



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 YEFERSON ANDRÉS PICO MENDOZA** por el punible de **HOMICIDIO AGRAVADO**, se ha dictado sentencia de segunda instancia de fecha **29 DE ENERO DE 2024**.

Para notificar a los intervinientes que no pudieron serlo personalmente ni por correo electrónico, se fijó EDICTO a través del microsítio de la Secretaría de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bucaramanga en la página web de la Rama Judicial, por el término de tres días, hoy **12 DE FEBRERO DE 2024**, siendo las 8:00 a.m.

Sandra Jullieth Cortés Samacá
Secretaria

RI 22-172A

LINK EDICTO PUBLICADO EN EL MICROSITIO DE LA RAMA EL 12 DE FEBRERO DE 2024:
<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 **ÓSCAR MAURICIO NAVAS DÍAZ** por el punible de **HURTO CALIFICADO**, se ha dictado sentencia de segunda instancia de fecha **29 DE ENERO DE 2024**.

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 **12 DE FEBRERO DE 2024**, siendo las 8:00 a.m.

Sandra Jullieth Cortés Samacá
Secretaria

RI 22-029A

LINK EDICTO PUBLICADO EN EL MICROSITIO DE LA RAMA EL 12 DE FEBRERO DE 2024:
<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 RAFAEL ANTONIO VELASCO PEDRAZA** por el punible de **VIOLENCIA INTRAFAMILIAR Y TRÁFICO, FABRICACIÓN, PORTE O TENENCIA DE ARMAS DE FUEGO, ACCESORIOS, PARTES O MUNICIONES**, se ha dictado sentencia de segunda instancia de fecha **24 DE ENERO DE 2024**.

Para notificar al procesado y a los intervinientes que no pudieron serlo personalmente ni por correo electrónico, se fijó EDICTO a través del microsítio de la Secretaría de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bucaramanga en la página web de la Rama Judicial, por el término de tres días, hoy **12 DE FEBRERO DE 2024**, siendo las 8:00 a.m.

Sandra Jullieth Cortés Samacá
Secretaria

RI 23-411A

LINK EDICTO PUBLICADO EN EL MICROSITIO DE LA RAMA EL 12 DE FEBRERO DE 2024:
<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 VÍCTOR MANUEL SERRANO MEJÍA** por el punible de **HOMICIDIO EN CONCURSO HOMOGÉNEO**, se ha dictado sentencia de segunda instancia de fecha **14 DE DICIEMBRE DE 2023**.

Para notificar al procesado y a los intervinientes que no pudieron serlo personalmente ni por correo electrónico, se fijó EDICTO a través del micrositio de la Secretaría de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bucaramanga en la página web de la Rama Judicial, por el término de tres días, hoy **12 DE FEBRERO DE 2024**, siendo las 8:00 a.m.

Sandra Jullieth Cortés Samacá
Secretaria

RI 22-665A

LINK EDICTO PUBLICADO EN EL MICROSITIO DE LA RAMA EL 12 DE FEBRERO DE 2024:
<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 JHON FREDY SERNA OSPINA Y JHON JAIRO GÓMEZ AFANADOR** por el punible de **CONCIERTO PARA DELINQUIR Y OTROS**, se ha dictado sentencia de segunda instancia de fecha **14 DE DICIEMBRE DE 2023**.

Para notificar al procesado que no pudo serlo personalmente ni por correo electrónico, se fijó EDICTO a través del microsítio de la Secretaría de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bucaramanga en la página web de la Rama Judicial, por el término de tres días, hoy **12 DE FEBRERO DE 2024**, siendo las 8:00 a.m.

Sandra Jullieth Cortés Samacá
Secretaria

RI 22-254A

LINK EDICTO PUBLICADO EN EL MICROSITIO DE LA RAMA EL 12 DE FEBRERO DE 2024:
<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 JULIO SEBASTIAN GÓMEZ FLÓREZ** por el punible de **HURTO CALIFICADO Y AGRAVADO**, se ha dictado sentencia de segunda instancia de fecha **14 DE DICIEMBRE DE 2023**.

Para notificar al procesado e intervinientes que no pudieron serlo personalmente ni por correo electrónico, se fijó EDICTO a través del micrositio de la Secretaría de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bucaramanga en la página web de la Rama Judicial, por el término de tres días, hoy **12 DE FEBRERO DE 2024**, siendo las 8:00 a.m.

Sandra Jullieth Cortés Samacá
Secretaria

RI 21-339A

LINK EDICTO PUBLICADO EN EL MICROSITIO DE LA RAMA EL 12 DE FEBRERO DE 2024:
<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 ASMED LÓPEZ** por el punible de **HURTO CALIFICADO Y AGRAVADO Y OTRO**, se ha dictado sentencia de segunda instancia de fecha **24 DE NOVIEMBRE DE 2023**.

Para notificar al procesado e intervinientes que no pudieron serlo personalmente ni por correo electrónico, se fijó EDICTO a través del microsítio de la Secretaría de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bucaramanga en la página web de la Rama Judicial, por el término de tres días, hoy **12 DE FEBRERO DE 2024**, siendo las 8:00 a.m.


Sandra Jullieth Cortés Samacá
Secretaria

RI 20-004A

LINK EDICTO PUBLICADO EN EL MICROSITIO DE LA RAMA EL 12 DE FEBRERO DE 2024:
<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 ORLANDO WILMAN DUQUE HENAO** por el punible de **LESIONES PERSONALES CULPOSAS EN CONCURSO HOMOGÉNEO Y SUCESIVO**, se ha dictado sentencia de segunda instancia de fecha **24 DE NOVIEMBRE DE 2023**.

Para notificar a los intervinientes que no pudieron serlo personalmente ni por correo electrónico, se fijó EDICTO a través del micrositio de la Secretaría de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bucaramanga en la página web de la Rama Judicial, por el término de tres días, hoy **12 DE FEBRERO DE 2024**, siendo las 8:00 a.m.

Sandra Jullieth Cortés Samacá
Secretaria

RI 23-538A

LINK EDICTO PUBLICADO EN EL MICROSITIO DE LA RAMA EL 12 DE FEBRERO DE 2024:
<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 GELMAN ZAMBRANO SAMPAYO** por el punible de **FUGA DE PRESOS**, se ha dictado sentencia de segunda instancia de fecha **20 DE NOVIEMBRE 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 **12 DE FEBRERO DE 2024**, siendo las 8:00 a.m.

Sandra Jullieth Cortés Samacá
Secretaria

RI 23-620A

LINK EDICTO PUBLICADO EN EL MICROSITIO DE LA RAMA EL 12 DE FEBRERO DE 2024:
<https://www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-bucaramanga-sala-penal/149>

c

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SALA DE DECISIÓN PENAL

MAGISTRADO PONENTE: GUILLERMO ÁNGEL RAMÍREZ ESPINOSA

Bucaramanga, veintinueve (29) de enero de dos mil veinticuatro (2024)
Discutido y Aprobado virtualmente por Acta No. 061.

OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por la defensa contra la sentencia del 23 de febrero de 2022, proferida por el Juzgado Sexto Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Bucaramanga, mediante la cual declaró a **Yeferson Andrés Pico Mendoza** penalmente responsable del delito de homicidio agravado; conforme lo descrito en el artículo 179 del Código de Procedimiento Penal.

HECHOS

Fueron narrados por la instancia de la siguiente manera¹: *«El 2 de noviembre de 2019, aproximadamente a la 1:30 de la mañana en el barrio Balcones el municipio de Girón, se encontraba -sic- Luz Ángela Ojeda Carreño, Yerson Arley Sepúlveda Murillo y Juan Carlos Jiménez Arciniegas consumiendo sustancias estupefacientes, arribando al lugar cuatro sujetos quienes se enojan con una canina de Ojeda Carreño quien no para de ladrar, por ende, procede uno de ellos a derramar una cerveza sobre el animal, circunstancia que caldea los ánimos y se genera una discusión entre el grupo de personas, situación que es apaciguada por la amenaza generada por una arma blanca de uno de los cuatro sujetos, los cuales se marcharon del lugar de los hechos.»*

¹ Folio 73 expediente digitalizado.

Al sentir ofendido su honor Juan Carlos y Yerson Arley se aprovisionan de un tubo y una macheta y salen en busca de los cuatro sujetos, iniciándose una riña entre los dos grupos. No obstante, la misma culmina cuando Juan Carlos y Yerson Arley caen al suelo, siendo el primero de ellos agredido innumerables veces – por tres de los cuatro sujetos – con arma blanca, lo cual generó su deceso.

Instantes después fue capturado en situación de flagrancia YEFERSON ANDRÉS PICO MENDOZA, siendo señalado por los testigos como uno de los tres sujetos que hirió de manera letal a Juan Carlos Jiménez Arciniegas».

ACTUACIÓN PROCESAL

En audiencias preliminares del 2 de noviembre de 2019², ante el Juzgado Quinto Pena Municipal con Función de Control de Garantías de Bucaramanga se legalizó la captura y se formuló imputación a **Yeferson Andrés Pico Mendoza** por el delito de homicidio simple (art 103 CP), cargo que no aceptó. Finalmente se le impuso medida de aseguramiento de detención intramural.

El 19 de diciembre siguiente, ante el Juzgado Segundo Penal Municipal de Control de Garantías de Bucaramanga la fiscalía adicionó la imputación en el sentido de endilgarle el delito de homicidio agravado conforme a los artículos 103 y 104 numeral 7º del C.P., sin allanarse a los cargos enrostrados.

Presentado el escrito de acusación³ correspondió por reparto al Juzgado Sexto Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Bucaramanga⁴, quien adelantó la respectiva audiencia el 6 de julio de 2020⁵.

² Folio 193 cuaderno digitalizado.

³ Folios 160 a 168 cuaderno digitalizado.

⁴ Folio 169 cuaderno digitalizado.

⁵ Folio 144 cuaderno digitalizado.

Instalada la audiencia preparatoria el 15 de febrero del 2021⁶, se solicitó el cambio de sentido, verbalizando el preacuerdo celebrado con el procesado consistente en modificar la calidad de autor a cómplice y, en vista de ello imponerle una pena de 200 meses de prisión, verificando el juzgado que el acusado brindó su consentimiento de manera libre, consciente y voluntaria, además de existir concepto favorable del Ministerio Público.

El 25 de agosto siguiente⁷ continuó la diligencia, la fiscalía explicó los términos de la negociación, de los que inclusive las víctimas están de acuerdo, en consecuencia, es impartida la aprobación a la misma, seguidamente se surtió el traslado artículo 447 del CPP, interviniendo la fiscalía.

El 23 de febrero de 2022⁸ finalizó esta etapa con la participación de la defensa y el Ministerio Público, seguidamente se dio lectura a la sentencia⁹ condenatoria, que fue objeto de apelación por parte de la defensa.

SENTENCIA RECURRIDA

Mediante providencia de 23 de febrero de 2022, el Juzgado Sexto Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Bucaramanga declaró penalmente responsable a **Yeferson Andrés Pico Mendoza**, como coautor del delito de homicidio agravado; en virtud del preacuerdo y solo para efectos de punibilidad dio aplicación al artículo 30 del CP, en consecuencia, le impuso la pena de 200 meses de prisión e inhabilitación para el ejercicio de derecho y funciones públicas por el mismo término.

Igualmente le negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria de los artículos 38B, 38G y la Ley 750 de 2002, por

⁶ Folio 132 cuaderno digitalizado.

⁷ Folio 112 cuaderno digitalizado.

⁸ Folio 70 cuaderno digitalizado.

⁹ Folio 73 a 84 cuaderno digitalizado.

no cumplir los requisitos para ello y concretamente sobre la última normatividad por prohibición expresa frente a la conducta punible.

EL RECURSO

El defensor de **Yeferson Andrés Pico Mendoza** apeló el fallo¹⁰ con el único propósito de acceder a la prisión domiciliaria como padre cabeza de familia, argumentando que la sentencia se emitió en virtud de preacuerdo, que el procesado no tiene antecedentes penales, que le fue concedida la detención domiciliaria sin que se presentaran quejas, que los padres de aquel y su hermano mayor requieren la presencia de éste en su residencia, siendo clara la necesidad del núcleo familiar, debiendo tener en cuenta lo normado en los artículos 42 y 44 de la Constitución Política.

Con la sustentación del recurso allegó documentos tales como historia clínica, declaraciones extraproceso y certificaciones de vecindad.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia. - Conforme al numeral 1º del artículo 34 de la Ley 906 de 2004, esta Sala es competente para conocer el recurso de apelación invocado por la defensa de **Yeferson Andrés Pico Mendoza**, contra la sentencia proferida el 23 de febrero de 2022 por el Juzgado Sexto Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Bucaramanga, mediante la cual lo declaró responsable del delito de homicidio agravado, en virtud de preacuerdo.

Como se evidenció en el acápite precedente, el recurrente únicamente deprecia que se reconozca a su prohijado la calidad de padre cabeza de familia para se le otorgue la prisión domiciliaria.

¹⁰ Folios 4 a 7 expediente digitalizado.

2. Desarrollo de la decisión.

2.1. De la prisión domiciliaria como padre cabeza de familia.

Los reparos del opugnante pese a lo confusos, van dirigidos a cuestionar que no se le reconociera la condición de padre cabeza de familia, conforme a la Ley 750 de 2002 y el desarrollo jurisprudencial sobre el sustituto, para así acceder a la prisión domiciliaria.

Advertimos que no existe controversia, respecto al incumplimiento de los requisitos legales establecidos en los artículos 63 y 38 del CP, en concordancia con el artículo 68A de la misma disposición, que impide el reconocimiento a favor de **Yeferson Andrés Pico Mendoza** de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria, respectivamente, toda vez que el delito de homicidio agravado tiene una pena superior a los 8 años de prisión y que la fijada en la sentencia excedió el límite de los cuatro años (200 meses o 16 años y 8 meses).

En ese orden de ideas, el único evento en el que sería posible otorgar la prisión domiciliaria es en virtud de la aplicación de la Ley 750 de 2002, que la reglamentó en favor de las madres y/o padres cabeza de hogar, ello para que quienes dependen de los procesados (personas con discapacidad o menores de edad), no sufran una afectación irrazonable en virtud de la privación de la libertad de su familiar.

Sin embargo, la citada norma en su artículo 1º inciso 3º establece: *«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.»*
(Negrillas fuera de texto)

Ahora bien, pese a la prohibición expresa respecto del delito de homicidio para otorgar la sustitución de la pena, la Sala debe anotar que su concesión se encuentra supeditada a la demostración de aquella calidad, la cual se describió en el artículo segundo de la Ley 82 de 1993, modificado por la Ley 1232 de 2008:

«(...) entiéndase por "Mujer Cabeza de Familia", quien siendo soltera o casada, ejerce la jefatura femenina de hogar y tiene bajo su cargo, afectiva, económica o socialmente, en forma permanente, hijos menores propios u otras personas incapaces o incapacitadas para trabajar, ya sea por ausencia permanente o incapacidad física, sensorial, síquica o moral del cónyuge o compañero permanente o deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros del núcleo familiar.»¹¹

Sobre el particular, resaltó la Corte Constitucional¹², que para tener la calidad de madre y/o padre cabeza de familia es necesario *«(i) que se tenga a cargo la responsabilidad de hijos menores o de otras personas incapacitadas para trabajar; (ii) que esa responsabilidad sea de carácter permanente; (iii) no sólo la ausencia permanente o abandono del hogar por parte de la pareja, sino que aquélla se sustraiga del cumplimiento de sus obligaciones como padre; (iv) o bien que la pareja no asuma la responsabilidad que le corresponde y ello obedezca a un motivo verdaderamente poderoso como la incapacidad física, sensorial, síquica o mental o, como es obvio, la muerte; (v) por último, que haya una deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros de la familia, lo cual significa la responsabilidad solitaria de la madre para sostener el hogar».*

De tal manera que no basta con la existencia de relación de consanguinidad, sino que deberá acreditarse la necesidad de su presencia en el seno familiar, no solo con fines económicos, sino en cuanto a salud y cuidado que requieren los menores para su bienestar, también tratándose de personas con alguna discapacidad o que requieran del cuidado y atención

¹¹ Ley 82 de 1993. Artículo 1.

¹² Corte Constitucional. Sentencia T- 534 de 2017. M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

personal, más no como excusa para evadir el cumplimiento de la pena en las condiciones que ha considerado pertinentes la judicatura.

Ello, porque si bien la medida surge como una forma de apoyo a las madres o padres cabeza de familia, su finalidad no es otra que la salvaguarda de los derechos de los niños, niñas y adolescentes o discapacitados, los cuales podrían verse afectados con la privación de la libertad del progenitor o encargado de su cuidado y atención personal.

En ese sentido encontramos lo expuesto por la Corte Constitucional mediante sentencia C-154 de 2007: *«En el evento en que el niño, niña o adolescente "esté al cuidado de otro familiar o que en virtud de sus condiciones particulares reciba el sustento de otra fuente o, incluso, habilitado por una edad propicia, se encuentre trabajando y provea lo necesario para su subsistencia, podrían considerarse como circunstancias exceptivas que darían lugar a impedir, según la valoración del juez, que se conceda el sustituto de la detención domiciliaria.»*

A efectos de acreditar la condición de padre cabeza de familia, el defensor del procesado **Yeferson Andrés Pico Mendoza** alega que los padres del sentenciado requieren la presencia de él en su hogar, al igual que su hermano que tiene una discapacidad, de alguna forma dependen económicamente de lo que les aporta el procesado, sin que haga referencia que él es el encargado del cuidado y atención de sus progenitores y su colateral.

Si bien allegó copias de historias clínicas de sus consanguíneos, no está determinado que padezcan graves discapacidades que requieran del cuidado y atención permanente de otra persona, en este caso del sentenciado, como tampoco que él sea la única persona de su familia que puede y debe encargarse de sus ascendientes y hermano, que no exista otra persona que esté en condiciones de atender adecuadamente sus requerimientos, mientras él descuenta la pena intramuralmente.

Entonces, pese a que se consignó que existe expresa prohibición de otorgar prisión domiciliaria tratándose del delito de homicidio (art. 1º Ley 750 de 2002), la Sala resalta que tal como se ha establecido en el proceso, no se visualiza una situación de abandono o un riesgo inminente para los progenitores y el hermano de Pico Mendoza.

Al respecto nuestro más Alto Tribunal en Justicia Ordinaria ha manifestado que *«Más que el suministro de los recursos económicos para el sustento del hogar, la corte constitucional hace énfasis en el cuidado integral de los niños (protección, afecto, educación, orientación etc.), por lo cual un procesado podría acceder a detención domiciliaria cuando se demuestre que él solo, sin el apoyo de una pareja, estaba al cuidado de sus hijos, o dependientes antes de ser detenido, de suerte que la privación de la libertad trajo como secuela el abandono, la exposición y el riesgo inminente para aquellos....»*¹³

No desconocemos que producto de la privación de la libertad intramural, la provisión económica y afectiva puede verse limitada, pero tal situación es consecuencia directa de la comisión del ilícito por el que fue sancionado el acusado, con lo cual también se atiende los fines de la pena consagrados en el artículo 4º del Código Penal.

Como no se cumplen los presupuestos para considerar a **Yeferson Andrés Pico Mendoza** como padre cabeza hogar, resulta inane estudiar otros aspectos a que alude el censor, como el hecho de que no registre antecedentes penales, su detención preventiva domiciliaria, que la sentencia fue en virtud de preacuerdo o su comportamiento en la comunidad.

En consecuencia, se confirmará la sentencia condenatoria en lo que fue objeto de apelación, advirtiendo también que aún no se reúnen los requisitos del artículo 38G del CP, para acceder a la prisión domiciliaria conforme el

¹³ CSJ. Cas. Penal. Sent. Jul 16/2003. Rad. 17089

referido precepto normativo, puesto que no ha cumplido la mitad de la pena dada su detención desde el 2 de noviembre de 2019.

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

RESUELVE

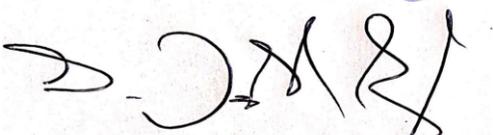
Primero. - Confirmar la sentencia proferida el 23 de febrero de 2022 por el Juzgado Sexto Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Bucaramanga, mediante la cual declaró responsable del delito de homicidio agravado a **Yeferson Andrés Pico Mendoza**, en lo que fue objeto de apelación y conforme a lo expuesto anteriormente.

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

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

Los Magistrados,


GUILLERMO ÁNGEL RAMÍREZ ESPINOSA


SUSANA QUIROZ HERNÁNDEZ


PAOLA RAQUEL ÁLVAREZ MEDINA

Registro de proyecto el 26 de enero de 2024.

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SALA DE DECISIÓN PENAL

MAGISTRADO PONENTE: GUILLERMO ÁNGEL RAMÍREZ ESPINOSA

Bucaramanga, veintinueve (29) de enero de dos mil veinticuatro (2024)
Discutido y aprobado virtualmente por Acta No. 061.

OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por la defensa de **Óscar Mauricio Navas Díaz**, contra la sentencia condenatoria del 7 de diciembre de 2021 proferida por el Juzgado Segundo Penal Municipal con Función de Conocimiento de Bucaramanga, mediante la cual lo declaró penalmente responsable del delito de **hurto calificado**; a lo cual se procede de conformidad al artículo 179 del C. de P.P.

HECHOS

La primera instancia los describió así: *«Los hechos se remontan al día 28 de septiembre de 2017, siendo las 11.30 pm, el señor Edgar René Mantilla Parra escucha la alarma de su vehículo de placas CDZ 855, Aveo GTI, el que se encontraba estacionado en la vía pública, observando que el capó del automotor estaba abierto y junto a él un individuo, a quien le grita, percatándose que la persona sale corriendo llevando consigo un objeto, lo perdigue, informa lo sucedido a unos policías que transitaban por el sector, quienes inician la persecución de quien huía culminando con éxito el cometido unas cuadras adelante, logrando recuperar el objeto extraído del vehículo, el que resultó ser el computador del rodante. El propietario del vehículo avalúa lo hurtado en la suma de \$1.500.000.*

La persona aprehendida se identificó como Oscar Mauricio Navas Díaz, correspondiendo al cotejo dactiloscópico practicado.»¹

¹ Folios 22 y 23, cuaderno digitalizado.

ACTUACIÓN PROCESAL

El 29 de septiembre de 2017², ante el Juzgado Primero Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bucaramanga se legalizó la captura de **Óscar Mauricio Navas Díaz**, por el delito de hurto calificado (arts. 239 y 240 inc. 4º CP), y ante la ausencia de más solicitudes se restableció su libertad.

La fiscalía presentó el respectivo escrito de acusación³ en la misma fecha antes indicada, correspondiéndole al Juzgado Segundo Penal Municipal con Función de Conocimiento de Bucaramanga⁴, quien dio curso a la audiencia concentrada el 26 de febrero de 2018⁵.

El juicio oral se desarrolló en sesiones del 8 de noviembre de 2018⁶, 1º de diciembre de 2020⁷, 17 de junio⁸ y 23 de noviembre⁹ de 2021, en tanto que el 7 de diciembre siguiente se dio el traslado de la sentencia, siendo objeto de apelación por parte de la defensa.

SENTENCIA RECURRIDA

El 7 de diciembre de 2021¹⁰, el Juzgado Segundo Penal Municipal con Función de Conocimiento de Bucaramanga declaró responsable a **Óscar Mauricio Navas Díaz** del delito de hurto calificado, en consecuencia, le impuso la pena de 84 meses de prisión e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término, a la par que le negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria.

² Folio 137 cuaderno digitalizado.

³ Folios 124 a 136 cuaderno digitalizado.

⁴ Folio 23 cuaderno digitalizado.

⁵ Folio 120 cuaderno digitalizado.

⁶ Folio 95 cuaderno digitalizado

⁷ Folio 80 cuaderno digitalizado.

⁸ Folio 78 cuaderno digitalizado.

⁹ Folio 69 cuaderno digitalizado.

¹⁰ Folios 22 a 52 cuaderno digitalizado.

Luego de relacionar los hechos, la actuación procesal, identificar al procesado y resumir los alegatos, pasó a analizar y valorar las pruebas dando cuenta de las estipulaciones realizadas, además de referirse en extenso a la prueba de referencia, dada la alegación de la defensa que con esa clase de medio suasorio no se puede condenar.

Concretamente sobre el debate probatorio adujo que se encuentra demostrada la existencia del delito y la responsabilidad del acusado, descartando que la declaratoria de responsabilidad se efectúe solo con prueba de referencia, advirtiendo que se receptionaron las declaraciones de los agentes captore, quienes dieron cuenta de lo acontecido cuando fueron informados por la víctima, la recuperación del elemento hurtado y la aprehensión del procesado, exposiciones que calificó como coherentes y creíbles para atender a las mismas en la decisión.

Relievó la imposibilidad de hacer comparecer al ofendido, por lo que la fiscalía solicitó la incorporación de la declaración anterior rendida por aquel ante el investigador que receptionó la denuncia, que pese a la oposición de la defensa, fue admitida por considerar que cumplía los requisitos del artículo 438 del CPP, sin que fuera objeto de recurso.

En consecuencia, se recibió la declaración de Óscar Mauricio Acero Ardila, investigador que informó de la existencia de la versión juramentada del afectado, siendo leída e incorporada a través de aquel al acervo probatorio, versión que acreditó lo relativo a las circunstancias en que se presentó el hurto, la aprehensión del presunto autor y la recuperación del elemento objeto de apoderamiento, sin que se oteen contradicciones y menos con lo expresado por los agentes captore, determinándose así que no solo obra prueba de referencia sino directa e inferencial complementaria, satisfaciéndose de esa manera las exigencias del canon 381 ibídem, para proferir condena.

En cuanto a la dosificación punitiva anotó que se trata del delito tipificado en el artículo 240 inciso 4º del CP, no se establecieron circunstancias de mayor punibilidad y no resulta aplicable el canon 268 ibídem en razón de la cuantía de lo hurtado y la existencia de antecedentes penales, por lo que fijó la pena en el primer cuarto, determinándola en 84 meses de prisión.

Sobre los subrogados indicó que la suspensión condicional del artículo 63 del CP no procede, atendiendo a la cuantía de la pena que supera los 48 meses, además que está excluido el delito de hurto calificado en el precepto 68A de la misma normatividad para acceder a este beneficio. Lo propio ocurre con relación a la prisión domiciliaria del artículo 38B ibídem, por la exclusión aludida anteriormente. Consecuentemente, ordenó la captura del sentenciado.

EL RECURSO

La defensora de **Óscar Mauricio Navas Díaz** apeló¹¹ con el propósito que se revoque o modifique la sentencia condenatoria, lo primero en el sentido que se absuelva a su prohijado y lo segundo en caso no de acceder a la pretensión principal, pidiendo que se tenga en cuenta la indemnización integral debidamente autenticada en Notaría, para acceder a la rebaja del artículo 269 del CP, diligencia que se cumplió antes de la fecha programada para la lectura del fallo, por ende, solicitó corregir la tasación de la pena.

Arguyó que la fiscalía no cumplió el deber de desvirtuar la presunción de inocencia del acusado, criticando la prueba de referencia en razón de no haber adelantado las suficientes diligencias para ubicar a la víctima, en su lugar se recibió la declaración del investigador de la Policía Nacional Óscar

¹¹ Folios 8 a 16 cuaderno digitalizado.

Mauricio Acero Ardila, además de acotar que el ofendido mostró total desinterés y no compareció al proceso para dar fe de lo ocurrido.

Argumentó que los testigos de cargo traídos no presenciaron el hurto, y que los indicios del móvil de la presunta huida no permiten dictar condena, que los declarantes informaron sobre los momentos que acaecieron después de los ellos, sin que ello pruebe que su defendido fue el autor del reato.

Agregó que la fiscalía no acreditó los requisitos legales para admitir la prueba de referencia, solo por el hecho que la víctima no pudo ser ubicada, de ahí que la declaración del investigador de la policía no deba ser valorada en su integridad. Refirió que las pruebas deben ser practicadas en el juicio oral ante el juez de conocimiento, con observancia de los principios de inmediación, contradicción y concentración.

Aseveró que el juicio de responsabilidad de su defendido no se puede basar únicamente en prueba de referencia, como lo dispone el artículo 381 del CPP, incumpléndose los elementos esenciales para condenar.

De otro lado, indicó que la defensa puso en conocimiento del juzgado el escrito de reparación integral, enunciado por la misma en el traslado del canon 447 del CPP, advirtiendo la funcionaria que se debía correr traslado del mismo para su pronunciamiento y por error involuntario de él, se agendó su entrega en la fecha programada para la lectura del fallo.

Puntualizó que la víctima por escrito y en Notaría manifestó que recibió la suma de \$1.000.000., por concepto de reparación e indemnización integral por los daños ocasionados por el procesado, conociendo además las consecuencias jurídicas de ello y que no era su deseo asistir a la audiencia programada el 5 de marzo de 2020, por encontrarse fuera del país.

Adujo también que de acuerdo al mismo existía la intención de suscribir un posible acuerdo, pero no se materializó en virtud de la falta de contacto con su prohijado, sin que por ello se comprometiera la responsabilidad del encartado, acotando que el a-quo programó el 6 de diciembre de 2021 la lectura del fallo, sin embargo, los problemas de conectividad en el palacio de justicia impidieron su realización, desconociendo que se notificaría al día siguiente, momento en que se percata del error involuntario de entregar el documento que acreditaba la reparación integral a la víctima, a efectos que se valorara para la tasación de la pena.

Adveró que en los eventos de no poderse realizar la notificación del fallo por fuerza mayor, se deja la constancia y se fija nueva fecha, lo que no ocurrió en el presente asunto, por ello se habría podido subsanar la omisión con la entrega del documento de indemnización integral al juzgado, precisando además que la fiscalía tenía conocimiento de aquel por los acercamientos iniciales que efectuaron para una posible negociación, de tal manera que no se le está sorprendiendo.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia. - Conforme al numeral 1° del artículo 34 de la Ley 906 de 2004, esta Sala es competente para conocer el recurso de apelación invocado por la defensa de **Óscar Mauricio Navas Díaz**, contra la sentencia condenatoria del 7 de diciembre de 2021, proferida por el Juzgado Segundo Penal Municipal con Función de Conocimiento de Bucaramanga, dentro del proceso seguido contra el prenombrado por el delito de **hurto calificado**.

2. Problema jurídico:

Conforme al recurso planteado, la Sala debe determinar si erró la juez de instancia al proferir condena en contra del procesado, y en caso negativo

estudiar si hay lugar a la rebaja de pena en virtud de la indemnización de perjuicios establecida en el artículo 269 del CP, ya que según reclama la opugnadora, aquella se presentó previo a la emisión del fallo de primera instancia.

3. Desarrollo de la providencia.

3.1. De la prueba de referencia.

Conforme al artículo 381 del C.P.P., para proferir sentencia de carácter condenatorio, no puede existir ninguna duda en punto de la responsabilidad penal del procesado, estableciéndose además una tarifa legal negativa con relación a la prueba de referencia, en el sentido que la condena no puede tener como fundamento exclusivamente dicha clase de prueba.

Ello se explica desde la óptica de la confrontación directa del testigo, propia del sistema con tendencia acusatoria y la excepción que comporta introducir al juicio las versiones anteriores al mismo, sin la presencia de aquél, bien sea para confrontar su dicho, aclararlo o confirmarlo; por ello, sólo en específicos eventos el legislador permitió la introducción de la prueba de referencia, limitando su poder suasorio a la existencia de otros elementos de cargo que en conjunto excluyan de manera categórica la inocencia del procesado.

Con relación a la prueba de referencia es del caso traer a colación lo dicho por la H. Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Penal, en providencia de 6 de diciembre de 2017¹², en los siguientes términos:

¹² CSJ SCP, Sentencia de 6 de diciembre de 2017, rad. 49915.

«Frente a la prueba de referencia, la Sala ha precisado que: (i) se trata de declaraciones rendidas por fuera del juicio oral, que se pretenden llevar a este escenario como medio de prueba; (ii) debe diferenciarse la declaración rendida por fuera del juicio oral, de los medios utilizados para demostrar su existencia y contenido; (iii) el hecho de que una declaración esté contenida en un documento, no afecta su carácter testimonial; (iv) un importante parámetro para establecer si se trata o no de prueba de referencia, es analizar si la incorporación de un documento que contenga declaraciones rendidas por fuera del juicio oral afecta el derecho a la confrontación, especialmente la posibilidad de interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo, con las prerrogativas propias del contrainterrogatorio (CSJSP, 30 Sep. 2015, Rad. 46153); (v) además de sus implicaciones frente al derecho a la confrontación, debe considerarse que, por regla general, la declaración del testigo en el juicio oral constituye mejor evidencia que sus manifestaciones previas, entre otras cosas porque pueden existir dudas sobre su contenido, el contexto en el que fueron hechas, etcétera, sin perjuicio de que el interrogatorio cruzado y la impugnación de credibilidad son importantes herramientas para decantar el contenido de los testimonios y la verosimilitud de los mismos.»

3.2. Del acervo probatorio.

Conforme a las diligencias las partes estipularon¹³ como hechos ciertos la plena identidad del acusado Navas Díaz, el acta de derechos del capturado, el informe fotográfico del elemento hurtado y el acta de entrega del elemento sustraído.

La fiscalía presentó los testimonios de Omar Andrés Contreras¹⁴ y Robinson Camacho Díaz¹⁵, agentes captadores, quienes de forma coherente y verosímil dieron cuenta que el día de los hechos el ofendido les informó del

¹³ Folio 95 cuaderno digitalizado (acta de diligencia).

¹⁴ Audiencia juicio oral, diciembre 1/2020.

¹⁵ Audiencia juicio oral, junio 17/2021.

hurto del computador de su vehículo, señalándoles al autor del reato que huía, por lo que procedieron a perseguirlo logrando su aprehensión.

Al tiempo que observaron cuando el capturado arrojó un objeto al suelo, estableciendo que era el aludido computador, siendo reconocido por el propietario y entregado a éste.

Ante la imposibilidad de ubicar al denunciante, obra también prueba de referencia consistente en la denuncia formulada por aquel, ello a través del investigador que la recepcionó Óscar Mauricio Ardila Acero, habiéndola solicitado por la fiscalía en observancia de lo establecido por el artículo 438, literal b) del CPP, corriéndole traslado a la defensa y previo descubrimiento desde el traslado del escrito de acusación, por lo que fue decretada por la instancia pese a la oposición de la defensa¹⁶, sin que la admisión fuera objeto de recursos¹⁷.

De esta manera a través del investigador¹⁸ se estableció que en la declaración anterior al juicio, la víctima Mantilla Parra informó que el 28 de septiembre de 2017, siendo las 11:30 p.m., escuchó la alarma de su carro estacionado en la vía pública, que observó el capó abierto y allí una persona que salió corriendo llevándose un objeto, por lo que inició la persecución, además de informar a la policía que patrullaba el sector, emprendiendo también la búsqueda, logrando aprehenderlo unas cuadras adelante, así como recuperar el elemento extraído del rodante, tratándose de un computador avaluado en \$1.500.000.

Aquí es preciso indicar que lo declarado por el denunciante guarda coherencia y lógica del acontecido hurto en la modalidad de calificado,

¹⁶ Audiencia juicio oral, noviembre 23/2021, récord 7:30 y ss.

¹⁷ Audiencia juicio oral, noviembre 23/2020, récord 12:15.

¹⁸ Ibidem, récord 18:50 a 30:41

además tiene concordancia con lo adverado por los agentes captores antes referenciados, se itera, quienes en virtud de lo informado por la víctima efectuaron la aprehensión del procesado, identificándolo como Óscar Mauricio Navas Díaz y recuperaron el objeto material del delito, propiedad de Edgar René Mantilla Parra, elemento extraído de su vehículo.

De ahí que no le asista razón al opugnador cuando aduce que no obra prueba directa del ilícito enrostrado a su prohijado, y que la prueba de referencia es la única que muestra la responsabilidad de Navas Díaz, toda vez que obran los interrogatorios de los gendarmes que participaron en procedimiento de captura, los cuales informaron lo ocurrido inmediatamente después del apoderamiento, el señalamiento del autor del delito, la persecución, la aprehensión y la recuperación del objeto material del ilícito, así como la prueba documental que muestran las diligencias aquí indicadas y que fueron objeto de estipulación por las partes.

Razones por las cuales no hay lugar a revocar la sentencia condenatoria que profirió el Juzgado Segundo Penal Municipal con Función de Conocimiento de Bucaramanga (actualmente Juzgado Diecinueve Penal Municipal con Función de Conocimiento de Bucaramanga), en tanto, se desvirtuó la presunción de inocencia que favorecía al procesado, con fundamento en prueba válidamente incorporada, en concordancia con lo preceptuado en el artículo 381 del CPP.

3.3. De la rebaja por reparación integral que establece el artículo 269 del Código Penal.

Respecto de la otro motivo e inconformidad de la opugnante, debemos indicar que el artículo 269 del C.P., como fenómeno post –delictual, genera para el procesado el derecho de una rebaja de pena que va de la mitad (50%) a las tres cuartas partes (75%), que debe ser aplicada por el juez de instancia

de manera discrecional, que no arbitraria, propósito para el que debe analizar el interés mostrado por el acusado y el momento en que tuvo lugar la reparación, pues en últimas, lo que se persigue es velar por la satisfacción de los derechos de las víctimas (CSJ AP2116 de 2018, Rad. 46936).

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

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

«Si se busca acudir al mecanismo de reducción de pena dispuesto en el artículo 269 de la Ley 599 de 2000, lo adecuado es que la presentación de la prueba que demuestra la reparación efectiva del daño, suceda en curso de la diligencia dispuesta en el artículo 447 de esa normatividad, encaminada precisamente a regular la individualización de la pena, uno de cuyos factores incidentes, para los delitos cometidos contra el patrimonio económico, lo es la indemnización de perjuicios, entendida como hecho post delictual que ninguna incidencia tiene en la delimitación de los mínimos y máximos de dosificación».

(...)

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

grado, relacionar el cumplimiento de ese requisito material, para que cumpla con sus efectos.

(...)

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

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

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

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

Como se anotó, la pretensión de la censora es que modifique parcialmente la sentencia de primera instancia, para que se le reconozca al procesado la rebaja por indemnización prevista en el artículo 269 del CP.

La Sala destaca que al procesado se le impuso la pena de 84 meses de prisión conforme a los artículos 239 y 240 inciso 4º del CP para el hurto calificado (84 a 180 meses), fijándola en el mínimo del primer cuarto, sin la rebaja contemplada en el canon 268 ibídem, en consideración a que el elemento hurtado superó el salario mínimo y que el enjuiciado registraba antecedentes penales; de igual manera no se efectuó ningún estudio ni análisis del descuento autorizado en el artículo 269 sustantivo.

Ahora bien, la opugnadora aduce que el procesado indemnizó integralmente a la víctima, lo que afirmó obra por escrito en ese sentido bajo la manifestación que recibió la suma de \$1.000.000., advirtiendo que ello se enunció en el traslado del artículo 447 del CPP, que a su vez la juez indicó que se debía correr traslado del documento para su pronunciamiento, sin embargo, por error involuntario, se agendó su entrega en la fecha programada para la lectura del fallo.

En efecto, obra memorial¹⁹ que allegó la censora adjunto a los argumentos expuestos en la apelación, diligencia que cumplió el 14 de diciembre de 2021, pues si bien había anunciado remitiría oportunamente para el respectivo traslado²⁰, en todo caso antes del fallo, solo lo hizo después de notificada la sentencia condenatoria, de allí que no se haya podido efectuar el traslado, como tampoco ser considerado por la a-quo en la dosificación punitiva.

¹⁹ Folio 16 cuaderno digitalizado.

²⁰ Audiencia de noviembre 23 de 2021, récord 57;02 y ss.

Precisamos que si bien la rebaja de pena por indemnización contemplada en el artículo 269 del CP, tal como se anotó en el acápite correspondiente, no es un beneficio legal sino un derecho, por lo que una vez materializado el supuesto de hecho que prevé la norma como requisito, el juez debe proceder a reconocerlo, también se tiene que conforme la jurisprudencia, el descuento se aplica cuando efectivamente se haya producido la indemnización, lo cual debe estar debidamente acreditado al interior del proceso y en el momento oportuno (CSJ SP 26 jun. 2013, rad. 40243, CSJ SP17588 de 2017, Rad. 49841).

Anotamos aquí también que esta disminución no es un factor inherente a la responsabilidad, sino un fenómeno posdelictual que surge por voluntad del procesado en restituir el objeto material del delito o su valor, e indemnizar los perjuicios ocasionados en virtud del mismo, actuación por la que la ley le concede una rebaja, iteramos, que oscila entre la mitad ($\frac{1}{2}$) y las tres cuartas partes ($\frac{3}{4}$) de la pena, descuento que debe ser motivado por el fallador.

En este evento resulta evidente que antes del proferimiento de la sentencia el responsable indemnizó los perjuicios ocasionados, asunto que no se pudo analizar en la instancia por la fecha en que se allegó el documento, resultando de obligatorio análisis en esta instancia, atendiendo lo decantado por la Corte Suprema de Justicia en la providencia SP11895-2015, radicado 44618, en torno a la posibilidad de realizar el ajuste correspondiente en segunda instancia, una vez verificado que la indemnización tuvo lugar previo a emitirse la sentencia de primera instancia.

No sin antes aclarar que, no resulta admisible lo adverado por la opugnadora para atribuir a la juez unipersonal, la causa por la que el procesado no se hizo acreedor al descuento pretendido, en tanto que era de su resorte asegurar que la funcionaria, antes de proferir la sentencia tuviera acceso a la prueba de la reparación, máxime cuando la otrora juez no

convocó a las partes a audiencia para lectura de fallo, como lo afirmó la defensa, sino que anunció que el 6 de diciembre de 2021 correría traslado del fallo respectivo, lo que resulta acorde con el trámite previsto en el artículo 545 de la Ley 906 de 2004, que regula lo atinente al procedimiento especial abreviado.

La emisión de la sentencia en fecha posterior (diciembre 7 de 2021), en su lugar pudo favorecer al encartado, en el evento que la apoderada judicial hubiere enviado el correspondiente soporte, se itera, lo que únicamente realizó en la sustentación de la alzada, especialmente cuando databa de una calenda ostensiblemente anterior, según se observa en el sello allí estampado, aunado a que se le advirtió desde el 23 de noviembre de la citada anualidad que debía remitirlo para su valoración.

En tal sentido y a folio 16 de la carpeta, se presenta un documento suscrito por la víctima y con diligencia de presentación personal en notaria realizada el 2 de diciembre de 2019 (antes de emitir el fallo de primera instancia), en el que manifestó que fue indemnizado integralmente de los perjuicios causados por el procesado Navas Díaz, en cuantía de \$1.000.000., indicando además que conoce de las consecuencias de ello y que no asistirá a la audiencia siguiente por estar fuera del país; lo que a juicio de la Corporación torna procedente el reconocimiento de la disminución que contempla la norma en cita.

Sobre este tema la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia²¹ ha indicado que el momento en que se hace el pago de los perjuicios a las víctimas es un aspecto de obligatoria consideración, pues no es lo mismo que a una persona sea indemnizada el mismo día de los hechos a que se haga

²¹ CSP, Sentencia del 24-04-2004, Rdo. 18.856.

con posterioridad, lo que tiene incidencia necesaria al momento de hacer la rebaja.

La defensora recurrente, sobre este específico punto, adujo que su prohijado tiene derecho a la rebaja por el instituto jurídico de la reparación integral. Ahora bien, debe tenerse en cuenta que los hechos ocurrieron el 28 de septiembre de 2017 y solo hasta el 2 de diciembre de 2019, es decir, 26 meses después, el ofendido fue indemnizado y el documento que así lo hace constar, fue allegado al juzgado el 14 de diciembre de 2021, fecha posterior en la que se profirió sentencia, hecho por el cual no pudo ser tenido en cuenta por el juez de primera instancia al momento de dosificar la pena.

Por tanto, la Sala, considerando el momento procesal en el que se produjo la materialización de la indemnización de los perjuicios derivados de la conducta punible, considera que, en este evento, es posible reducir la pena en un porcentaje del cincuenta por ciento, por tanto, se redosificará la pena.

Con tal propósito debemos recordar que, la juez cognoscente impuso a Navas Díaz, como responsable del delito de hurto calificado el quantum de 84 meses ubicado en el primer cuarto de movilidad, sobre el cual se realiza ahora una disminución de la mitad ($\frac{1}{2}$) de la pena, en atención a la reparación integral, lo que significa que la pena de prisión que definitivamente debe purgar es de 42 meses. Término durante el cual quedará inhabilitado para el ejercicio de derechos y funciones públicas.

En consideración a lo anterior, sobre este punto del disenso de la defensora, se aceptan los argumentos que fueron expuestos y se modificarán los numerales segundo y tercero del fallo proferido por la a-quo.

Aquí igualmente debemos anotar que si bien la pena de prisión ha sido resosificada, lo relativo a los subrogado y sustituto penal contemplado en los

artículos 63 y 38B del CP, los cuales fueron negados por la juez unipersonal, no pueden ser objeto de modificación para concederlos, toda vez que el delito por el cual se procede se trata de hurto calificado, conducta punible excluida de dichos beneficios en el canon 68A ibídem, sin que haya lugar efectuar mayores argumentaciones, puesto que se trata de un requisito objetivo que no se cumple para evaluar la posibilidad de su otorgamiento.

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

RESUELVE

Primero. - **Modificar** los numerales segundo y tercero de la sentencia condenatoria de 7 de diciembre de 2021, proferida por el Juzgado Segundo Penal Municipal con Función de Conocimiento de Bucaramanga, mediante la cual declaró penalmente responsable a **Óscar Mauricio Navas Díaz**, del delito de **hurto calificado**, los cuales quedarán así:

«Segundo. - *Condenar a Óscar Mauricio Navas Díaz a la pena principal de cuarenta y dos (42) meses de prisión, conforme a las consideraciones expuestas en el acápite relativo al artículo 269 del CP.*

Tercero. - *Imponer a Óscar Mauricio Navas Díaz como pena accesoria la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, por un término igual al de la pena principal.»*

Segundo. - Confirmar en los demás aspectos la sentencia proferida el 7 de diciembre de 2021, por los motivos expuestos en precedencia

Tercero. - Contra la presente providencia procede el recurso extraordinario de Casación, que deberá interponerse y sustentarse en el término de Ley.

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

Los Magistrados,

GUILLERMO ÁNGEL RAMÍREZ ESPINOSA

SUSANA QUIROZ HERNÁNDEZ

PAOLA RAQUEL ÁLVAREZ MEDINA

Registro de proyecto el 26 de enero de 2024.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

SALA PENAL

Magistrado Ponente: DR. JUAN CARLOS DIETTES LUNA

Radicación N° 68001-6000-159-2021-02175-01 / 1962

Bucaramanga, enero veinticuatro (24) de dos mil veinticuatro (2024)

ASUNTO

Resolver el recurso de apelación interpuesto por la defensa de RAFAEL ANTONIO VELASCO PEDRAZA contra la sentencia dictada por el Juez Octavo Penal del Circuito de Bucaramanga, mediante la cual lo condenó como autor de los delitos de VIOLENCIA INTRAFAMILIAR y TRÁFICO, FABRICACIÓN, PORTE O TENENCIA DE ARMAS DE FUEGO, ACCESORIOS, PARTES O MUNICIONES.

ACONTECER DELICTIVO

A las 14:34 horas del 18 de marzo de 2021, agentes policiales acudieron a la Calle 14 A No 19 A - 155 del barrio El Consuelo del municipio de Girón, a fin de verificar la ocurrencia de una posible violencia intrafamiliar; al arribar se les permitió el ingreso a la vivienda por parte de Miriam Pedraza, quien informó que su hijo y nuera estaban discutiendo; les señaló la habitación en la que se encontraban, abre la puerta Rafael Antonio Velasco Pedraza, le piden que salga, observan a una joven llorando y temblorosa, quien se identificó como Angie Mayerly – compañera sentimental -, la que al ser interrogada informó que minutos antes la golpeó y amenazó con un arma de fuego que escondió en el ropero, revisaron el lugar y hallaron un revólver calibre 38, marca Llama Scorpio 38SPL, número 923, con 5

cartuchos, le indagaron a aquel acerca de si tenía permiso para portarlo y lo negó, por lo cual lo capturaron e incautaron el arma de fuego¹.

DE LA ACTUACIÓN PROCESAL

Una vez puesto el retenido a disposición de las autoridades competentes, en audiencias preliminares² se legalizó la captura en situación de flagrancia; la agencia fiscal le imputó la presunta comisión de los delitos de violencia intrafamiliar agravada y tráfico, fabricación, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones – artículos 229 incisos 1º y 2º, 365 del Código Penal -, cargos no aceptados por el encartado; también se le impuso medida de aseguramiento de detención domiciliaria.

Presentado el respectivo escrito, el Juez Octavo Penal del Circuito de la ciudad convocó la correspondiente audiencia, reprogramada para posterior oportunidad, cuando el titular - previo a la formulación de acusación - realizó una observación acerca de la agravante de la violencia intrafamiliar, ya que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia - en sentencia 52394 del 1º de octubre de 2019 – precisó que estaba orientada a garantizar la igualdad y combatir la discriminación por razón del sexo - dirigida a la protección del género -, postura acogida por la agencia fiscal, por lo cual solo acusó al procesado por el aludido delito contra la seguridad pública y el punible de violencia intrafamiliar simple; convocó la audiencia preparatoria y antes de iniciarla la agencia fiscal presentó el contenido de un preacuerdo, consistente en degradar – solo para efectos punitivos - el grado de participación de autor a cómplice, lo cual implicó fijar la pena en 75 meses de prisión, derivada de partir de la sanción de 72 meses de prisión por el porte ilegal de arma de fuego y adicionarle 3 meses por el delito contra la familia; una vez verbalizado, el encausado aceptó sus términos – con la asesoría de la defensa - y el cognoscente aprobó el pacto, adelantó la audiencia consagrada en el artículo 447 del CPP y profirió el fallo de rigor.

¹ La experticia determinó que se trataba de un revólver marca Indumil Colombia Llama Scorpio 38 SPL, calibre 38 Special, número interno 923, “apta para disparar”; los 5 cartuchos incautados eran calibre 32L, 38 Special, marca Indumil, aptos para su uso

² El 19 de marzo de 2021

DE LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Al considerar reunidas las exigencias previstas en el artículo 381 de la Ley 906 de 2004, el cognoscente condenó³ a Rafael Antonio Velasco Pedraza a la pena de 75 meses de prisión e inhabilidad para ejercer derechos y funciones públicas por igual lapso, por la comisión de los punibles de violencia intrafamiliar y tráfico, fabricación, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones, a la par que le negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena privativa de la libertad y la prisión domiciliaria, aduciendo que se acreditó la materialidad de los delitos y – además del preacuerdo celebrado – en las diligencias obraba suficiente material probatorio para radicar la responsabilidad penal en cabeza del procesado.

DE LA IMPUGNACION

Inconforme con el fallo, la defensa lo apeló con el objeto de lograr el sustituto domiciliario para su prohijado, ya que llevaba 26 meses en detención domiciliaria sin reporte de incumplimiento alguno y, por ende, no era un peligro para la sociedad y la víctima; solo le restaban 11 meses para acceder al subrogado contemplado en el art. 38G del estatuto represor, era padre de un menor de edad y, en consecuencia, debía responder por su educación y demás necesidades afectivas, así como la pena impuesta era de 75 meses de prisión y en Colombia no existía cupo en una cárcel.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

La censura demanda concederle la prisión domiciliaria a Rafael Antonio Velasco Pedraza, aspecto sobre el cual la Colegiatura estima lo siguiente:

1.- Al revisar el acervo probatorio recaudado se avizora que Rafael Antonio Velasco Pedraza realmente ejecutó los delitos objeto de reproche y era válido condenarlo porque

³ El 25 de mayo de 2023

– aparte de su manifestación voluntaria de aceptar los cargos a través de un acuerdo – obran medios de convicción que soportan la teoría inculpativa, entre ellos, (i) informe de captura en situación de flagrancia; (ii) acta de derechos del capturado y constancia de buen trato; (iii) acta de incautación del revólver y los cartuchos; (iv) acta de consentimiento de ingreso a la vivienda; (v) informe ejecutivo; (vi) formato único de noticia criminal FPJ-2 suscrito por Angie Mayerly Rojas Romero, donde se resalta que “llevo viviendo doce años en unión libre con él, de los cuales once años llevo viviendo con él bajo un mismo techo y un año que él se fue para España y llegó hace veinte días de España. De la relación tenemos un hijo de 5 años de edad”; (vii) entrevista a Edison Santamaría - agente captor -; (viii) archivo lofoscópico; (ix) informe del investigador de laboratorio sobre las características del arma de fuego incautada y su aptitud para hacer disparos; (x) plena identidad; (xi) consulta SPOA; (xii); oficio 0660/MDN-COGFM-JEMCO-SEMAI-DCCAE-SCA55-1.9 del 7 de julio de 2021, suscrito por el Coronel de la Quinta Brigada del Ejército Nacional, donde certificó que el encartado carece de permiso para portar armas de fuego.

La agencia fiscal y el procesado – asesorado por la defensa - acordaron reconocer un dispositivo amplificador del tipo para degradar la participación de autor a cómplice, disminuir los lindes punitivos e imponer la pena principal de 75 meses de prisión, derivada de partir de la sanción de 72 meses de prisión por el delito de porte ilegal de armas de fuego e incrementar 3 meses por el punible de violencia intrafamiliar, no obstante, imperativo resulta señalar que al reconocerse tal dispositivo, lo adecuado no es otorgar una proporción de descuento punitivo, pues su correcta aplicación implica una variación concreta de los lindes punitivos, acorde con lo previsto en el inciso 2° del artículo 30 y el numeral 5° del artículo 60 de la Ley 599 de 2000, esto es, la mitad en el mínimo y la sexta parte del máximo, así que debieron readecuarse los lindes punitivos respecto del reato contra la seguridad pública – 108 a 144 meses de prisión –, para fijarlos en 54 a 120 meses de prisión - no como erradamente se obró – y ahí sí determinar la pena a imponer – no reducir en una tercera parte la sanción mínima -; sin embargo, resulta posible validar la pena de prisión impuesta por el delito base – 72 meses –, puesto que se encuentra dentro de esos límites punitivos - 54 a 120 meses de prisión –, aumentada hasta en otro tanto por el injusto contra el bien jurídico de la familia que - en suma - arrojó 75 meses de prisión, aumento que se ajusta a lo consagrado en el artículo 31 del Código Penal y la tesis jurisprudencial imperante para cuando se aprobó el preacuerdo.

2.- En cuanto al disenso se observa que la defensa insiste en que se otorgue la prisión domiciliaria a Rafael Antonio Velasco Pedraza, pero olvida que el numeral 1° del artículo

38B consagra como presupuesto objetivo para concederla que el punible por el cual se profiera la condena prevea como pena mínima en el tipo penal una sanción inferior a 8 años de prisión, presupuesto que no se cumple en el presente caso, puesto que la pena mínima prevista en el tipo penal para el delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones – 9 años de prisión – es mayor a dicho tope, así que al no superarse esa exigencia objetiva, resulta inviable estudiar cualquier otro requisito con ese propósito.

Adicionalmente, el reconocimiento de la condición de cómplice se efectuó sin base fáctica, o sea, solo para efectos punitivos y como único beneficio del pacto suscrito, así que no resulta viable acceder a su pretensión, tampoco por el hecho de haber garantizado el cumplimiento de la medida de aseguramiento en su lugar de residencia que - en su momento - se le otorgó, pues unos son los fines y la regulación de la detención domiciliaria, otras las funciones de la pena y la normatividad que rige el sustituto domiciliario al proferirse el fallo condenatorio; de igual modo, tener supuestamente un hijo menor de edad no es un argumento válido – pues no probó ser padre cabeza de familia -, ni menos aún la problemática de escasez de cupos carcelarios, al no tener incidencia esos aspectos en lo definido - por lo atrás reseñado - máxime, si en cuenta se tiene que la medida de aseguramiento en el domicilio y el subrogado penal estudiado difieren en los presupuestos legales que deben ser objeto de estudio para su concesión y el cumplimiento de la primera no tiene injerencia alguna respecto del otro.

Ahora bien, si lo anterior resultara insuficiente - aun cuando no mereció el análisis del juez de primer grado -, preciso resulta recordarle a la defensa que el procesado no solo aceptó su responsabilidad penal en la comisión del delito de porte ilegal de armas de fuego, sino por el punible de violencia intrafamiliar imputado, injusto que - por expresa prohibición legal – impide acceder a la prisión domiciliaria regulada en el artículo 38B del Código Penal, al estar enlistado dentro de los contemplados en el inciso 2º del artículo 68 A ibidem.

Corolario de lo anterior, al no prosperar la censura, el fallo impugnado será ratificado.

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

RESUELVE

CONFIRMAR el fallo de origen, fecha y naturaleza reseñada, mediante el cual se condenó a RAFAEL ANTONIO VELASCO PEDRAZA, por la comisión de los delitos de VIOLENCIA INTRAFAMILIAR y TRÁFICO, FABRICACIÓN, PORTE O TENENCIA DE ARMAS DE FUEGO, ACCESORIOS, PARTES O MUNICIONES.

Contra la presente determinación procede el recurso extraordinario de casación.

La presente decisión se notifica en estrados, personal o virtualmente, según el caso.

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

Aprobado en acta virtual N° 047 DEL 24 DE ENERO DE 2024.

CÚMPLASE.-

Los Magistrados,


JUAN CARLOS DIETTES LUNA

Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia


HAROLD MANUEL GARZÓN PEÑA


SHIRLE EUGENIA MERCADO LORA

SANDRA JULLIETH CÓRTEZ SAMACÁ

Secretaria

Confirma condena

C/ Rafael Antonio Velasco Pedraza

D/ Porte ilegal de arma de fuego y violencia intrafamiliar

Juzgado 8° Penal del Circuito de B/manga



República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público

Distrito Judicial de Bucaramanga (Santander)
Tribunal Superior
Sala Penal

Magistrada ponente: Paola Raquel Álvarez Medina.
Radicado: 68001-6000-159-2020-80228-01 (22-665A).
Procesado: Víctor Manuel Serrano Mejía.
Delito: homicidio en concurso homogéneo.
Decisión: Confirma sentencia.

APROBADO ACTA No. 1236

Bucaramanga, catorce (14) de diciembre de dos mil veintitrés (2023)

ASUNTO

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la defensa de **Víctor Manuel Serrano Mejía** contra la sentencia del 26 de agosto de 2022, mediante la cual el Juzgado Noveno Penal del Circuito de Bucaramanga con función de conocimiento lo condenó a la pena de 180 meses de prisión, como responsable penalmente del delito de homicidio en concurso homogéneo (art. 103 y 31 del C.P.).

HECHOS

Según el escrito de acusación, el 26 de julio de 2020, sobre las 16:20 horas, en la calle 54 con carrera 22 del sector norte de Bucaramanga, cuando Víctor Manuel Serrano Mejía conducía a alta velocidad y en estado de embriaguez el vehículo de placas CCK974, arrolló a dos peatones identificados como Hernando Freddy Flórez Rodríguez y la menor de edad K.Y.R.G., continuando la marcha del rodante, arrastrando a los transeúntes hasta un abismo de aproximadamente 15 metros. El cuerpo sin vida de Flórez Rodríguez quedó sobre la calzada y, la menor K.Y.R.G. fue encontrada en zona boscosa y trasladada a un centro médico, donde finalmente falleció. Víctor Manuel tenía suspendida la licencia de conducción precisamente por haber sido sorprendido conduciendo alicorado.



ACTUACIÓN PROCESAL

1. El 27 de julio de 2020, ante el Juzgado Primero Penal Municipal de Bucaramanga con función de control de garantías, se legalizó la captura en situación de flagrancia de Víctor Manuel Serrano Mejía; asimismo, la agencia fiscal le formuló imputación, en calidad de autor, a título de dolo eventual, el delito de homicidio en concurso homogéneo (art. 103, 22 y 31 del C.P.), cargos que no aceptó; finalmente, a petición de la agencia fiscal, el despacho le impuso medida de aseguramiento consistente en detención preventiva en su lugar de residencia, decisión contra la cual no se interpuso recurso alguno.

2. El 1° de septiembre de 2020 la fiscalía presentó escrito de acusación respecto de Víctor Manuel Serrano Mejía por la misma atribución jurídica referida, el cual por reparto correspondió al Juzgado Noveno Penal del Circuito de Bucaramanga con función de conocimiento, despacho que el 27 de noviembre de 2020 celebró la audiencia de acusación de conformidad con el artículo 339 del C.P.P.

3. Luego de varios aplazamientos, el 28 de marzo de 2022, en lugar de instalarse la audiencia preparatoria, la fiscalía informó que celebró un preacuerdo con Serrano Mejía, consistente en que, a cambio de aceptar responsabilidad penal por el delito acusado, se degradaría su participación a cómplice para efectos punitivos, quedando la pena en 154 meses de prisión; sin embargo, el juzgador improbo tal pacto, al considerar que trasgrede el principio de legalidad, determinación contra la cual no se interpuso recurso alguno.

4. El 18 de abril de 2022 se instaló la audiencia preparatoria, oportunidad en la cual el defensor indicó que su prohijado Víctor Manuel Serrano deseaba aceptar los cargos, por lo que el a quo lo cuestionó al respecto, indicando que se allana a los mismo y que fue debidamente asesorado por su apoderado judicial. El delegado del Ministerio Público no presentó objeción alguna. Previa verificación de las garantías fundamentales y tras



Apelación sentencia anticipada - Rad: 68001-6000-159-2020-80228-01 (22-665A).

Procesado: Víctor Manuel Serrano Mejía.

Decisión: Confirma sentencia del 26 de agosto de 2022.

constatar que el procesado hizo lo propio de forma libre, consciente, voluntaria y debidamente asesora, aprobó su aceptación de cargos. El 27 de julio siguiente se llevó a cabo el traslado del artículo 447 del C.P.P.

5. En audiencia del 26 de agosto de 2022, el cognoscente profirió sentencia condenatoria en contra de Víctor Manuel Serrano Mejía por el delito de homicidio en concurso homogéneo (art. 103 y 31 del C.P.), determinación que apeló la defensa, quien procedió a sustentar la alzada dentro del término legal.

6. El 20 de septiembre de 2022 las diligencias ingresaron por reparto a esta magistratura, para lo de su cargo.

SENTENCIA IMPUGNADA

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

En consecuencia, condenó al prenombrado a la pena de 180 meses de prisión; además, les impuso la sanción accesoria de interdicción para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso de la pena privativa de la libertad. finalmente, denegó el acceso a los subrogados penales.

Lo anterior, pues asumió que revestía mayor gravedad el homicidio del que resultó víctima un menor de edad y en consecuencia, fijó la pena teniendo en cuenta lo decantado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, en diversos proveídos, que estimó inoponible el incremento punitivo señalado en la ley 840 de 2004, para los casos en los que se aplica las

¹ Documento 064 del cuaderno de Conocimiento del Expediente digital.



restricciones contenidas en el artículo 199 de la ley de infancia y adolescencia.

finalmente, denegó el acceso a los subrogados penales, aspecto que fue objeto de disenso. Lo hizo, atendiendo prohibición expresa contenida en el artículo 199 de la Ley 1098 de 2006, dado que una de las víctimas fatales del ilícito endilgado a Serrano Mejía era menor de edad; aunado a ello, tampoco se satisfacen los requisitos objetivos consagrados en los artículos 38 y 63 del C.P.; de otro lado, indicó que, aunque el defensor señaló que su defendido ha cumplido a cabalidad las obligaciones impuestas para gozar de la detención domiciliaria, esta y la prisión domiciliaria son dos figuras diversas.

Igualmente, le denegó la prisión domiciliaria por padre cabeza de familia, dado que no se acreditó que la responsabilidad de su esposa e hijos corresponda exclusivamente al procesado, es decir, que no existen miembros de su familia inmediata o extensa que puedan hacerse cargo de aquellos mientras cumple la pena privado de la libertad.

RECURSO DE APELACIÓN

La defensa de Víctor Manuel Serrano Mejía solicita² se revoque parcialmente la sentencia, para que, en su lugar, se realice debidamente el procedimiento de dosificación punitiva para que se tenga en cuenta que el primer homicidio fue el de la víctima mayor de edad, quedando la pena imponible en 115,99 meses de prisión y, por ende, se permita el acceso al subrogado de la prisión domiciliaria contenida en el numeral 1º del artículo 314 del C.P.P.

Explicó que durante el traslado del artículo 447 del C.P.P. solicitó la concesión de la prisión domiciliaria regulada por el numeral 1º del artículo 314 ibídem. Aclaró que no solicitó la prisión domiciliaria por padre cabeza de familia, como mal se dijo en la sentencia recurrida; igualmente, aclaró que, conforme a los elementos de prueba, en el lugar de los hechos falleció

² Documento 068 del cuaderno de Conocimiento del Expediente digital.



la víctima mayor de edad y, posteriormente, cuando fue trasladada a un centro médico, murió la menor de edad, presuntamente por la no oportuna intervención de los galenos, lo que coadyuvó su deceso y debe tenerse en cuenta para la dosificación de la pena, para que se tenga como delito base el homicidio de la persona mayor de edad y se aplique el descuento respectivo y luego se incremente otro tanto por la restante.

Aclaró que, de haberse realizado así la dosificación, como el homicidio contempla una pena de 13 años de prisión, al descontar 1/3 parte por el allanamiento a cargos, quedaría en 103,99 meses, quantum al que se le sumaría 12 meses por el segundo homicidio, quedando en 115,99 meses de prisión; entonces, así no debería aplicarse la prohibición contemplada en el artículo 199 de la Ley 1098 de 2006, permitiéndole acceder a los subrogados penales en aplicación del principio de justicia restaurativa y premiaría.

NO RECURRENTES.

El apoderado de víctimas pide que se mantenga incólume la sentencia de primer grado, dado que el juzgado fallador dosificó correctamente la pena impuesta, pues cuando la víctima es un menor de edad no procede la rebaja de pena ni el otorgamiento de beneficios y subrogados como se expresa el artículo 199 de la Ley 1098 de 2006.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Del confuso recurso de apelación incoado por la defensa, se colige que critica el proceso dosificación punitiva, pues considera que debió tenerse en cuenta como delito base para fijar la pena el homicidio del que resultó víctima, una persona mayor de edad, por haber fallecido en el lugar de los hechos, para de esa manera no aplicar la prohibición expresa del artículo 199 de la Ley 1098 de 2006 y, con ello, accederse a los subrogados penales. Igualmente, cuestiona que se le haya negado la prisión domiciliaria por ser padre cabeza de familia, cuando la que solicitó fue la regulada en el numeral 1° del artículo 314 del C.P.P. (sic).



2. Sobre el particular, se tiene que el reproche del apelante en torno al proceso de dosificación punitiva realizado por el *a quo* resulta incompresible, primero, porque no explica de qué manera el orden de los fallecimientos determina la naturaleza del delito y, luego, porque, de acogerse su tesis, esto es que se tuviera como delito base para tasar la pena el homicidio que recayó sobre un adulto, habría que tener en cuenta también que frente al mismo si se aplica el incremento punitivo señalado en la ley 490 de 2004, siendo, en consecuencia, el mínimo de la pena 208 meses de prisión y no 156, como equivocadamente señala, amén de que la captura se produjo en flagrancia, luego el eventual descuento también resulta errado.

Y es que, importante es resaltarlo, el juez estableció los límites punitivos entre 13 y 25 años (156 a 300 meses) de prisión, porque partió de que el delito que comportaba una mayor gravedad era aquel que recaía sobre un menor de edad, atendiendo a que se trataba de un sujeto de especial protección constitucional y de quien se tenía una expectativa de vida mayor. Así, precisó que, conforme a lo dispuesto en el artículo 31 del Código Penal, en torno al concurso de conductas punibles³, fijaba por ese delito la pena de 156 meses de prisión e incrementaba 24 meses más por el concurso.

Igualmente, el *a quo* destacó que atendió la línea jurisprudencial reiterada por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en diversos proveídos, conforme la cual en los casos en que la víctima es menor de edad,

3 Texto original de la Ley 599 de 2000, parcialmente modificado por la Ley 890 de 2004:

ARTÍCULO 31. El que con una sola acción u omisión o con varias acciones u omisiones infrinja varias disposiciones de la ley penal o varias veces la misma disposición, quedará sometido a la que establezca la pena más grave según su naturaleza, aumentada hasta en otro tanto, sin que fuere superior a la suma aritmética de las que correspondan a las respectivas conductas punibles debidamente dosificadas cada una de ellas.

<Inciso modificado por el artículo 1 de la Ley 890 de 2004.. El nuevo texto es el siguiente:> En ningún caso, en los eventos de concurso, la pena privativa de la libertad podrá exceder de sesenta (60) años. Cuando cualquiera de las conductas punibles concurrentes con la que tenga señalada la pena más grave contemplare sanciones distintas a las establecidas en ésta, dichas consecuencias jurídicas se tendrán en cuenta a efectos de hacer la tasación de la pena correspondiente.

PARAGRAFO. En los eventos de los delitos continuados y masa se impondrá la pena correspondiente al tipo respectivo aumentada en una tercera parte.



por aplicarse el artículo 199 de la ley de infancia y adolescencia, “...cuando se celebran preacuerdos, negociaciones o aparece el allanamiento a cargos dicho incremento [refiriéndose al establecido en la ley 490 de 2004] resulta inoponible, en tanto que no se obtiene ningún beneficio punitivo conforme la naturaleza premial del sistema acusatorio...”.

Así, tuvo en cuenta lo manifestado por la Corte Suprema de Justicia en la providencia citada:

“Dicho en otras palabras, el criterio que ha venido desarrollando la Sala Penal desde la casación 33254 de 27 de febrero de 2013, resulta también aplicable en asuntos en los que se trate de delitos de secuestro y homicidio doloso contra niños, niñas y adolescentes y el acusado preacuerda con la Fiscalía General de la Nación o se allana a los cargos y sin que reciba ninguna compensación por acudir a alguna de estas formas de terminación anticipada del proceso. (CSJ, SP 26 Feb 2014, Rad. 41157)

Recuerda entonces la Sala, que en los delitos de secuestro y homicidio doloso cuando la víctima es menor de edad, como ocurre en este evento, es posible prescindir el aumento que impone el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, pero solo si el procesado decide aceptar su culpabilidad por vía del preacuerdo o el allanamiento.”

En consecuencia, la tesis defensiva, no se encuentra llamada a prosperar, no sólo por infundada, sino además porque no favorece los intereses del procesado, siendo lo pretendido un desconocimiento a la prohibición de reforma en lo peor.

Igualmente, frente al argumento según el cual el infante falleció porque no fue atendido oportunamente en el centro médico, debe decirse que el acusado aceptó los cargos conforme le fueron formulados, no siéndole dable cuestionarlos en este escenario procesal, en el que resulta suficientemente acreditado que uno de los homicidios, juzgados en la modalidad dolosa⁴, recayó sobre un menor de edad, circunstancia en virtud de la cual necesariamente debía darse aplicación del artículo 199 del Código de Infancia y Adolescencia.

⁴ Se imputó en calidad de autor, a título de dolo eventual, el delito de homicidio en concurso homogéneo (art. 103, 22 y 31 del C.P.)



Apelación sentencia anticipada - Rad: 68001-6000-159-2020-80228-01 (22-665A).

Procesado: Víctor Manuel Serrano Mejía.

Decisión: Confirma sentencia del 26 de agosto de 2022.

3. De otro lado, la detención domiciliaria alegada no es procedente en esta sede. En efecto, si bien el apelante intenta que en este caso se aplique el artículo 314 del C.P.P. que regula la detención preventiva domiciliaria, es claro que está haciendo uso de una figura procesal equivocada, pues la actuación culminó por la vía abreviada con una sentencia condenatoria, erigiéndose contra el procesado una pena privativa de la libertad, más no la medida que se impone cuando está en marcha un proceso penal.

Entonces, el análisis pertinente conforme el estadio procesal y la ley vigente a la fecha de comisión del punible es a la luz de los artículos 38 y 38B del Código Penal, modificados y adicionados por la Ley 1709 de 2014, que se trata justamente de uno de los subrogados penales estudiados por el juez de primer grado en la sentencia condenatoria y el cual denegó atendiendo a la prohibición expresa contenida en la norma antes citada.

En consecuencia, resulta pertinente confirmar el proveído impugnado, como en efecto se hará.

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

RESUELVE:

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

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



Apelación sentencia anticipada - Rad: 68001-6000-159-2020-80228-01 (22-665A).
Procesado: Víctor Manuel Serrano Mejía.
Decisión: Confirma sentencia del 26 de agosto de 2022.

CÚMPLASE

Los Magistrados,

PAOLA RAQUEL ÁLVAREZ MEDINA

JAIRO MAURICIO CARVAJAL BELTRÁN

JUAN CARLOS DIETTES LUNA

PROYECTO REGISTRADO A TRAVÉS DEL EXCEL
INSTITUCIONAL DE LA SECRETARÍA DE ESTA SALA
ESPECIALIZADA EL **20 DE NOVIEMBRE DE 2023.**

*El expediente obra en un cuaderno digital de
OneDrive*



República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público

Distrito Judicial de Bucaramanga (Santander)
Tribunal Superior
Sala Penal

Magistrada ponente: Paola Raquel Álvarez Medina.

Radicado: 11001-6000-000-2021-01583 (22-254A).

Procesados: Jhon Fredy Serna Ospina y Jhon Jairo Gómez Afanador.

Delito: Concierto para delinquir y otros.

Decisión: Confirma sentencia.

APROBADO ACTA No. 1236

Bucaramanga, catorce (14) de diciembre de dos mil veintitrés (2023)

ASUNTO

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por los procesados **Jhon Fredy Serna Ospina** y **Jhon Jairo Gómez Afanador** contra la sentencia del 23 de marzo de 2022, mediante la cual el Juzgado Séptimo Penal del Circuito de Bucaramanga con función de conocimiento los condenó a las penas de 60 meses de prisión, multa de 33,83 s.m.l.m.v., e inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el término de 40 meses, como responsables penalmente de los delitos de concierto para delinquir, ilícito aprovechamiento de los recursos naturales renovables, falsedad material en documento público y cohecho por dar u ofrecer.

HECHOS

Según el escrito de acusación, luego de labores investigativas adelantadas en el año 2019, se conoció la existencia de una organización criminal integrada por aproximadamente siete (7) personas, entre ellas Jhon Fredy Serna Ospina y Jhon Jairo Gómez Afanador denominada *Cedro Amarillo*, con injerencia en los departamentos de Boyacá, Antioquia, Santander y Cundinamarca, dedicada a la tala de árboles y posterior comercialización de madera proveniente de la serranía Las Quinchas y sectores aledaños a Puerto Berrio –Antioquia. Serna Ospina y Gómez Afanador se encargaban, junto con otros dos sujetos, de transportar la madera, al igual que este



*Apelación sentencia abreviada - Rad: 11001-6000-000-2021-01583 (22-254A).
Procesado: Jhon Fredy Serna Ospina y otros.
Decisión: Confirma sentencia del 23 de marzo de 2022.*

último de coordinar dichos traslados. La actividad se circunscribía en talar la madera de la serranía Las Quinchas, luego cargarla en carros doble troque con destinos a diferentes rutas, con guías de movilización falsas y con datos incoherentes, excediendo el peso y metraje permitido y, (iv) conforme a la información de una fuente humana, donde se señala que Serna Ospina y dos ciudadanos intentaron talar 1200 árboles de la especie Cedro en la finca La María, ubicada en Puerto Berrio –Antioquia.

Jhon Jairo Gómez Afanador se vinculó a la investigación a través de interceptación telefónica realizada a su abonado 3157549967, encargado de la comercialización de madera de las especies Cedro y Guamiaro, sin los permisos de las autoridades competentes, en el Magdalena Medio y el departamento de Santander, para comunicarse luego con Ferley Torres Pico al teléfono 3173858364, quien la transportó. Asimismo, Gómez Afanador ofrecía dádivas a las autoridades para omitir los procedimientos de rutina en las carreteras; también, se determinó que el 10 de junio de 2020 Jhon Jairo retuvo el vehículo de placas TNB808 en Lebrija –Santander, que fue incautado por el grupo de hidrocarburos de la Policía Nacional; además, el 18 de marzo de 2021, continuó con la comercialización de maderables sin los requisitos legales, dado que planeó tres viajes en febrero de esa anualidad, con una sola guía de movilización.

ACTUACIÓN PROCESAL

1. El 30 de abril y 1º de mayo de 2021, ante el Juzgado Tercero Promiscuo Municipal de Puerto Boyacá en función de control de garantías, la agencia fiscal formuló imputación, entre otros, a Jhon Fredy Serna Ospina y Jhon Jairo Gómez Afanador por los delitos de concierto para delinquir, ilícito aprovechamiento de los recursos naturales, falsedad material en documento público y cohecho por dar u ofrecer, cargos que decidieron aceptar; finalmente, no se les impuso medida de aseguramiento.

2. El 6 de agosto de 2021, la fiscalía radicó escrito de acusación, el cual por reparto correspondió al Juzgado Séptimo Penal del Circuito de



Apelación sentencia abreviada - Rad: 11001-6000-000-2021-01583 (22-254A).
Procesado: Jhon Fredy Serna Ospina y otros.
Decisión: Confirma sentencia del 23 de marzo de 2022.

Bucaramanga con función de conocimiento, despacho que el 25 de febrero de 2022 llevó a cabo la audiencia de verificación de allanamiento, en la cual la juzgadora le impartió aprobación a dicha manifestación, por lo que corrió traslado del artículo 447 del C.P.P.

3. El 23 de marzo de 2022 el despacho profirió la respectiva sentencia condenatoria, en la cual denegó el acceso a los subrogados penales, así como la prisión domiciliaria por padres cabeza de familia, determinación que fue recurrida por la defensa de los encartados.

5. El 19 de abril de 2022 las diligencias ingresaron por reparto a esta magistratura, para lo de su cargo.

SENTENCIA IMPUGNADA

La juez de primera instancia estimó¹ acreditada la ocurrencia de los reatos acusados y la responsabilidad penal de Jhon Fredy Serna Ospina y Jhon Jairo Gómez Afanador con fundamento en la aceptación de cargos, lo cual respondió a una manifestación consciente, libre y voluntaria de los procesados, quienes estuvieron debidamente asesorados por sus defensores, así como con los elementos materiales de prueba expuestos, por lo que dictó sentencia condenatoria en su contra.

En consecuencia, la *a quo* condenó a los prenombrados a la pena de 60 meses de prisión y multa de 33,83 s.m.l.m.v., por los delitos de concierto para delinquir, ilícito aprovechamiento de los recursos naturales renovables, falsedad material en documento público y cohecho por dar u ofrecer; además, les impuso las sanción accesoria de inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el término de 40 meses; finalmente, denegó el acceso a los subrogados penales y la prisión domiciliaria por padres cabeza de familia.

¹ Página 55 en adelante del Expediente digital del Tribunal.



*Apelación sentencia abreviada - Rad: 11001-6000-000-2021-01583 (22-254A).
Procesado: Jhon Fredy Serna Ospina y otros.
Decisión: Confirma sentencia del 23 de marzo de 2022.*

En cuanto a este último aspecto, que fue objeto de disenso, la juzgadora señaló que, de los documentos aportados, no se verificaron las exigencias normativas y jurisprudenciales para ostentar la condición de padres cabeza de familia, concretamente la acreditación de la dependencia exclusiva en cabeza de los sentenciados.

RECURSO DE APELACIÓN

1. Jhon Fredy Serna Ospina solicita² le concedan la prisión domiciliaria por ostentar la condición de padre cabeza de familia, puesto que cumple con los requisitos dispuestos en el artículo 38 del C.P., dado que la pena impuesta es de 5 años de prisión y es una persona que no colocará en peligro a la comunidad, no evadirá el cumplimiento de la pena pues es trabajador, buen padre de familia y su comportamiento es ejemplar; asimismo, dice que está dispuesto a cumplir con las exigencias legales, esto es, observar buena conducta, comparecer ante las autoridades, permitir la entrada a su residencia de los servidores públicos y cumplirá las exigencias de los agentes del INPEC.

Aduce que es padre cabeza de familia porque labora desde el 26 de julio de 2021 conduciendo un tracto camión, con lo que genera ingresos para su sustento y el de su señora madre Dilia Ospina Gutiérrez de 66 años de edad, para lo cual cita una serie elementos que allegó para sustentar su manifestación. Aclara que siempre ha tenido buena conducta, que es responsable y cumple con sus obligaciones comerciales y familiares. Dijo que no obstruirá la justicia, no podrá en peligro la comunidad y comparecerá al proceso cuando sea requerido, dado que tiene arraigo social y familiar.

2. Jhon Jairo Gómez Afanador por medio de la alzada pretende que se le otorgue la prisión domiciliaria por ostentar la condición de padre cabeza de familia, dado que cumple a cabalidad con los requisitos legalmente previstos, puesto que la pena impuesta es de 5 años de prisión, no colocará en peligro a la comunidad y no evadirá el cumplimiento de la pena, toda vez

² Página 37 del Expediente digital del Tribunal.



*Apelación sentencia abreviada - Rad: 11001-6000-000-2021-01583 (22-254A).
Procesado: Jhon Fredy Serna Ospina y otros.
Decisión: Confirma sentencia del 23 de marzo de 2022.*

que es trabajador y buen padre de familia. Dijo que comparecerá a los llamados que la autoridad haga, observará buena conducta, permitirá la entrada a su casa de los servidores públicos que lo requiera, así como del INPEC.

Aclaró que su condición de padre de familia se sustenta en que su núcleo depende económica y exclusivamente de él, aunque su compañera permanente Liliana Moreno Miranda se encarga del cuidado de sus tres hijos menores de edad, está al pendiente de su rendimiento académico y labores domésticas; además, su abuela Carlina Rodríguez Mantilla de 94 años de edad, depende económicamente del encartado y reside en su misma vivienda, quien también es cuidada por Moreno Miranda. Enuncia una lista de elementos que allegó para sustentar lo anterior.

Reiteró que no obstruirá la justicia, que no pondrá en peligro la comunidad y que comparecerá al proceso cuando sea requerido, dado que tiene arraigo social y familiar, por lo que ruega que se acceda a su pedimento, para alcanzar el proceso de resocialización junto a su familia.

NO RECURRENTES.

No se pronunciaron al respecto.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

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



Apelación sentencia abreviada - Rad: 11001-6000-000-2021-01583 (22-254A).
Procesado: Jhon Fredy Serna Ospina y otros.
Decisión: Confirma sentencia del 23 de marzo de 2022.

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

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

Ahora bien, para determinar si una mujer o un hombre tiene la calidad de madre o padre cabeza de familia, el artículo 2° de la Ley 82 de 1993, modificado por el artículo 1° de la Ley 1232 de 2008, señala que es madre o padre cabeza de familia, quien siendo soltero o casado, ejerce la jefatura del hogar y tiene bajo su cargo, afectiva, económica o socialmente, en forma permanente, hijos menores de edad propios u otras personas incapaces o incapacitadas para trabajar, ya sea por ausencia permanente o incapacidad física, sensorial, síquica o moral del cónyuge o compañero permanente o deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros del núcleo familiar⁴.

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

⁴ Definición sobre la que la Corte Constitucional precisó:

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



Apelación sentencia abreviada - Rad: 11001-6000-000-2021-01583 (22-254A).
Procesado: Jhon Fredy Serna Ospina y otros.
Decisión: Confirma sentencia del 23 de marzo de 2022.

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

2. De lo expuesto por los sentenciados Serna Ospina y Gómez Afanador, se colige que pretenden por vía del recurso de apelación que se les conceda la prisión domiciliaria por ostentar la condición de padres cabeza de familia, que fue denegada por el *a quo*, dado que son los encargados de proveer el sustento para su núcleo familiar.

Así pues, con lo obrante en el expediente, la solicitud de Jhon Fredy Serna Ospina se sustenta en que es el encargado de velar por el cuidado y protección de su señora madre Aura Dilia Ospina Gutiérrez, quien cuenta con aproximadamente 66 años de edad, ejerciendo como conductor del tracto camión de placas UFE605; sin embargo, de ello no se desprende la calidad que implora, pues amén de que su progenitora aún no tiene la edad requerida para ser considerada un sujeto de especial protección constitucional entendiéndose por tal aquel que ha superado la esperanza de vida a voces de la sentencia T-013 de 2020, actualmente de 74 años de edad según el DANE⁶), tampoco advierte que padezca alguna enfermedad o condición especial que derive en su incapacidad física o sensorial al punto que no pueda valerse por sí sola; aunado a ello, no se descartó comprobadamente la existencia de otros familiares que puedan ayudarla, atendiendo al principio de solidaridad⁷, todo lo cual descarta dicha condición.

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

⁶ [http://www.dane.gov.co/index.php?option=com_content&view=article&id=853&Itemid=28&phpMyAdmin#~:text=La%20esperanza%20de%20vida%20\(que.a%C3%B1os%20m%C3%A1s%20que%20los%20hombres.](http://www.dane.gov.co/index.php?option=com_content&view=article&id=853&Itemid=28&phpMyAdmin#~:text=La%20esperanza%20de%20vida%20(que.a%C3%B1os%20m%C3%A1s%20que%20los%20hombres.)

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

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



*Apelación sentencia abreviada - Rad: 11001-6000-000-2021-01583 (22-254A).
Procesado: Jhon Fredy Serna Ospina y otros.
Decisión: Confirma sentencia del 23 de marzo de 2022.*

Ahora, respecto de Jhon Jairo Gómez Afanador, se desprende que es padre de J.P. Gómez Moreno de 11 años de edad y J.P.G. Gómez Moreno de 14 años de edad, pero también se advierte, como el mismo recurrente lo indicó, que su madre Liliana Moreno Miranda, identificada con cédula de ciudadanía N° 37.878.766, es quien se encarga de su cuidado y protección, junto a su hijo Cristian Alexander Moreno Miranda de 18 años de edad, lo que descarta su condición de padre cabeza de familia, pues su privación de la libertad para purgar la pena aquí impuesta no deja a los menores de edad aludidos en completa desprotección, sin que por el hecho de que su madre los cuide y realice las labores del hogar, la releve de la obligación que le asiste de proveerle alimentos, pues incluso es su deber legal.

En cuanto a la señora Carlina Rodríguez Mantilla, abuela de Gómez Afanador, si bien tiene una avanzada edad, lo cierto es que, conforme a las declaraciones extra procesales allegadas, se colige que cuenta con su hijo Iván Alfonso Camargo, identificado con cédula de ciudadanía N° 91.003.567 de quien no se comprobó que se encuentre incapacitado física o mentalmente para ejercer su cuidado y asistencia mientras Gómez Afanador purga la pena impuesta, atendiendo al deber que tiene en virtud del principio de solidaridad citado, máxime que se trata de su progenitora. Incluso, no se descartó la ausencia de otros familiares que puedan concursar en ello, lo que descarta que la señora Carlina quedará en completo abandono sin la presencia física del señor Jhon Jairo Gómez Afanador.

En conclusión, como no hay lugar a otorgar la prisión domiciliaria a su favor, se confirmará la sentencia impugnada.

3. De otro lado, como la confusa sustentación va encaminada a implorar también la posibilidad de que puedan disfrutar de la prisión domiciliaria como subrogado, debe indicarse que, analizado ese beneficio a la luz de los artículos 38 y 38B del Código Penal, modificados y adicionados por la Ley



Apelación sentencia abreviada - Rad: 11001-6000-000-2021-01583 (22-254A).
Procesado: Jhon Fredy Serna Ospina y otros.
Decisión: Confirma sentencia del 23 de marzo de 2022.

1709 de 2014,⁸ aunado al artículo 68A del mismo estatuto⁹, se tiene que el delito de cohecho por dar u ofrecer, al ser un ilícito doloso contra la administración pública, excluye por expresa prohibición legal la posibilidad de concederle la prisión domiciliaria como sustitutiva del encierro intramural.

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

RESUELVE:

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

Segundo: La presente providencia se notifica en estrados, sin perjuicio de la personal que debe intentarse de conformidad con el artículo 169 del C.P.P.

⁸ Que consagran como requisitos para su concesión los siguientes:

- “1. Que la sentencia se imponga por conducta punible cuya pena mínima prevista en la ley sea de ocho (8) años de prisión o menos.*
- 2. Que no se trate de uno de los delitos incluidos en el inciso 2° del artículo 68A de la Ley 599 de 2000”.*
- 3. Que se demuestre el arraigo familiar y social del condenado (...).*

⁹ El cual dice “**ARTÍCULO 68A. EXCLUSIÓN DE LOS BENEFICIOS Y SUBROGADOS PENALES.** <Artículo modificado por el artículo 32 de la Ley 1709 de 2014. El nuevo texto es el siguiente:> No se concederán; la suspensión condicional de la ejecución de la pena; la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión; ni habrá lugar a ningún otro beneficio, judicial o administrativo, salvo los beneficios por colaboración regulados por la ley, siempre que esta sea efectiva, cuando la persona haya sido condenada por delito doloso dentro de los cinco (5) años anteriores.

<Inciso modificado por el artículo 6 de la Ley 1944 de 2018. El nuevo texto es el siguiente:> Tampoco quienes hayan sido condenados por **delitos dolosos contra la Administración Pública**; delitos contra las personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario; delitos contra la libertad, integridad y formación sexual; estafa y abuso de confianza que recaiga sobre los bienes del Estado; captación masiva y habitual de dineros; utilización indebida de información privilegiada; concierto para delinquir agravado; lavado de activos; soborno transnacional; violencia intrafamiliar; hurto calificado; abigeato enunciado en el inciso tercero del artículo 243; extorsión; homicidio agravado contemplado en el numeral 6 del artículo 104; lesiones causadas con agentes químicos, ácidos y/o sustancias similares; violación ilícita de comunicaciones; violación ilícita de comunicaciones o correspondencia de carácter oficial; trata de personas; apología al genocidio; lesiones personales por pérdida anatómica o funcional de un órgano o miembro; desplazamiento forzado; tráfico de migrantes; testaferrato; enriquecimiento ilícito de particulares; apoderamiento de hidrocarburos, sus derivados, biocombustibles o mezclas que los contengan; receptación; instigación a delinquir; empleo o lanzamiento de sustancias u objeto peligrosos; fabricación, importación, tráfico, posesión o uso de armas químicas, biológicas y nucleares; delitos relacionados con el tráfico de estupefacientes y otras infracciones; espionaje; rebelión; y desplazamiento forzado; usurpación de inmuebles, falsificación de moneda nacional o extranjera; exportación o importación ficticia; evasión fiscal; negativa de reintegro; contrabando agravado; contrabando de hidrocarburos y sus derivados; ayuda e instigación al empleo, producción y transferencia de minas antipersonales.” (Negrilla de la Sala).



Apelación sentencia abreviada - Rad: 11001-6000-000-2021-01583 (22-254A).
Procesado: Jhon Fredy Serna Ospina y otros.
Decisión: Confirma sentencia del 23 de marzo de 2022.

Contra la misma procede el recurso extraordinario de Casación. Una vez ejecutoriada, regresen las diligencias a la oficina de origen.

CÚMPLASE

Los Magistrados,

PAOLA RAQUEL ÁLVAREZ MEDINA

JAIRO MAURICIO CARVAJAL BELTRÁN

JUAN CARLOS DIETTES LUNA



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

PROYECTO REGISTRADO A TRAVÉS DEL EXCEL INSTITUCIONAL DE LA SECRETARÍA DE ESTA SALA ESPECIALIZADA EL **29 DE JUNIO DE 2023**.

El expediente obra en un cuaderno digital de OneDrive

Hurto calificado y agravado en concurso heterogéneo con fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones agravado



República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público

Distrito Judicial de Bucaramanga (Santander)
Tribunal Superior
Sala Penal

Magistrada ponente: Paola Raquel Álvarez Medina.
Referencia: 68406-6000-245-2009-00172 (21-339A)
Procesado: Julio Sebastián Gómez Flórez
Delito: Hurto calificado y agravado
Decisión: Confirma

APROBADO ACTA No. 1236

Bucaramanga, catorce (14) de diciembre dos mil veintitrés (2023)

ASUNTO

El Tribunal decide el recurso de apelación interpuesto por la defensa contra la sentencia del 23 de abril de 2021, mediante la cual, el Juzgado Sexto Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bucaramanga condenó a *JULIO SEBASTIÁN GÓMEZ FLÓREZ* a la pena principal de 144 meses de prisión, como coautor del delito de hurto calificado y agravado, así como, se extinguió la acción penal por prescripción en lo concerniente al reato de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones.

HECHOS

Fueron consignados en el fallo de primer grado de la siguiente manera:



“Siendo aproximadamente a las 12:15 de la tarde del 12 de agosto de 2009, la señora Ilcer Castro Guarín y su progenitora Olga María Guarín se hallaban en su residencia ubicada en la carrera 8B No 7-20, piso 2, del barrio San Jorge de Lebríja, momento en el cual llegó un hombre solicitándoles el arreglo de unos pantalones; Olga María permitió su ingreso y una vez dentro, el sujeto condujo a Castro Guarín al patio de la vivienda donde le manifestó que pertenecía a las autodefensas y sabía que eran colaboradoras de la guerrilla. Instantes después, la precitada observó en uno de los cuartos a otro individuo quien le manifestó que estaba buscando armas; y se percató de un tercer sujeto que tenía en su poder los \$55.000.000 que le habían pagado producto de la venta de una finca ubicada en Sabana de Torres, además, dos celulares avaluados en \$160.000.

En ese momento, las mujeres se percataron que estaban siendo víctimas de un hurto; por ende, fueron intimidadas por los asaltantes con armas de fuego, las condujeron a una de las habitaciones donde las acostaron en la cama, las amarraron de manos y pies, les colocaron trapos en la boca y les exigieron guardaran silencio, después de lo cual, abandonaron el sitio con el botín objeto del latrocinio.

Pasado corto tiempo, las perjudicadas lograron soltarse e Ilcer Castro Guarín pidió a una vecina reportara lo ocurrido a las autoridades del orden, lo cual, permitió que servidores de la Policía Nacional emprendieran una persecución de los asaltantes que huían en un vehículo color gris de placas BOQ-342 y dos motocicletas de placas FDP-51B-color negro-y QZL50B-color rojo-, logrando la interceptación del segundo velocípedo a la altura de la carrera 26 con calle 42 del barrio El Poblado de Girón, debido a que colisionó con un automóvil; así consiguieron la aprehensión de sus ocupantes: Jhon Arley Barrera Díaz y Julio Cesar Téllez Díaz. Pasado un lapso, capturaron a JULIO SEBASTIÁN GÓMEZ FLÓREZ debido a señalamientos que hiciera la ciudadanía, siendo reconocido por la señora Castro Guarín como la persona que tomó el dinero de su propiedad.

En desarrollo de la persecución, miembros de la SIJIN MEBUC hallaron abandonado en la calle 30, frente a la nomenclatura 28^a-02 del precitado municipio el carro de placas BOQ 342 donde en su interior encontraron dos bolsas plásticas que contenían: dos pantalones cada una, una gorra de color azul, otra bolsa plástica de color negro con \$49.000.000 en fajos de billetes de diferentes denominaciones y tres armas de fuego” (sic) (fs. 39 y 40 del archivo digital).



ACTUACIÓN PROCESAL

1. El 18 de diciembre de 2013, ante el Juzgado Veintiuno Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bucaramanga, se realizó audiencia de formulación de imputación, oportunidad en la cual, la fiscalía le imputó a *JULIO SEBASTIÁN GÓMEZ FLÓREZ* el delito de hurto calificado y agravado en concurso heterogéneo con fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones, conforme a los artículos 239, 240, inciso 2° y 241, numeral 10° y 365¹, inciso 2°, numeral 1° del Código Penal, cargos que no aceptó el indiciado (f. 76 del archivo digital).

2. La agencia fiscal presentó el respectivo escrito de acusación (f. 369 del archivo digital), el cual sometido a reparto correspondió al Juzgado Sexto Penal del Circuito de Bucaramanga, despacho que el 17 de junio de 2014 celebró la audiencia de formulación de acusación de conformidad con el artículo 339 de la Ley 906 de 2004.

3. El 9 de octubre de 2014 (fs. 357 a 359 del archivo digital), el juzgado de conocimiento realizó la audiencia preparatoria.

4. La audiencia de juicio oral se instaló el 17 de febrero de 2016 (fs. 312 a 313 del archivo digital), continuando en las sesiones del 6 de marzo de 2017 (f. 261 a 262 del archivo digital), 2 de mayo (f. 249 del archivo digital), 15 de noviembre siguiente (f. 181 del archivo digital), 10 de diciembre de 2020 (f. 111 del archivo digital), oportunidad en la cual, la fiscalía presentó su teoría del caso, se practicaron las pruebas solicitadas por las partes y se culminó con la presentación de los alegatos finales de los intervinientes.

¹ Modificado por la Ley 1142 de 2007.



Acto seguido, el 17 de marzo de 2021 (f. 79 del archivo digital), el juzgado anunció el sentido del fallo que fue de carácter condenatorio, corriéndose el traslado del artículo 447 del Código de Procedimiento Penal por parte de la agencia fiscal.

5. El 23 de abril del 2021, se continuó el referido traslado para posteriormente darse lectura a la sentencia condenatoria, decisión que impugnó el defensor, lo cual concita la atención de esta Sala.

SENTENCIA IMPUGNADA

El *a quo* describió el aspecto fáctico de la causa, individualizó al procesado, sintetizó el discurrir procesal, así como relacionó los elementos de prueba debatidos en el juicio oral para posteriormente plasmar sus consideraciones al respecto.

En este sentido, resaltó que analizado en conjunto los medios probatorios a la luz de la sana crítica, resultó indiscutible la materialidad de la conducta punible contra el patrimonio económico, por cuanto las perjudicadas detallaron las circunstancias de tiempo, modo y lugar, reseñando que el 12 de agosto de 2009 un hombre arribó a su morada ubicada en Lebrija bajo el pretexto de componer unos pantalones, y al permitirse su ingreso, otros dos asaltantes ingresaron para acorralar a las mujeres y así iniciar una búsqueda del dinero, del que sabían de su existencia, apoderándose de la suma de \$55.000.000, previa disminución de las víctimas al atarlas de pies y manos, a efectos de finiquitar el latrocinio y emprender la huida.

Así pues, afirmó que Ilcer Castro Guarín pudo identificar a través de diligencia de reconocimiento fotográfico al procesado, como el sujeto que ingresó a la habitación y tomó el dinero que era de su propiedad, procedimiento que enfatizó, no se realizó con alguna presión o sugestión por parte de los funcionarios que efectuaron el referido trámite para que señalara la imagen del encausado; de ahí que, a pesar de



no haberse dado un señalamiento directo en el juicio oral por parte de la perjudicada, lo cierto es que, se reiteró sin vacilación que el 26 de agosto de 2009, reconoció al sujeto que le arrebató el dinero hurtado, quien fue plenamente individualizado como *JULIO SEBASTIÁN GÓMEZ FLÓREZ*.

Aunado a lo anterior, referenció que los agentes de la Policía Nacional que efectuaron las detenciones y la persecución de los responsables siempre recalcaron que había una persona en la parte trasera del vehículo, quien se subió presuroso con las plurimentadas bolsas que fueron vistas en el lugar donde estaría el enjuiciado sentado, una vez el automotor fue abandonado en el municipio de Girón, así como, haberse visto a *GÓMEZ FLÓREZ* descendiendo del auto antes de ser abandonado para posteriormente efectuarse su aprehensión, razones que reafirman su ubicación en el escenario de los sucesos que desvirtúan la hipótesis planteada por el defensor.

Es así como, consideró que la defensa debió probar una teoría alterna que tornara inviable la hipótesis probada de la agencia fiscal, siendo evidente que el encartado fue visto en el lugar donde ocurrieron los hechos participando activamente en la comisión de la conducta punible, sin que se evidenciara someramente la existencia de algún tipo de enemistad que conllevara a los uniformados o a la perjudicada endilgarle tan graves imputaciones; de ahí que, no exista duda alguna de la participación del sentenciado en los sucesos del 12 de agosto de 2009, configurándose el reato de hurto calificado y agravado, al haberse sustraído de la esfera de dominio de Ilcer Castro Guarín dos celulares y \$55.000.000 producto de la venta de un inmueble.

Por otra parte, se resaltó que fue demostrada la utilización de tres armas de fuego por el encartado y sus compinches, pues si bien las mismas no se percutieron, fueron suficientes para poner en situación de inferioridad a las afectadas y así, despojarlas de los elementos de su propiedad, por lo que los adminículos



cumplieron su finalidad que no fue otra que facilitar la entrega del dinero.

En lo que respecta al aporte esencial en la fase ejecutiva de *GÓMEZ FLÓREZ*, determinó que éste fue el encargado de buscar por toda la habitación el dinero hurtado para posteriormente retenerlo, evidenciándose una división de trabajo, pues, mientras un sujeto distraía e intimidaba a las víctimas con su discurso, él indagaba por la ubicación del patrimonio y un tercero, continuaba cuestionando por unas armas de fuego, lo que evidencia una fase preparatoria, existiendo una imputación recíproca en la conducta para cada uno de los responsables, quienes poseían dominio funcional del hecho.

Ahora bien, se determinó la prescripción de la acción penal adelantada contra *JULIO SEBASTIÁN GÓMEZ FLÓREZ* por el reato de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones agravado, toda vez que la misma se configuró el 18 de diciembre de 2017, al sancionarse dicha conducta con una pena de 8 años de prisión, ante la vigencia de la Ley 599 de 2000 modificada por la Ley 1142 de 2007, vigente para la época de los hechos, de acuerdo al contenido del artículo 83 ejusdem y el artículo 292 de la Ley 906 de 2004.

Es así como, en el ámbito de la dosimetría punitiva consideró que, de acuerdo a los parámetros de los artículos 239, 240, inciso 2º y 241, numeral 10 del Código Penal, la carencia de circunstancias de mayor y menor punibilidad, se aplicó el cuarto mínimo, que se tasó entre 144 y 192 meses de prisión, considerando que debía imponerse una pena de 144 meses de prisión y la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por un tiempo igual a la sanción principal.

En atención al contenido de los artículos 38B, 63 y 68A de la Ley 599 de 2000, determinó la improcedencia de la concesión de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria ante el incumplimiento de los requisitos objetivos para el otorgamiento de estos subrogados penales, razón por la



que, se ordenó sea puesto a disposición del cumplimiento de la presente sentencia una vez cesen los motivos por los cuales en la actualidad se encuentra privado de la libertad.

Finalmente, se ordenó el comiso definitivo de las armas de juego incautadas, por intermedio de la Quinta Brigada del Ejército Nacional.

RECURSO DE APELACIÓN

La defensa, inconforme con el fallo de primera instancia argumentó que, se avizoraron trascendentales incongruencias en los testimonios presentados por los agentes de la Policía Nacional que participaron en la persecución de los responsables del latrocinio ocurrido el 12 de agosto de 2009 en Lebrija, así como, la mencionado por la víctima, quien no efectuó un señalamiento directo contra el acusado como uno de los partícipes en el hurto.

En este mismo sentido, argumentó que no existió señalamiento en el juicio oral por parte de la víctima contra el encausado, sin que con el reconocimiento fotográfico practicado en la etapa de investigación, la Fiscalía General de la Nación haya logrado probar la responsabilidad penal de *GÓMEZ FLÓREZ*, sin que se hubiera llevado a juicio oral a las personas que realizaron el señalamiento directo a los agentes de la Policía Nacional de la persona que descendió del vehículo en el que se transportaba el dinero hurtado, insistiendo que lo depuesto por Albornoz y Almeyda Niño, fueron indicaciones contradictorias y carentes de fuerza probatoria.

Así pues, sostuvo que el reconocimiento fotográfico realizado se interpreta como una prueba de referencia que no puede constituir fundamento para la emisión de una sentencia condenatoria y desvirtuarse con ello la presunción de inocencia; de ahí que, solicitó se revoque el fallo de primer grado y en su lugar, se emita un fallo



absolutorio en favor de su prohijado.

CONSIDERACIONES

1. Al tenor del artículo 34, numeral 1°, de la Ley 906 de 2004, el Tribunal tiene competencia para resolver la apelación allegada porque la sentencia objeto del recurso fue proferida por un juzgado penal del circuito de este distrito judicial.

El ámbito funcional, en cuanto al objeto del recurso invocado y según el principio de limitación, está restringido a los aspectos objeto de disenso y a los que le estén inescindiblemente vinculados. Esto último, sin perjuicio de la atribución que encuentra fundamento en el artículo 10 ibidem en armonía con el artículo 457, para verificar la legalidad del fallo y de la actuación que le brinda soporte, en específico, la preservación de las garantías fundamentales.

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

2. Ante la solicitud de la recurrente, orientada a obtener en esta instancia la absolución del procesado, debe precisar la Sala que, constituye obligado punto de partida la presunción de inocencia, de arraigo en el artículo 29 de la Carta Política y que encuentra nítido desarrollo normativo en los artículos 7o y 381 de la Ley 906 de 2004, disposiciones de conformidad con las cuales la sentencia de carácter condenatorio sólo es viable cuando las pruebas practicadas e introducidas en el juicio oral y público, con observancia de los principios de inmediación, contradicción y concentración, conducen al conocimiento más allá de toda duda acerca del delito imputado y respecto de la responsabilidad penal del indiciado.



En virtud de tales regulaciones, conviene enfatizar, de echarse de menos esos requisitos, el pronunciamiento conclusivo de las instancias no puede ser diverso a la absolución. Ello sin que pueda soslayarse que la providencia de ese mismo contenido y alcance se impone, de igual modo, cuando persisten dudas en torno a alguno de esos hitos, de necesaria definición a favor del procesado en aplicación del postulado *in dubio pro reo* recogido en la primera de las normas relacionadas en precedencia.

2.1. De acuerdo con lo argumentado y en virtud de la naturaleza de la censura de la defensora, al Tribunal le corresponde verificar la satisfacción de los requisitos enunciados. Lo anterior, se insiste, mediante la apreciación en conjunto de los medios suasorios acopiados, como lo reivindica el artículo 380 de la Ley 906 de 2004, en armonía con el artículo 16 *ibídem*, efectuada al tamiz de los parámetros contemplados en dicho estatuto.

De este modo, la decisión a proferir en esta sede dependerá de la apreciación conjunta de las atestaciones rendidas por los testigos en la vista pública y en tal labor valorativa, según lo establece el artículo 404 de la ley 906 de 2004, se deben tener en cuenta “*los principios técnico científicos sobre la percepción y la memoria y, especialmente, lo relativo a la naturaleza del objeto percibido, al estado de sanidad del sentido o sentidos por los cuales se tuvo la percepción, las circunstancias de lugar, tiempo y modo en que se percibió, los procesos de rememoración, el comportamiento del testigo durante el interrogatorio y el contrainterrogatorio, la forma de sus respuestas y su personalidad*”.

Dicho aspecto engrana con la obligación a cargo de toda persona de rendir testimonio, según lo preceptuado en el canon 383, salvo las excepciones constitucionales y legales. Además, en lo que respecta a las obligaciones del testigo, según el artículo 402 del estatuto procesal penal, éste sólo puede declarar sobre los “*aspectos que en forma directa y personal hubiese tenido la ocasión de observar o percibir*”.



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

Por consiguiente, las partes pueden elegir todas aquellas probanzas que consideren necesarias para demostrar determinado aspecto del debate, cuyo único deber es el de *“procurar la mejor evidencia para realizar dicha demostración”*², sin importar los aspectos cualitativos o cuantitativos de las mismas³ y al juzgador se le impone la carga de analizar el testimonio *“dentro un proceso apreciativo que se hace al tamiz de los postulados lógicos, científicos, de la experiencia y el sentido común”*⁴.

Ahora bien, el censor propone como punto central de disenso respecto de la sentencia condenatoria proferida por la juez de primera instancia, referentes a presuntos yerros en la valoración probatoria realizada por la a quo ante la existencia de contradicciones en los testigos de cargo, sin que deba darse valor suasorio al reconocimiento fotográfico realizado por Ilcer Castro Guarín, en el que señaló al procesado como uno de los partícipes del hurto la suma de \$55.000.000, el 12 de agosto de 2009, en su vivienda, al no poder reconocer a *GÓMEZ FLÓREZ* en la audiencia de juicio oral.

Ahora bien, diáfano emerge que el texto del inciso final del canon 381 de la Ley 906 de 2004 dispone que *“la sentencia condenatoria no podrá fundamentarse exclusivamente en pruebas de referencia”*⁵, entendidas estas como aquellas

² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, radicación n°. 44056 de octubre 28 de 2015.

³ Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, radicación n°. 35080 de mayo 11 de 2011. Explica la Magistratura: *“la determinación de la conducta punible y su responsable puede operar, incluso, a través de una sola prueba, cuando ella por sí misma irradia credibilidad y comporta todas las aristas de conocimiento que nutren esos elementos.”*

⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, radicación n°. 16967 de mayo 16 de 2007.

⁵ Instituto que ha sido definido y delimitado por la máxima Corporación en lo penal, así:

“Por definición legal, la prueba de referencia es toda declaración realizada fuera del juicio oral y que es utilizada para probar o excluir uno o varios elementos del delito, el grado de intervención en el mismo, las circunstancias de atenuación o de agravación



declaraciones rendida con antelación al juicio oral, ofrecidas “*como medio de prueba de algún aspecto relevante del debate*”⁶.

Dentro de este escenario y a efectos de lograr una mejor comprensión, es menester distinguir las nociones relativas al *tema de prueba* y el *medio de prueba*⁷, donde el primer concepto se refiere a los hechos del caso consignados en el pliego acusatorio, mientras el segundo alude a los elementos que se usan para acreditar las características propias del injusto, es decir, para la definición de responsabilidad penal del procesado.

En este contexto, el medio de prueba que comporta una declaración rendida por fuera del juicio se considera como prueba de referencia al tenor de lo dispuesto en el artículo 437 de la Ley 906 de 2004.

En lo que atañe al contenido referencial o de oídas del testimonio, en proveído del 13 de agosto de 2014, radicado SP10694-2014, 37.924, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia señaló los criterios de valoración de tal prueba⁸,

punitivas, la naturaleza o extensión del daño irrogado, y cualquier otro aspecto sustancial objeto del debate, cuando no sea posible practicarla en juicio.

En términos menos abstrusos, puede decirse que prueba de referencia es la evidencia (medio probatorio) a través de la cual se pretende probar la verdad de una declaración realizada al margen del proceso por una persona determinada, no disponible para declarar en el juicio, que revela hechos de los cuales tuvo conocimiento personal, trascendentes para afirmar o negar la tipicidad de la conducta, el grado de intervención del sujeto agente, las circunstancias de atenuación o agravación concurrentes, la naturaleza o extensión del daño ocasionado, o cualquier otro aspecto sustancial del debate (antijuridicidad o culpabilidad, por ejemplo).

Para que una prueba pueda ser considerada de referencia, se requiere, por tanto, la concurrencia de varios elementos: (i) una declaración realizada por una persona fuera del juicio oral, (ii) que verse sobre aspectos que en forma directa o personal haya tenido la ocasión de observar o percibir, (iii) que exista un medio o modo de prueba que se ofrece como evidencia para probar la verdad de los hechos de que informa la declaración (testigo de oídas, por ejemplo), y (iv) que la verdad que se pretende probar tenga por objeto afirmar o negar aspectos sustanciales del debate (tipicidad de la conducta, grado de intervención, circunstancias de atenuación o agravación punitivas, naturaleza o extensión del daño causado, entre otros)” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, radicación n.º. 27477 de marzo 6 de 2008)

⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, radicación n.º. 46153 de septiembre 30 de 2015.

⁷ Sentencia ut supra.

⁸ “En efecto, se ha dicho que el testimonio de oídas, que también es denominado testigo indirecto o de referencia, lo que acredita es el relato que otro hizo respecto de un suceso, más no la veracidad del mismo.



“No implica lo anterior que dicho mecanismo de verificación (el testigo de referencia) deba ser rechazado; lo que ocurre es que frente a las especiales características en precedencia señaladas, es necesario estudiar cada caso en particular, analizando de manera razonable su credibilidad de acuerdo con las circunstancias personales y sociales del deponente, así como las de la fuente de su conocimiento, si ha de tenerse en cuenta que el testigo de oídas no fue el que presenció el desarrollo de los sucesos y que por ende no existe un real acercamiento al hecho que se pretende verificar.” (CSJ SP, 21 Abr. 1998, rad. 10923)

La corte se ha ocupado de fijar los requisitos para la correcta apreciación del testigo de oídas, con el fin de evitar que en su estimación se incurra en errores de hecho:

De esa forma, se ha concluido que aun cuando el testigo de oídas no es de por sí prueba deleznable, el operador jurídico está en la obligación de dedicar especial cuidado al ejercicio valorativo que implica esa clase de medios de prueba, ya que esta especie de testimonio adquiere preponderancia en aras de reconstruir la verdad histórica y hacer justicia material, únicamente cuando es imposible obtener en el proceso la declaración del testigo o testigos que tuvieron directa percepción del suceso. Por eso, la Sala ha establecido, según surge de sus precedentes jurisprudenciales, cuatro presupuestos a aplicar con ocasión de la apreciación del referido medio de persuasión:

“En primer lugar, se requiere que se trate de un testigo de referencia o de primer grado, entendiendo como tal quien sostiene en su declaración que lo narrado lo escuchó directamente de una persona que tuvo conocimiento inmediato de los hechos, en contraste con el testigo de segundo grado o de grados sucesivos, que es quien al deponer afirma que oyó a una persona relatar lo que ésta, a su turno, había oído a otra, y así sucesivamente. Tal exigencia se justifica porque en el análisis de esa prueba de orden testimonial el de primer grado ofrece mayor fiabilidad y fortaleza que el de segundo, tercero, etc., dado que lo conocido no es de una tercera o cuarta fuente, sino de la inicial respecto de lo afirmado o narrado por el testigo directo. (CSJ SP 2 Oct. 2001 rad. 15286; CSJ SP 26 abr. 2006 rad 19561)

En segundo término, es preciso que el testigo de oídas señale cuál es la fuente de conocimiento, esto es, al testigo directo del evento de quien recibió o escuchó la respectiva información, identificándolo con nombre y apellido o con las señales particulares que permitan individualizarlo, condición que resulta sustancial, de una parte para que en el curso del proceso el funcionario intente por todos los medios legales que éste asista a declarar acerca de su cognición personal del suceso, indistintamente de que por razones debidamente justificadas (muerte, enfermedad, localización, etc.) resulte imposible obtener tal comparecencia; y de otra, porque de no ser así, es decir, de acoger o conceder mérito a la declaración de un testigo de referencia que no precisa quién es su referente, o que atribuye la ciencia de su dicho al comentario público o rumor popular –divulgado por personas desconocidas, creado, alimentado y dirigido por intereses inciertos, transformado por fenómenos de psicología colectiva, y difundido sin dirección ni sentido de responsabilidad-, en la práctica equivaldría a admitir una prueba testimonial anónima, cuya validez es contraria a elementales postulados que sustentan el Estado Social de Derecho⁸.

En tercer lugar, es imperioso establecer las condiciones en que el testigo directo transmitió los datos a quien después va a dar referencia de esa circunstancia, de manera que sea posible evidenciar que lo referido de modo indirecto por el declarante ex auditu es trasunto fiel de la información vertida a éste por el cognoscente directo.

Y, en cuarto término, es fundamental para otorgar poder suasorio a la especie de prueba en comento la confluencia de otra clase de medios de persuasión, así sean indiciarios, con la capacidad de reforzar las atestaciones del testigo de oídas, pues valorados en conjunto pueden suministrar elementos aptos para acreditar que lo referido al testigo indirecto se le transmitió en la forma como éste lo señaló y que efectivamente el suceso debatido ocurrió de conformidad con su narración...”

En conclusión, el testimonio de oídas se erige como medio de persuasión idóneo, serio y creíble cuando, además de reunir los dos primeros presupuestos, “aparece corroborado o respaldado por otros elementos de convicción que no permiten dudar de la veracidad del relato hecho por otras personas al testigo”⁸, lo cual implica afirmar que la prueba testimonial de referencia única, por sí sola, es decir, huérfana de otros medios probatorios que la confirmen y robustezcan, en cualquier caso carece de eficacia suficiente para desvirtuar la presunción constitucional y legal de inocencia⁸.

Es necesario anotar, en esta oportunidad, que los presupuestos en alusión surgen a partir de los propios criterios de la sana crítica que deben considerarse cuando se asume la tarea de apreciación de las pruebas, en particular de reglas de la experiencia, como aquella según la cual a medida que un relato va transmitiéndose de persona en persona, generalmente al mismo progresivamente se le suman o suprimen detalles que terminan distorsionando sustancialmente el original, convirtiéndose en rumor público, cuya principal característica, como se ha dicho por la doctrina, precisamente “consiste en que no puede comprobarse la fuente de donde proviene”⁸.

De modo, pues, que la apreciación de un testimonio referencial, desconociendo los presupuestos mencionados en precedencia, conlleva a la configuración de un falso raciocinio que, entonces, puede ser perfectamente denunciado en sede de casación por vía del error de hecho. (CSJ SP 11 Nov 2013 rad. 42359-Resaltado de la Sala)”.



siendo dable concluir que los agentes captores están en posición de transmitir un conocimiento directo en lo que versa en términos generales a la captura del procesado. En este caso, fueron los policiales que procedieron a la aprehensión de quien se identificó como *JULIO SEBASTIÁN GÓMEZ FLÓREZ*, quienes concurrieron al juicio oral, siendo concordantes en que, la misma se efectuó en atención a la persecución realizada a un vehículo automotor en el que se encontró el botín hurtado y tres armas de fuego, así como, el señalamiento de la ciudadanía y de los agentes perseguidores, al referir que el acusado era uno de los tripulantes del automotor abandonado por los asaltantes en medio de la persecución.

Es así como, Yonas Hernández Quintero, en su calidad de subintendente de la Policía Nacional y agente captor, relacionó que el 12 de agosto de 2009, *“reporta la central de un hurto en el municipio de Lebrija, unas personas que venían en un vehículo y dos motocicletas, les salimos a la vía principal por la altura del Motel Éxtasis, donde realicé persecución de dos motocicletas que siguieron hacia la vía principal para entrar a Girón y se le dio captura a las personas que iban en esa motocicleta”* (Audiencia de juicio oral, 17 de febrero de 2016, récord: 12:25) efectuándose su interceptación, como quiera que, *“cometieron un accidente de tránsito contra otro vehículo, dejaron la motocicleta ahí botada y se inicia la persecución de las personas y dos cuadras más arriba se logra la captura”* (Audiencia de juicio oral, 17 de febrero de 2016, récord: 13:29), sin embargo, aclaró que a *GÓMEZ FLÓREZ* lo observó en la Estación de Policía de Girón, quien fue capturado por otra de las unidades de policiales que realizaron la persecución de los asaltantes que atentaron contra el patrimonio económico de Ilcer Castro Guarín.

Seguidamente, el perito en balística de la Policía Nacional, informó que realizó el informe pericial del 14 de agosto de 2009, en el que plasmó el experticio técnico y la fijación fotográfica de tres contenedores, los cuales, en su interior, guardaban, cada uno de ellos, tres armas de fuego que identificó como i) un revolver, marca Llama Scorpio, calibre .38 Special, con seis cartuchos, ii) un revolver, marca



Smith & Wesson, calibre .38 Special, con seis cartuchos y iii) un revolver, marca Llama Scorpio, calibre .32 Largo, con seis cartuchos, para también concluir que, realizado el procedimiento de estado de funcionamiento de los adminículos, estos son aptas para producir disparos con los cartuchos compatibles con su calibre (Audiencia de juicio oral, 17 de febrero de 2016).

Por su parte, Leyner Yesid Almeysa Niño, patrullero de la Policía Nacional, sostuvo que el 12 de agosto de 2009, se les requirió para el cierre de las vías de acceso al municipio de Girón, como quiera que algunos funcionarios de la Seccional de Inteligencia de la SIJIN, había iniciado una persecución de un vehículo y dos motocicletas desde Lebrija, por lo que *“cuando llegamos al punto había un vehículo en una calle ciega y la gente manifestaba, los ciudadanos manifestaban que varios sujetos se habían bajado de ese vehículo, y que habían cogido por rumbos distintos, nos señalaban de que un sujeto que iba en ese momento por ahí, él había descendido en ese momento de ese vehículo y lo señalaban”* (Audiencia de juicio oral, 17 de febrero de 2016, récord: 38:05)

Aunado a lo anterior, adujo que ante el señalamiento de la comunidad de GÓMEZ FLÓREZ al sostener que éste *“trataba de ingresar a una vivienda y pues no pudo ingresar y siguió caminando”* (Audiencia de juicio oral, 17 de febrero de 2016, récord: 38:43), procediéndose a realizar un registro; de ahí que, ante la insistencia de las personas al sostener que era uno de los pasajeros del vehículo reseñado para la persecución tras participar en un hurto en el sector de Lebrija, así como, del señalamiento de uno de los funcionarios de la SIJIN, se efectuó su captura, a quien identificó en la diligencia de juicio oral, para también reseñar que al momento de su aprehensión se encontraba aproximadamente a *“una cuadra del vehículo, unos 200 o 300 metros. Iba caminando ya cuando la ciudadanía lo señalaba de que se había bajado del vehículo”* (Audiencia de juicio oral, 17 de febrero de 2016, récord: 42:21).



Ahora bien, Martha Isabel Martínez Jaimes, ilustró que el 12 de agosto de 2009, mediante información entregada por fuente humana se comunicó la ocurrencia de un hurto en el municipio de Lebrija, por lo que de manera inmediata con otros funcionarios del grupo de contra atracos de la SIJIN, se trasladaron al lugar referenciado, donde *“vimos un vehículo gris parqueado y nos causó curiosidad porque había un conductor y en la parte trasera había una persona acostada. Nos acercamos a dicho lugar. Y había dos motocicletas. Nos causó curiosidad y nos acercamos hacia ese vehículo y al identificarnos como funcionarios de la policía, el vehículo emprendió la huida. Inmediatamente solicitamos el apoyo al municipio de Girón, a la vigilancia que nos colaborara con las dos motocicletas y el vehículo. y se emprendió la huida y se comenzó la persecución. Pues el vehículo en el que yo iba, seguimos la persecución, pero lo perdimos de vista, pero los demás compañeros siguieron con ellos en la persecución. Y nosotros, yo llegué en el vehículo que iba, llegamos ahí al municipio de Girón, a una calle que estaba cerrada y estaba un vehículo gris abandonado. y estaba con las puertas abiertas. Y dentro del vehículo encontramos, se hizo la incautación de un dinero en la parte de atrás entre unas bolsas negras, blancas con negro, había un dinero con diferentes denominaciones por un total de \$49.000.000 millones de pesos. De ahí nos trasladamos a realizar todo el procedimiento, la vigilancia, y los demás compañeros realizaron capturas y demás incautaciones y se continuó con el procedimiento. Para entregárselo a la fiscalía”* (Audiencia de juicio oral, 6 de marzo de 2017, récord: 8:17).

Así pues, refirió haberse encontrado dentro del vehículo, además, de la suma de \$49.000.000, armas de fuego, ciñéndose su función únicamente a realizar la incautación del dinero, correspondientes a *“920 billetes de \$50.000, 100 billetes de \$10.000, 100 billetes de \$20.000, para un total de \$49.000.000 de diferentes series y denominaciones”* (Audiencia de juicio oral, 6 de marzo de 2017, récord: 15:36), botín que fue encontrado en el sillín trasero del automotor, así como, algunas bolsas de plástico blancas que en su interior contenían prendas de vestir, procediéndose



con posterioridad a efectuar la entrega del efectivo incautado a su propietaria Ilcer Castro Guarín.

Luis Antonio Moreno Sanabria, funcionario de la Unidad de Contratracos, sostuvo que, se dirigió al municipio de Lebrija en atención a que, al realizar labores a la policía judicial, le reportaron la ocurrencia de un hurto en la referida localidad, *“estuvimos llegando a una bomba o a un barrio llamado San Jorge, no estoy seguro, me parece, sí, el barrio San Jorge. Con mi compañero, de acuerdo a lo que nos habían avisado que había un posible hurto, vimos... un vehículo color gris con una persona que iba acostada a la parte trasera del vehículo. Nos causó como curiosidad se le hizo el alto, el pare, esto es al notar que era la Policía Nacional, después que nos identificamos, ese emprendió la huida. Emprendió la huida, también consigo iban dos motocicletas, dos motocicletas, estas recogieron cada una a su pasajero. y prendieron la huida hacia el municipio de Girón. Posterior, el vehículo se pasó el alto del peaje, se inició una persecución por parte de la policía, se reportó a la central de Girón para que nos prestara el apoyo en cuanto al procedimiento que se estaba efectuando en el momento. Ya después, los vehículos nos quedaron bastante de ventaja. Ya cuando llegamos al municipio Girón, el vehículo se metió por una entrada al cual era ciega. Al llegar nosotros encontramos el vehículo desocupado con las puertas abiertas. Y posteriormente reportó la uniformada que, en el municipio de Girón, en el barrio El Poblado, habían sido aprendidas unas personas con las características de las motocicletas que iban. Una era una Biwis y otra era una BT. En... En el vehículo, yo casi llegara al vehículo, en el vehículo, dentro del interior del vehículo, se encontraba una bolsa color blanca. Había... Dos pantalones, hallan dos pantalones y bastante dinero dentro de la bolsa, bastante dinero, todo de diferentes denominaciones”* (Audiencia de juicio oral, 6 de marzo de 2017, récord: 15:36).

Por otra parte, referenció que, se le informó por parte de una ciudadana que uno de los ocupantes del vehículo, trató de ingresar a una vivienda del sector



ofreciendo dinero para que permitieran su ingreso, para también referir que, por lo mismos hechos imputados al procesado, resultaron dos hombres más involucrados, así como, adelantó el procedimiento respectivo para esclarecer si *JULIO SEBASTIÁN GÓMEZ FLÓREZ*, y sus compinches, poseían permiso para portar armas de fuego, refiriendo que *“en respuesta al oficio 0711 en atención al oficio de referencia de él y verificando el archivo nacional sistematizado de armas nos permite informar que los señores Jhon Becerra Díaz identificado con C.C 91.422.218 de Barrancabermeja, el señor Julio Téllez Díaz identificado con C.C 91518369 de Bucaramanga y el señor Julio Sebastián Flores Díaz identificado con C.C 578393 de Barrancabermeja no figuran registrados como poseedores de armas de fuego, además el primer señor registra como desmovilizado de justicia y paz con fecha 09 de abril del 2008. Firma el señor Teniente Carlos Andrés Mahecha Bernal, Jefe Seccional y Control de Comercio y Armas, Municiones y Explosivos”* (Audiencia de juicio oral, 6 de marzo de 2017, récord: 01:07:51).

Aunado a lo anterior, refirió que estuvo presente en la diligencia de reconocimiento fotográfico, en la que, Ilcer Castro Guarín, identificó a los tres asaltantes que el 12 de agosto de 2009, que ingresaron a su vivienda y hurtaron la suma de \$55.000.000 y dos celulares, quien, a su vez al hacer lectura del documento sostuvo que: *“manifestó la fotografía número 8 del álbum fotográfico número 7595 el cual corresponde al nombre de Gómez Flores Julio Sebastián cédula de ciudadanía 5.793.853 ese fue el que entró a la pieza y tomó la plata”* (Audiencia de juicio oral, 6 de marzo de 2017, récord: 01:25:49).

Por su parte, José Francisco Albornoz García, indicó haberse trasladado con algunas unidades de vigilancia de la Policía Nacional al municipio de Lebrija ante la información allegada a la SIJIN, de la comisión de un hurto, por lo que, *“ya en la vía principal como entrando la bomba, se observa una persona alta morena que sale del sector de los barrios, no se podría decirle si de qué casa o de qué lugar solamente se ve que sale corriendo, lleva en sus manos unas bolsas y hay un carro que está parqueado abre la puerta, le abre la puerta de atrás y esta persona se*



hace se sube al vehículo por lo que tal situación pues nos pone la advertencia que puede ser que haya pasado algún tipo de situación en el sector y como estamos manejando la información, lo que se hace es... el carro emprende a marcha y lo que se hace es... alcanzar el vehículo y se le informa ya el conductor que si se podía orillar que éramos funcionarios de la Sijin. en esas situaciones lo que hace esta persona es acelera más el vehículo y pues empieza la persecución del vehículo para ver qué es lo que estaba sucediendo ya que pues es sospechosa de esta persona que primero como se sube al vehículo como le digo una forma rápida con dos bolsas en la mano y segundo pues cuando se le informa que somos de la policía de la unidad de Sijin pues la persona emprende la huida también se observa cuando la persona se sube al vehículo que hay dos motocicletas, no recuerdo, el cilindraje o motocicletas eran dos motocicletas, si no estoy mal era una BWIS y una DT” (Audiencia de juicio oral, 6 de marzo de 2017, récord: 2:13:03).

En este punto, sostuvo que, pudo apreciar el hombre moreno que de manera presurosa abordó el vehículo interceptado, a quien describió como “una persona alta, gruesa, con textura gruesa, morena, cabello negro” (Audiencia de juicio oral, 6 de marzo de 2017, récord: 2:17:28), a quien pudo identificar plenamente en la audiencia de juicio oral, cuando el fiscal le indaga que:

“FISCAL (2:17:38) ¿Esa persona se encuentra en este sitio?

TESTIGO (2:17:40) Sí, señor fiscal.

FISCAL (02:17:43) Ubique a esa persona y descríbala por favor. TESTIGO (2:17:46) esa persona se encuentra aquí al lado del señor abogado defensor con camiseta amarilla, jean

FISCAL (02:17:58) Señora juez, para que en el registro de la Fiscalía solicite que la persona que acaba de ser reconocida se ponga de pie y manifieste su nombre e identificación.

JUEZ (2:18:08) Proceda, por favor.



PROCESADO (02:18:10) Buenas, mi nombre es Julio Sebastián Gómez Flores, ente ubicado con CC 5.393.853.” (Audiencia de juicio oral, 6 de marzo de 2017).

Respecto de los diligenciamientos adelantados sostuvo que adelantó el acta de inmovilización del vehículo, de marca Chevrolet, tipo Sedan, color plata, Modelo 2003, chasis SLA-XF 1910-30-00-2961, motor 2E-000-1986, placa BOQ-342, el cual, fue abandonado por sus ocupantes, quienes lo dejaron *“con sus puertas abiertas, vidrios abajo y sin llave en el switch. Se deja en custodia del parqueadero de la alcaldía de Girón. Es de notar que el vehículo está en regular estado y tiene desprendido el bumper del lado izquierdo, se desconoce el estado de funcionamiento mecánico”* (Audiencia de juicio oral, 6 de marzo de 2017, récord: 2:25:45), mencionando a su vez que, en el automotor se encontró dinero y armas de fuego, elementos que también fueron incautados.

Seguidamente, Olga María Guarín Pinto, relacionó ser la progenitora de Ilcer Castro Guarín, quien residía para el 12 de agosto de 2009 en su residencia ubicada en el sector denominado San Jorge I, calle 8B No 7-20, por lo que en la referida data se encontraba con su descendiente, reseñando que, un hombre arribó a su hogar para el arreglo de unos pantalones, por lo que permitió su ingreso, empero, *“tan pronto nos tuvo adentro, nos dijo se están quieticas que somos las autodefensas y ya hicieron lo que iban a hacer”* (Audiencia de juicio oral, 2 de mayo de 2017, récord: 6:42), así como, *“nos amarraron y nos dijeron ahoritica vienen a soltarlas y salieron y se fueron y nos dejaron ahí maniatadas”* (Audiencia de juicio oral, 2 de mayo de 2017, récord: 10:22).

De este modo, adujo que, los hombres que ingresaron a su residencia, hurtaron una suma alta de dinero que se tenía en atención a la venta de una propiedad en Sabana de Torres que poseía el esposo de su descendiente, aclarándole a la juez, que en atención a la temerosa situación que atravesaron con el hurto, no puede



recordar las características de la identidad de los responsables al haber padecido en estado un shock.

Por su parte, Ilcer Castro Guarín, adujo que el 12 de agosto de 2009, se encontraba en la residencia de su progenitora en razón al cumplimiento de la detención domiciliaria decretada en su contra ante un diligenciamiento penal por el delito de rebelión, lugar en el que desarrollaba la actividad de arreglo de ropa; sin embargo, relató que, Olga María Guarín Pinto, dejó pasar a un hombre que llevaba una bolsa en sus manos, a efectos de que le reparara unos pantalones, por lo que, *“vi que entraba otra persona, entonces ya él de ahí nos llevó para el patio para entretenernos digo yo, no recuerdo que nos decía allá en el patio, estando allá fue cuando yo me sentí presionada porque yo sabía que tenía el dinero en el cuarto donde nosotros estábamos, yo miré a ver qué se había hecho esa persona y volví a mirar cuando me di cuenta que estaba en la pieza allá esculcándome entonces yo me la voltee al hombre le dije déjame pasar y me dijo no, no le voy a dejar pasar, entonces yo siempre no recuerdo si le empujé, qué pasó, en todo caso yo me le pasé y me fui hacia el cuarto donde estaba el otro, hacia el hombre allá esculcando, cuando yo entré a la pieza ella la tenía toda revolcada y si llego a llorar me disculpan pero es que recuerdo el hecho y me da saber lo que le sucede a uno, a veces con lo que es de uno y uno no sabe las cosas que le van a suceder. Cuando me di cuenta, entonces él estaba ya esculcando y llegué y vi que yo tenía, o sea, yo tenía la plata en unas cajas. Yo vendía en la finca, en la finca vendía Yanbal y tenía muchos productos de Yanbal, y en esos productos tenía yo la plata. Cuando me di cuenta, entonces yo llegué y miré la caja y vi que estaba el dinero ahí. Ya, ya había estado roto, pero el dinero estaba ahí. A lo que yo vi el dinero, yo me le boté el dinero, lo agarré y lo traje hacia el pecho. y eso es mío, dijo, démelo, le dije, no señor, eso es mío, dijo, por eso, démelo, le dije, no señor, eso es mío, y algo entró, y me dijo, entréguelo, entréguelo, entonces él sí me mandó la mano y me lo tomó, yo lo apreté, pero se lo solté y me dijo, tranquila, que ese señor que está en la mesa se lo va a cuidar, yo volví a mirar para la mesa, allá había otro hombre”* (Audiencia de juicio oral, 2 de mayo de 2017, récord: 20:05).



Asimismo, mencionó que una vez toman el dinero, el hombre que entró en un primer momento a su residencia, las llevó a otra habitación donde les amarró los pies, las manos y la boca, para relatar que los asaltantes se comunicaban por celular y escuchó cuando decían: *“traigan la camioneta, traigan la camioneta, al ratito yo escuché que llegó como, o sea un carro y llegaron unas motos hacia la parte donde nosotros estábamos”* (Audiencia de juicio oral, 2 de mayo de 2017, récord: 23:33), por lo que una vez, pudo desamarrarse y los hombres abandonar el lugar, procedió a pedir ayuda a un vecino y a la Policía Nacional, funcionarios que arribaron de manera inmediata para su apoyo.

También, explicó que los \$55.000.000 que le fueron hurtados, eran producto de la venta de la finca de propiedad de su esposo, insistiendo no recordar con claridad las características físicas de los asaltantes, ante el paso del tiempo, insistiendo que *“la segunda persona que entró fue el hombre que recuerdo que era un hombre morenito”* (Audiencia de juicio oral, 2 de mayo de 2017, récord: 34:48), no obstante, aceptó que, efectuó un reconocimiento fotográfico el 26 de agosto de 2009 de los tres hombres responsables del hecho que atentó contra su patrimonio económico, refiriendo que en el *“resultado del reconocimiento se señalan las predicciones hechas por el testigo con respeto a la persona reconocida y la ubicación de la fotografía en la ficha o en el álbum. La señora Ilcer Castro, Guarín. Contestó la fotografía número 8 del álbum fotográfico número 7795 del cual corresponde al nombre de Gómez flores Julio Sebastián el cual le corresponde el número de cédula 5793053, no entiendo bien ese número fue el que entró a la pieza y coge la plata”* (Audiencia de juicio oral, 2 de mayo de 2017, récord: 44:08).

Por último, se escuchó a Yesid Fernando Vargas Vargas, perito fotógrafo de la Policía Nacional, indicó que efectuó el registro fotográfico del vehículo inmovilizado en el que se halló una suma de dinero y tres armas, siendo su finalidad *“fijar fotográficamente elementos materiales probatorios o evidencia física”* (Audiencia de juicio oral, 15 de noviembre de 2017, récord: 22:48).



Como puede apreciarse, de la lectura conjunta de las anteriores versiones se observa que ofrecen una explicación clara y coherente de los hechos sin que sea necesario un esfuerzo superlativo de interpretación para otorgarles el alcance y sentido que les corresponde.

Ello así, puesto que los testigos de cargo coincidieron en lo sustancial con respecto a las situaciones que cada uno presenciaron, sus relatos fueron diáfanos y su puesta en conocimiento del juzgador fue fluida y espontánea, especialmente en lo atinente al señalamiento sin ambages realizado por la víctima, así como, la persecución que se llevó a cabo para la captura de los responsables del hurto de \$55.000.000 a Ilcer Castro Guarín, ese 12 de agosto de 2009, en punto a su avistamiento de varios sujetos que ingresaron a su residencia ubicada en la calle 8b #7-20 del barrio San Jorge en Lebrija y dentro de los cuales identificaron a *JULIO SEBASTIÁN GÓMEZ FLÓREZ* como uno de los asaltantes que, fue quien ingresó a la habitación de la residencia y tomó el botín, para posteriormente subir a un vehículo y darse a la huida con sus compinches.

Así pues, contrario a lo argumentado por el censor, no se evidencia de la confrontación de las atestaciones de cada uno de los policiales que exista alguna contradicción en sus dichos, siendo claros contundentes que el 12 de agosto de 2009, se efectuó una persecución de un vehículo de marca Chevrolet, tipo Sedan, color plata, Modelo 2003, chasis SLA-XF 1910-30-00-2961, motor 2E-000-1986, placa BOQ-342, en el que observaron a *GÓMEZ FLÓREZ*, arribar con unas bolsas plásticas y después abandonar el automotor, siendo señalado por la ciudadanía como uno de sus ocupantes, conllevando a su captura.

Y es que, a pesar de que el censor reseña de manera generalizada que los testimonios de cargo son contradictorios y que de manera alguna pueden ser considerados como testigos directos al no haber presenciado lo ocurrido, no existe



elemento material probatorio que indique la necesidad de restar valor suasorio a lo indicado, por ejemplo, por José Francisco Albornoz García, como uno de los funcionarios de la SIJIN, que dio conocimiento sobre las actividades de vigilancia que efectuaron ante la información entregada sobre la posible comisión de un hurto, al encontrarse en la bomba San Jorge del municipio de Lebrija, refirió que, *“estábamos ahí, claro le doy claridad al doctor, estábamos ahí en el vehículo cuando fue que observamos, la persona que ya mencioné ya la relaté anteriormente de piel alto, de piel morena, sale de la calle, son carreras, me imagino que en la calle también son calles, parando en la estación viene no corriendo, pero hace un paso acelerado con unas bolsas en la mano, se abre la puerta de atrás del vehículo, a parte de atrás, ingresa la persona rápidamente, pero con afán, y arranca el vehículo. Como la información era que se iba a perpetuar un hurto en el sector, por eso se cerrará el acercamiento al vehículo para interceptarlo y pedirle que parara para mirar quiénes eran las personas y qué estaba pasando (...) todo fue muy rápido, estamos hablando de segundos nos acercamos a ellos, ellos aceleran, nos acercamos a ellos yo les informo quienes somos, la reacción del tripulante, del conductor no es una reacción normal de policía y se trata de orillar, sino lo que hace es agachar la cabeza como aquel que no lo observe y acelera entonces ya lo que hacemos nosotros es acelerar pues obviamente nos da más sospecha de lo que estaba pasando y lo que hacemos es seguir el carro”* (Audiencia de juicio oral, récord: 6 de marzo de 2017, récord: 2:54:15)

De esta manera, si bien es cierto, Albornoz García, no observó de manera directa que GÓMEZ FLÓREZ sustrajo el dinero de propiedad de Ilcer Castro Guarín, si observó, que éste apresuradamente abordaba un vehículo con unas bolsas plásticas en su mano, automotor que emprende la huida al observar la presencia de los funcionarios de la SIJIN, el cual, a su vez, fue abandonado en el municipio de Girón, encontrándose la suma de dinero hurtada -\$49.000.000- y tres armas de fuego, siendo a su vez claro, que al procesado se le señaló por la ciudadanía, ser uno de



los tripulantes del mismo, quien a su vez, se encontraba tratando de escabullirse del lugar.

En este punto, resultó claro que Albornoz García, identificó claramente a *GÓMEZ FLÓREZ*, como el sujeto moreno y alto que se subió al automotor referenciado y en el que se hallaron las tres armas de fuego y la bolsa que contenía el botín hurtado, a quien a su vez, logró señalar en el juicio oral, como el referido sujeto, a quien a su vez, también señalaban como uno de los tripulantes del automotor.

Aunado a lo anterior, Ilcer Castro Guarín, mediante reconocimiento fotográfico, señaló a *GÓMEZ FLÓREZ*, como el asaltante, que ingresó a su domicilio el 12 de agosto de 2009, siendo el encargado de ingresar a la habitación donde guardaba la suma de \$55.000.000 como producto de la venta de una propiedad de su cónyuge; de ahí que, si bien es cierto, en el juicio oral, adujo no poder asegurar que el procesado que se encontraba presente en la sala de audiencias era el responsable del atentado a su patrimonio económico, ello lo justificó por el paso del tiempo, sin que deba desconocerse que desde el 2009 hasta el 2017, habían transcurrido alrededor de 8 años; no obstante, sí refirió que días posteriores a la ocurrencia de los hechos, pudo reconocer a los tres sujetos, incluido al aquí procesado, como uno de los asaltantes, sin que dicha situación pueda restar valor suasorio al reconocimiento realizado ante los funcionarios de la Policía Judicial.

En este punto conviene precisar que *“La apreciación y el poder demostrativo del reconocimiento fotográfico o videográfico, no son aspectos que se determinen a partir de si el acta o documento que recoge la ocurrencia de tal acto investigativo, es introducido al juicio, más bien si los testigos dan cuenta de la ocurrencia de un señalamiento en esa forma, afirmación que entra a formar parte integral de la prueba testimonial”*⁹, de ahí que, *“En el caso de los reconocimientos, se tiene que*

⁹Corte Suprema de Justicia, SP4107-2016, 6 de abril de 2016.



pueden incorporarse a través de quien realiza el señalamiento o del funcionario que practica el reconocimiento. Sin embargo, las implicaciones jurídicas son diferentes en uno u otro caso. En el primero, como el reconocente rinde testimonio ante el juez de la causa y puede, por ende, ser contrainterrogado sobre las circunstancias en que conoció los hechos e identificó al acusado como quien participó en la ejecución del punible, la prueba deja de tener carácter de referencia para mudar en prueba directa, adquiriendo entonces la misma naturaleza del respectivo testimonio. Si, en cambio, el reconocimiento se introduce a través del funcionario que lo practicó la prueba no pierde su carácter de referencia. La razón es evidente: en ese caso la parte contra quien se aduce, aun cuando puede contrainterrogar al testigo acerca de la forma como realizó la diligencia de reconocimiento, carece de esa posibilidad frente a las circunstancias en las cuales el reconocente percibió la ocurrencia de los hechos. Pero es más, y precisamente por desconocer esas particularidades, todo lo declarado por el funcionario sobre éstas girará en torno a lo que escuchó del testigo directo de los acontecimientos criminales, luego su declaración será de oídas”¹⁰.

Es así como, no puede negarse que Ilcer Castro Guarín, sostuvo haber realizado un reconocimiento fotográfico en el que señaló a *JULIO SEBASTIÁN GÓMEZ FLÓREZ*, como el encargado de ingresar a su habitación y tomar el dinero que se hurtó el 12 de agosto de 2009, refiriendo como característica específica el ser moreno y alto, identificación que se acompasa con lo indicado por Albornoz García, al referir que observó al procesado con las bolsas plásticas y caminando apresuradamente hacia el vehículo que abordó y que, fue objeto de persecución, dentro del cual, fue encontrado el botín junto las armas que se utilizaron para facilitar el ilícito, las cuales, a su vez eran aptas para disparar.

Lo dicho en precedencia sirve para apuntalar la convicción sobre la participación del encausado en la ejecución del reato, pues aunque Ilcer Castro Guarín no pudo

¹⁰ CSJ SP, 30 abr. 2014, rad. 37391



identificarlo en el juicio oral por el paso del tiempo, para esta Colegiatura, su declaración y la de los agentes de la Policía Nacional están dotadas de solidez al señalar inequívocamente que, una vez logran ubicar el vehículo que abordó *GÓMEZ FLÓREZ*, llevando unas bolsas plásticas, de las que se determinó contenían el dinero hurtado y unas prendas de vestir, pudieron lograr su aprehensión al ser señalado por la comunidad como uno de los tripulantes del automotor abandonado a efectos de lograr huir de la persecución que se efectuaba.

Bajo este norte, los actos ejecutivos individualmente desplegados por *GÓMEZ FLÓREZ* deben ser valorados conjuntamente dentro del escenario global del hurto sobre la residencia de Ilcer Castro Guarín, sin hesitación se colige que el enjuiciado aportó por su cuenta dentro del plan común para la consecución del protervo fin en tanto estuvo presto al ingresar a la residencia y apoderarse del botín.

Ante ese panorama, dimana con claridad que la intervención del acriminado se dio en virtud de la figura de la coautoría impropia, habida cuenta que su participación no se limitó a lo accesorio sino que se desarrolló bajo la égida del dominio colectivo del hecho y el gobierno de su propia voluntad para la obtención del propósito común, valga decir, que su aporte se verificó realizado durante la fase ejecutiva del reato para materializar el acuerdo común de sustraer los bienes muebles depositados en la residencia de Ilcer Castro Guarín.

En síntesis, los anteriores fundamentos que integran unidad jurídica con el análisis consignado en el fallo de primera instancia le permiten a la Corporación reiterar que se encuentran satisfechos los requisitos señalados en el artículo 381 de la Ley 906 de 2004, esto es, el conocimiento más allá de toda duda sobre la existencia de la conducta punible imputada, así como también la demostración de la responsabilidad penal de *GÓMEZ FLÓREZ* como coautor del hurto calificado y



agravado que le fuera enrostrado. Por lo tanto, le impartirá confirmación íntegra en esta instancia.

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

RESUELVE:

Primero. - Confirmar la sentencia de origen, fecha y procedencia anotados.

Segundo. - Contra la presente providencia procede el recurso extraordinario de casación.

Tercero. - Esta decisión se notifica en estrados, sin perjuicio de la que debe intentarse de forma personal de conformidad con el artículo 169 de la Ley 906 de 2004. Una vez ejecutoriada, regresen las diligencias a la oficina de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Los Magistrados,


PAOLA RAQUEL ÁLVAREZ MEDINA


JAIRO MAURICIO CARVAJAL BELTRÁN



Segunda instancia 68406-6000-245-2009-00172 (21-339A)

Julio Sebastián Gómez Flórez

Hurto calificado y agravado en concurso heterogéneo con fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones agravado

JUAN CARLOS DIETTES LUNA



Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

Registro de proyecto:
14/12/2023

TRIBUNAL@BUCSP2023

REPÚBLICA DE COLOMBIA

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

Magistrada Ponente: Shirle Eugenia Mercado Lora

Radicación: 680816000135-2015-02192 (20-004A)
Procedencia: Juzgado Primero Penal del Circuito de Barrancabermeja
Sentenciado: Asmed López
Delitos: Hurto calificado y agravado y otro
Apelación: Sentencia condenatoria
Decisión: Condena
Aprobado: Acta N° 1170
Fecha: 24 de noviembre de 2023

I. ASUNTO POR RESOLVER

La Sala resuelve el recurso de apelación interpuesto por la defensa contra la sentencia del 12 de noviembre de 2019 mediante la cual el Juzgado Primero Penal del Circuito de Barrancabermeja condenó a Asmed López por el delito de hurto calificado y agravado -artículo 239, 240 inciso 2, 241 numeral 10 del Código Penal- y lo absolvió por el ilícito de tráfico, fabricación, porte o tenencia de armas de fuego.

II. HECHOS

Conforme se señaló en la sentencia de primer grado:

“El 21 de septiembre de 2012, el señor Heriberto Zabala Vargas le hizo entrega de un dinero a la víctima JORGE ELIECER DIAZ QUINTERO para que fuera a consignarlo, y a eso de las 11:45 de la mañana de ese mismo día, cuando este último se disponía a ingresar al establecimiento de comercio denominado “El Murano S.A.S.”, fue abordado por un sujeto armado que el arrebató el maletín que portaba en cuyo interior contenía la suma de \$10.800.000, y emprendió la huida en una moto que se encontraba a su espera y que era conducida por otro sujeto.

El afectado en diligencia de reconocimiento fotográfico identificó a ASMED LOPEZ”

III. ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

3.1 El 26 de noviembre de 2013 ante el Juzgado Cuarto Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Barrancabermeja, tras la legalización de captura del procesado, la fiscalía formuló imputación en su contra por el ilícito de hurto calificado y agravado – art. 239,240 inc. 2º, y 241 No. 10 del Código Penal -, en curso con tráfico, fabricación, porte o tenencia de armas de fuego –art-365 del

CP-, cargos que no fueron aceptados por el procesado. En la misma oportunidad le fue impuesta medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario.

3.2. Una vez radicado el escrito de acusación, las diligencias correspondieron por reparto al Juzgado Primero Penal del Circuito de Barrancabermeja, realizándose la audiencia de acusación el 12 de febrero de 2014 y la audiencia preparatoria el 9 de abril de 2014.

3.3. A su vez, el juicio oral se surtió en múltiples sesiones del 17 de junio de 2014, 2 de septiembre de 2014, 27 de mayo de 2015, 25 de agosto de 2015, 15 de diciembre de 2016, 11 de octubre de 2017, 13 de junio de 2018, 07 de marzo de 2019, 25 de octubre de 2019 y 12 de noviembre de 2019 oportunidad en la que se dictó sentido del fallo de carácter condenatorio, se surtió el traslado del artículo 447 del Código Procedimiento Penal y se dio lectura a la sentencia de primera instancia, determinación contra la cual, la defensa interpuso y sustentó –en el término legal para ello- recurso de apelación.

IV. DE LA SENTENCIA RECURRIDA

El A quo tras hacer alusión a los delitos endilgados realizó un recuento de los testimonios que se practicaron durante el juicio y la prueba documental por ellos incorporada.

Seguidamente, señaló que en el caso sub examine se edifica la tipicidad objetiva en cuanto al hurto calificado y agravado, en el entendido que se cuenta con el testimonio de la víctima, quien de manera detallada describe las circunstancias de tiempo, modo y lugar de como ocurrieron los hechos, y la forma como logró identificar el rostro de Asmed López el día del reato, a tal punto que en otras dos oportunidades lo reconoció en las vías de la ciudad cuando transitaba en una motocicleta e incluso en una diligencia de reconocimiento fotográfico.

Además, reseñó que esta circunstancia cobra valor con el informe de investigador de campo FPJ-11 del 2 de octubre de 2013 mediante el cual el testigo y funcionario de la SIJIN señaló que se llevó a cabo un reconocimiento fotográfico en el cual la víctima reconoció al procesado como una de las personas que participó en el hurto del cual fue víctima el 21 de septiembre de 2012, testigo con quien también se incorporó como prueba de referencia el acta de reconocimiento fotográfico y videográfico del 24 de abril de 2013, puesto que el funcionario que realizó dicho labor nunca fue ubicable por la fiscalía.

Por otra parte, tras hacer alusión a la coherencia y credibilidad del dicho de la víctima, reseñó que el hecho de que manifestará que la moto en la que se movilizaba

el procesado el día de los hechos fuese una Discovery 135, color negro con franjas y con la placa tapada, no comporta ninguna contradicción con la circunstancia de que en la minuta del libro de población de la Policía Nacional se hubiese consignado que el ciudadano señalado se movilizaba en una moto de placas RCQ-93C marca Bajaz, color negro nebulosa, ya que la víctima en ningún momento reseñó que la moto en la que huyó el agresor fuese la misma en la que se desplazaba el día en el que casualmente se lo encontró en el semáforo del puente elevado.

En suma, resaltó que la versión de los hechos rendida por la víctima es congruente con el dicho de Heriberto Zabala Vargas.

Luego, tras estimar probada la violencia -psicológica- que prevé el inciso 2º por el que la fiscalía formuló acusación, endilgó responsabilidad penal al procesado por el delito de hurto calificado y agravado, por la violencia psicológica ejercida sobre la víctima y por la distribución de tareas con la finalidad de perpetrar el delito.

Al margen de lo anterior, descartó la teoría defensiva, ya que ni siquiera el procesado tuvo claridad sobre la fecha en la que supuestamente laboró en la empresa Transportes y Servicios el Rodeo S.A.S., y en general los testigos de descargó fueron muy genéricos en las exposiciones sobre esa vinculación laboral.

Seguidamente, reconoció que, si bien los reconocimientos fotográficos fueron incorporados por el funcionario líder, al realizarse la valoración conjunta de los demás medios suarios, no se avizora incongruencia alguna, pues la víctima en su testimonio describió al agresor y afirmó que sí participó en estas diligencias, siendo Asmed López la persona identificada en las mismas.

Finalmente, esbozó los argumentos para absolver al procesado por el ilícito de fabricación, tráfico, porte de armas de fuego, accesorios partes o municiones e individualizó la pena a imponer por el punible de hurto calificado y agravado.

V. DE LA IMPUGNACIÓN

5.1 Recurrente

5.1.1. Defensa

Inconforme con la decisión de primera instancia, el defensor interpuso recurso de apelación planteando el siguiente cuestionamiento ¿Es suficiente un solo testigo para atribuir responsabilidad penal por un hurto a una persona cuando se podría concluir que “la descripción del presunto victimario (a) por parte de su víctima, puede este último llegar a señalar erróneamente a otra persona”?

En ese sentido, tras referirse al criterio de la Corte Suprema de Justicia en torno al testigo único, destacó que en el caso concreto el testigo único si pudo haber incurrido en fallas de apreciación al comparar en su inconsciente a alguien parecido a la persona que lo hurto.

Acto seguido, desarrolló brevemente el principio de presunción de inocencia y se refirió a las circunstancias de tiempo, modo y lugar aducidas por la víctima.

A partir de ello, afirmó que se logró probar que el día de los hechos el procesado se encontraba trabajando como ayudante de un wincho para la vía el centro de Ecopetrol con Hernando Santamaria, destacándose con ello la hipótesis de la fiscalía conforme la cual el tipo de funciones y el horario laboral que cumplía su prohijado le permitían desplazarse hasta Barrancabermeja y volver, pues los hechos objeto de investigación sólo pudieron ser cometidos por alguien que le venía haciendo seguimiento a la víctima.

Además, resaltó que la única persona que compareció a declarar y que reconoció a su representado, fue la víctima, sin que exista ninguna otra prueba que pudiera señalarlo, ni documental, ni visual, ni testimonial.

Por otra parte, develó que el propietario del dinero, quien compareció al juicio oral, declaró que sospechaba de la víctima, como se lo corroboró a su prohijado en el mes de octubre del año 2019 cuando le manifestó verbalmente que al señor Jorge Eliecer lo habían vuelto a robar y que él creía que él estaba comprometido con esos hurtos.

En ese sentido, reiteró que no se pudo probar en el devenir del juicio a través de videos, ni fotografías el hecho delictivo, aunado a que el propietario del dinero ni siquiera sabía que su representado se encontraba detenido injustamente por estos hechos y que la presunta víctima ni quería comparecer al proceso a ratificar los señalamientos que había realizado.

Así, cuestionó el hecho de que un año después Asmed Lopez hubiese sido capturado, destacando que este carece de antecedentes penales por hurto, ni por alguna actividad delictiva que lo señale proclive al delito.

Acto seguido, tras reitera nuevamente sus argumentos, afirmó que en el presente trámite se desconoció la presunción de inocencia de su prohijado, al no existir un solo testimonio que corroborara el dicho de la víctima, luego no existe certeza de que Asmed López sea la misma persona que realizó el hurto con arma de fuego.

En mérito de lo expuesto, solicitó que se revoque la sentencia de primera instancia y, en su lugar, se absuelva al procesado por el punible de hurto calificado y agravado.

VI. CONSIDERACIONES DE LA SALA

6.1. De la competencia

De conformidad con el numeral 1° del artículo 34 de la Ley 906 de 2004, es competente la Sala para conocer del recurso de apelación interpuesto por la defensa contra la sentencia del 12 de noviembre de 2019 proferida por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Barrancabermeja, 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, le corresponde a la Sala, bajo la restricción que le impone el principio de limitación, determinar si las pruebas allegadas al juicio oral son insuficientes para desvirtuar la presunción de inocencia que le asiste a Asmed López a efectos de que se revoque la decisión 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 prueba dentro de la audiencia pública¹.

6.3. Precisiones preliminares

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

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

Precisa la norma jurídica examinada en su inciso final que, “[p]ara proferir sentencia condenatoria deberá existir convencimiento de la responsabilidad del

¹ Artículo 16 C.P.P.

acusado, más allá de toda duda”; previsión que se hila con lo preceptuado por el art. 381 ejusdem, en virtud del cual, “[p]ara condenar se requiere el conocimiento más allá de toda duda, acerca del delito y de la responsabilidad penal del acusado, fundado en las pruebas debatidas en el juicio.”

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

6.4. Del caso en concreto

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

La conducta punible de hurto está descrita y sancionada en el artículo 239 inciso 1 del Código Penal, modificado por el artículo 14 de la Ley 890 de 2005, en los siguientes términos:

“El que se apodere de una cosa mueble ajena, con el propósito de obtener provecho para sí o para otro, incurrirá en prisión de treinta y dos (32) a ciento ocho (108) meses. (...)”

A su vez, el calificante de la misma se encuentra consagrado en el artículo 240 inciso 2 –para el caso en concreto- de la siguiente manera:

“La pena será de prisión de ocho (8) a dieciséis (16) años cuando se cometiere con violencia sobre las personas (...)”

Y finalmente, el agravante de la misma se encuentra consagrado en el artículo 241 numeral 10 –para el caso en concreto- de la siguiente manera:

“Con destreza, o arrebatando cosas u objetos que las personas lleven consigo; o por dos o más personas que se hubieren reunido o acordado para cometer el hurto.”

Efectuadas las anteriores precisiones, destaca la Sala que no existe discusión -al no haber sido planteada en la alzada-, respecto a la materialidad del hecho, esto es, que el 21 de septiembre de 2012 a las 11:45 am aproximadamente, mientras Jorge Eliecer Diaz Quintero ingresaba al establecimiento “El Murano” , fue abordado por un hombre armado que le hurto un bolso marca Totto, color negro contentivo de dinero en efectivo, quien una vez materializado el hecho delictivo

emprendió la huida en una motocicleta conducida por un segundo sujeto que lo esperaba en el lugar de los hechos.

De manera que, el debate se centrará en establecer si la responsabilidad penal del procesado fue acreditada en el devenir del juicio oral, en cuanto a la participación de Asmed López como el sujeto que amenazó con el arma de fuego a la víctima y posteriormente se apoderó del dinero que este transportaba en el aludido bolso; debiendo anticipar la Sala, que acogerá el ejercicio de valoración probatoria realizado por el juez de instancia al encontrar infundados los reparos del censor como se procederá a exponer.

Así, se tiene que el único testigo presencial de los hechos que concurrió al juicio oral fue la víctima, quien afirmó que le pudo observar el rostro a su agresor, el cual llevaba una gorra color beige y unas gafas traslúcidas, describiéndolo como una persona de baja estatura, un *poquito gordito*, con la *cara rojiza*, de tez clara y cabello corto, a quien pudo identificar nuevamente quince (15) días después en un semáforo de la ciudad e incluso en varias oportunidades posteriores.

Así, Jorge Eliecer Diaz Quintero, afirmó:

Fiscalía: ¿En alguna parte posterior al hurto pudo volver a ver a este sujeto?

Víctima: Si, después de todo eso pasaron como unos 15 días, un poco yo creo que más de 15 días, lo pude identificar en el semáforo que va para el puente elevado, venía por la 52 bajando, subiendo más bien hasta el punto donde llega los cruces paralelos y todo eso y yo iba para el puente elevado, ahí lo pude identificar, el me volteó la cara, me miró y me volteó la cara de una vez.

Fiscalía: Explíquenos eso, ¿Cómo así que volteó la cara?

Víctima: (...) llegamos al semáforo que estaba en ese momento en rojo, que lo recuerdo porque estábamos todos parados, yo volteó a mirar hacia mi mano izquierda e identificó a un tipo con todas las características que le acabo de mencionar, el apenas me vio él volteó la cara, que fue lo más raro que se me hizo y de una vez yo lo identifique (...)”²

Al margen de lo anterior, si bien a través del funcionario Julio Reinel Riaño Rojas -técnico de la Policía Nacional- se incorporó el acta de reconocimiento fotográfico del 2 de octubre de 2013 en la que la víctima reconoció a Asmed López como la persona que lo hurtó el 21 de septiembre de 2012, este elemento comporta un acto investigativo que al no ser incorporado por la persona que realizó el señalamiento no trasciende de ser una prueba de referencia. Así lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia:

“En el caso de los reconocimientos, se tiene que pueden incorporarse a través de quien realiza el señalamiento o del funcionario que practica el reconocimiento. Sin

² Min 15:44 a Min 17:00

embargo, las implicaciones jurídicas son diferentes en uno u otro caso. En el primero, como el reconocente rinde testimonio ante el juez de la causa y puede, por ende, ser conainterrogado sobre las circunstancias en que conoció los hechos e identificó al acusado como quien participó en la ejecución del punible, la prueba deja de tener carácter de referencia para mudar en prueba directa, adquiriendo entonces la misma naturaleza del respectivo testimonio.

Si, en cambio, el reconocimiento se introduce a través del funcionario que lo practicó la prueba no pierde su carácter de referencia. La razón es evidente: en ese caso la parte contra quien se aduce, aun cuando puede conainterrogar al testigo acerca de la forma como realizó la diligencia de reconocimiento, carece de esa posibilidad frente a las circunstancias en las cuales el reconocente percibió la ocurrencia de los hechos. Pero, es más, y precisamente por desconocer esas particularidades, todo lo declarado por el funcionario sobre éstas girará en torno a lo que escuchó del testigo directo de los acontecimientos criminales, luego su declaración será de oídas”⁴

No obstante, lo cierto es que en el devenir del juicio oral Jorge Eliecer reconoció que participó varias veces en diligencias de este tipo logrando reconocer a su agresor, es decir, a pesar de que la correspondiente acta no fue incorporada con su dicho, de su declaración sí puede extraerse su participación en la misma y las correspondientes resultas de este reconocimiento en el que se señaló a Asmed López como el sujeto que le hurtó sus pertenencias mientras le apuntaba con un arma de fuego.

Así las cosas, estima la Sala que este testigo fue claro en indicar la oportunidad que tuvo para reconocer al agresor quien perpetró el hurto con una gorra y unas gafas traslucidas que permitían la visualización de sus rasgos faciales, lo que le facilitó su posterior reconocimiento en diferentes escenarios de la ciudad de Barrancabermeja e incluso en diligencia de reconocimiento fotográfico, dicho que dada su coherencia interna y externa merece plena credibilidad, como testigo único.

Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia ha señalado:

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

Incluso, el dicho de la víctima fue corroborado periféricamente por Heriberto Zabala Vargas, quien reseñó que el día de los hechos le había entregado un dinero en efectivo a la víctima para que lo consignara en el Bancolombia ubicado en la calle 10.

Así las cosas, en cuanto a la hipótesis que pretendió plantear la defensa, advierte la Sala que, si bien Hernando Santamaria Sánchez, Belisario Santamaria Jaimes y el propio procesado afirmaron al unísono que este último laboró en la empresa Transportes y Servicios El Rodeo SAS, lo cierto es que no es posible establecer con certeza que para el día de los hechos dicho vínculo laboral estuviera vigente, pues Asmed López inicialmente afirmó que esa relación laboral inició para los meses de noviembre a diciembre del año 2012 y posteriormente, afirma que para septiembre de ese mismo año ya se encontraba laborando allí.

En suma, del dicho de estos tres testigos de descargo se colige que el domicilio de la aludida empresa era en la vereda la ceiba, centro de Ecopetrol, no obstante, las labores desempeñadas por Asmed López le implicaban el traslado a otros sectores, e incluso el mismo procesado reconoció que eventualmente podía dirigirse hasta la ciudad de Barrancabermeja en cumplimiento de alguna orden de sus superiores, luego esta circunstancia no tiene la potencialidad para desvirtuar la ocurrencia del hecho.

Basten las anteriores consideraciones para concluir que las censuras del defensor son insuficientes para revocar la sentencia de primera instancia, al haberse alcanzado el estándar necesario para emitir sentencia condenatoria, lográndose el convencimiento, más allá de toda duda, acerca de la comisión del delito y de la responsabilidad del procesado y, en ese sentido, esta Sala de Decisión confirmará la sentencia de primer grado.

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

RESUELVE:

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



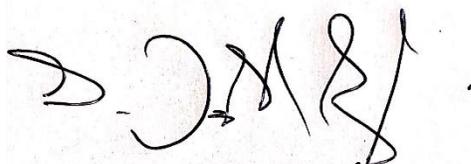
SHIRLE EUGENIA MERCADO LORA

Magistrada



GUILLERMO ÁNGEL RAMÍREZ ESPINOSA

Magistrado



SUSANA QUIROZ HERNÁNDEZ

Magistrada

Proyecto de registrado: 24 de noviembre de 2023

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL**

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

Magistrada Ponente: Shirle Eugenia Mercado Lora

Radicación:	680016000159-2018-80443 (23-538A)
Procedencia:	Juzgado Veinticinco Penal Municipal de Bucaramanga
Procesado:	Orlando Wilman Duque Henao
Delito:	Lesiones personales culposas en concurso homogéneo y sucesivo
Apelación:	Sentencia absolutoria
Decisión:	Confirma
Aprobado:	Acta No. 1170
Fecha:	24 de noviembre de 2023

I. OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

La Sala resuelve el recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía General de la Nación y el apoderado de la víctima contra de la sentencia del 30 de junio de 2023 proferida por el Juzgado Veinticinco Penal Municipal de Bucaramanga mediante la cual se absolvió a Orlando Wilman Duque Henao como autor del delito de lesiones personales culposas -artículos 111, 112 inciso 2, 113 inciso 4, 114 inciso 2, 117 numeral 3, 120 y 121 del Código Penal-.

II. HECHOS JURÍDICAMENTE RELEVANTES

Conforme se reseñó en la sentencia de primer grado:¹

“Se atribuyó en el traslado de la acusación a Orlando Wilman Duque Henao – conductor del bus de placas XMD-945 afiliado a la empresa Coopetran-, las lesiones padecidas por David Enrique Lizarazo Vargas y Johan Sebastián Pérez -pasajeros de la motocicleta de placas NMJ45D-, a quienes el Instituto Nacional de Medicina Legal de esta ciudad otorgó incapacidad médico legal definitiva de 45 días y secuelas consistentes en deformidad física que afecta el rostro de carácter permanente e incapacidad medicolegal definitiva de 25 días y secuelas consistente en deformidad física y perturbación funcional del órgano sistema linfo-inmuno-hematopoyetico - sin definir-, respectivamente.

¹ Ver folios 23 a 42.

Lo anterior, producto de la colisión ocurrida el 19 de septiembre de 2018, siendo aproximadamente las 17:30 horas, a la altura del km 6+980 metros, vía que de Pamplona conduce a Bucaramanga por la que descendía el acusado, a quien la fiscalía convocó a juicio por “no operar con cuidado, diligencia y observancia de las normas de tránsito -Artículo 60 y 61 del Código Nacional de Tránsito-, pues al ser conductor de vehículo de servicio público debió desplegar mayor atención teniendo en cuenta la falta de visual en el tramo de vía donde ocurrió el hecho por capa vegetal y talud de tierra que le impedía visualizar los vehículos que se movilizaban en sentido contrario, sumado a que la estructura del vehículo le permitía ubicarse dentro de su carril y no incorporarse en el sentido contrario”(…)

III. ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

3.1. El 26 de noviembre de 2020 a Fiscalía General de la Nación corrió traslado del escrito de acusación a Orlando Wilman Duque Henao por medio del cual lo vinculó como presunto autor del delito de lesiones personales culposas, tipificado en el artículo 111, 112 inciso 2, 113 inciso 4, 114 inciso 2, 117 y 120 del Código Penal, cargo que el imputado no aceptó.

3.2. Seguidamente, las diligencias correspondieron por reparto al Juzgado Veinticinco Penal Municipal de Bucaramanga, realizándose la audiencia concentrada el 2 de septiembre de 2021.

3.3. Acto seguido, el juicio oral de adelantó en múltiples sesiones del 18 de enero de 2022, 24 de mayo de 2022, 10 de octubre de 2022, 22 de febrero de 2023, 2 de junio de 2023, 16 de junio de 2023, oportunidad en la que se profirió sentido del fallo de carácter absolutorio.

3.4. Finalmente, el 30 de junio de 2023 se profirió sentencia de primer grado, determinación en contra de la cual la fiscalía y la apoderada de la víctima interpusieron recurso de apelación, sustentándolo por escrito dentro del término legal para ello.

IV. PROVIDENCIA IMPUGNADA

El *A quo* precisó inicialmente que a lo largo de la actuación se mantuvieron intangibles las garantías y derechos del procesado, por lo que no se vislumbra la estructuración de causal de nulidad alguna.

Acto seguido, preciso la conducta punible atribuida por el ente acusador al procesado, destacando que no existe reparo alguno en cuanto a la materialidad de las lesiones en la humanidad de David Enrique Lizarazo Vargas y Johan Sebastián Pérez González, ello conforme los informes periciales medicolegales de lesiones no fatales No. UBBUC-DSSANT-150004-C2018 del 20 de noviembre de 2018, No. UBBUC-DSSANT-14912-C2018 del 19 de noviembre de 2018 y No. UBBUC-DSSANT-15426-C2018 del 29 de noviembre de 2018.

No obstante, develó que el ente acusador no logró demostrar el tipo subjetivo de la conducta, ya que no puede sostenerse más allá de toda duda que el acusado hubiera obrado de manera imprudente al invadir el carril por el que se desplazaba David Enrique Lizarazo Vargas y Johan Sebastián Pérez en la motocicleta de placas NMJ45D, elevando con ello el riesgo permitido en la actividad de la conducción, pues sobre ello emerge duda razonable.

Así, señaló que del análisis del acervo probatorio se muestra plausible la tesis planteada por la defensa al pregonar que el comportamiento de la víctima tuvo injerencia en la concreción del daño, al transitar próximo a la línea doble continua a la altura del km 6+980 metros, panorama que, a su juicio, impone acudir a lo establecido en el artículo 7 del Código de Procedimiento Penal.

En ese sentido, tras referirse a los presupuestos para la configuración de un delito culposo, se refirió al contenido de la prueba testimonial practicada en el devenir del juicio oral, concluyendo que en el caso concreto existen dos versiones lógicas y contrarias sobre la dinámica del siniestro, lo cual impide atribuir -más allá de toda duda- a Orlando Wilman Duque Henao la responsabilidad del mismo, comoquiera que, pese a las conclusiones plasmadas en el informe técnico analítico de accidente de tránsito elaborado por Oscar Arturo Porras Garavito, lo cierto es que la anómala intromisión del conductor del bus que refirió este perito no se evidencia en las fotografías incorporadas a instancia de la defensa, las cuales fueron tomadas momentos después de ocurrido el hecho.

En suma, destacó que contrario al planteamiento de la apoderada de la víctima, no se acreditó que Duque Henao se desplazara con exceso de velocidad, distraído y sin previsión de peligro.

Por otra parte, indicó que se muestra plausible que el comportamiento imprudente observado por el conductor de la motocicleta, al desconocer lo previsto en el artículo 94 del Código Nacional de Tránsito fuera determinante para la

realización del resultado, pues, conforme con lo expuesto por Yaneth León Pinzón, los ocupantes de la motocicleta marcaron la curva hacia la derecha, próximos a la doble línea continua, por lo que, al observar la presencia del bus, se sorprendieron, y perdieron estabilidad.

En ese sentido, concluyó que, teniendo en cuenta las dificultades que ofrece la vía por tratarse de una curva con pendiente, aunado a la existencia de un talud de tierra y vegetación que impide la visual de los carros que se desplazan en sentido contrario y el tráfico vehicular en el sector, caracterizado por el tránsito de vehículos de gran tamaño como el que se vio involucrado en los hechos objeto de juzgamiento, también le resultaba exigible a David Enrique Lizarazo Vargas, obrar como un hombre prudente en su posición, debiendo transitar por el centro de su carril y no adyacente a la línea doble continua, justamente para evitar este tipo de resultados, pues la experiencia indica que los vehículos de gran tamaño al marcar la curva deban hacer esta clase de maniobras.

Conforme lo anterior, precisó que con ello no está cohonestando la invasión de carril por parte del procesado ni de ninguna persona que conduzca automotores, sino que simplemente se reconoce que, tal como se evidencia de los planos topográficos y del informe policial de accidente de tránsito, las condiciones de la vía llevan a que esta clase de rodantes deben aproximar la parte frontal del vehículo sobre la doble línea continua como quedó evidenciado en las fotografías incorporadas al juicio.

Al margen de lo anterior, destacó que el peritaje se sustentó únicamente en la versión rendida por Emilson Giovani Gasca Peña, testigo que no ofrece credibilidad al mostrarse abiertamente inclinado a favorecer a uno de los involucrados en el siniestro, aunado a que su dicho no se corresponde con la evidencia objetiva incorporada a esta actuación, restándole ello confiabilidad a su dicho.

Así, estimó que el hallazgo leve de daños en la parte lateral del bus sugiere que lo dicho por la testigo León Pinzón corresponde con la realidad de lo ocurrido.

Continuó su argumentación, exponiendo lo parámetros establecidos al momento de valorar la credibilidad de un testimonio, a partir de lo cual concluyó que la testigo de la defensa es digna de credibilidad ya que la misma aportó un relato coherente, objetivo y sin contradicciones, que se acompaña por la evidencias fotográficas incorporadas, que corroboran la posición final del vehículo que se

observa de la prueba aportada por el ente acusador, lo cual, descarta la tesis de Emilson Giovanni Gasca, quien insistentemente refirió que el bus fue movido por el acusado para evadir su responsabilidad.

En mérito de lo expuesto, concluyó que del análisis del acervo probatorio surge un estado de incertidumbre insuperable, ya que de la prueba de cargo no se obtiene el convencimiento más allá de toda duda razonable sobre el compromiso penal de Orlando Wilman Duque Henao, pues emergen dudas sobre la presunta invasión del carril y en ese sentido, dispuso la absolución del procesado.

V. DEL RECURSO

5.1. Recurrentes

5.1.1 Fiscalía General de la Nación

Inconforme con la decisión de primer grado la delegada de la Fiscalía General de la Nación interpuso recurso de apelación argumentando que, contrario a lo discernido por el A quo, se demostró más allá de toda duda razonable que Orlando Wilman Duque Henao, como conductor del automotor de placas XMD-945 es el autor a título de culpa del ilícito de lesiones personales culposas en concurso, respecto de los hechos acaecidos el 19 de septiembre de 2018 en la vía Bucaramanga-Pamplona, pues este invadió el carril por el que se desplazaba la motocicleta en la que se movilizaban las víctimas, infringiendo el deber objetivo de cuidado y creando un riesgo desaprobado.

Sobre el particular, señaló que la víctima -David Enrique Lizarazo Vargas-, quien conducía la motocicleta de placas NMJ45D, declaró que el bus fue quien invadió su vía, circunstancias que quedó muy clara, pese a las dificultades del testigo para expresarse.

Además, destacó que Johan Sebastián Pérez en su testimonio, reafirma y coincide con el dicho de Lizarazo Vargas, al precisar que se movilizaba en calidad de pasajero en la aludida motocicleta y que “el bus invadió el carril y no nos dio tiempo de poder esquivarlo, recuerdo como la esquina izquierda de la cabina del bus nos impactó y nos desestabilizó, lo que causó que perdiéramos el control y cayéramos sobre la vía”.

En ese sentido, reseñó que los dichos de las víctimas gozan de credibilidad, ya que sus testimonios son claros, diáfanos, transparentes y coincidentes con el croquis y lo manifestado por el alferez de tránsito.

Así, reitero que quedó totalmente demostrado con los testimonios de las víctimas, del testigo presencial Emilson Giovanni Gasca Peña, del agente de tránsito que atendió el siniestro, el informe policial de accidente de tránsito, la fijación fotográfica y topográfica del lugar de los hechos y la descripción de daños de los automotores, que el conductor del bus de placas XMD-945 debió ser precavido al momento de incorporarse en el tramo de la vía curva en su carril, ya que no podía ver los vehículos que venían subiendo en sentido contrario por las condiciones de la vía, y en ese sentido afirmó que éste incumplió los artículos 60 y 61 del Código Nacional de Tránsito, falta de diligencia que provocó el impacto con la motocicleta que se desplazaba bajo los principios de la confianza y seguridad.

Luego, reiteró que el factor determinante de las resultas del accidente fue la invasión del carril por el conductor del bus de placas XMD-945, resaltando que la estructura del vehículo que conducía cabía perfectamente en el carril por el que circulaba.

Además, indicó que también es predicable el nexos causal entre el comportamiento desplegado por Duque Henao y las lesiones sufridas por las víctimas, siendo entonces el procesado merecedor de un juicio de reproche.

Finalmente, insistió en que los testigos presentados por la fiscalía son coherentes, sin ninguna animosidad e interés, espontáneos y merecedores de credibilidad, pues los testimonios de las víctima a quienes debe creérseles, se fortalecen y encuentra respaldo en el acervo probatorio, lo cual no ocurre con los testigos de la defensa, cuestionando el hecho de que se le hubiese dado credibilidad a una testigo que trabaja con aseguradoras y que viajaba cómodamente en el bus, sin que su nombre aparezca registrado en el informe de tránsito, en otras palabras, afirmó que la presencia de esta testigo en el lugar de los hechos no fue acreditada y por ello su dicho carece de credibilidad.

Así las cosas, solicitó que se revoque la decisión de primer grado, y en su lugar, se condene al procesado como autor a título de culpa del delito de lesiones personales culposas en concurso homogéneo y sucesivo.

5.1.2 Apoderado de la víctima

A su turno el apoderado de la víctima argumentó que el A quo no analizó debidamente el material probatorio existente y saco tesis que no corresponden verdaderamente con lo acontecido en el momento en el que David Enrique Lizarazo Vargas y Johan Sebastián Pérez González fueron arrollados por el pesado vehículo de servicio público de transporte de pasajeros, afiliado a la empresa Copetran.

Así, señaló que el proceso contiene un claro, verdadero, justo y efectivo acervo probatorio que permite inferir que el accidente ocurrió de una forma completamente diferente a lo planteado por el juez de primera instancia, esto es, que el único responsable del mismo si es el procesado, quien conducía el bus de forma irresponsable, con impericia en el manejo y obviando el deber objetivo de cuidado que está obligado a observar en el despliegue de esa actividad peligrosa como lo es la conducción.

Seguidamente, tras exponer una serie de apreciaciones que en nada controvierte la decisión de primer grado, solicitó a esta Corporación revocar el fallo para que “reine en el seno de la sociedad que conoce y valora a mis clientes, por lo menos un remanente -por supuesto siempre incompleto- de satisfacción ante el reproche penal, ante la grosera agresión culposa que, hasta ahora las víctimas han tenido que soportar como inaudita cruz ante propios y extraños”.

Acto seguido, develó que el 19 de septiembre de 2018, sobre las 5:30pm, los jóvenes David Enrique Lizarazo Vargas y Johan Sebastián Pérez Gonzales se desplazaban en la motocicleta de placas NJM45D, conducida por Lizarazo Vargas de forma correcta, por su correspondiente carril vial, de manera prudente, guardando el cuidado de deber objetivo que le imponen las normas de tránsito.

A su vez, afirmó que el automotor de placas XMD-945 conducido por Orlando William Duque Henao, se desplazaba sentido Pamplona-Bucaramanga e invadió de manera abrupta e irresponsable el carril contrario, a pesar de existir línea doble continua amarilla sobre la calzada que prohíbe precisamente salirse del carril que le corresponde, y peor aún en curva, como se extrae del acervo probatorio; actuando así el procesado de manera irresponsable, a exceso de velocidad, distraído, con afanes, sin previsión alguna del peligro, sin importarle su obligación de observar la prudencia y las normas de tránsito, lo que ocasionó que arrollara las víctimas, embistiéndolos brutalmente con la punta izquierda delantera de la carrocería del gran *armatoste*.

Así, tras insistir en su particular recuento de los hechos, expuso que el informe policial de accidente de tránsito No. 811401 que incluye el respectivo croquis, ilustra a los sentidos de quien lo aprecie, la forma como ocurrió el accidente, es decir el arrollamiento de Lizarazo Vargas y Pérez Gonzales, sobre el carril que venía invadiendo el bus, informe en el que se consignó como causa del accidente endilgada al único vehículo involucrado en este siniestro, la de desobedecer señales.

En suma, señaló que el contenido de ese informe es reforzado con las declaraciones de los testigos arrimados al procesado que al unísono manifiestan que el accidente ocurrió por la invasión del carril por parte del bus de placas XMD-945.

Continuó su argumentación, transcribiendo algunos aparte de los testimonios de Emilson Giovanni Gasca Peña, David Enrique Lizarazo Vargas Claudio Alberto Suarez Rodríguez, y Oscar Arturo Porras que estimó relevantes y a partir de ello, concluyó que el conjunto probatorio se colige todo lo detallado por los testigos y las pruebas documentales, cuestionando entonces, que se hubiese desdibujado el desarrollo fáctico, en pro de asumir la defensa del conductor del bus por parte del A quo.

Por otra parte, expuso que la única testigo que aportó la defensa al proceso fue una abogada de nombre Yaneth León, que trabaja en la rama de la responsabilidad civil, bien sea extracontractual y/o contractual, representando compañías de seguros, entre ellas precisamente Allianz Seguros, aseguradora que tiene intereses directos sobre las resultas del presente proceso, pues es la aseguradora que tiene vigente póliza de responsabilidad civil No. 022233215/66 de auto colectivo entre Copetran y esta compañía aseguradora al momento de la ocurrencia de los hechos y es la que tiene que pagar los perjuicios de toda índole ocasiones a sus mandantes de ser probada la responsabilidad de Orlando Wilman Duque Henao.

En suma, tras destacar que esta testigo también ha laborado con la empresa Copetran, expuso que las fotografías supuestamente tomadas por ella, fueron realizadas luego de que el chofer del bus lo moviera, retrocediéndolo, alterando la escena de los hechos, y en ese sentido, no puede tenerse en cuenta como pruebas de la defensa ya que no revelan la realidad del acontecer fáctico.

Igualmente, reseñó que al revisar la declaración de esta testigo se extrae que está en ningún momento afirmó haber visto que la moto invadiera el carril de desplazamiento del bus, sino que se limitó a justificar los acontecimientos por el hecho de que la vía era estrecha y que se tomó la curva hacia el costado derecho, indicando entre líneas, que el bus si iba invadiendo carril.

Por último, cuestionó que no se hubiese aportado ni el tiquete de la testigo, ni la planilla de viaje del bus para acreditar su presencia en el lugar de los hechos.

Continuó su sustentación con una enunciación de ocho falacias que denuncia de la decisión de primer grado y culminó señalando que la exposición rendida por los testigos presenciales de la tragedia no da margen a trazar dubitaciones y enseña que el A quo partió de un dato erróneo para estructurar el fallo confutado.

En mérito de lo expuesto solicitó que se revoque la decisión de primer grado y, en su lugar, se condene al procesado.

5.2. No recurrente

5.2.1 Defensa

Como sujeto procesal no recurrente el defensor expuso que la fiscalía no logró demostrara más allá de la duda razonable como lo demanda el artículo 381 de la Ley 906 de 2004 que su representado infringió el deber objetivo de cuidado, ya que las pruebas de cargo no son determinantes para demostrar la responsabilidad de los hechos en cabeza de Orlando Wilman Duque Henao.

Lo anterior, en el entendido que el ente fiscal recuesta toda su teoría en el testimonio de Edmilson Giovanni Gasca Peña, quien desde el inicio se mostró parcializado hacia los lesionados, manifestando una serie de hechos que además de no haber sido demostrado, si fueron desvirtuados por parte de la prueba de descargo, testimonio en el que además se basó la reconstrucción de los hechos elaborada por Oscar Arturo Porras.

Por otra parte, destacó que el testigo Claudio Alberto Suarez, agente que elaboró el informe policial de accidente de tránsito, manifestó que no logró atribuir la causal 112 a alguno de los dos conductores ya que no presenció los hechos.

Además, señaló que la testigo Yaneth León Pinzón quien venia en los puestos de adelante -diagonal al conductor- vio de primera mano el accidente, desciende del bus después del siniestro y procede a tomar fotos del mismo, calificándola como una testigo imparcial.

Seguidamente, solicitó que se mantenga la absolución de su defendido atendiendo a los siguientes argumentos. (i) por atipicidad de la conducta, dado que el hecho generador de la culpa es atribuible al conductor de la motocicleta al invadir el carril contrario, (ii) dada las manifestaciones del intendente Oscar Arturo Porras, en el lugar del siniestro hay una visual disminuida para ambos conductores al tomar la curva y que la vía no tiene las condiciones para que los vehículos de ese tipo mantengan su carril y, (iii) existe duda al momento de determinar en cabeza de quien recae la culpa.

En ese orden de ideas, al no cumplirse con el estándar indicado en el artículo 381 del CPP, solicitó que se confirme la decisión de primer grado.

VI. CONSIDERACIONES DE LA SALA

6.1. Sobre la competencia

De conformidad con lo dispuesto en el numeral 1° del artículo 34 de la Ley 906 de 2004², este Tribunal es competente para conocer del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia absolutoria del 30 de junio de 2023 proferida por el Juzgado Veinticinco Penal Municipal de Bucaramanga. Bajo esa premisa, estudiará la Sala la impugnación propuesta, aclarando que, por tratarse de la segunda instancia, la competencia está restringida a los aspectos objeto de inconformidad y a los que resulten inescindiblemente ligados a los mismos, en virtud del principio de limitación.

6.2. Problema jurídico

De conformidad con la censura planteada, le corresponde a esta Sala de Decisión determinar si se acreditó que el procesado, como conductor del bus de placas XMD-945, desatendió con su actuar el deber objetivo de cuidado exigido

² 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.

para tal actividad, resultando atribuible, con base en el acervo probatorio, la responsabilidad del siniestro en el que resultaron lesionados David Enrique Lizarazo Vargas y Johan Sebastián Pérez, quienes se desplazaban en la motocicleta de placas NMJ-45D.

6.3. Precisiones preliminares

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

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

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

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

6.4 Del delito imprudente

Dilucidado lo anterior, atendiendo a la naturaleza del delito investigado, es necesario realizar ciertas precisiones sobre (i) el delito imprudente, (ii) su relación con el deber objetivo de cuidado, (iii) la proscripción de la responsabilidad objetiva y (iv) el principio de confianza.

Al efecto, el artículo 23 del Código Penal establece que “la conducta es culposa cuando el resultado típico es producto de la infracción al deber objetivo de

cuidado y el agente debió haberlo previsto por ser previsible, o habiéndolo previsto, confió en poder evitarlo.”

Así, para considerar que una conducta imprudente es relevante para el derecho penal se debe demostrar, además del nexo causal con el resultado típico –afectación a la vida o integridad personal-, que el sujeto desconoció con su acción el deber objetivo de cuidado; en consecuencia, aquellas acciones en las que se permite en su ejecución un riesgo –como conducir automotores-, se debe probar que el agente actuó sin prever los peligros inherentes a su ejercicio, o que aún de haberlo hecho, consideró que los sortearía con éxito, para que se torne conducta punible.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia ha precisado:

El juicio de reproche no recae, por tanto, sobre la acción —conducir un vehículo, realizar un procedimiento médico, cerrar una ventana, etc. — sino sobre la forma en que la misma se ejecuta, esto es, infringiendo las reglas de cuidado propias de la actividad realizada, valga decir, los reglamentos de tránsito, las reglas de la experiencia propias de cada profesión u oficio -lex artis- y, si no las hay, las pautas de comportamiento social del hombre promedio. O creando un riesgo jurídicamente desaprobado a partir de la ejecución imprudente de una acción normalmente trivial.

Ello porque no basta con que se produzca un resultado lesivo para pregonar la configuración de un delito imprudente. Se requiere, además, que la acción se haya ejecutado sin el cuidado exigible ex ante al sujeto en atención a su capacidad individual o al rol que desempeña en la sociedad, pues la mera causalidad no es suficiente para imputar penalmente el resultado al autor del comportamiento lesivo, como lo señala el artículo 9° del Código Penal al indicar que «la causalidad por sí sola no basta para la imputación jurídica del resultado», lo cual significa que en el sistema penal colombiano está proscrita la responsabilidad objetiva.

En el delito imprudente, por ende, se requiere demostrar tanto la relación causal entre el comportamiento examinado y el resultado lesivo como la concurrencia del tipo subjetivo, entendido como el conocimiento que el sujeto tenía del riesgo creado con su conducta.³

Luego, en relación con la actividad probatoria, allí mismo precisó que:

³ CSJ SP, 11 julio 2018, rad. 46612

(...) Todos los aspectos del delito imprudente deben estar soportados probatoriamente, de manera que a los juzgadores no les es dado suponer el vínculo causal, la infracción del deber objetivo de cuidado ni el conocimiento de la creación de un riesgo no permitido.

6.5. Del caso en concreto

Expuestas tales premisas teóricas, se propone entonces la Sala abordar el examen de la actividad probatoria adelantada en juicio oral, sin ahondar respecto de la materialidad de la conducta, pues sobre ello no se presentó ningún reparo por parte de los censores, esto es, que el 19 de septiembre de 2018 a la altura del km 6+980 metros de la vía Bucaramanga – Pamplona, siendo aproximadamente las 17:30 horas se presentó un siniestro entre el bus de servicio público de placas XMD-945 -conducido por el procesado- y la motocicleta de placas NMJ45D en la que se desplazaban David Enrique Lizarazo -conductor- y Johan Sebastián Pérez, quienes resultaron lesionados.

Tampoco existe controversia en cuanto a las secuelas dictaminadas a las víctimas por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, consistentes en una incapacidad médico-legal definitiva de 45 días y como secuelas deformidad física que afecta el rostro y perturbación funcional del órgano de la masticación de carácter permanente, para David Enrique Lizarazo Vargas, y una incapacidad médico-legal definitiva de 25 días y como secuelas una deformidad física que afecta el cuerpo de carácter por definir, perturbación funcional de órgano sistema linfoido-inmuno-hematopoyético, perturbación funcional de órgano de aprehensión a definir.

Así las cosas, el debate se centrará en establecer si la causa efectiva del accidente de tránsito fue la infracción al deber objetivo de cuidado por parte del procesado, en el desarrollo de una actividad peligrosa como la conducción del vehículo de placas XMD-945 al invadir el carril contrario por el que se desplazaban las víctimas en la motocicleta de placas NMJ45D, debiendo anticipar la Sala desde ya, que de la valoración probatoria emergen dudas que en virtud del *principio in dubio pro reo* deberán ser absueltas a favor del procesado como lo estimó el A quo.

En ese orden de ideas, impera precisar que la tesis acusatoria se sustenta en el dicho de la víctima -David Enrique Lizarazo Vargas- y la entrevista rendida por Johan Sebastián Pérez, la cual fue incorporada al acervo probatoria como prueba de referencia por Carlos Augusto Guarín Hernández, debido al deceso de

este testigo y víctima de los hechos, medios suasorios que coinciden en el hecho de señalar al conductor del bus como la persona que les invadió el carril por el que se desplazaban en la reseñada motocicleta, generándose así la colisión.

No obstante, estos señalamientos no cuentan con corroboración pues el dicho de Emilson Giovanni Gasca Peña, quien dice ser testigo presencial de los hechos, carece de credibilidad, ello en el entendido que, pese a la evidente intención de Gasca Peña de dejar sentado que el bus fue movilizado por el conductor para eludir su responsabilidad, sus afirmaciones desconocen las circunstancias acreditadas en el devenir del juicio a través del Informe Policial de Accidente de Tránsito y las fotografías del lugar de los hechos incorporadas tanto por el ente acusador, como por la defensa.

Obsérvese, que el testigo afirma que tras el impacto la motocicleta quedó en el espejo del bus, cayendo al suelo solo cuando el conductor retrocedió y lo movió, quedando entonces el velocípedo sobre la vía Cúcuta-Bucaramanga, circunstancia completamente contraria a lo que se puede observar en el croquis del IPAT y en las fotografías del siniestro, en las que se aprecia que la motocicleta en la que se desplazaban las víctimas quedó sobre la berma del carril contrario por el que se desplazaba el bus, es decir en la berma del carril sentido Bucaramanga -Cúcuta.

Circunstancia que evidentemente mina también el valor suasorio del Informe Técnico Analítico de Accidente de Tránsito elaborado por el intendente Oscar Arturo Porras Garavito, pues las conclusiones del mismo en cuanto a la dinámica del siniestro estuvieron supeditadas a la entrevista rendida por este testigo -Emilson Giovanni Peña-, el cual, como se expuso en precedencia carece de credibilidad, dada la mendacidad de su dicho y su evidente intención de favorecer la hipótesis de las víctimas.

Ahora, precisa esta Colegiatura que el informe Policial de Accidente de tránsito incorporado por el agente Claudio A. Suarez Rodríguez, tampoco puede ser considerado como una corroboración de los señalamientos de las víctimas, pues en el mismo se plasma que la ubicación final del bus conducido por el procesado fue dentro del carril por el que este se desplazaba, y si bien se estableció como hipótesis la 112 “Desobedecer señales o normas de tránsito”, lo cierto es que el agente de tránsito reconoció que llegó al lugar de los hechos con posterioridad al siniestro y en las condiciones en las que se encontró la escena no le era posible establecer a quien era atribuible dicha hipótesis.

Por otra parte, la tesis de la defensa encuentra asidero en el dicho de Yaneth León Pinzón, testigo presencial de los hechos, quien afirma que se movilizaba como pasajera del bus involucrado en el siniestro, exactamente en los primeros puestos -diagonal al conductor-, lo que le permitió ver la dinámica del siniestro, sin que ello hubiese sido desvirtuado en el devenir del juicio.

En este punto, precisa la Sala que en virtud del principio de libertad probatoria que rige el procedimiento penal colombiano no le era exigible a la defensa aportar determinado documento para acreditar la presencia de León Pinzón en el lugar de los hechos, en el entendido que, de su dicho se extrae que esta se encontraba en este lugar como pasajera del bus involucrado en el accidente, retornando hacia la ciudad de Bucaramanga tras agotar unas diligencias judiciales que tenía en Pamplona, así como también da cuenta de su presencia las fotografías que tomó inmediatamente después de los hechos.

Ahora, en cuanto a la dinámica de la colisión, Yaneth León Pinzón relató que cuando el bus tomó la curva, observó que venía subiendo una motocicleta que se desplazaba muy cerca de la doble línea continua que divide los dos carriles, y que al encontrarse con el bus sorpresivamente en la curva, el conductor del velocípedo pierde estabilidad y el control de la motocicleta y es cuando se produce el impacto.

Igualmente, relató que el conductor del bus detiene el vehículo y se baja a auxiliar a los heridos, procediendo ella inmediatamente a bajarse también del automóvil y al evidenciar la situación procede a tomar unas fotografías que fueron incorporadas al acervo probatorio, y en las que se puede observar que el bus quedó sobre su carril, sin que ninguna parte de este vehículo sobrepase la línea del medio, a partir de lo cual pudiese predicarse una invasión de carril.

Sobre este punto, impera precisar que si bien en la fotografía No. 6 del álbum elaborado por Claudio A Suarez Rodríguez e incluso en algunas de las incorporadas por Yaneth León Pinzón, pareciera que la punta izquierda del bus está sobre el carril contrario, ello obedece a la perspectiva en la que fueron tomadas pues al analizar en conjunto este material fotográfico emerge palmario que el bus no está invadiendo de ninguna manera el carril por el que se desplazaba la víctima.

En este punto, impera destacar que el argumento esbozado por la apoderada de la víctima para restarle credibilidad a la testigo Yaneth León Pinzón derivado de su relación laboral con la Aseguradora Allianz, carece de soporte probatorio, en el entendido que se desconoce qué póliza tenía el bus involucrado en el siniestro ya

que ello no fue objeto de debate probatorio, y tampoco existe certeza de que la testigo tuviera una relación laboral vigente con la aludida aseguradora para el momento de los hechos, circunstancias que en todo caso de haberse acreditado no desvirtuaba de forma automática su relato sino que impondrían una rigurosidad mayor en su análisis.

Así las cosas, emerge claro que existen dos hipótesis contrarias en cuanto al hecho generador del siniestro que dadas las resultas de la actividad probatoria que resultan igualmente plausibles, comoquiera que, por una parte se tiene el señalamiento de la víctima David Enrique Lizarazo, que fue corroborado por la prueba de referencia relativa a la entrevista rendida por Johan Sebastián Pérez, y por otra parte se cuenta, con la hipótesis de la defensa, conforme la cual, fue la motocicleta la que impactó con la parte frontal izquierda del bus de placas XMD-945, el cual se dirigía por el carril que le correspondía conforme las normas de tránsito, lo cual fue relatado por la testigo presencial Yaneth León Pinzón y corroborado periféricamente por las fotografías que ella aportó y por el Informe Policial de Accidente de tránsito en el que se evidencia en el croquis que la posición final del bus fue dentro de su correspondiente carril.

Basten entonces las anteriores consideraciones para concluir que las censuras de la delegada de la Fiscalía General de la Nación y la apoderada de la víctima son insuficientes para revocar la sentencia de primera instancia, al no haberse alcanzado el estándar necesario para emitir sentencia condenatoria, pues como se expuso en precedencia, emergen dudas respecto de la existencia de una infracción al deber objetivo de cuidado en cabeza del procesado que hubiese tenido incidencia en el resultado típico, por lo que esta Sala de Decisión confirmará la sentencia de primer grado.

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

RESUELVE:

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

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

Notifíquese y cúmplase.



SHIRLE EUGENIA MERCADO LORA

Magistrada



GUILLERMO ÁNGEL RAMÍREZ ESPINOSA

Magistrado



SUSANA QUIROZ HERNANDEZ

Magistrada

Proyecto registrado: 24 de noviembre de 2023

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SALA PENAL

Magistrado Ponente: DR. JUAN CARLOS DIETTES LUNA

Radicación N° 68081-60-00-135-2019-00836-01 / 1993

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

ASUNTO

Resolver el recurso de apelación interpuesto por la defensa de GELMAN ZAMBRANO SAMPAYO contra la sentencia mediante la cual la Juez Segunda Penal del Circuito de Barrancabermeja lo condenó como autor del delito de FUGA DE PRESOS.

ACONTECER DELICTIVO

Aproximadamente a las 11:45 horas del 25 de mayo de 2019, patrulleros de la Policía Nacional que realizaban registro a medios de transporte y sus ocupantes en la Calle 49 con Carrera 12 del sector comercial de Barrancabermeja, abordaron a Gelman Zambrano Sampayo, quien caminaba por la calle; luego de identificarse con la cédula de ciudadanía 85.441.910 del Banco (Magdalena), consultaron el Asistente Digital Personal "PDA" y arrojó anotación positiva del INPEC, concretamente una sentencia condenatoria por el delito de hurto calificado y agravado, la cual debía cumplir en su domicilio, ubicado en la Carrera 15 No 163-26 del barrio Las Américas del Banco (Magdalena); los gendarmes procedieron a capturarlo por el delito de fuga de presos y lo dejaron a disposición de la autoridad competente.

DE LA ACTUACIÓN PROCESAL

En audiencias preliminares celebradas el 25 de mayo de 2019 ante el Juzgado Tercero Penal Municipal de Barrancabermeja se legalizó el procedimiento de captura en situación de flagrancia; la agencia fiscal le imputó al retenido la presunta comisión del delito de fuga de presos – artículo 448 de la Ley 599 de 2000, modificado por la Ley 890 de

2004 –, cargo no aceptado por el encartado; se ordenó su inmediata libertad, por cuenta de la otra actuación judicial¹.

Después de presentado el correspondiente escrito, la Juez Segunda Penal del Circuito de Barrancabermeja convocó la respectiva audiencia, donde la agencia fiscal lo acusó por el punible reseñado; llevó a cabo la audiencia preparatoria y celebró el juicio oral en varias sesiones, al final de las cuales anunció que el fallo sería de carácter condenatorio; en la misma sesión corrió el traslado del artículo 447 del estatuto adjetivo y leyó la sentencia².

DEL FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Al considerar reunidas las exigencias previstas en el artículo 381 de la Ley 906 de 2004, el 14 de agosto de 2023 la a quo condenó a Gelman Zambrano Sampayo a la pena de 48 meses de prisión e inhabilidad para ejercer derechos y funciones públicas por igual lapso, como autor del delito de fuga de presos, a la par que le negó la suspensión de la ejecución de la pena privativa de la libertad y la prisión domiciliaria.

Adujo que el Juzgado Octavo Penal Municipal de Santa Marta enteró al procesado de la concesión del sustituto domiciliario y las consecuencias de su incumplimiento, a la par que siempre desatendió el llamado de la administración de justicia – sin especificar en qué escenario -; sin embargo, decidió con conciencia, intención y voluntad no permanecer recluido en su residencia y atentó contra el bien jurídico de la eficaz y recta impartición de justicia, a la vez que voluntariamente desaprovechó la oportunidad de gozar del subrogado otorgado.

DE LA IMPUGNACIÓN

Inconforme con el fallo, la defensa lo apeló con el objeto que fuera revocado y se absolviera a su prohijado, cuya presunción de inocencia no se desvirtuó; por el contrario, lo ampara el principio de in dubio pro reo y la agencia fiscal no demostró por qué estaba en un lugar distinto de donde debía cumplir la prisión domiciliaria, es decir, no acreditó el verbo rector del tipo penal – fugarse –, ni se podía presumir que esa fuera su intención,

¹ 02ActaAudGelmanZambrano

² 68ActayAudioAudienciaSentidoDefalloTraslado447yLecturadeSentencia

ya que - por espacio geográfico - a los residentes en el municipio del Banco (Magdalena) les queda más fácil trasladarse a Barrancabermeja que a otros sitios, por problemas de acceso u orden público; además, no se resistió a la captura, simplemente iba a realizar una transacción bancaria, para después retornar a su domicilio, de tal modo que su evasión daba lugar a una sanción administrativa, no penal.

DEL NO RECURRENTE

La delegada fiscal solicitó confirmar la decisión de primera instancia, al no existir duda en cuanto a la tipicidad del punible reprochado, dado que Gelman Zambrano Sampayo estaba en prisión domiciliaria por cuenta de una sentencia condenatoria y lo capturaron en un sitio distinto de donde debía purgar la sanción penal; al juicio se incorporó el material probatorio que demostró su intención de fugarse, comportamiento doloso porque permanecía en Barrancabermeja sin justificación alguna de su estancia en otro departamento.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

La censura demanda revocar el fallo de primer grado porque no se forjó el convencimiento más allá de toda duda razonable necesario para condenar a Gelman Zambrano Sampayo por el ilícito de fuga de presos, aspecto sobre el cual la Colegiatura estima lo siguiente:

1.- El artículo 372 de la Ley 906 de 2004 estatuye que las pruebas tienen por fin llevar al conocimiento del juez - más allá de toda duda razonable - los hechos y circunstancias materia del juicio y los de la responsabilidad penal del acusado, como autor o partícipe; así mismo, el artículo 373 ibídem dispone que los hechos y circunstancias de interés para la solución correcta del caso se podrán probar por cualquiera de los medios establecidos para tal efecto o por cualquier otro medio técnico o científico que no viole los derechos humanos, debiéndose practicar por regla general al interior de la audiencia de juicio oral, al punto que el artículo 16 ejusdem contempla que únicamente se estimará como prueba la que haya sido producida o incorporada en forma pública, oral, concentrada y sujeta a confrontación y contradicción ante el juez de conocimiento; por lo tanto, en el marco de la Ley 906 de 2004 la valoración de los medios de convicción recaudados y la demostración del punible se distinguen por la prevalencia del principio de libertad probatoria – en contraposición al extinto de tarifa legal –, por lo cual se puede llegar a

tener conocimiento del objeto central del proceso penal o sus aspectos accesorios trascendentes por cualquier vía probatoria legal.

2.- El artículo 448 de la Ley 599 de 2000 consagra que “El que se fugue estando privado de su libertad en centro de reclusión, hospital o domiciliariamente, en virtud de providencia o sentencia que le haya sido notificada, incurrirá en prisión...”, reato que atenta contra el bien jurídico de la eficaz y recta impartición de justicia.

Dado que el artículo 9° ibidem reza que “Para que la conducta sea punible se requiere que sea típica, antijurídica y culpable. La causalidad por sí sola no basta para la imputación jurídica del resultado”, su estructuración necesariamente requiere demostrar el dolo, pues en el sistema penal colombiano está proscrita la responsabilidad objetiva³; al respecto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha sostenido que

“...La prueba del dolo obedece a un juicio de correspondencia entre los hechos exteriorizados en el mundo físico (derecho penal de acto) y un concepto que alude a ciertos elementos de índole subjetiva (saber y querer la realización del tipo) que en principio tienen que desprenderse de aquéllos, toda vez que no pueden confirmarse de manera independiente al análisis de la acción. En otras palabras, es viable deducir tanto el elemento cognitivo como el volitivo del dolo de las concretas circunstancias que hayan rodeado la conducta y no del hecho, de difícil comprobación, de establecer qué pasó en realidad por la mente del inculpado [...] Así mismo, en la medida en que es imposible conocer los elementos del dolo por medio de la información directa, estos también pueden derivarse de los indicios que se construyan alrededor de la situación fáctica imputada, pero no a datos extraños a tal conducta y que constituyan derecho penal de autor...”⁴

3.- El artículo 38 del Código Penal contempla la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión y consiste en la privación de la libertad “en el lugar de residencia o morada del condenado o en el lugar que el juez determine”; para su concesión debe garantizarse mediante caución, el cumplimiento de las obligaciones contenidas en el artículo 38 B, a saber : “a) No cambiar de residencia sin autorización previa del funcionario judicial; b) Que dentro del término que fije el juez sean reparados los daños ocasionados con el delito. El pago de la indemnización debe asegurarse mediante garantía personal, real, bancaria o mediante acuerdo con la víctima, salvo que demuestre insolvencia; c) Comparecer personalmente ante la autoridad judicial que vigile el cumplimiento de la pena cuando fuere requerido para ello; d) Permitir la entrada a la residencia de los

³ Artículo 12 del Código Penal

⁴ Radicado 45008 de diciembre 16 de 2015

servidores públicos encargados de realizar la vigilancia del cumplimiento de la reclusión. Además, deberá cumplir las condiciones de seguridad que le hayan sido impuestas en la sentencia, las contenidas en los reglamentos del INPEC para el cumplimiento de la prisión domiciliaria y las adicionales que impusiere el Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad”.

Por su parte, el artículo 477 del Código de Procedimiento Penal estipula que “De existir motivos para negar o revocar los mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad, el juez de ejecución de penas y medidas de seguridad los pondrá en conocimiento del condenado para dentro del término de tres (3) días presente las explicaciones pertinentes. La decisión se adoptará por auto motivado en los diez (10) días siguientes”.

4.- Se pactaron como estipulaciones probatorias: (i) la consulta SISIPEC WEB de Gelman Zambrano Sampayo, (ii) su plena identidad y (iii) la cartilla biográfica de interno⁵; adicionalmente, se recaudó (iv) la declaración de Miguel Stiven Velásquez – adscrito a la policía judicial SIJIN de Barrancabermeja -, quien relató que el 25 de mayo de 2019 realizó el reporte de inicio de la actuación, antecedentes penales y reseña e individualización del capturado Gelman Zambrano Sampayo, por el delito de fuga de presos⁶, al igual que la de (v) Diego Edinson Garcés Zapata – adscrito a la policía judicial SIJIN de Barrancabermeja –, quien expuso que suscribió el informe de captura en flagrancia del 25 de mayo de 2019, por fuga de presos de Gelman Zambrano Sampayo, retenido en la Calle 49 con Carrera 12 del sector comercial de Barrancabermeja, al constatarse por el PDA un requerimiento del INPEC para cumplir la prisión domiciliaria en la Carrera 15 No 163-26 del barrio Las Américas del Banco (Magdalena)⁷; recalcó que el procesado le manifestó al momento de la aprehensión que “...se encontraba desde acá, en Barrancabermeja; se había venido como desde el día anterior...al momento de la captura, el señor Sampayo, él lo plasmó que se encontraba lejos de su residencia y que él, pues se encontraba, eh, en esa domiciliaria, allá en el Banco, Magdalena...”.

5.- Aunque la defensa solicitó en la audiencia preparatoria que se decretara la práctica del testimonio de su prohijado, este último no compareció al juicio oral.

⁵ 18ActaAudienciaPreparatoria

⁶ 23ActaAudienciaJuicioOral

⁷ 40ActaAudienciaJuicioOral

6.- Analizado en conjunto el acervo probatorio recaudado, bajo la óptica de las reglas de la sana crítica, la Colegiatura concluye lo siguiente:

6.1. Aunque la defensa estima lo contrario, la agencia fiscal evidentemente demostró que Gelman Zambrano Sampayo fue capturado en un lugar distinto a donde debía cumplir su prisión domiciliaria, ya que fueron escuchados los policiales Miguel Stiven Velásquez y Diego Edinson Garcés Zapata, quienes corroboraron lo acaecido el 25 de mayo de 2019 en Barrancabermeja; en particular, el último narró que el encartado debía estar recluido en el inmueble ubicado en la Carrera 15 No 163-26 del barrio Las Américas del Banco (Magdalena) – tal como consta en su cartilla biográfica -, pero lo retuvieron en la Calle 49 con Carrera 12 del sector comercial de la ciudad petrolera, luego de haber consultado el el Asistente Digital Personal “PDA” y establecieron lo antedicho, convirtiéndose en testigos directos de los hechos juzgados; el alto Tribunal en el campo penal ha decantado que

“...el delito de fuga de presos se consuma en forma instantánea y produce efectos permanentes a partir del momento en que la persona legalmente privada de la libertad, sin que importe el lugar en que se ejecuta la medida cautelar personal o la pena privativa de la libertad - que puede ser dentro de un sitio de reclusión, un hospital o el domicilio -, desconoce la órbita de custodia impuesta por el Estado y resuelve trasladarse hacia cualquier lugar sin permiso o autorización expedida por la autoridad competente...”⁸

Agregó que

“...la Sala reconoce que el Estado, como titular del ius puniendi, fija los lineamientos de la política criminal, los cuales se materializan a través de las leyes expedidas por el Congreso, de ahí que dentro de la libertad de configuración normativa el legislador consideró que sólo la causal de atenuación basada en la rebaja de la mitad de la pena cuando el fugado se presenta dentro de los tres (3) meses siguientes a su evasión era predicable tanto para éste como para el servidor público que facilita la captura del fugado o logra su presentación ante la autoridad competente, en tanto que el retorno inmediato dentro de los tres (3) días siguientes a la huida, sólo ameritaría privilegiar al interno al eximirlo de responsabilidad penal y seguir la causa sólo en el ámbito disciplinario...”

⁸ Radicado 33915 de mayo 5 de 2010

6.2. En la cartilla biográfica incorporada también obra que el 2 de noviembre de 2017 el Juzgado Octavo Penal Municipal de Santa Marta dictó sentencia condenatoria en contra del enjuiciado por la comisión del delito de hurto calificado y agravado, dentro del radicado 2017-02780, a la par que le concedió el sustituto domiciliario⁹, circunstancia que propició su captura en situación de flagrancia, debidamente legalizada; al respecto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha precisado que

“...algunos aspectos factuales de la captura en flagrancia pueden hacer parte de la hipótesis de hechos jurídicamente relevantes de la acusación, pero ello no implica que en ambos eventos los hechos sean exactamente los mismos. Por ejemplo, la aprehensión de la persona sorprendida bajo algunos de los presupuestos del artículo 301 del Código de Procedimiento Penal es un aspecto ineludible en la audiencia preliminar de control de legalidad de la captura, pero no necesariamente debe hacer parte de la hipótesis de hechos jurídicamente relevantes propuesta por la Fiscalía en la acusación. En efecto, solo en casos excepcionales la aprehensión de la persona capturada en flagrancia constituye un hecho que encaje o pueda ser subsumido en las normas que regulan la conducta punible. Ello sucede, verbigracia, en los casos de tentativa (Art. 27 del Código Penal), donde es posible que las “circunstancias ajenas” a la voluntad del procesado, que impidieron la consumación del delito, consistan en su aprehensión por parte de los policiales que lo sorprendieron realizando la acción típica. En ese tipo de eventos la captura puede tenerse como un hecho jurídicamente relevante, en los ámbitos de la acusación y la sentencia, en la medida en que puede subsumirse en el presupuesto fáctico de la norma que tipifica la tentativa. También puede suceder que la captura del procesado no constituya un hecho jurídicamente relevante, pero pueda tenerse como un “hecho indicador” de su responsabilidad, en la medida que dé cuenta, por ejemplo, de su presencia en el sitio donde ocurrió el delito... Por tanto, frente a un evento de captura en flagrancia la Fiscalía tiene la responsabilidad de diseñar y ejecutar un programa metodológico adecuado, que le permita estructurar la hipótesis de hechos jurídicamente relevantes de la acusación, cuando hay lugar a ella. Si la actividad investigativa subsiguiente a la captura permite descartar la hipótesis delictiva, no habrá lugar al llamamiento a juicio...”

Y concluyó que

“...si la Fiscalía opta por incluir en la acusación uno o varios de los aspectos fácticos que en su momento determinaron la captura en flagrancia, asume cargas como las siguientes: (i) constatar que se trate de hechos jurídicamente relevantes, en la medida en que puedan ser subsumidos en la respectiva norma penal; (ii) si se trata de datos o “hechos indicadores” a partir de los cuales

⁹ 31ActaAudienciaJucioOral

puede inferir uno o varios hechos jurídicamente relevantes, debe ocuparse de su demostración a efectos de poder utilizarlos en el respectivo proceso inferencial; (iii) debe establecer cuáles son los medios de prueba pertinentes y agotar los trámites previstos en la ley para su admisión; (iv) si pretende valerse de los testimonios de quienes aseguran haber sorprendido al procesado y/o realizado la aprehensión, deberá realizar las gestiones necesarias para presentarlos en el juicio oral, salvo que medie alguna de las causales de admisión excepcional de prueba de referencia; (v) de haber incluido evidencias físicas o documentos como medios de prueba, le corresponde cumplir los respectivos requisitos de admisibilidad; y (vi) estas cargas no pueden ser eludidas bajo el argumento de que un juez de control de garantías, en su momento, concluyó que la captura se realizó según las reglas constitucionales y legales...”

Resulta indudable que los anteriores presupuestos fueron cumplidos a cabalidad por la delegada fiscal y lo expresado por los gendarmes en el juicio oral ratifica lo consignado en los diferentes informes presentados, sin que la defensa se preocupara por desvirtuar el obrar doloso del encartado, en la medida que no arrió a la actuación algún medio de convicción que justificara de alguna manera la comprobada circunstancia que su prohijado estaba en un lugar bastante alejado de su sitio de reclusión domiciliaria, sin válida justificación, comoquiera que no se allegó autorización judicial alguna que soportara ese comportamiento, lo cual imposibilita estudiar la viabilidad de eximirlo de responsabilidad penal, máxime si al aprehenderlo admitió ante el policial captor que sabía acerca de purgar su condena en el domicilio ubicado en el municipio del Banco (Magdalena), sin señalar las razones por las cuales estaba desde el día anterior en Barrancabermeja.

6.3. El artículo 29 F de la Ley 65 de 1993 - adicionado por el artículo 31 de la Ley 1709 de 2014 – prevé que “El incumplimiento de las obligaciones impuestas dará lugar a la revocatoria mediante decisión motivada del juez competente. El funcionario del INPEC encargado del control de la medida o el funcionario de la Policía Nacional en el ejercicio de sus funciones de vigilancia, detendrá inmediatamente a la persona que está violando sus obligaciones y la pondrá en el término de treinta y seis horas (36) a disposición del juez que profirió la respectiva medida para que tome la decisión correspondiente. La revocatoria de la medida se dispondrá con independencia de la correspondiente investigación por el delito de fuga de presos, si fuere procedente...”.

Obsérvese como en la audiencia preparatoria la defensa se limitó a solicitar el decreto del testimonio del procesado, sin que eso aconteciera porque no compareció al juicio oral, quedando totalmente huérfana de soporte probatorio la hipótesis de que Gelman

Zambrano Sampayo simplemente iba a realizar una transacción bancaria y luego volvería a la reclusión domiciliaria ubicada en un municipio distinto de donde fue capturado; es más, carece de sentido esa afirmación, pues sabido es que una transacción bancaria puede efectuarse en cualquier localidad del país, sin que se acreditara que en el municipio del Banco (Magdalena) no resultaba posible adelantar ese tipo de diligencia, a lo cual se suma que – de cualquier forma – para atender esa actividad debió contar con la correspondiente autorización judicial y ninguna se aportó a las diligencias, suficientes motivos para concluir que la teoría del caso de la agencia fiscal no fue desacreditada y las versiones de los policiales captadores son de tal contundencia que – sumadas a la prueba documental – la confirman.

Corolario de lo anterior, al no prosperar la censura, será ratificado en su integridad el fallo impugnado.

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

RESUELVE

CONFIRMAR el fallo de origen, fecha y naturaleza reseñada, mediante el cual se condenó a GELMAN ZAMBRANO SAMPAYO, por el delito de FUGA DE PRESOS.

Contra la presente determinación procede el recurso extraordinario de casación.

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

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

Aprobado en acta virtual N° 1146 DEL 20 DE NOVIEMBRE DE 2023.

CÚMPLASE.-

Los Magistrados,


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


HAROLD MANUEL GARZÓN PEÑA


SHIRLE EUGENIA MERCADO LORA

SANDRA JULLIETH CORTÉS SAMACÁ
Secretaria

Confirma condena
A/ Gelman Zambrano Sampayo
D/ Fuga de presos
Juez 2° Penal del Circuito de B/bermeja