentarán de una tercera parte a la mitad, cuando:

(...)

5. La conducta se realizare sobre pariente hasta cuarto grado de consanguinidad, cuarto de afinidad o primero civil, sobre cónyuge o compañera o compañero permanente, o contra cualquier persona que de manera permanente se hallare integrada a la unidad doméstica, o aprovechando la confianza depositada por la víctima en el autor o en alguno o algunos de los partícipes. Para los efectos previstos en este artículo, la afinidad será derivada de cualquier forma de matrimonio o de unión libre.”

Dilucidado lo anterior, se propone entonces la Sala abordar el examen de la actividad probatoria adelantada en juicio oral, anticipando desde ya, que los reparos formulados por el censor son insuficientes para derruir el fallo de naturaleza condenatoria proferido en primera instancia; puesto que se encuentra acreditado más allá de toda duda la materialidad de la conducta y la responsabilidad penal de José Roberto Acevedo Amado, como se expone a continuación.

Así pues, conforme a los elementos constitutivos de este ilícito descritos en precedencia, destaca esta Colegiatura en primer término que no existe discusión – al haber sido objeto de estipulación probatoria-, que la víctima era menor de catorce años para la época de los hechos, así como al parentesco paterno-filial existente entre el procesado y el menor NJAA.

Luego, en cuanto a la materialidad del delito endilgado al procesado, emerge necesario abordar dicho análisis a partir del único testigo directo de los mismos, es decir el menor NJAA, quien en sesión de juicio oral del 27 de julio de 2015 señaló

⁷ CSJ SP, 3 mayo 2023, rad. 53259

claramente que el procesado le había introducido una cuerda en su ano en una zona boscosa, relatando concretamente lo siguiente:

“Fiscalía: ¿Cuéntame si te ha pasado algo que no te haya gustado en tu cuerpo que tu recuerdes?

NJAA: Que mi papá me hubiera hecho eso.

Fiscalía: Cuéntame, ¿Qué te hizo tu papá?

NJAA: Me metió la cuerda.

Fiscalía ¿Dónde te metió la cuerda?

NJAA: En una parte íntima”⁸

Explicando más adelante el menor, a través de una plantilla del cuerpo humano que se le puso de presente, que la parte íntima a la que hacía referencia era la cola. Además, relató que mientras los hechos acaecían su padre le preguntó: “¿Se siente rico?”⁹

Relato que fue corroborado con el dicho del médico general Miguel Darío Durán Soto y la correspondiente historia clínica de la atención recibida por el menor el 6 de marzo de 2012 en el servicio de urgencias de la clínica Chicamocha en la que se plasmó en el acápite de hallazgos lo siguiente: “se observa cuerpo extraño en ano (una especie de cuerda de fibras vegetal que viene del recto, pero se rompe. No evidencio desgarros”, elemento que este profesional procede a extraer y a dejar a disposición de la autoridad competente, junto la ropa interior del menor.

Incluso, Yeimi Katherine Arciniegas y Yulieth Johana Arciniegas, madre y tía del menor, respectivamente, dieron cuenta en el devenir del juicio oral que el 6 de marzo de 2012 percibieron de forma directa un cuerpo extraño que sobresalía del ano del menor, caracterizándolo como unas tiras deshilachadas que parecían fique.

En suma, la perito del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, Sandra Patricia Mesa, también corrobora periféricamente el dicho del menor, pues la profesional recibió los elementos recolectados en la clínica Chicamocha por el médico Miguel Darío Durán, esto es: “ (i) un (1) pantalón interior infantil masculino, tipo bóxer, marca “EROS”, talla 6 (...), La prenda se observa con una mancha de tonalidad café amarillenta ubicada en la zona media de la parte posterior del bóxer y (ii) un (1) fragmento de fibra al parecer vegetal de aproximadamente nueve punto cero (9.0) centímetros de longitud, impregnado de material orgánico de color café, olor compatible con materia fecal (...)”.

⁸ Min 13:59 a Min 14:58

⁹ Min 27:00

Lo anterior, con la finalidad de realizar un análisis de los fluidos que se presentaban en estos dos elementos, concluyendo dicha profesional:

“DE ACUERDO A LOS ANÁLISIS REALIZADOS A LA MUESTRA (M-2) TOMADA DEL PANTALONCILLO TIPO BOXER Y A LAS MUESTRAS (M1., M-2, Y M-3) TOMADAS AL FRAGMENTO DE FIBRA SE DETECTÓ SEMEN. EN LA MUESTRA (M-1) TOMADA AL PANTALONCILLO TIPO BOXER NO SE DETECTÓ SEMEN.”

Conclusión que si bien no permite establecer con certeza que dichos fluidos correspondieran a Acevedo Amado, pues como lo expuso en su peritaje la profesional adscrita el INML Rosa Elena Romero, no fue posible establecer correspondencias de ADN dado el escaso material biológico, si permiten arribar a la conclusión que el agresor era de sexo masculino, pues estos dos elementos presentaban espermatozoides que evidentemente por la edad del menor – 4 años de edad- no pueden pertenecer a él, corroborando ello periféricamente el relato del menor.

Sobre el particular, emerge imperativo precisar que contrario al planteamiento del censor, este hallazgo lejos de presentarse como una contradicción que le reste credibilidad al dicho del menor, lo corrobora periféricamente como se expuso en precedencia, pues para que esos fluidos hubiesen llegado al bóxer del menor y a la cuerda que le fue introducida en su ano, no era necesario que el procesado hubiese intentado la penetración del menor con su miembro viril, además que no puede perderse de vista que el menor fue claro en relatar que su padre lo puso de espaldas y lo hizo agacharse, luego su rango visual respecto de las maniobras que desplegaba su padre era limitado, lo que explica que no hubiese hecho referencia alguna al semen que se encontró con posterioridad en esos elementos.

Así las cosas, contrario a lo discernido por el defensor, del acervo probatorio se extrae sin dificultad alguna la materialidad de la conducta típica desplegada en detrimento de la libertad, integridad y formación sexual del menor NJAA, resultando desacertado referirse a este como presunta víctima, cuando los medios suasorios no dejan ningún asomo de duda, en cuanto la penetración anal de la cual fue víctima con una cuerda de fique.

En este punto, surge relevante reseñar que el resultado de la valoración sexológica practicada el 12 de marzo de 2012 por el médico forense adscrito al INML -Mario Rondón Vesga- en el que se conceptuó que el ano del menor víctima no presentaba fisuras, ni desgarros, siendo de tono y forma normal, conclusión coincidente con lo expuesto por el médico general que le retiró el elemento del ano al menor, quien dejó consignado en la ya aludida historia clínica que no evidenciaba desgarros en esa zona, carece de relevancia para la estructuración del ilícito objeto de juzgamiento, ya que el perito Rondón Vesga, fue claro en explicar

que con dicha pericia no se puede descartar la ocurrencia de los hechos, pues el ano es un orificio de naturaleza dilatante, pudiendo presentarse penetraciones sin que se produzca lesión alguna.

Ahora, en cuanto a la responsabilidad penal del procesado, advierte la Sala que la misma también se deriva del señalamiento directo que hace el menor, aunado a las corroboraciones periféricas con las que cuenta su dicho como se procederá a exponer.

Así, como se reseñó en precedencia, el menor en su testimonio fue claro y espontáneo en señalar a su progenitor como la persona que le introdujo un elemento extraño en su zona anal, develando que ello ocurrió en una zona boscosa, en la que su padre le dijo que se agachara y que se bajara los pantalones y que mientras se desarrollaba el suceso, le preguntó que si lo que le estaba haciendo se sentía rico.

No se observa que el niño haya sido manipulado para rendir su versión de los hechos, como lo señala el censor, pues si bien el menor contestó afirmativamente a la pregunta de que si alguien le había dicho lo que tenía que decir en el devenir del juicio oral, también es cierto, que el menor NJAA, señaló que lo que su tía y su mamá le dijeron fue que dijera la verdad.

Además, pese a que el menor concurrió al juicio oral a rendir su testimonio y en ese sentido cualquier declaración rendida por este antes del juicio, incluso aquellas rendidas en el marco de una valoración de tipo sexual o psicológico, no podrán ser objeto de valoración, al tratarse de prueba de referencia, lo cierto es que los testigos Yeimi Katherine Arciniegas -madre del menor-, Yulieth Johanna Arciniegas -tía del menor-, Miguel Darío Durán Soto y el perito Mario Rondón Vesga si pueden acreditar la existencia del relato que les hiciese el menor, e incluso el señalamiento directo que hizo de su progenitor que reiteró ante estos sujetos y en su intervención en el juicio oral.

De otra parte, oportuno y necesario emerge precisar que el contexto conflictivo en el que se desarrollaba la relación de la madre del menor y el procesado, inclusive el incidente que protagonizaron en el que Yeimi Katherine Arciniegas le arrojó agua caliente a Acevedo Amado por el temor que este le generaba, como ella misma lo relató, y por el cual tuvieron que presentarse en la Casa de Justicia de Floridablanca, no tiene la fuerza suasoria para desvirtuar las circunstancias acreditadas con el acervo probatorio, máxime cuando ni siquiera existe claridad en la fecha de este evento que la defensa pretende resaltar, pues la testigo relató que creía que había sido un año antes de los hechos objeto de juzgamiento, perdiéndose así la relación directa que pretende plantear la defensa entre este evento y la denuncia formulada en contra del procesado.

Ahora, con ocasión al dictamen pericial rendido por la psicóloga Diana Lorena Fajardo, resalta la Sala que el artículo 420 de la Ley 906 de 2004 establece los criterios a tener en cuenta al momento de valorar una prueba de esta naturaleza, entre los cuales se señala la idoneidad técnico-científica y moral del perito, la calidad y exactitud de sus respuestas, su comportamiento al responder, el grado de aceptación de los principios científicos, técnicos o artísticos en que se apoya el perito, los instrumentos utilizados y la consistencia del conjunto de sus respuestas.

Además, en lo concerniente a la base técnico-científica del dictamen pericial, la Corte Suprema de Justicia ha sostenido:

“(i) la opinión puede estar soportada en “conocimientos científicos, técnicos, artísticos o especializados”; (ii) el interrogatorio al perito debe orientarse a que este explique suficientemente la base “técnico-científica” de su opinión, lo que implica asumir las respectivas cargas, como cuando, a manera de ejemplo, se fundamenta en una “ley científica” –en sentido estricto-, en datos estadísticos, en conocimientos técnicos, etcétera; (iii) el experto debe explicar si “en sus exámenes o verificaciones utilizó técnicas de orientación, probabilidad o certeza”, lo que resulta determinante para establecer el peso que el dictamen puede tener en la decisión judicial, porque, a manera de ejemplo, no es lo mismo que se afirme que existe más del 99% de probabilidad de que un hecho haya ocurrido, a que se concluya que es “más probable que menos probable” –preponderancia- que un determinado fenómeno haya tenido ocurrencia; (iv) cuando se pretende la admisión de “publicaciones científicas o de prueba novel”, se deben cumplir los requisitos previstos en el artículo 422 de la Ley 906 de 2004; (v) lo anterior, bajo el entendido de que el Juez no está llamado a aceptar de forma irreflexiva el dictamen pericial, sino a valorarlo en su justa dimensión, lo que supone el cabal entendimiento de las explicaciones dadas por el experto; y (v) en buena medida, la claridad sobre la base científica del dictamen pericial, y de los demás aspectos que lo conforman, depende de la actividad de las partes durante el interrogatorio cruzado, lo que es propio de un sistema de corte adversativo, del que es expresión la regulación del interrogatorio al experto, prevista en los artículos 417 y siguientes de la Ley 906 de 2004”¹⁰

Así las cosas, se tiene que la profesional Diana Lorena Fajardo se limitó a indicar que su pericia se basaba en el test de manchas de Rorschach un test proyectivo de la personalidad en el que se le presentan unas imágenes al examinado para que este refiera que observa en cada una de ellas y a partir de sus respuestas efectuar el análisis, no obstante, no se refirió al grado de aceptación de esta práctica en el análisis de la personalidad de un sujeto en la comunidad

¹⁰ CSJ SP, 27 julio 2022, rad. 53824

técnico- científica y mucho menos los criterios que se tienen en cuenta al momento de analizar la respuesta que da el examinado a cada imagen, quedando el interrogante si dicho análisis obedecen a apreciaciones meramente subjetivas de la profesional.

Además, se tiene que frente a las preguntas de la defensa está perito afirmó que no era probable que un sujeto con la personalidad del procesado desplegará comportamientos de índole sexual contrario a lo normatividad vigente, afirmación indeterminada que además de no ser cuantificada por esta profesional, contrasta con la respuesta que le otorgó a la delegada del Ministerio Público, conforme la cual reconoce que esa estimación de probabilidad, implica que no es absolutamente imposible que el suceso se hubiese presentado.

Por estas razones, el valor probatorio de este dictamen carece de relevancia para desvirtuar la responsabilidad penal del procesado, pues no tiene el valor suasorio para desvirtuar el señalamiento del menor y las corroboraciones objetivas y periféricas con la que éste cuenta.

Así las cosas, contrario a lo considerado por el impugnante, la Sala arriba a la anunciada conclusión de que no surgen dudas de la materialidad del ilícito y la responsabilidad penal del procesado, de ahí que, satisfechos como se encuentran los requisitos señalados en el artículo 381 del C.P.P., se confirmará el fallo en lo que atañe al punible de acceso carnal abusivo con menor de catorce años agravado.

Finalmente, con ocasión a la decisión adoptada, se acogerá el proceso de dosificación punitiva plasmado por el juez de primera instancia para el ilícito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años agravado al ajustarse a los postulados previstos en el artículo 60 y 61 del Código Penal, atendiendo a la gravedad de la conducta que fue ejecutada en contra de un menor de tan solo 4 años edad -sujeto de especial protección constitucional-, el daño real causado a la víctima, que además de sufrir un menoscabo en su integridad sexual también sufrió una perturbación psíquica, y finalmente, a la función de prevención general y especial que está llamada a cumplir la pena en el caso concreto, no obstante, al monto total de la pena impuesta en la decisión confutada se le restará el *otro tanto* aumentado por el concurso de conductas punibles, esto es las lesiones personales, quedando la pena en doscientos (200) meses de prisión.

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

RESUELVE

Primero. Declarar extinguida, por prescripción, la acción penal adelantada en contra de José Roberto Acevedo Amado por el ilícito de lesiones personales previsto en los artículos 111 y 115 inciso 1 del Código Penal y, en consecuencia, decretar en su favor la preclusión por el mencionado cargo.

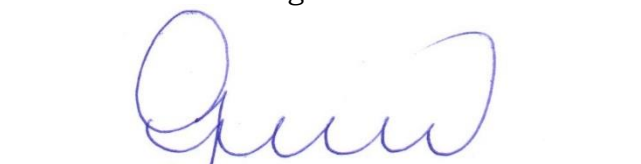
Segundo. Modificar parcialmente el numeral primero de la sentencia de fecha y procedencia antes anotadas y en su lugar imponer a José Roberto Acevedo Amado la pena principal de doscientos (200) meses de prisión por el delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años agravado de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

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

Cuarta: Advertir que contra la decisión que declara extinguida la acción penal adelantada en contra de José Roberto Acevedo Amado por el ilícito de lesiones personales procede el recurso de reposición.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


SHIRLE EUGENIA MERCADO LORA
Magistrada


GUILLERMO ÁNGEL RAMÍREZ ESPINOSA
Magistrado


SUSANA QUIROZ HERNÁNDEZ
Magistrada

Proyecto registrado: 25 de agosto de 2023

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BUCARAMANGA
SALA DE DECISIÓN PENAL

Magistrada Ponente: Shirle Eugenia Mercado Lora

Radicación:	680016000159-2021-05092 (21-853A)
Procedencia:	Juzgado Primero Penal Municipal con Funciones Mixtas de Floridablanca
Sentenciado:	Sergio Arturo Gonzales Duran
Delitos:	Violencia intrafamiliar agravada
Apelación:	Sentencia Condenatoria
Decisión:	Revoca parcialmente
Aprobado:	Acta N° 696
Fecha:	18 de julio de 2023

I. ASUNTO POR RESOLVER

La Sala resuelve el recurso de apelación interpuesto por la defensa contra la sentencia condenatoria del 22 de noviembre del 2021 mediante la cual el Juzgado Primero Penal Municipal con Funciones Mixtas de Floridablanca condenó a Sergio Arturo González Duran por el delito de violencia intrafamiliar a la pena principal de treinta y seis (36) meses de prisión, negándole los subrogados penales de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria.

II. HECHOS

Conforme se señaló en la sentencia de primer grado:¹

“ (...) el 14 de agosto de 2021, en la carrera 11 Nro. 5 – 20 del casco antiguo de Floridablanca, siendo las 22:10 horas cuando la señora LUISA FERNANDA PINZON CASTRO se encontraba con su hijo menor de edad, momento en el cual le manifestó al señor SERGIO ARTURO GONZALEZ DURAN su compañero sentimental, que necesitaba el dinero completo; posterior a ello procede a increparla con palabras soeces, la golpea en la cara con puños y patadas, toma una silla y se la arroja por el rostro y le manifestó que su intención era matarla. Después coge un cuchillo le dijo que se mataría, toma un bolso e intenta arrojarlo por una ventana, por lo que la víctima llama a los policiales quienes al llegar al lugar de los hechos y conocer lo ocurrido proceden con la captura.

III. ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

¹ Folios 111 sentencia condenatoria. Expediente físico

3.1 El 15 de agosto de 2020, ante el Juzgado Quince Penal Municipal de Bucaramanga con Funciones de Control de Garantías, previo traslado al escrito de acusación, se legalizó la captura en flagrancia de Sergio Arturo González Duran y en la misma oportunidad se le impuso medida de aseguramiento consistente en detención preventiva en establecimiento de reclusión.

3.2. Seguidamente, las diligencias correspondieron por reparto al Juzgado Primero Penal Municipal con Funciones Mixtas de Floridablanca, y habiéndose convocado a las partes para audiencia concentrada el 5 de noviembre de 2021, antes de la instalación de la misma se informó de la intención de González Duran de allanarse a los cargos, razón por la cual se varió el curso de la diligencia, se verificó el allanamiento efectuado por el procesado y se surtió el traslado del artículo 447 de la Ley 906 de 2004.

3.3. Finalmente, el 22 de noviembre del 2022 se profirió sentencia condenatoria en contra del procesado, proveído en contra del cual la defensora interpuso recurso de apelación, el cual sustentó mediante correo electrónico dentro del término legal para ello.

IV. DE LA SENTENCIA RECURRIDA

El A quo inició la exposición de sus argumentos, destacando que en el traslado del escrito de acusación se le asignó como calificación jurídica a González Duran el delito de violencia intrafamiliar agravada previsto en el inciso 2 del artículo 229 en calidad de autor, por los hechos ocurridos el 14 de agosto de 2021, cargos a los cuales se allanó antes de iniciarse la audiencia concentrada; previa información de los derechos legales y constitucionales contenidos en el artículo 8 del Código de Procedimiento Penal, renunciando expresamente a los contenidos en los literales b y k, de manera libre, consciente y voluntaria, debidamente asesorado por su defensor, verificándose que se reúnen las exigencias del artículo 381 del C.P.P para emitir sentencia condenatoria.

Seguidamente, realizó la individualización de la pena y continuó con el pronunciamiento respecto de los mecanismos alternativos de la ejecución de la prisión, indicando que se abstendrá de suspender la ejecución de la pena o de otorgar el beneficio de prisión domiciliaria, por cuanto el delito por el que se procede se encuentra señalado en el inciso 2 del artículo 68A del código penal y observando así el despacho el contenido de dicha normativa está prohibido este mecanismo por delito relacionado con violencia intrafamiliar como precisamente se trata del delito por el cual se procede a condenar.

Finalmente, manifestó que, pese a los documentos presentados por la defensa, el delito tiene expresa prohibición, precisamente por su gravedad. En suma, indicó que, de la narración de los hechos jurídicamente relevantes, el procesado actualmente representa un peligro para la víctima e incluso para sí mismo, por las incidencias que puede tener en su psiquis, en tanto intentó tirarse por una ventana, además de tener otros procesos por el mismo delito, lo que evidencia la necesidad de resocialización y cumplimiento de pena intramural

En mérito de lo expuesto, condenó a Sergio Arturo González Duran a la pena principal de 36 meses de prisión por ser hallado responsable del delito de violencia intrafamiliar agravada.

V. DE LA IMPUGNACIÓN

5.1 Recurrente

5.1.1. Defensa

Inconforme con la decisión de primera instancia la defensora interpuso recurso de apelación solicitando la concesión de una medida extramural atendiendo a las situaciones subjetivas y de peso del procesado, que demuestran el grado de vulnerabilidad por aspectos psicológicos.

Tras realizar un recuento de la actuación procesal relevante, destacó que González Duran no contaba con antecedentes penales para el momento de los hechos y que se encuentra laborando en una vidriera, labor de la percibe los recursos para su manutención, la de sus hijos menores de edad y de su progenitora, quien vive con él hace varios años, como lo refirió la misma víctima y la progenitora del condenado, quien también sufre de patologías.

En ese sentido, solicitó que se tenga en cuenta la manifestación de la víctima, en aras de otorgar el beneficio de prisión domiciliaria al procesado, quien en este momento padece de crisis de ansiedad y grandes dificultades, atendiendo igualmente a que cuenta con arraigo, personas que dan fe de su proceder y la manifestación de la víctima de cómo se presentaron los hechos y cuál es su posición frente a no sentir peligro y encontrarse residiendo en otro municipio.

Acto seguido, señaló que por razones de política criminal al consagrar las varias prohibiciones el legislador quiso que en criterios como los taxativamente señalados, no se tuviera en cuenta solamente el favor objetivo, sino que le impone el funcionario el estudio de todos los requisitos consagrados en el artículo 68 del C.P. – Ley 599 del año 2000 artículo 63- dentro de los cuales se encuentra el tratamiento

penitenciario y cuando conforme a la prueba, se concluya que la persona no requiere tratamiento penitenciario.

En ese sentido, refirió que se han aportado pruebas que demuestran que el procesado no requiere tratamiento penitenciario o una pena no acorde con la realidad, sino que, de acuerdo con sus características familiares y vínculos con la comunidad, debe otorgársele una pena inferior a la consagrada en la sentencia.

Acto seguido, hizo alusión a las teorías absolutas y relativas de la pena, e indicó que, en cuanto la llamada prevención especial, el artículo 68 ibídem, establece que no se aplicaran penas cuando la personalidad del sindicado, la naturaleza y modalidad del hecho punible, permitan al funcionario suponer que el condenado no requiere tratamiento penitenciario y penas elevadas como en el presente caso.

En ese orden de ideas, afirmó que su prohijado no busca evadir el cumplimiento de la sentencia, sino que ruega considerar su situación como persona enferma, indicando que aporta como prueba sobrevenida la historia clínica, necesaria para demostrar el estado de vida y salud mental del procesado.

Finalmente, solicitó que le sea concedido a su prohijado la prisión domiciliaria y para tales efectos se refirió a los fundamentos de derecho de su solicitud.

VI. CONSIDERACIONES DE LA SALA

6.1. De la competencia.

De conformidad con el numeral 1° del artículo 34 de la Ley 906 de 2004, es competente la Sala para conocer del recurso de apelación interpuesto por defensora, contra la sentencia del 22 de noviembre del 2021 proferida por el Juzgado Primero Penal Municipal con Funciones Mixtas de Floridablanca, aclarando que, por tratarse de la segunda instancia, la competencia está restringida a los aspectos objeto de inconformidad y a los que resulten inescindiblemente ligados a los mismos, en virtud del principio de limitación.

6.2. Problema jurídico.

Conforme lo reseñado, corresponde a esta Sala determinar: (i) si el proceso de dosificación punitiva respetó los parámetros legales y, (ii) si es procedente conceder el subrogado penal de la prisión domiciliaria o de la suspensión de la ejecución de la pena, al procesado Sergio Arturo Gonzales Duran. Con ese propósito se procederá con el análisis de los institutos jurídicos alegados por la defensa.

6.3. Del caso en concreto

Fijadas así las aristas de la censura, abordará la Sala inicialmente el reproche relacionado con el proceso de dosificación punitiva, comoquiera que, la defensa estima que la pena impuesta debe ser menor, dadas las características familiares y los vínculos con la comunidad del procesado.

Así las cosas, la conducta punible de violencia intrafamiliar agravada, tipificada en el artículo 229 inciso segundo del Código Penal, prevé unos extremos punitivos para la pena aflictiva de 72 a 168 meses de prisión, los que, subdivididos en cuartos, arrojan los siguientes guarismos:

Pena	4° mínimo	2° Cuarto	3° cuarto	4° máximo
Prisión	72 meses a 96 meses	96 meses y un día a 120 meses	120 meses y un día a 144 meses	144 meses y un día a 168 meses

De lo anterior, se advierte que el A quo al verificar que no existían circunstancias de mayor punibilidad - artículo 58 del Código Penal-, se ubicó en el primer cuarto a partir de los criterios previstos en el artículo 61 del C.P. le impuso a Gonzales Duran la pena mínima, esto es, 72 meses de prisión.

Así, atendiendo a que el allanamiento a cargos del procesado se dio previo a la instalación de la audiencia concentrada, se le concedió la rebaja máxima que prevé la ley en estos eventos, es decir hasta el 50%², quedando entonces una pena de 36 meses de prisión.

En ese sentido, advierte esta Colegiatura que no existió ningún yerro en el proceso de dosificación punitiva, pues el A quo tomó en consideración el daño real o potencial creado, la naturaleza de las causal que agrava la punibilidad, la intensidad del dolo, la necesidad de pena y la función que ella ha de cumplir en el caso concreto, a tal punto que fijó como pena la mínima prevista por el legislador, y le otorgó al procesado el mayor descuento punitivo que prevé la ley en los casos de allanamientos previos a la instalación de la audiencia concentrada, motivo por el cual la Sala confirmará la sentencia de primer grado, en lo que atañe a la pena impuesta.

² Artículo 16 de la Ley 1826 de 2017.

Ahora, procederá la Sala entonces a resolver el segundo problema jurídico planteado. En ese cometido, respecto al sustituto de la prisión domiciliaria, el artículo³ 38 de la Ley 599 de 2000, modificado por el artículo 22 de la Ley 1709 de 2014, prevé que este -como sustitutivo de la prisión intramural- consistirá en la privación de la libertad en el lugar de residencia o morada del condenado o en el lugar que el juez determine. A su vez, el art. 38B *ibidem*. -introducido por el art. 23 de la Ley 1709 de 2014- prevé los requisitos para su reconocimiento.

En ese orden de ideas, la Sala enfatiza que en virtud del marco legal referido, el otorgamiento del sustituto punitivo está condicionado a que: (i) la sentencia se imponga por conducta punible cuya pena mínima prevista en la ley no supere los ocho años de prisión; (ii) no se trate de uno de los delitos incluidos en el inciso 2° del artículo 68A de la Ley 599 de 2000; (iii) se demuestre el arraigo familiar y social del condenado; y, (iv) se garantice mediante caución el cumplimiento de las obligaciones previstas en la norma; salvo que: (a) el procesado hubiere sido condenado por delito doloso o preterintencional, dentro de los cinco años anteriores o, (b) cuando la condena se imponga por alguno de los delitos relacionados en el inciso 2° del art. 68A del C.P., pues en tales casos está prohibida su concesión.

En ese sentido, como se colige de la normatividad precedente, dicho subrogado penal está supeditado a la condición -objetiva- de que no se trate de uno de los delitos enlistados en el inciso 2° del artículo⁴ 68A de la Ley 599 de 2000 -modificado por el art. 4° de la Ley 1773 de 2016- ; precepto que específicamente prohíbe -entre otros beneficios- la prisión domiciliaria, cuando proceda el delito por “violencia intrafamiliar”, conducta punible esta que fue precisamente por la que se profirió sentencia condenatoria en contra de Sergio Arturo Gonzales Duran, en virtud del allanamiento a cargos efectuado el 5 de noviembre de 2021.

Igual, como sucede con el mecanismo sustitutivo de la pena privativa de la libertad previsto en el artículo 63 de la Ley 599 de 2000 que contempla como requisitos para su concesión:

- “1. Que la pena impuesta sea de prisión que no exceda de cuatro (4) años.
2. Si la persona condenada carece de antecedentes penales y no se trata de uno de los delitos contenidos el inciso 2o del artículo 68A de la Ley 599 de 2000, el juez de conocimiento concederá la medida con base solamente en el requisito objetivo señalado en el numeral 1 de este artículo.
3. Si la persona condenada tiene antecedentes penales por delito doloso dentro de los cinco (5) años anteriores, el juez podrá conceder la medida cuando los

³ Art 38 C.P, Modificado por la Ley 1709 de 2014, art 22; La prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión.

⁴ Art 68A inciso 2, Exclusión de los beneficios y subrogados penales, Código Penal

antecedentes personales, sociales y familiares del sentenciado sean indicativos de que no existe necesidad de ejecución de la pena.”

De lo anterior, emerge palmario que este subrogado también se encuentra supeditado a la condición -objetiva- de que no se trate de uno de los ilícitos enlistados en el inciso 2° del artículo 64 de la Ley 599 de 2000, modificado por el artículo 4 de la Ley 1773 de 2016, presupuesto que, como se reseñó en precedencia no se cumple en el caso examine, de que lo deviene la improcedencia del mismo, sin que sea relevante en el caso concreto entrar a analizar los antecedentes personales, sociales y familiares del sentenciado que sean indicativos de que no existe necesidad de ejecución de la pena, como lo demanda la censora.

Por lo anterior, no se desconoce que a través de los elementos allegados por la censora y el ente acusador se demostró el arraigo familiar, social y laboral de González Duran, no obstante, ello por sí solo, es insuficiente para la concesión de los aludidos subrogados, en el entendido que los requisitos para su reconocimiento deben ser acreditados de forma simultánea, y no alternativa como lo pretende la recurrente, por lo que basta que se incumpla uno solo de ellos para que el mismo sea negado, sin necesidad de entrar a analizar circunstancias de carácter subjetivo que la norma no prevé.

Ahora, en cuanto al argumento de la censora, relacionado con el estado de salud del procesado y la consecuente valoración de la historia clínica de González Duran, como prueba sobreviniente, resulta pertinente hacer alusión al artículo 344, inciso 4 del C de P.P en el cual el legislador establece la excepcionalidad de la admisión de dicha prueba de la siguiente manera:

[...] Sin embargo, si durante el juicio alguna de las partes encuentra un elemento material probatorio y evidencia física muy significativa que debería ser descubierto, lo pondrá en conocimiento del juez quien, oídas las partes y considerando el perjuicio que podría producirse al derecho de defensa y la integridad del juicio, decidirá si es excepcionalmente admisible o si debe excluirse esa prueba.

Conforme a lo anterior es evidente que para el caso y el momento procesal que nos asiste, la solicitud de valoración de esta prueba se encuentra por fuera del término legal establecido, máxime cuando la defensora no argumentó los motivos por los que dicho elemento no se presentó en la oportunidad procesal pertinente.

Adicional a esto, la Corte Suprema de Justicia ha señalado en varias oportunidades qué es lo que se busca puntualmente al querer introducir una prueba sobreviniente en el proceso y lo precisa de la siguiente manera:

“(i).-surja en el curso del juicio, bien porque se deriva de otra prueba allí practicada de ella no era previsible, o porque en su desarrollo alguna de esta encuentra un elemento de convicción hasta ese momento desconocido;

(ii).-no fue descubierto oportunamente por motivo no imputable a la parte interesada en su práctica;

(iii).-es “muy significativo” o importante por su incidencia en el caso; y,

(iv).-su admisión no comporta serio perjuicio al derecho de defensa y a la integridad del juicio.”

“adicional a lo anterior, la parte que solicita la prueba sobreviniente está obligada argumentar sobre su conducencia, pertinencia y utilidad, tal como se exige para cualquier otro elemento de prueba que pretenda aducirse en el proceso (Art.357,L.906/04). Esto pues hace parte de la labor de parte de demostrar los hechos de la acusación y/o determinada teoría del caso (CFR.CSJAP4164-2016)

Al margen de lo anterior, lo cierto es que, si bien la defensora anunció dicho elemento en el escrito de sustentación de la alzada, el mismo no hace parte del expediente digital allegado a esta Corporación.

No obstante, ello carece de relevancia, en el entendido que para acceder al subrogado de la prisión domiciliaria en los términos del artículo 68 del Código Penal se debe contar con el concepto del médico legista especializado respecto de la gravedad de la patología sufrida por el procesado y su incompatibilidad con la vida en reclusión, documentos que ciertamente no fue allegado por la censora.

Ahora, si bien la censora no hizo expresa referencia a la condición de padre cabeza de familia del procesado, si indicó que este era el sustento de sus hijos menores de edad y su progenitora, motivo por el cual, la Sala se pronunciara respecto de la procedibilidad de este subrogado con amparo en la condición de padre cabeza de familia.

En ese cometido, resulta pertinente precisar la norma que regula tal modalidad autónoma y especial del sustituto de la prisión domiciliaria, fundada en la condición de madre o padre cabeza de familia.

Al efecto, el artículo 1º de la Ley 750 de 2002 consagra:

“Artículo 1.º. 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. [...].”

A su vez, el artículo 461 de La Ley 906 de 2004¹⁰ establece:

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

Y, a su turno, el art. 314 *ibidem*, preceptúa:

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

[...] 5. Cuando la imputada o acusada fuere madre cabeza de familia de hijo menor o que sufre incapacidad permanente, siempre y cuando haya estado bajo su cuidado. En ausencia de ella, el padre que haga sus veces tendrá el mismo beneficio [...].”

Por su parte, conforme al artículo 2.º, inciso 2.º, de la Ley 82 de 1993 modificado por el artículo 1º de la ley 1232 de 2008, se considera mujer u hombre cabeza de hogar, a aquella persona que:

“... ejerce la jefatura [...] del hogar y tiene bajo su cargo, afectiva, económica o socialmente, en forma permanente, hijos menores propios u otras personas incapaces o incapacitadas para trabajar, ya sea por ausencia permanente o incapacidad física, sensorial, síquica o moral del cónyuge o compañero permanente o deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros del núcleo familiar”.

Ahora, en punto del concepto de madre o padre⁵ cabeza de familia, se ha señalado que, en principio, debe recurrirse a lo dispuesto en el artículo 2.º de la Ley 82 de 1993 modificado por el artículo 1º de la ley 1232 de 2008 y, con fundamento en ello, la Corte Constitucional⁶ ha señalado que para pregonar la condición de madre o padre cabeza de hogar, no basta con que la madre o el padre provean los “*recursos económicos para asegurar unas condiciones mínimas de subsistencia de sus hijos*”, sino, además:

“Que sus hijos propios, menores o mayores discapacitados, estén a su cuidado, que vivan con él, dependan económicamente de él y que realmente sea una persona que les brinda el cuidado y el amor que los niños requieran para un adecuado desarrollo y crecimiento; que sus obligaciones de apoyo, cuidado y manutención sean efectivamente asumidas y cumplidas. (...)”

Que no tenga alternativa económica, es decir, que se trate de una persona que tiene el cuidado y la manutención exclusiva de los niños y que, en el evento de vivir con su esposa o compañera, ésta se encuentre incapacitada física, mentalmente o moralmente, sea de la tercera edad, o su presencia resulte totalmente indispensable en la atención de hijos menores enfermos, discapacitados o que médicamente requieran la presencia de la madre.”

Con fundamento en tal marco normativo y jurisprudencial, la Sala pasará a verificar inicialmente si, Sergio Arturo González Duran cumple las condiciones para ser beneficiario de este subrogado, como padre cabeza de familia y, en ese cometido, debe precisarse que, a la luz de la ley, para acceder a tal sustituto deben concurrir en la procesada las siguientes condiciones: (i) que ostente la condición de padre o madre cabeza de hogar; (ii) que su desempeño personal, familiar, laboral y social, permita concluir, fundadamente, que no pondrá en peligro a la comunidad ni a las personas a su cargo; y, (iii) que no haya incurrido en alguno de los delitos previstos en el inciso 3º del artículo 1º de la Ley 750/2002, esto es, genocidio, homicidio, delitos contra las cosas o personas y bienes protegidos por el DIH, extorsión, secuestro o desaparición forzada o que no registre antecedentes, salvo por delitos culposos o políticos.

Bajo esas premisas, en primer lugar, se tiene que la defensora probó la existencia del vínculo paterno-filial entre el acusado y la menor MGS⁷, no obstante, ello no es suficiente para acreditar la condición de cabeza de hogar de su defendido, que al tenor de la Ley 82 de 1993, es aquella persona –hombre o mujer- que “*tiene*

⁵ Se tiene, como sub-regla jurisprudencial, las disposiciones relativas a la madre cabeza de familia son aplicables analógicamente al padre “que se encuentre en similares circunstancias que la mujer

⁶ T-925/2004 del 23 de septiembre de 2004, M. P. Álvaro Tafur Galvis. SU-389/2005 del 13 de abril de 2005, M. P. Jaime Araújo Rentería, Sala Plena y T-093/2009 del 17 de febrero de 2009, M. P. Mauricio González Cuervo.

⁷ Registro civil de nacimiento. Indicativo serial 43893439

bajo su cargo, afectiva, económica o socialmente, en forma permanente, (...) otras personas incapaces o incapacitadas para trabajar”.

En razón a que, una vez analizado el ejercicio de postulación cumplido por la censora durante el traslado del artículo 447 del Código de Procedimiento Penal y los documentos aportados como soporte, se advierte que la menor cuenta con su progenitora Sindy Marcela Salazar Mantilla, quien por ministerio legal debe velar por su cuidado sin que la constancia suscrita por esta relativa a que el procesado es el que se encarga de la menor sea suficiente para relevarla de dicho deber legal y constitucional.

Ahora, también se demostró la existencia del vínculo paterno-filial entre el procesado y el menor DTGP, no obstante, se itera, ello no es suficiente para acreditar su condición de cabeza de hogar, pues no se acreditaron circunstancias que le impidan a su progenitora -Luisa Fernanda Pinzón Castro-, cumplir con el deber legal y constitucional de velar por el cuidado y sostenimiento del menor.

Igual suerte corre el argumento relacionado con la dependencia de Teresa Duran Afanador, pues más allá de acreditarse que esta es su progenitora, no se demostró que en el núcleo familiar de esta, no exista otra persona llamada a brindar el amparo por ella requerido, que permita predicar una verdadera deficiencia sustancial de ayuda del grupo familiar para velar por su cuidado, que le otorgue la calidad de padre cabeza de familia al procesado, en el entendido que, el mero hecho de que Duran Afanador manifieste que el procesado es su apoyo económico es insuficiente para tales fines.

Ahora bien, la Sala es consciente de que los derechos de los menores y de los adultos mayores tienen un carácter prevalente y que éstos pueden entrar en conflicto con otros intereses, entre ellos, el que tiene la administración de justicia en la ejecución de una sanción legalmente impuesta a un infractor de la ley penal; sin embargo, se considera, que en este caso en concreto, los derechos de tales personas en situación de riesgo no se encuentran comprometidos, pues la privación de la libertad de González Duran, no comporta una real situación de indefensión o desprotección para los menores de edad MGS y DTGP, ni para la señora Teresa Duran Afanador; razón por la cual, la sentencia de primera instancia será confirmada en el tema aquí analizado.

Ahora en lo que atañe al artículo 38G del C.P. el mismo dispone lo siguiente:

“La ejecución de la pena privativa de la libertad se cumplirá en el lugar de residencia o morada del condenado cuando haya cumplido la mitad de la condena y concurren los presupuestos contemplados en los numerales 3 y

4 del artículo 38B del presente código, excepto en los casos en que el condenado pertenezca al grupo familiar de la víctima o en aquellos eventos en que fue sentenciado por alguno de los siguientes delitos del presente código: genocidio; contra el derecho internacional humanitario; desaparición forzada; secuestro extorsivo; tortura; desplazamiento forzado; tráfico de menores; uso de menores de edad para la comisión de delitos; tráfico de migrantes; trata de personas; delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales; extorsión; concierto para delinquir agravado; lavado de activos; terrorismo; usurpación y abuso de funciones públicas con fines terroristas; financiación del terrorismo y de actividades de delincuencia organizada; administración de recursos con actividades terroristas y de delincuencia organizada; financiación del terrorismo y administración de recursos relacionados con actividades terroristas; fabricación, tráfico y porte de armas y municiones de uso restringido, uso privativo de las fuerzas armadas o explosivos; delitos relacionados con el tráfico de estupefacientes, salvo los contemplados en el artículo 375 y el inciso 2 del artículo 376; peculado por apropiación; concusión; cohecho propio; cohecho impropio; cohecho por dar u ofrecer; interés indebido en la celebración de contratos; contrato sin cumplimientos de requisitos legales; acuerdos restrictivos de la competencia; tráfico de influencias de servidor público; enriquecimiento ilícito; prevaricato por acción; falso testimonio; soborno; soborno en la actuación penal; amenazas a testigo; ocultamiento, alteración o destrucción de elemento material probatorio; en los delitos que afecten el patrimonio del Estado. (...).”

Sobre este punto, resulta pertinente señalar que si bien, la conducta de violencia intrafamiliar está consagrada en el artículo 68A del C.P. como una de las conductas objeto de exclusión del subrogado penal en comento, dicha regla no es aplicable en el caso sub examine en virtud del parágrafo primero del Artículo 38 ibídem que señala:

“De lo que se colige que cuando la petición del subrogado penal de prisión domiciliaria se sustente en el artículo 38G como en el caso en concreto, no es viable su negativa con fundamento en las exclusiones del artículo 68A ibídem, sino que el análisis para su concesión deberá ceñirse a lo preceptuado por la norma invocada.”

Luego entonces, de una interpretación sistemática de los artículos 38G y 38B, se extrae que, para acceder a esta modalidad especial de la prisión domiciliaria, se requiere que: (i) el sentenciado haya purgado la mitad de la pena impuesta; (ii) no se trate de alguno de los delitos enlistados en la norma, salvo las excepciones allí mismo previstas; (iii) el condenado no pertenezca al grupo familiar de la víctima; (iv) se demuestre su arraigo familiar y social; y, (v) se garantice, mediante caución, el cumplimiento de las obligaciones descritas en el núm.. 4 del art. 38B del C.P.

Sobre el particular, debe precisar la Sala que para el momento de emitir sentencia de primer grado el procesado no cumplía con el presupuesto objetivo de haber purgado la mitad de la pena impuesta, no obstante dicha circunstancias varió, en el entendido que el procesado fue condenado a la pena principal de 36 meses de prisión, es decir que para acceder a la prisión domiciliaria en los términos reseñados debe haber cumplido como mínimo, 18 meses de la pena principal impuesta, presupuesto que se cumple a cabalidad, comoquiera que el procesado se encuentra privado de la libertad desde el 15 de agosto de 2021, en virtud de la legalización de captura y posterior imposición de medida de aseguramiento de detención preventiva intramural ordenada por el Juzgado Quince Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Bucaramanga, es decir que a la fecha ha cumplido más de 20 meses de la pena impuesta de conformidad con lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 47 del Código Penal.

Así mismo, se advierte que la conducta punible de violencia intrafamiliar agravada por la cual fue condenado el procesado, no se encuentra en el listado de exclusiones que consagra el artículo 38G del C.P., así como tampoco el procesado pertenece al núcleo familiar de la víctima, como se extrae del escrito aportado por la defensa en el que la víctima Luisa Fernanda Pinzón Castro, señala que con anterioridad a los hechos no convivía con el procesado y que el único vínculo que detentan es el hijo que tienen en común, destacando que incluso vive en un municipio diferente y que las visitas a las que tenga derecho el procesado respecto del menor se materializaran por intermedio de la señora Milagros Concepción Castro Hernández, por lo que estarían satisfechos el segundo y tercer presupuesto objetivo para la concesión del subrogado penal.

Ahora, en lo que atañe al arraigo social y familiar del procesado, como se reseñó en precedencia el mismo se acreditó durante la diligencia del traslado del artículo 447 del C.P.P , circunstancia que además no fue objeto de reproche por parte de los sujetos procesales, evidenciándose que antes de ser privado de la libertad, Gonzales Duran residía en el sector 11, bloque 17-10, apartamento 401 del barrio Bucarica con su progenitora, que es conocida por la comunidad y además que laboraba en la empresa ARTEALIMUNIO LA CUMBRE identificada con nit. 91527301-1.

En ese orden de ideas, la Sala concederá al sentenciado Sergio Arturo Gonzales Duran el subrogado penal de la prisión domiciliaria, por cumplir a cabalidad con todos los presupuestos consagrados en el artículo 38G del C.P.

No obstante, el subrogado penal de la prisión domiciliaria concedido estará sujeto a la suscripción del acta de compromiso relacionada con las obligaciones a las que se refiere el numeral 4° de dicho canon, cuyo cumplimiento deberá garantizar mediante caución prendaria que se fija en la suma de \$300.000. En consecuencia, por la Secretaría de la Sala se oficiará al señor Juez Coordinador del

Centro de Servicios para el Sistema Penal Acusatorio de esta ciudad, para efectos de la constitución de la caución prendaria y la suscripción del acta de compromiso, cumplido con lo cual oficiará al INPEC para que adopte las medidas de vigilancia que funcionalmente le corresponda.

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

RESUELVE:

PRIMERO. Revocar parcialmente el numeral tercero de la sentencia apelada, de fecha y procedencia anotadas, en lo que atañe a la negación de la prisión domiciliaria, para en su lugar conceder al sentenciado Sergio Arturo González Duran, identificado con cedula de ciudadanía No. 1.098.683.312 de Bucaramanga, dicho mecanismo sustitutivo de la prisión en las condiciones y con las obligaciones precisadas en la parte considerativa de este proveído.

En consecuencia, por la Secretaría de la Sala, oficiase al señor Juez Coordinador del Centro de Servicios para del Sistema Penal Acusatorio de esta ciudad, para los fines indicados en la motivación.

SEGUNDO. Confirmar, en todo lo demás, la decisión impugnada.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,


SHIRLE EUGENIA MERCADO LORA
Magistrada

Radicación: 680016000159-2021-05092 (21-853A)

Procesado: Sergio Arturo Gonzales Duran

Delito: Violencia intrafamiliar agravada

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'S. Quiroz H.', with a large, stylized 'S' and 'Q'.

SUSANA QUIROZ HERNÁNDEZ

Magistrada

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Paola Raquel A. Medina', with a large, stylized 'P' and 'A'.

PAOLA RAQUEL ALVAREZ MEDINA

Magistrada