



República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público

Distrito Judicial de Bucaramanga (Santander)
Tribunal Superior
Sala Penal

EDICTO

La secretaria de la **Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga** hace saber que, dentro del proceso penal adelantado **en contra de JOSÉ ANTONIO GUZMÁN RAMÍREZ** por el punible de **ACCESO ABUSIVO CON MENOR DE CATORCE AÑOS AGRAVADO EN CONCURSO HETEROGÉNEO CON ACTOS SEXUALES CON MENOR DE CATORCE AÑOS AGRAVADO EN CONCURSO HOMOGÉNEO**, se ha dictado sentencia de segunda instancia de fecha **27 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 **15 DE ENERO DE 2024**, siendo las 8:00 a.m.

Sandra Jullieth Cortés Samacá
Secretaria

RI 21-172A

LINK EDICTO PUBLICADO EN EL MICROSITIO DE LA RAMA EL 15 DE ENERO 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 LUIS MENDEZ HERRERA** por el punible de **TRÁFICO, FABRICACIÓN, PORTE O TENENCIA DE ARMAS DE FUEGO, ACCESORIOS, PARTES O MUNICIONES**, se ha dictado sentencia de segunda instancia de fecha **15 DE DICIEMBRE 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 **15 DE ENERO DE 2024**, siendo las 8:00 a.m.

Sandra Jullieth Cortés Samacá
Secretaria

RI 23-609A

LINK EDICTO PUBLICADO EN EL MICROSITIO DE LA RAMA EL 15 DE ENERO 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 **JACKELINE ARIAS TOSCANO, LEYVIN HARVEY CABALLERO, OMAIRA CASTRO LIZARAZO Y FRANCISCO JAVIER ATUESTA DIAZ** por el punible de **CONTRATO SIN CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS LEGALES Y OTRO**, se ha dictado sentencia de segunda instancia de fecha **2 DE NOVIEMBRE DE 2023**.

Para notificar a los procesados 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 **15 DE ENERO DE 2024**, siendo las 8:00 a.m.

Sandra Jullieth Cortés Samacá
Secretaria

RI 23-074A

LINK EDICTO PUBLICADO EN EL MICROSITIO DE LA RAMA EL 15 DE ENERO 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 CARLOS EDUARDO VELASQUEZ CORTEZ** por el punible de **HURTO AGRAVADO**, se ha dictado sentencia de segunda instancia de fecha **4 DE DICIEMBRE DE 2023**.

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 **15 DE ENERO DE 2024**, siendo las 8:00 a.m.

Sandra Jullieth Cortés Samacá
Secretaria

RI 22-387A

LINK EDICTO PUBLICADO EN EL MICROSITIO DE LA RAMA EL 15 DE ENERO 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 NELCY CASTELLANOS DELGADO** por el punible de **VIOLENCIA INTRAFAMILIAR AGRAVADA EN CONCURSO HOMOGÉNEO Y SUCESIVO**, se ha dictado sentencia de segunda instancia de fecha **6 DE DICIEMBRE 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 **15 DE ENERO DE 2024**, siendo las 8:00 a.m.

Sandra Jullieth Cortés Samacá
Secretaria

RI 23-685A

LINK EDICTO PUBLICADO EN EL MICROSITIO DE LA RAMA EL 15 DE ENERO 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 EMILSON DANILO MARTÍNEZ ROA** por el punible de **HURTO CALIFICADO**, se ha dictado sentencia de segunda instancia de fecha **18 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 **15 DE ENERO DE 2024**, siendo las 8:00 a.m.

Sandra Jullieth Cortés Samacá
Secretaria

RI 23-651A

LINK EDICTO PUBLICADO EN EL MICROSITIO DE LA RAMA EL 15 DE ENERO DE 2024:
<https://www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-bucaramanga-sala-penal/149>



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BUCARAMANGA
SALA PENAL DE DECISIÓN

Magistrado Ponente:

Jairo Mauricio Carvajal Beltrán

Rad. 73001-6001-287-2017-00676-01

Registro proyecto: 21 de noviembre de 2023

Aprobado Acta No. 1169

Bucaramanga, veintisiete (27) de noviembre de dos mil veintitrés (2023)

1. Asunto

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el agente del Ministerio Público contra la sentencia proferida el 19 de enero de 2021 por el Juzgado 2º Penal del Circuito de Barrancabermeja, mediante la cual condenó a José Antonio Guzmán Ramírez como autor del delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años agravado, en concurso heterogéneo con actos sexuales con menor de catorce años agravado en concurso homogéneo.

2. Hechos

Para la época del 2010, la menor K.A.O.G., de 9 años de edad, vivía con su progenitora y su padrastro José Antonio Guzmán Ramírez en una habitación en la ciudad de Cúcuta. El padrastro aprovechaba que la madre de la menor en ocasiones se ausentaba del lugar para tocarle los senos y la vagina con las manos y con la boca, bajo la advertencia que no debía contarle nada a su mamá. Para el año 2013, cuando la menor tenía 12 años, se mudaron a Barrancabermeja y el mencionado empezó a accederla carnalmente vía vaginal y oral, situación que se prolongó hasta el mes de junio de 2017, época para la cual residían en la ciudad de Ibagué.

3. Antecedentes procesales

3.1. El 8 de febrero de 2019, ante el Juzgado 7 Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Ibagué, se llevaron a cabo las audiencias preliminares de legalización de captura y formulación de imputación en la que el procesado fue

señalado de ser autor del delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años agravado en concurso heterogéneo con actos sexuales con menor de catorce años agravado en concurso homogéneo, ambas conductas en concurso homogéneo y sucesivo -art. 208, 209, 211 num. 5° y 31 del C.P. El imputado no aceptó los cargos. Enseguida, le fue impuesta medida de aseguramiento de detención preventiva en centro carcelario por parte del mismo juzgado.

3.2. El conocimiento correspondió al Juzgado 2 Penal del Circuito de Barrancabermeja, el cual realizó audiencia de formulación de acusación por idénticas conductas el 20 de junio de 2019. Luego de varios intentos para llevar a cabo la audiencia preparatoria, el 6 de noviembre de 2020 el procesado manifestó su voluntad de allanarse a los cargos, habiéndose verificado dicha manifestación. El 4 de diciembre de 2020, continuando con la verificación del allanamiento, se corrió el traslado del artículo 447 del CPP para la individualización de la pena, y el 23 de febrero de 2021 se dio lectura a la sentencia condenatoria.

4. Sentencia impugnada

4.1. La juez de primera instancia, por virtud del allanamiento a cargos y teniendo en cuenta que se acreditó el mínimo probatorio, profirió sentencia condenatoria en contra de José Antonio Guzmán Ramírez como autor a título de dolo del delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años agravado en concurso homogéneo (sic) con actos sexuales con menor de catorce años agravado en concurso homogéneo y sucesivo.

Partiendo del monto mínimo de la pena que comporta el delito más grave y los concursos homogéneo y heterogéneo acusados, le impuso la pena de 19 años, 6 meses de prisión, la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por un término igual y negó los subrogados penales.

5. De los recursos

5.1. El Ministerio Público aseveró que, dentro del expediente existió una dificultad a efectos de establecer correctamente la competencia para adelantar el conocimiento del proceso, toda vez que los hechos ocurrieron en tres ciudades diferentes; sin embargo, como no se alegó alguna causal de incompetencia en la formulación de acusación, la competencia fue prorrogada.

Pese a lo anterior, considera que el ente fiscal no actuó correctamente, dado que la misma narración de los hechos jurídicamente relevantes implica que debía argumentar la necesidad de tramitar por conexidad los hechos para tramitarlos bajo

una misma cuerda procesal y evitar que el procesado afrontara tres procesos diferentes, impidiendo además la revictimización de la menor.

También alude el procurador que los hechos atribuidos en la acusación difieren de los relatados en la imputación, violentando con ello el principio de congruencia, porque al formular la acusación se adicionó que el procesado le mostraba carátulas de videos pornográficos, pudiendo constituir esto el delito de actos sexuales con menor de catorce años, el cual no fue incluido en la condena. Esto sumado a que el episodio de acceso ocurrido en Ibagué, cuando la menor ya contaba con 16 años de edad, requería que fuese cometido con violencia para configurar un ilícito, sobre lo cual no se hizo ninguna referencia.

En consecuencia, solicitó que se decrete la nulidad de lo actuado hasta la formulación de acusación con el fin de que la fiscalía argumente la necesidad de conexas los hechos y se aclaren los hechos jurídicamente relevantes con miras a dosificar correctamente la pena.

5.2. La fiscalía, como no recurrente, aseguró que no medió ningún error al determinar la competencia, aunado a que el tema de la conexidad procesal no fue objeto de solicitud alguna, dado que debían concurrir los requisitos legales que establece el Código de Procedimiento Penal, los cuales no estuvieron presentes en el asunto.

En cuanto al señalamiento sobre haberse trasgredido el principio de congruencia durante la actuación, señaló el delegado que en los actos de comunicación, tanto de imputación como de acusación, los hechos jurídicamente relevantes fueron narrados con claridad y enmarcados dentro de las conductas de acceso carnal abusivo con menor de catorce años agravado en concurso heterogéneo con actos sexuales con menor de catorce años agravado en concurso homogéneo, pero solo los que tuvieron ocurrencia en la ciudad de Barrancabermeja, dado que la mención a otras ciudades atendió a la mención que hizo la menor en la entrevista psicológica, no pudiéndose seccionar su relato.

6. Consideraciones del Tribunal

6.1. Competencia

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

6.2. Problema jurídico

Determinar si dentro del trámite concurre alguna circunstancia que obligue a invalidar la actuación, relacionada con los hechos jurídicamente relevantes atribuidos en la imputación y en la acusación realizada al procesado o con la competencia y la necesidad de decretar la conexidad de varios hechos ocurridos en diferentes ciudades.

6.3. De la competencia y la conexidad por el concurso de conductas.

De entrada, debe afirmarse que la atribución jurídica en el presente asunto implica un evidente concurso de conductas punibles, lo que imponía aplicar al caso la figura jurídica de la conexidad, la cual posibilita que se adelanten investigaciones por distintos injustos bajo un mismo radicado. Así, los conflictos que se relacionen con la competencia y que involucren varios delitos, deben ser definidos bajo los términos previstos en el artículo 52 de la Ley 906 de 2004, según el cual:

“Cuando deban juzgarse delitos conexos conocerá de ellos el juez de mayor jerarquía de acuerdo con la competencia por razón del fuero legal o la naturaleza del asunto; si corresponden a la misma jerarquía será factor de competencia el territorio, en forma excluyente y preferente, en el siguiente orden: donde se haya cometido el delito más grave; donde se haya realizado el mayor número de delitos; donde se haya realizado la primera aprehensión o donde se haya formulado primero la imputación.

Cuando se trate de conexidad entre delitos de competencia del juez penal del circuito especializado y cualquier otro funcionario judicial corresponderá el juzgamiento a aquél”.

Dentro de este asunto no se discute la jerarquía del juez al que correspondía conocer del proceso, pues ninguna de las dos conductas que se le atribuye a Guzmán Ramírez cuenta con asignación especial de competencia y, por consiguiente, su conocimiento corresponde a los jueces penales del circuito, artículo 36-2 de la Ley 906 de 2004.

En lo que tiene que ver con el factor territorial, que finamente es en el que basa su argumentación el agente del Ministerio Público para recurrir el fallo, se verifica que el lugar donde tuvo ocurrencia el delito más grave, que resulta ser el de acceso carnal abusivo con menor de catorce años agravado (art. 208 y 211 num. 5° de la Ley 599 de 2000), cuya pena de prisión va de 16 a 30 años. Tales extremos punitivos resultan superiores a los que el Código Penal prevé para la conducta de actos sexuales con menor de catorce años agravado, que va de 12 a 19.5 años. En tal virtud, el delito más grave ocurrió en el municipio de Barrancabermeja Santander, por lo que tampoco hubo imprecisión para determinar la competencia en virtud de tal factor.

Sumado a esto, con respecto a la conexidad debe indicarse que es necesario establecer si se trata de conductas con un vínculo sustancial o si lo que las une son condiciones procesales que hagan viable su trámite conjunto en un solo proceso.

El artículo 51 de la Ley 906 de 2004 señala que se presenta la conexidad cuando (i) el delito ha sido cometido en coparticipación criminal; (ii) se impute a una persona más de un delito realizado con unidad de tiempo y lugar; (iii) se impute a una persona la comisión de varios delitos realizados unos con el fin de facilitar la ejecución o procurar la impunidad de otros, o con ocasión o como consecuencia de otro; y (iv) se impute a una o más personas la comisión de uno o varios delitos en las que exista homogeneidad en el modo de actuar de los autores o partícipes, relación razonable de lugar y tiempo y, la evidencia aportada a una de las investigaciones pueda influir en la otra.

Sobre dicha temática ha señalado la Corte¹ que:

“Los delitos conexos son aquellos que se encuentran estrechamente entrelazados, como ocurre cuando un punible se comete como medio para alcanzar un fin delictivo (conexidad teleológica), por ejemplo, cometer un homicidio para realizar un hurto. También, cuando una conducta punible se comete para asegurar el producto de otra, v.g. Cuando se lavan los activos procedentes de un delito de extorsión (conexidad paratática) (...) en aquellos casos en los que el segundo delito se comete para ocultar uno anterior, por ejemplo, cuando se causa la muerte al testigo de un acceso carnal violento (conexidad hipotática)». (CSJ SP, 5 dic 2007, Rad. 25931)”.

Revisado tal contexto, se aprecia que en la presente actuación la conexidad procesal constituyó una confluencia tanto del vínculo sustancial entre las conductas punibles investigadas como de una razón práctica que tornaba conveniente conocerlas en una sola actuación, en razón a la unidad de autoría, la homogeneidad del modo de comisión de los hechos, la comunidad de prueba y la pretensión de evitar la revictimización de la menor agredida, para no exponerla a varios juicios por los hechos cometidos por su padrastro.

Véase que, de obligarse a la menor a acudir a más de una audiencia de juicio oral se le expondría a tener que narrar de forma repetitiva su contexto familiar, el aprovechamiento de su padrastro de los momentos de soledad por la ausencia de la madre, las amenazas que infligía el sujeto para que no contara sobre los abusos, la forma de abordarla para la comisión de los ilícitos en virtud a los señalamientos de que estos hechos ocurrieron muchas veces. Por estas razones, estima la Colegiatura

¹ AP3466-2021, rad. 56068

que el adelantamiento de procesos por separado, obligaría a la menor a tener que diferenciar unos hechos de otros, a tener que establecer fechas y escudriñar en la memoria una y otra vez aspectos dolorosos sobre los abusos de que fue objeto, todo lo cual generaría un ambiente negativo al que no debería de exponerse en procura de su derecho a la no revictimización.

Estas razones redundan en beneficio de la economía y eficacia procesal, y precaven, además, la posibilidad de proferir decisiones enfrentadas respecto de un mismo asunto, máxime, cuando la problemática que pudo surgir con relación a la competencia territorial, por haberse cometido varios hechos en tres ciudades diferentes en el lapso entre los años 2010 y 2017, no fue alegado en la oportunidad procesal dispuesta para ese propósito, incluso, el mismo censor termina respondiendo su propio interrogante asintiendo con esa situación, entendiéndose prorrogada la competencia en este caso por causa de la omisión de cualquier alegación en ese sentido durante la formulación de acusación.

De hecho, la Sala de Casación Penal² ha asentido con que corresponde a una decisión autónoma de la fiscalía en el ejercicio discrecional y reglado de la acción penal, en los términos del artículo 250 Superior, disponer y reconocer desde la fase de investigación la unidad procesal que puedan surgir en ciertos casos.

Dicho en otros términos, resulta cierto afirmar que por cada delito debe adelantarse una sola actuación procesal y que la oportunidad para solicitar la conexidad se presenta en la audiencia de acusación para la fiscalía y en la preparatoria para la defensa y la víctima, pero no resulta menos exacto afirmar que los delitos conexos se investigarán y juzgaran conjuntamente y que esa decisión puede ser válidamente adoptada por la fiscalía en el curso de la indagación preliminar, siempre que concurren los supuestos que permitan predicar la existencia de una conexidad procesal o sustancial, cuya aplicación debe traducirse en garantía de adecuada y eficiente investigación y juzgamiento, así como en remedio para la multiplicidad de actuaciones penales por delitos conexos, en aras de agilizar los tiempos de la administración de justicia y materializar el postulado de economía procesal³.

En igual sentido, la Corte Constitucional se ha pronunciado en los siguientes términos:

² AP3328-2017, rad. 50260

³ Ibidem

“8.3. El reconocimiento de la unidad procesal procede desde la fase de investigación. El hecho de que el artículo 51 se refiera a dos momentos procesales, el de la acusación y el de la audiencia preparatoria, en los cuales fiscalía y defensor pueden solicitarlo al juez, no implica que en las etapas previas la fiscalía pueda abstenerse de actuar en esa dirección. Ello es así, dado que el artículo 50 dispone, en su primer inciso, que por cada delito se adelantará una sola actuación procesal y, en el segundo, que los delitos conexos se investigarán y juzgarán conjuntamente. Esta conclusión se apoya, adicionalmente, en la obligación a cargo del Fiscal de definir el programa metodológico (art. 207 de la Ley 906 de 2004) y en el que debe incluirse, entre otras cosas, la determinación de los objetivos en relación con la naturaleza de la hipótesis delictiva.

Así las cosas, durante la investigación el Fiscal se encuentra vinculado por las reglas que en materia de unidad procesal establecen los artículos 50, 51 y 53 de la Ley 906 de 2004. Sin embargo, si durante dicha etapa no se procede conforme a tal exigencia será posible que la Fiscalía, al formular la acusación presente al juez tal petición, o que la defensa lo haga en la audiencia preparatoria”⁴.

Expuesto lo anterior, debe señalar por la Corporación que la solicitud de nulidad debe ajustarse a ciertos parámetros lógicos que permitan evidenciar de manera objetiva el carácter serio y vinculante del reproche, lo que se logra acatando los principios que orientan la declaración de las nulidades, los cuales, pese a no estar previstos en una norma del Código de Procedimiento Penal de 2004, siguen siendo criterios de inexcusable observancia, como ha tenido oportunidad de puntualizarlo de manera reiterada esta la Sala.

Así, solo es posible solicitar la nulidad por los motivos expresamente previstos en la ley (principio de taxatividad); y quien alega la configuración de un vicio enervante debe especificar la causal que invoca y señalar los fundamentos de hecho y de derecho en los que se apoya (principio de acreditación); no puede deprecirla en su beneficio el sujeto procesal que con su conducta haya dado lugar a la configuración del yerro invalidante, salvo el caso de ausencia de defensa técnica (principio de protección); y aunque se configure la irregularidad, ella puede convalidarse con el consentimiento expreso o tácito del sujeto perjudicado, a condición de ser observadas las garantías fundamentales (principio de convalidación); tampoco procede la invalidación cuando el acto tachado de irregular ha cumplido el propósito para el cual estaba destinado, siempre que no se viole el derecho de defensa (principio de instrumentalidad); quien alegue la rescisión tiene la obligación indeclinable de demostrar no solo la ocurrencia de la incorrección denunciada, sino que debe explicar cómo ésta afecta de manera real y cierta las bases fundamentales del debido proceso o las garantías constitucionales (principio de trascendencia) y, además, explicar que para enmendar el agravio no existe remedio procesal distinto a la declaratoria de nulidad (principio de residualidad)⁵.

⁴ Corte Constitucional, sentencia C – 471 de 2016

⁵ AP5291-2022, rad. 59156

De esa forma, los motivos expuestos por el agente del Ministerio Público no muestran circunstancias relevantes capaces de afectar la validez del proceso con el fin específico de reparar su estructura o restablecer las garantías, en tanto que los supuestos defectos señalados no derivan en un irrogado perjuicio para alguna de las partes o intervinientes en el proceso, y la pretendida solución anulatoria no explica el beneficio que pueda desglosar en favor de alguno de los sujetos procesales involucrados.

Valga destacar, que el fiscal sí incurrió en un yerro al presentar sus argumentos como no recurrente, en tanto que, a modo de evitar la posible declaratoria de nulidad, desconociendo su propia decisión de llevar el trámite bajo una misma actuación procesal, señaló que el proceso se adelantó solo por los hechos ocurridos en la ciudad de Barrancabermeja, insistiendo en que en la imputación y la acusación así se había especificado, cuando al escuchar ambas audiencias, aquello no ocurrió y la imputación sí se efectuó por los hechos ocurridos en las tres distintas ciudades.

Pese a lo dicho por el funcionario instructor, no hay lugar a invalidar la actuación en virtud a que los criterios de conexidad y competencia estuvieron debidamente acreditados y explicaban la razón por la cual se adelantó una sola actuación procesal, y ante un solo juzgado, a pesar de ser varias las conductas punibles objeto de investigación y haber ocurrido en distintas ciudades de este país.

6.4. Los hechos jurídicamente relevantes y su relación con el principio de congruencia

La segunda propuesta del disenso se refiere a la necesidad de retrotraer la actuación para que la fiscalía adecúe la narración fáctica atribuida al procesado, en tanto considera que incurrió en incongruencia por adicionar un hecho durante la formulación de acusación.

La acusación, como acto de parte de la fiscalía, debe expresar con precisión la determinación fáctica y jurídica de la conducta penalmente relevante, debiéndose señalar en forma clara, precisa y comprensible, los elementos fácticos que estructuran el tipo penal, además de las circunstancias específicas de mayor gravedad y las que tienen incidencia en la dosificación punitiva, la cual, una vez formulada, se torna absoluta e intangible en cuanto a su componente fáctico, esto es, que no puede variarse, modificarse o alterarse⁶.

⁶ CSJ SP 17352-2016, Rad. 45589; CSJ SP 370-2021, Rad. 56659; Cfr. SP. 3 mayo 2017, Rad. 30716; SP. 8 febrero 2017, entre otras

Al respecto, ha dicho la Corte Suprema que *“la determinación jurídica posee una connotación si se quiere flexible, por lo tanto, resulta factible que en curso del juicio se pueda modificar la misma, dentro de las limitaciones que al efecto han establecido la ley y la jurisprudencia de la Corte. Sin embargo, de manera pacífica se ha establecido que la descripción fáctica – o hechos jurídicamente relevantes, como así lo rotula la Ley 906 de 2004-, no puede ser objeto de modificación sustancial a lo largo del proceso, entendido este como el trámite formalizado que comienza con la formulación de imputación y termina con la sentencia ejecutoriada.”*

“Sobre este último punto, esto es, la correspondencia factual que debe existir entre la imputación, la acusación y la sentencia, y la imposibilidad de acusar y condenar a una persona por hechos jurídicamente relevantes que no le fueron comunicados en la audiencia de formulación de imputación, la Corte ha definido que si en las audiencias de formulación de imputación y de acusación, el fiscal no define de manera clara, completa y suficiente los hechos jurídicamente relevantes, a tal punto que el indiciado o imputado no haya tenido la posibilidad de conocer por qué hechos se le vincula o está siendo investigado, se vulnera de manera flagrante el debido proceso – congruencia y defensa-, y el único remedio posible es la nulidad de la actuación”. (CSJ SP14792-2018, Rad. 52507). (Ver AP1286-2023 Radicado N° 59228).

Según el órgano de cierre, la imputación fáctica no puede ser objeto de modificación sustancial a lo largo del proceso, por lo que su núcleo central debe ser mantenido desde la formulación de imputación hasta la sentencia, exceptuando aquellos casos en los que en atención al principio de progresividad, surjan nuevas aristas fácticas que conlleven la configuración de otras hipótesis delictivas o impliquen el cambio del núcleo fáctico de la imputación, supuesto en el cual, es necesario adicionar el acto comunicacional a fin de no sorprender al inculcado⁷ con hechos o circunstancias que no fueron advertidas y que terminarían tornando más gravosa su situación.

Si la imputación como acto de comunicación no tuviera tal trascendencia que se irradia hasta la sentencia, tal diligencia solo serviría para demarcar una de las fases del proceso penal y dejaría de lado su propósito principal, que no es otro, que el de precisar con exactitud los hechos por los que se vincula al procesado a la investigación y se le llama luego a juicio, a fin de que éste pueda ejercer la garantía del derecho fundamental al debido proceso, principalmente, frente a los derechos de defensa y contradicción, al saber cuáles son los hechos por los que se le acusa y sobre los que se va a poder defender y a oponerse, eventualmente.

También ha sido clara dicha Corporación al decir, *“que para la construcción de los hechos jurídicamente relevantes es imprescindible que: (i) se interprete de manera correcta la norma penal, lo que se traduce en la determinación de los presupuestos fácticos previstos por el*

⁷ CSP SP 2042 15 junio 2019 Rad 51007, CSP SP 3614 Rad 51689 18 agosto 2021

legislador para la procedencia de una determinada consecuencia jurídica; (ii) el fiscal verifique que la hipótesis de la imputación o la acusación abarque todos los aspectos previstos en el respectivo precepto; y (iii) se establezca la diferencia entre hechos jurídicamente relevantes, hechos indicadores y medios de prueba, bajo el entendido que la imputación y la acusación concierne a los primeros, sin perjuicio de la obligación de relacionar las evidencias y demás información recopilada por la Fiscalía durante la fase de investigación –entendida en sentido amplio-, lo que debe hacerse en el respectivo acápite del escrito de acusación (CSJ SP, 08 Marzo 2017, Rad. 44599, CSJ SP1271-2018, Rad. 51408; CSJ SP072-2019, Rad. 50419; CSJ AP283-2019, Rad. 51539; CSJ SP384-2019, Rad. 49386, entre otras).

“Sobre este último punto, la Corte ha señalado que la mezcla de los contenidos probatorios con los hechos jurídicamente relevantes objeto de acusación, no solo conspira contra la claridad y brevedad de que trata el artículo 337 del Código de Procedimiento Penal, sino en disfavor de la eficacia y prontitud de la administración de justicia. Además, podría afectar el principio de congruencia, el derecho de defensa del procesado e incidir en la delimitación del tema probatorio, dando lugar a que el juez acceda prematuramente a dicha información sin que se agote el debido proceso probatorio.

“Ahora bien, como en la construcción de los hechos jurídicamente relevantes se arraigó la mala práctica de comunicar los cargos a través de la relación del contenido de las evidencias y demás información recaudada por la Fiscalía durante la fase de indagación, confundiendo los hechos jurídicamente relevantes, los indicadores y los medios de prueba, la Corte ha venido señalando que en cada caso debe evaluarse si, a pesar de ello, el imputado tuvo la posibilidad de conocer el componente fáctico y jurídico de los cargos enrostrados (CSJ SP2042-2019, Rad. 51007).” (Ver AP1286-2023 Radicado N° 59228).

En consonancia con lo dicho, el incumplimiento de dicha delimitación fáctica representa un serio atentado al derecho de defensa, puesto que no se le estaría permitiendo al procesado conocer en realidad las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que incurrió, en contravía al derecho, y tampoco conocería las normas penales que se consideran trasgredidas con ese comportamiento, lo que sustancialmente afecta la preparación de su defensa.

En el presente caso, a la revisión del expediente se observa que la narración fáctica relacionada en la formulación de acusación difiere en un aspecto factual de la comunicada en la imputación, dado que en la formulación de acusación la fiscalía incluyó un hecho de esta manera: *“(en) la ciudad de Barrancabermeja-Santander [...] cuando (K.A.O.G) tenía el periodo menstrual y le mostraba carátulas de videos pornográficos”.*

Esta situación, si bien no es precisamente la correcta, no puede configurar la declaratoria de nulidad alegada, en tanto que, el sustrato fáctico que sostiene la

acusación señala las específicas circunstancias que rodearon las conductas atribuidas a Guzmán Ramírez, configurativas de los delitos de acceso carnal abusivo con menor de catorce años y el de actos sexuales con menor de catorce años agravado, ambos en concurso homogéneo.

Nótese que, como fue señalado por el censor, la única consecuencia que pudiese sustentar válidamente la corrección del trámite por cualquier vía procesal posible, incluso la nulidad, sería la interferencia que pudiera derivar en el proceso dosimétrico, lo cual en este evento no ocurre.

Lo anterior es así, porque el nuevo hecho incluido en la acusación y que configuraría el ilícito de actos sexuales con menor de catorce años agravado, se encuentra incluido dentro de la tipificación en modalidad concursal que fue atribuida desde el inicio, puesto que en este caso no fue un solo hecho configurativo de ese delito por el que fue acusado el padrastro de la menor, sino que lo fue por la comisión de un concurso homogéneo de ese ilícito, con episodios que empezaron a ocurrir en el año 2010 cuando la menor contaba con 9 años de edad cuando *“inició tocándole los senos y la vagina con la mano y con la boca [...] abuso que continuó en el tiempo[...]”*. Esta situación atañe al punible de actos sexuales, que, por su comisión reiterada en el tiempo, abarca todos los hechos configurativos de ese delito que ocurrieron a partir del primer acto abusivo acaecido cuando la familia residía en una habitación del barrio Motilones en la ciudad de Cúcuta, desde el año 2010, hasta el 21 de septiembre de 2014, dado que la fecha de nacimiento de K.A.O.G es el 22 de septiembre de 2000.

De igual forma, el delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años circunscribe los hechos ocurridos desde el año 2013, cuando la niña tenía 12 años y ya se habían mudado al municipio de Barrancabermeja, momento en el cual los actos se tornaron en accesos carnales abusivos, que también fueron repetitivos, consumándose algunos vía vaginal y otros vía oral, pero también con el límite temporal de hasta el 21 de septiembre del 2014, data en la cual desapareció el ingrediente del tipo relacionado con la edad de la víctima, indispensable para la configuración del delito en su forma abusiva.

Ahora, sí debe aclararse que la sentencia condenatoria por los accesos y actos sexuales abusivos con menor de 14 años que dispensó la primera instancia, no puede incluir aquellos encuentros de índole sexual a los que se hizo referencia en el escrito de acusación y su formulación que acaecieron en la ciudad de Ibagué y que ocurrieron luego de que la víctima alcanzara los 14 años de edad, ya que estas

conductas no fueron mencionadas en la formulación de imputación y su ejecución material deviene atípica, dada las circunstancias mencionadas dentro de un contexto abusivo en virtud de la inmadurez psicológica de la menor por razón de su edad.

De lo expuesto, la Sala no avizora que confluja alguna circunstancia que permita admitir como inválido el procedimiento adelantado en contra del acusado por el hecho de haberse incluido un extremo temporal más amplio, o porque se hubiesen incluido circunstancias atípicas, o por haber relatado en el escrito de acusación una característica modal de los actos sexuales cometidos a la víctima, puesto que, en todo caso, el procesado de forma libre, voluntaria, consciente y debidamente informado manifestó su aceptación de responsabilidad penal por todos estos hechos y circunstancias contenidas en la acusación, por lo que la imprecisión que fue advertida, y que merece una aclaración, no modifica el cálculo de la pena impuesta según el concurso de las conductas punibles efectuado por la juez de primera instancia, ni mucho menos la tipicidad de los hechos jurídicamente relevantes que le fueron imputados al procesado.

Por demás, la solución propuesta por el recurrente implica que, una vez anulada la etapa subsiguiente a la formulación de acusación, la fiscalía adicione la imputación para agregar el hecho de haberle mostrado carátulas pornográficas a la niña y realice una nueva investigación, lo cual sería un despropósito y conspiraría con la vulneración de los derechos de la víctima a no ser revictimizada, porque en lo que respecta a esta actuación procesal, la fiscalía procuró incluir la totalidad de actos y accesos abusivos que sufrió la víctima por parte de su padrastro, a efectos de que se dictara una sola sentencia por ese cúmulo de actuaciones abusivas que se dieron dentro de la dinámica familiar, la que fue aprovechada por el acusado para abusar sexualmente de la hija de su compañera permanente cuando ésta no se encontraba en casa para velar por la integridad de su hija.

Precisamente, en esta clase de casos en los que hay una sucesión de eventos en el tiempo, la conexidad procesal se traduce en un instrumento objetivo, razonable y eficiente en el ejercicio de la administración de justicia para obtener una pronta y cumplida justicia.

Lo que si advierte la Sala es que el juzgado de primera instancia incurrió en una imprecisión al momento de referir los delitos por los que se emitía la condena en contra del procesado en la sentencia, por cuanto en el texto se señaló que la condena se emitía por la conducta de “acceso carnal abusivo con menor de catorce años agravado en concurso heterogéneo con actos sexuales con menor de catorce años

agravado, en concurso homogéneo y sucesivo” y en la parte resolutive de la providencia se consignó que los delitos de “acceso carnal abusivo con menor de catorce años agravado en concurso homogéneo (sic) con actos sexuales con menor de catorce años agravado en concurso homogéneo y sucesivo”, cuando en realidad, lo que se imputó y aceptó por parte del acusado, y se desarrolló en las consideraciones de la sentencia y se tuvo en cuenta para la tasación de la pena, involucró también un concurso de accesos carnales abusivos con menor de 14 años.

En consecuencia, a efectos de evitar confusión y corregir la imprecisión, se torna necesario hacer una aclaración sobre la conducta que motivó el fallo revisado y su proceso punitivo, que fue exactamente la de *acceso carnal abusivo con menor de catorce años agravado en concurso homogéneo, y en concurso heterogéneo con actos sexuales con menor de catorce años agravado en concurso homogéneo*. Lo anterior para ofrecer claridad con relación a que la imposición de la condena involucra todos los episodios de abuso sexual que a lo largo del periodo definido (2010 al 21 de septiembre de 2014) sufrió la menor por parte de su padrastro, configurativos de las dos conductas reseñadas, ambas en concurso homogéneo.

6.5. Cuestión adicional

Por último, la Sala observa que, para la emisión de la sentencia condenatoria se contaba con el mínimo probatorio del que se podía inferir la autoría y tipicidad endilgada por la fiscalía⁸ (artículo 327 CPP). Tales elementos de convicción aunados a la manifestación libre, voluntaria y espontánea expresada por el acusado al aceptar los cargos en la audiencia preparatoria permiten afirmar que no hubo un sacrificio injustificado a la presunción de inocencia del procesado, por lo que la valoración conjunta de estos medios de prueba, llevan al grado de conocimiento exigido por el artículo 381 del C.P.P. para emitir sentencia condenatoria.

⁸ Para el efecto, se relacionan los elementos probatorios que acreditan de forma suficiente la materialidad de la infracción y la responsabilidad penal del acusado, cuyo valor fue reconocido por la primera instancia al dictar la sentencia respectiva. Véase:

El Formato Único de Noticia Criminal realizado el cuatro (4) de julio de 2017, el cual recoge la denuncia interpuesta por el padre de la menor KAOG; Entrevista FPJ-14 del nueve (9) de marzo de 2018 realizada por la señora Fabiola Grajales, madre de la menor, quien da cuenta del conocimiento que tuvo de los hechos; Entrevista FPJ-14 del nueve (9) de marzo de 2018, rendida por la señora Martha Liliana Rico Mejía, quien tuvo conocimiento por primera vez de lo ocurrido, directamente de la menor víctima K.A.O.G.; Acta de derechos del capturado del siete (7) de febrero de 2019; Reseña fotográfica realizada al procesado Guzmán Ramírez; Fotocopia del documento de identidad de la víctima KAOG; Informe Pericial de Clínica Forense del cuatro (4) de julio de 2017, practicado a la menor víctima, en donde se evidencia el relato de la menor y los hallazgos médicos encontrados; Informe de Investigador de Campo FPJ-11 del 19 de julio de 2017, da cuenta de la entrevista SATAC que rindiera la menor víctima; Informe de Investigador de Campo FPJ-11 del 5 de marzo de 2018, sobre plena identidad del procesado; Formato de Individualización y Arraigo de José Antonio Guzmán del 7 de marzo de 2018; Fotocopia de la cédula de ciudadanía del acusado; Informe Pericial de niños, niñas y adolescentes del 25 de abril de 2019, contiene la Valoración Psicológica de la menor, y un relato de los hechos por ella narrados; testimonios varios, entre otros.

Tampoco se avizora el quebrantamiento de algún derecho fundamental o garantía constitucional del encartado ante el sometimiento expresado en la aceptación de cargos, verificada y aprobada por la juez de conocimiento. Al contrario, se advierte que José Antonio Guzmán Ramírez contó con la asesoría y acompañamiento de la defensa técnica y la juez explicó con detenimiento cada una de las consecuencias que trae la aceptación de los cargos, por lo que existía claridad acerca de la renuncia al juicio, los delitos por los que sería condenado, la imposibilidad de recibir un descuento en la pena por expresa prohibición del legislador y la necesidad de tener que cumplir la sanción en un centro de reclusión.

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

Resuelve:

Primero. Confirmar la sentencia objeto de apelación, según se expuso en la parte considerativa, aclarando que la sentencia se imparte por la conducta de acceso carnal abusivo con menor de catorce años agravado, en concurso homogéneo, y en concurso heterogéneo con la de actos sexuales con menor de catorce años agravado en concurso homogéneo, por hechos acaecidos entre el año 2010 al 21 de septiembre de 2014.

Segundo. Informar que en contra de la presente decisión procede el recurso extraordinario de casación.

Notifíquese y cúmplase,

Los Magistrados,


Jairo Mauricio Carvajal Beltrán

PERMISO
Juan Carlos Diettes Luna


Harold Manuel Garzón Peña

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SALA PENAL

Magistrado Ponente: DR. JUAN CARLOS DIETTES LUNA

Radicación Nº 68001-6000-159-2022-04300-01 / 1990

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

A S U N T O

Resolver el recurso de apelación interpuesto por la defensa de LUIS MÉNDEZ HERRERA contra la sentencia mediante la cual el Juez Décimo Penal del Circuito de la ciudad lo condenó como autor del delito de TRÁFICO, FABRICACIÓN, PORTE O TENENCIA DE ARMAS DE FUEGO, ACCESORIOS, PARTES O MUNICIONES.

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

Según la formulación de imputación, la formalización de la acusación y la sustentación del preacuerdo, aproximadamente a las 19:39 horas del 21 de mayo de 2022, en el asentamiento humano Nueva Colombia, sector El Edén del municipio de Piedecuesta, fue capturado Luis Méndez Herrera al llevar consigo un arma de fuego, tipo revólver, calibre 38 Special, marca Llama Indumil, con 5 cartuchos - 4 percutidos -, al no contar con el permiso de autoridad competente para su porte.

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

Una vez puesto el retenido a disposición de las autoridades competentes, el 22 de mayo de 2022 se legalizó la captura en situación de flagrancia; la agencia fiscal le imputó la presunta comisión del delito de tráfico, fabricación, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones, en la modalidad de porte – artículo 365 del Código Penal –, cargos no aceptados por el encartado; también se dispuso su libertad inmediata.

Presentado el respectivo escrito, el Juez Décimo Penal del Circuito de Bucaramanga convocó la audiencia de formulación de acusación, pero las partes dieron a conocer un preacuerdo, según el cual el procesado aceptaba su responsabilidad penal como autor del punible reprochado, a cambio de aplicar lo consagrado en el artículo 30 inciso 2° del estatuto represor y degradar – solo para efectos punitivos - el grado de participación de autor a cómplice, otorgándole una rebaja aproximada del 45% de la pena, para imponerle la sanción de 60 meses de prisión.

El cognoscente aprobó el pacto y adelantó la audiencia consagrada en el artículo 447 del CPP, donde el defensor invocó concederle a su prohijado la prisión domiciliaria como padre cabeza de familia; acto seguido – luego de suspender la diligencia – el a quo profirió el fallo de rigor, lo remitió - vía correo electrónico - a todos los sujetos procesales - quienes admitieron esa forma de notificación - y procedió a la lectura somera de la parte motiva e íntegra de la resolutive.

DE LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Al considerar reunidas las exigencias previstas en el artículo 381 de la Ley 906 de 2004, el pasado 26 de julio el a quo condenó a Luis Méndez Herrera a la pena de 60 meses de prisión, inhabilidad para ejercer derechos y funciones públicas por igual lapso y la privación del derecho de porte y tenencia de armas de fuego de defensa personal por un año, como autor del punible de tráfico, fabricación, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones, en la modalidad de porte – artículo 365 del Código Penal –, a la par que le negó la suspensión de la ejecución de la pena privativa de la libertad y la prisión domiciliaria contemplada en el artículo 38B del Código Penal y por la alegada condición de padre cabeza de familia, así que dispuso librar la respectiva orden de captura, ordenó el comiso definitivo del arma de fuego y su remisión al Comando General de las Fuerzas Militares, por conducto del Comando de la Quinta Brigada.

Adujo que el pacto no conculcó garantías fundamentales, se ajustó a la legalidad porque reposaba en la actuación un mínimo material probatorio que acreditó la materialidad de la ilícita conducta y la responsabilidad penal del procesado, el cual analizó someramente.

Acerca de la prisión domiciliaria como padre cabeza de familia, argumentó que la defensa no acreditó que el encausado fuera la única persona a cargo de la menor MJMD, la cual no quedaría en situación de abandono o desprotección por no accederse al sustituto implorado, ya que analizó los elementos de juicio allegados y concluyó que la progenitora devengaba un salario, residía y laboraba en el mismo municipio de la niña, a más que contaba con una hermana de 20 años que podría suplir la ausencia temporal del padre.

DE LA IMPUGNACIÓN

Inconforme con el fallo, la defensa lo apeló con el objeto que le concedan el sustituto domiciliario a su prohijado, por su condición de padre cabeza de familia, pues su petición se fundó en la imposibilidad laboral y no económica de la progenitora de la menor MJMD – como erradamente lo concluyó el juez de instancia –, que se vio en la obligación de comenzar a trabajar como empleada doméstica interna – aunque en el mismo municipio, en un sector alejado del asentamiento donde residía -, con solo un día de descanso en la semana, a más que tuvo que dejarle la custodia total al procesado, según constaba en el acta emitida por la Comisaría de Familia de Piedecuesta, dentro del radicado 089-023.

Recalcó que la existencia de la familia extensa – hermana de la menor – referida por el cognoscente, solo se infería de una declaración extrajudicial, sin que hubiera sido siquiera nombrada en su intervención, por lo cual insistió en que la adolescente vivía sola con su progenitor y la consanguínea tenía una unión marital de hecho desde hace dos años en el municipio de Sabana de Torres, era ama de casa y carecía de las condiciones económicas para su sostenimiento, circunstancias que sustentó mediante la declaración adjunta a la alzada; finalmente, cuestionó que se dispusiera librar la orden de captura de Luis Méndez Herrera, al contrariar la postura jurisprudencial contenida en la sentencia STP5495 de 2023.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

La censura demanda concederle la prisión domiciliaria a Luis Méndez Herrera, dada su condición de padre cabeza de familia, al igual que controvierte la inmediata orden de

captura librada contra su prohijado, pese a que el fallo condenatorio no ha cobrado firmeza, aspectos sobre los cuales la Colegiatura estima lo siguiente:

1.- Al revisar el acervo probatorio recaudado se avizora que Luis Méndez Herrera realmente ejecutó el delito objeto de reproche y era válido condenarlo porque – 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) informe ejecutivo de actos urgentes del que se extrae que en comunicación telefónica sostenida con funcionarios del CINAR, se informó que el procesado no tenía permiso de porte o tenencia de armas de fuego; (v) formato único de noticia criminal FPJ-2; (vi) informe del investigador de laboratorio sobre las características del arma de fuego y los cartuchos incautados y (vii) plena identidad.

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, otorgar una rebaja aproximada del 45% e imponer la pena principal de 60 meses de prisión; 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 2º del artículo 30 y el numeral 5º 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; sin embargo, resulta posible validar la pena de prisión impuesta por el delito base – 60 meses –, puesto que se encuentra dentro de esos límites punitivos - 54 a 120 meses –.

2.- La defensa pretende para su prohijado la prisión domiciliaria, ante su presunta condición de padre cabeza de familia, disenso frente al cual se observa lo siguiente:

2.1. El artículo 2º de la Ley 82 de 1993 – modificado por el artículo 1º de la Ley 1232 de 2008 – aplicable al padre de familia - dispone que ostenta esa condición “...quien siendo

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

De igual modo, el artículo 1º de la Ley 750 de 2002 dispuso que un infractor puede gozar del sustituto domiciliario cuando su desempeño personal, laboral, familiar o social permita 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, pero no puede aplicarse a los autores 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 políticos.

Adicionalmente, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha discurrido que la concesión de tal sustituto - así como el de la detención preventiva en el lugar de residencia – demanda un análisis global de las “...condiciones personales del procesado que permitan la ponderación de los fines de la medida de aseguramiento, o de la ejecución de la pena, con las circunstancias del menor de edad que demuestren la relevancia de proteger su derecho, a pesar del mayor énfasis o peso abstracto del interés superior que le asiste...”.

Posteriormente la alta Corte precisó que “...si bien el inciso final del artículo 44 de la Carta Política señala que los derechos de los niños (entre los cuales se encuentra el de “tener una familia y no ser separados de ella”) “prevalecen sobre los derechos de los demás”, no implica un reconocimiento mecánico, irrazonable o autoritario de sus derechos, sino que deben ser determinados por las circunstancias personales del agente, motivo por el cual tienen que ser ponderadas en todos los casos. ...”.

Por otra parte, el máximo Tribunal de la justicia ordinaria ha concluido que su configuración demanda la concurrencia de una serie de circunstancias especiales que ameritan un trato preferencial del encartado frente a sus pares; al respecto, ha pregonado que

“...El concepto de madre cabeza de familia, según lo ha reiterado esta Sala siguiendo lo decidido por la Corte Constitucional , involucra los siguientes elementos: ... (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 solo la ausencia permanente o abandono del hogar por parte de la pareja, sino que aquella 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... Así pues, la mera circunstancia del desempleo y la vacancia temporal de la pareja, o su ausencia transitoria, por prolongada y desafortunada que resulte, no constituyen elementos a partir de los cuales pueda predicarse que una madre tiene la responsabilidad exclusiva del hogar en su condición de madre cabeza de familia...”

Entonces, “...no basta con probar que se es padre de familia para tener acceso al subrogado penal de la prisión domiciliaria, es necesario acreditar que el condenado es la única persona que puede suplir las necesidades del menor y de carecer de este apoyo, el menor quedaría en el desamparo o abandono” porque “no es el hecho de ser padre de un menor de edad lo que habilita a hacerse al beneficio, pues lo que se exige es que el menor de edad, requiera, con demostración concreta, de ese padre para su subsistencia y que materialmente no haya otra persona que pueda suplir esas necesidades, es decir, que tenga el grupo familiar a su exclusivo cargo, al punto que como consecuencia de la privación de la libertad y ante la ausencia de pareja o de otros parientes, los menores o incapaces sometidos a su cuidado, protección y manutención quedan sumidos en el desamparo o abandono...”¹.

2.2. La defensa insiste en que el procesado goza de la calidad de padre cabeza de familia, pero olvida que esa figura jurídica no está prevista para beneficiar al sentenciado, sino que su propósito es proteger los derechos fundamentales de los menores de edad o mayores que están a su cargo, en atención a que no pueden auto sostenerse, ni cuentan con otra persona o familiar que goce de capacidad para protegerlos, circunstancias de vital importancia, por analizar en el caso concreto.

¹ AP5579 de 2021, rad. 60212

Para soportar su petición allegó: (i) acta de conciliación, custodia y cuidado personal de MJMD del 20 de enero de 2023, expedida por la Comisaría de Familia de Piedecuesta, a cargo del progenitor; (ii) declaración rendida por la señora María Eugenia Correa Archila, quien bajo la gravedad del juramento declaró que reside en la Calle 10 # 11-24 del barrio San Antonio de Piedecuesta, conoce a la madre de la menor desde hace 20 años, tiene dos hijas – una de 20 y otra de 15 años -, desde febrero de 2022 labora con ella como empleada doméstica interna y devenga un salario integral de \$1.000.000; (iii) certificado escolar en el que figura como acudiente; (iv) registro civil de nacimiento; (v) solicitud de inclusión en el SISBEN y (vi) certificado de residencia suscrito por el Presidente de la Junta de Acción Comunal sector El Edén de la vereda Guatiguará.

Así las cosas, al estudiar los medios de convicción aportados se advierte que la alzada propuesta no tiene vocación de prosperar, al concluirse que el procesado no ostenta la calidad de cabeza de familia, por los siguientes motivos:

2.2.1. María Eugenia Correa Archila declaró que la progenitora de MJMD - Marlene Delgado Rodríguez – labora como empleada doméstica interna en la Calle 10 # 11-24 del barrio San Antonio de Piedecuesta, pero dicha circunstancia resulta a todas luces insuficiente para afirmar que hay una ausencia permanente o incumplimiento de las obligaciones de la madre y en consecuencia, con la privación de la libertad del padre queda la adolescente desamparada o abandonada; es más, está vinculada a ese trabajo desde febrero de 2022, o sea, varios meses antes de ejecutarse el delito juzgado – el 21 de mayo de 2022 -, de tal forma que este último hecho no fue el que la condujo a laborar, aunque por haber ocurrido, bien pudo dejar de prestar el servicio como “interna” y pasar a hacerlo “por días”, para facilitar su contacto con dicha menor y continuar devengando como empleada doméstica una suma de dinero similar al salario integral de \$1.000.000 que percibe.

2.2.2. Aun cuando se pretende sustentar la responsabilidad absoluta del encausado en el cuidado de MJMD, con fundamento en que la madre ingresó a trabajar en forma “interna”, aparte de lo antes reseñado, causa extrañeza que la dirección en la que presuntamente llevaba trabajando y viviendo en forma permanente casi un año, a saber, Calle 10 # 11-24 del barrio San Antonio de Piedecuesta, no coincida con la residencia fijada en el acta de conciliación, custodia y cuidado personal de MJMD del 20 de enero

de 2023, expedida por la Comisaría de Familia de Piedecuesta – Carrera 5 # 3-51 La Tachuela de Piedecuesta -, ni tampoco con la información que se reportó en el documento escolar allegado, donde se aludió a la Calle 2b # 10-26 Prados de Villanueva.

2.2.3. En gracia de discusión, si las condiciones laborales actuales de la madre – no las económicas - le imposibilitaran garantizar el cuidado permanente de su menor hija, lo mismo no se predica de su hermana – ya mayor de edad –, quien pese a argumentarse que es ama de casa y depende de su compañero sentimental para su sostenimiento, no se mencionó siquiera una circunstancia que le impida - ante la eventual ausencia de la progenitora - suplir el soporte emocional y de atención, mientras su madre asume el financiero.

Entonces, que la menor MJMD dependa en forma absoluta de Luis Méndez Herrera no se ajusta a la realidad reflejada por los medios de convicción arrimados a la actuación, ya que – se reitera - no son palpables las limitaciones alegadas respecto de su progenitora o su hermana, así como tampoco que ha quedado abandonada a su suerte, pues cuenta con quienes no se acreditó que sufrieran alguna limitación física o mental que les impida hacerse cargo de la adolescente.

Tampoco puede pasar desapercibido que es latente el poco interés que le merecía al procesado la formación y manutención de su menor hija, pues - consciente de la ilicitud de su conducta - prefirió ejecutarla, sin importarle las nocivas consecuencias que ahora afronta, lo cual desacredita que sus condiciones personales garantizarían el cabal desarrollo de su hija, ante la notable desidia con que ha actuado, por lo que indefectiblemente se advierte que no cumple los requisitos legales y jurisprudenciales exigidos para otorgarle el sustituto domiciliario; no sobra mencionar que, si bien los menores de edad gozan de especial protección constitucional, lo cierto es que sus derechos - al igual que cualquier otra garantía constitucional - tienen limitaciones, caso

“...de cuando la madre de un menor solicita que se le conceda el derecho de detención domiciliaria, y a pesar de que eso sea lo mejor para sus hijos, se le niega por representar ello un peligro o una amenaza grave para la paz y tranquilidad de la sociedad. Dijo la Corte en la sentencia T-598 de 1993 que “...de la necesidad de proteger los derechos fundamentales del menor no se sigue necesariamente que su madre deba salir de la prisión. La existencia de un derecho fundamental cuya protección ponga en tela de juicio una parte esencial de la

organización del Estado debe conducir a la adecuación de las instituciones, de tal manera que permitan la efectividad de los derechos. Lo anterior, sin embargo, deberá hacerse sin arriesgar ni poner gravemente en peligro las instituciones constitucionales legítimas del régimen punitivo...(…)...la jurisprudencia constitucional considera, por una parte, que es legítimo para el legislador introducir derechos en materia penal a mujeres que se encuentran privadas de la libertad, como por ejemplo la prisión domiciliaria; pero por otra, considera que no concederla a una mujer cabeza de familia cuando ésta pone en riesgo la seguridad de la comunidad y puede representar una amenaza para los derechos de los asociados, es legítimo, porque es constitucional restringir esa posibilidad en tales condiciones...”

En ese orden de ideas, si el procesado – consciente y voluntariamente – decidió atacar contra la seguridad pública, sin reflexionar en los nocivos efectos que aparejaba para su menor hija, no es posible que ahora se percate de ese hecho y pretenda excusarse en su consanguínea – a la cual descuidó desde que decidió emprender dicha labor criminal – para evadir las desafortunadas consecuencias de sus actos.

3.- Respecto de la inconformidad expuesta por el recurrente, ante el hecho que el juez de primer grado ordenara la inmediata captura del procesado, la misma se ajusta a la postura en que ha insistido desde antaño la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia - inclusive en pronunciamiento más reciente que el citado por aquel – según el cual “...Conforme al artículo 450 de la Ley 906 de 2004, si *“al momento de anunciar el sentido del fallo el acusado declarado culpable no se hallare detenido, el juez podrá disponer que continúe en libertad hasta el momento de dictar sentencia. // Si la detención es necesaria, de conformidad con las normas de este código, el juez la ordenará y libraré inmediatamente la orden de encarcelamiento”*.....En relación con esta disposición, la Corte ha señalado que si el procesado es condenado a pena privativa de la libertad y se determina que no hay lugar a la concesión de subrogados o penas sustitutivas, *“resulta imperativo que la privación de la libertad se ordene en el mismo momento en que se anuncia el sentido del fallo”*². Ha subrayado la Sala, *“los jueces deben cumplir la regla general consistente en disponer su captura inmediata para que empiece a descontar la sanción impuesta. Y si tal mandato lo incumple el a quo se debe impartir el correctivo por el ad quem”*³. Excepcionalmente el juez podrá abstenerse de ordenar la captura en ese momento. En este caso, debe asumir una carga argumentativa amplia, razonada y suficiente, para mostrar por qué resulta innecesaria. Esto podría presentarse, por ejemplo,

² CSJ SP 3812-2019, rad. 55519.

³ *Ibidem*.

cuando aparece debidamente demostrado que el acusado padece de una grave enfermedad⁴.....De esta manera, la captura del procesado que ha sido declarado responsable debe ordenarse inmediatamente, en aquellos eventos en los cuales se han negado los subrogados de las sanciones de privación de la libertad en centro carcelario. En el presente asunto, ante la improcedencia de tales mecanismos sustitutivos, no observa la Corte circunstancias excepcionales que conduzcan a la inaplicación de la regla general indicada. Por el contrario, concurre la necesidad de garantizar el cumplimiento de la pena impuesta en el fallo, una de las finalidades de la detención prevista en el Código de Procedimiento Penal (Art. 296). En consecuencia, se dispondrá librar las correspondientes órdenes de captura contra los procesados...”⁵

Corolario de lo anterior, será ratificado el fallo impugnado, por ajustarse a la legalidad, lo cual no obsta para precisar que el juez de primer grado incurrió en un yerro que no fue objeto de cuestionamiento, ni compromete la validez de la decisión, pero merece aclararse, en el entendido que en los hechos de la sentencia de primer grado aludió al “...sector Puerto Nuevo de la vereda Guatiguará del municipio de Piedecuesta...”, lo cual coincide con los hechos que la agencia fiscal consignó en el escrito de acusación, pero modificó – sin razón aparente - las circunstancias citadas al formularse la imputación, formalizarse la acusación y sustentarse el preacuerdo en la audiencia del pasado 26 de julio, en la medida que allí se mencionó “...el asentamiento humano Nueva Colombia, sector El Edén de Piedecuesta...”, al igual que – adicionalmente - se hizo referencia a “...5 cartuchos de los cuales 4 estaban percutidos...”, lo cual genera confusión en la delimitación fáctica, proceder que debe evitarse, por las eventuales repercusiones jurídicas que puedan propiciar ese tipo de imprecisiones.

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 naturaleza, origen y fecha reseñados, mediante el cual se condenó a LUIS MÉNDEZ HERRERA, por la comisión del delito de TRÁFICO,

⁴ SP 3812-2019, rad. 55519, reiterada en la Sentencia SP3353-2020, rad. 56600

⁵ SP 241 -2023, rad. 62214

FABRICACIÓN, PORTE O TENENCIA DE ARMAS DE FUEGO, ACCESORIOS, PARTES O MUNICIONES, con la **ACLARACIÓN** preanotada.

Contra la presente determinación procede el recurso extraordinario de casación.

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

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

Aprobado en acta virtual N° 1238 DEL 15 DE DICIEMBRE DE 2023

CÚMPLASE.-

Los Magistrados,


JUAN CARLOS DIETTES LUNA

Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia



HAROLD MANUEL GARZÓN PEÑA


SHIRLE EUGENCIA MERCADO LORA

SANDRA JULLIETH CÓRTEZ SAMACÁ

Secretaria

Confirma condena

A/ Luis Méndez Herrera

D/ Porte ilegal de armas

Juez 10° Penal del Circuito de B/manga



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE
BUCARAMANGA
SALA DE DECISIÓN PENAL

Magistrada ponente: SUSANA QUIROZ HERNÁNDEZ

Radicación	68001-6000-000-2012-00011-01 (001.23) 23-074A
Procedencia	Juzgado 8° Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bucaramanga
Acusado	Jackeline Arias Toscano Leyvin Harvey Caballero Omaira Castro Lizarazo Francisco Javier Atuesta Díaz
Delito	Contrato sin cumplimiento de requisitos legales y otro
Apelación	Sentencia condenatoria y absolutoria
Decisión	Modifica
Aprobación	Acta No. 1088
Fecha	2 de noviembre de 2023
Lectura	16 de noviembre de 2023

I. OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

Entrar a resolver el recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía General de la Nación y la defensa técnica, contra la sentencia proferida el 19 de diciembre de 2022, mediante la cual el Juzgado 8° Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bucaramanga, declaró penalmente responsable a FRANCISCO JAVIER ATUESTA DÍAZ por los delitos de contrato sin cumplimiento de requisitos legales e interés indebido en la celebración de contratos, a su vez que condenó por ese último ilícito a OMAIRA CASTRO LIZARAZO y la absolvió por el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales y absolvió a JACKELINE ARIAS TOSCANO y LEYVIN HARVEY CABALLERO por los dos reatos referidos.

II. HECHOS JURÍDICAMENTE RELEVANTES

Conforme se consignó en el escrito de acusación, a través de denuncia se puso en conocimiento que en el año 2008 Vidal Rivera

Jurado, constituyó el establecimiento de comercio *Taller Vidal Rivera* para el mantenimiento y suministro de autos Diesel y gasolina, trámite que efectuó por solicitud de un funcionario de la Alcaldía, incluso le entregaron dineros para que realizara los trámites ante Cámara de Comercio. Se puntualizó por el propio Rivera Jurado, que el taller era un montaje, recordó haber firmado 2 contratos y por uno de ellos le dieron \$300.000.

Adicionó, FRANCISCO JAVIER ATUESTA DÍAZ fungió como alcalde municipal para el periodo 2008-2011, suscribió los Decretos 011 del 2008 y 015 de 2009, mediante los cuales delegó el ejercicio de la competencia para la actividad contractual.

Concretó el Ente Acusador, se suscribieron varios contratos con la Alcaldía de Rionegro así,

1. *Contrato SGG-08-046 del 18 de noviembre de 2008* por valor de \$7.000.000, cuyo objeto era el mantenimiento y suministro de repuestos para la camioneta del municipio de Rionegro y firmado con JACKELINE ARIAS TOSCANO. Entre las irregularidades se observó que no se señaló de dónde provino el valor del contrato, inexistencia de propuesta, la información sobre el cumplimiento es falaz y falta de experiencia del contratista.

2. *Contrato SGG-08-049 del 24 de noviembre de 2008* por valor de \$5.380.000, de objeto suministro de repuestos, llantas y mantenimiento para vehículos al servicio de la Policía Nacional en el municipio de Rionegro, Santander y suscrito con JACKELINE ARIAS TOSCANO. Entre las irregularidades se citó actas de inicio y finalización sin firmas, falta de claridad respecto de dónde se obtuvo el valor del negocio, ausencia de valores en la propuesta y falta de ejecución.

3. *Factura No. 006 del 29 de diciembre de 2008*, por valor de \$2.947.000, con objeto de latonería y pintura, llantas, neumáticos, 4 direccionales, 1 rin, 1 juego de rayos, 2 juegos de bandas, una

campana trasera, 4 resortes bandas, 2 juegos de relación, 4 balineras, 1 separador trasero y 4 tapas laterales, suscrito por LUIS FRANCISCO ATUESTA DÍAZ. Se citaron como irregularidades el incumplimiento de las exigencias para la existencia de un contrato y tampoco se aportaron estudios y documentos previos.

4. *Resolución 084 y 086 del 20 de mayo y 22 de mayo de 2009, respectivamente*, por valor de \$555.000 con objeto arreglo de la patrulla No. 23542 de propiedad de la Policía Nacional, suscrito por LUIS FRANCISCO ATUESTA DÍAZ. Las irregularidades fueron, carencia de estudios previos e imposibilidad de ejecutar el contrato.

5. *Contrato SGH-OS-09-07-17 del 13 de julio de 2009*, valor de \$4.000.000 con objeto de suministro e instalación de accesorios de polarización a una camioneta, suscrita por OMAIRA CASTRO LIZARAZO. La irregularidad es la imposibilidad de ejecución del contrato.

6. *Contrato SPI-09-08-105 del 15 de agosto de 2009* por valor de \$5.340.000 suscrito por LEYVIN HARVEY CABALLERO, con objeto de suministro de repuestos e insumos para la maquinaria pesada. En dicho proceso contractual las irregularidades fueron la no señalización de la calidad y cantidad, no se hizo análisis de valor, tampoco existe propuesta o cotización, en el acta de terminación e informe de supervisión se refirió que se recibió e imposibilidad de ejecutar el contrato.

7. *Contrato SHG-OS-09-12-34 de diciembre 24 de 2009*, por valor de \$6.000.000 suscrito por OMAIRA CASTRO LIZARAZO, cuyo objeto era mantenimiento y reparación de vehículos a cargo de la Policía Nacional. Irregularidades consistentes en ausencia de propuesta o cotización, carencia de idoneidad del contratista e imposibilidad de ejecución del contrato.

Corolario de lo expuesto se puntualizó que ATUESTA DÍAZ como alcalde y sus secretarios ARIAS TOSCANO, CASTRO LIZARAZO y

CABALLERO vulneraron el principio de responsabilidad contenido en el artículo 26 de la Ley 80 de 1993 en su numeral 1°, en tanto tenían la obligación de cumplir los fines de la contratación descritos en el artículo 3° *ib.* así como lo señalado en el artículo 4° *ib.*; igualmente, afectaron el principio de legalidad.

III. ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

3.1. El 3 de noviembre de 2011 ante el Juzgado 1° Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bucaramanga, la Fiscalía General de la Nación legalizó la captura y formuló imputación, entre otros, contra JACKELINE ARIAS TOSCANO, LEYVIN HARVEY CABALLERO y OMARIA CASTRO LIZARAZO por los delitos de contrato sin cumplimiento de requisitos legales e interés indebido en la celebración de contratos – artículo 410 y 409 del Código Penal – en calidad de autores, cargos que no fueron aceptados. De otra parte, no se impuso ninguna medida de aseguramiento.

3.2. Por su parte, el 18 de septiembre de 2012 en el Juzgado Promiscuo Municipal de Rionegro, Santander, se formuló imputación en contra de FRANCISCO JAVIER ATUESTA DÍAZ por los punibles de contrato sin cumplimiento de requisitos legales e interés indebido en la celebración de contratos – artículo 410 y 409 del Código Penal – en calidad de autor, cargos que no fueron aceptados. No se impuso ninguna medida de aseguramiento.

3.3. Radicados los correspondientes escritos de acusación, la competencia recayó en el Juzgado 8° Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bucaramanga; la audiencia de verbalización contra ARIAS TOSCANO, CABALLERO y CASTRO LIZARAZO se surtió el 21 de marzo de 2013; por su parte, en diligencia del 27 de noviembre de 2013 se realizó lo correspondiente a ATUESTA DÍAZ y se ordenó la conexidad.

3.4. La diligencia preparatoria se surtió en sesiones del 6 de febrero, 26 de marzo y 8 de agosto de 2016, 17 de octubre de 2017, 25 de enero y 26 de abril de 2019.

3.5. Por su parte, el juicio oral inició el 20 de noviembre de 2019 y finalizó el 19 de diciembre de 2022, sesión en la que se realizó la lectura de la correspondiente sentencia, determinación contra la cual se interpuso recurso de apelación por la bancada defensiva y por la Fiscalía General de la Nación, objeto de esta instancia.

3.6. En auto del 18 de octubre del 2023, se dispuso por la Magistrada Ponente la reconstrucción de las audiencias del 30 de noviembre de 2020, 3 de junio y 11 de agosto de 2021 a través de informe; empero, el 20 de octubre siguiente el delegado fiscal allegó copia fidedigna de las grabaciones atinentes a las señaladas diligencias de juicio oral.

IV. EL FALLO DE PRIMER GRADO

5

Luego de recapitular los hechos endilgados, la actuación procesal, identidad del encartado y alegatos de conclusión, el fallador indicó las exigencias contenidas en el artículo 381 del Código de Procedimiento Penal para emitir fallo condenatorio, asimismo planteó como temas a tratar (i) la insuficiencia probatoria de algunos de los hechos jurídicamente relevantes y la vigencia de la acción penal, (ii) la imputación objetiva y los deberes funcionales, (iii) la delimitación dogmática de los delitos de contrato sin cumplimiento de requisitos legales e interés indebido en la celebración de contratos y, (iv) el análisis probatorio frente a la solución del caso.

Respecto al primer ítem, señaló que el debate giró en torno a los punibles de contrato sin cumplimiento de requisitos legales e interés indebido en la celebración de contratos, no así referente al peculado por apropiación en favor de terceros, falsedad ideológica en documento público y prevaricato por acción, conductas últimas que además se encuentran prescritas.

En este apartado comentó igualmente, no se realizó una correcta exposición de hechos jurídicamente relevantes en punto a los últimos delitos reseñados; no obstante, en razón a la carencia de medios suasorios primaria una decisión absolutoria, sin embargo, como feneció el poder punitivo del Estado, lo procedente es decretar la preclusión por prescripción.

Sobre el segundo punto, imputación objetiva y los deberes funcionales, puntualizó que esta teoría plantea que el resultado sólo pueda ser atribuido a un autor, cuando éste haya creado un riesgo jurídicamente desaprobado y sea dicho riesgo, y no otro, el que se haya realizado. Como por ejemplo, el que surge del desconocimiento de normas jurídicas o prejurídicas.

Habló seguidamente que los delitos acusados solo pueden ser cometidos por personas determinadas, por lo que es necesario conocer el contexto de regulación en el que se encuentre el servidor público y la órbita de funciones.

Continuó aludiendo la delimitación dogmática de los ilícitos de interés indebido en la celebración de contratos y contrato sin cumplimiento de requisitos legales.

Descendiendo al estudio suasorio indicó, se encuentra acreditada la calidad de servidores públicos de los acusados así, FRANCISCO JAVIER ATUESTA DÍAZ como alcalde a partir del 1° de enero de 2008, LEYVIN HARVEY CABALLERO – secretario de Planeación e Infraestructura –, OMAIRA CASTRO LIZARAZO – secretaria de Hacienda – y JACKELINE ARIAS TOSCANO – Secretaria General y de Gobierno –. Igualmente se corroboró entre las funciones de FRANCISCO JAVIER estaban las de celebrar contratos y convenios como ordenador del gasto, facultad delegada a los secretarios según Decretos 011 de 2008 y 015 de 2009.

Recordó que el reproche penal gira en torno a la vulneración del principio de selección objetiva en 7 contratos de mínima cuantía, derivada de la falta de idoneidad del contratista, por cuanto el establecimiento comercial era de *papel*, se constituyó días antes de la contratación a efectos de favorecer a los hermanos Rodríguez, quienes tenían un taller de mecánica, y con el fin de evadir el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, por cuanto Pedro Rodríguez era concejal de Rionegro.

Y señaló que para acreditar esa hipótesis se contó con el testimonio de Vidal Rivera Jurado, que absolvió trabajar en los años 2008 y 2009 transportando arena en una volqueta y el candidato FRANCISCO le ofreció unos contratos si ganaba. Acto seguido, el procesado autorizó que un prestamista le diera \$1.000.000, fueron a Bucaramanga a tramitar documentos en la Cámara de Comercio y timbrar tres talonarios con el nombre de *Taller Vidal Rivera*, documentos que se quedaron en manos de Jairo Eliécer Rodríguez.

Develó que más adelante lo buscaron para un contrato, firmó un documento sin tener conocimiento de su contenido; asimismo, que fue a un banco a cobrar un cheque por \$550.000 u \$800.000 de los cuales le dieron \$300.000 y el restante dinero le correspondía a la *doctora CASTRO*, sin conocerla; afirmó igualmente que el *Taller Vidal Rivera* nunca existió y no realizó reparaciones de vehículos de policía.

A la par, Teresa Montero en su testimonio dijo tener un taller de mecánica y repuestos en Rionegro, el cual ha estado toda la vida en el pueblo, que la alcaldía ha contratado con ellos, componerse de 2 locales, uno donde trabaja su esposo Pedro Pablo Rodríguez con sus hijos y el otro en el que laboran los hermanos de su cónyuge Álvaro, Orlando y Jorge Eliécer Rodríguez.

Señaló conocer a Vidal Rivera Jurado, por cuanto es vecino del lugar, maneja una volqueta y es ayudante del taller, aseverando igualmente que para la fecha de los hechos su esposo era concejal.

Tales narrativas, según el *A quo*, demuestran que el establecimiento *Taller Vidal Rivera* era de *papel* por cuanto se trataba del mismo taller de los hermanos Rodríguez.

Ahora, en punto de lo acusado a ARIAS TOSCANO, ello es los contratos SGG-08-046 y SGG-08-049 del 2008, se cuenta con la declaración de María Jessica Rangel Ávila, auxiliar de la Secretaría de Gobierno para ese entonces, quien indicó no constarle que JACKELINE ARIAS TOSCANO hubiese sido redireccionada para elegir al contratista, ni las labores que realizó para la verificación de documentos; además dio cuenta que Vidal Rivera Jurado fue a suscribir los contratos e incorporó oficio de propuesta del 14 de noviembre de 2008, así como el acta de terminación y liquidación del negocio SGG-08-049, echada de menos por la Fiscalía.

Resumió, si bien existen propuestas, no ocurre así respecto a los estudios previos o la forma en que se llegó a la selección del contratista, aspecto que sumado a la constitución en *papel* del *Taller Vidal Rivera* determina la afectación al principio de selección objetiva.

Referente a FRANCISCO JAVIER ATUESTA DÍAZ se tiene la factura No. 006 del 29 de diciembre de 2008 y la resolución 084 del 20 de mayo de 2009, se reseñó que contravienen el artículo 46 del Decreto 2474 de 2008 ya que no se trata de contratos y no cumplen con las exigencias mínimas del negocio jurídico; aunado, se incumplió con el deber de contar con estudios previos y se firmó el comprobante general como ordenador del gasto vulnerando los principios de economía y legalidad.

De LEYVIN HARVEY CABALLERO se tiene que el contrato de suministro SPI 09-08-105 del 5 de agosto de 2009, del cual se advierte que los estudios de oportunidad y conveniencia transgreden el inc. 2° del artículo 3° del Decreto 2474 de 2008, ya que no existe una propuesta o cotización de parte del contratista para determinar la mejor opción a contratar. Se transgredió igualmente el principio de selección objetiva de la Ley 80 de 1993, artículo 29.

Agrega el fallador de primer grado, que se contó con el testimonio de Jaime Luis Parra Vergara, Subsecretario de Infraestructura y Planeación, que declaró haber realizado la etapa precontractual y proyectar los documentos del contrato; sumó que no realizó estudio sobre la idoneidad del contratista por la naturaleza del contrato y que versaba en elementos mínimos.

Sobre OMAIRA CASTRO LIZARAZO, se reseñó el contrato de compraventa SHG-0S-09-07-17 y contrato SHG-0S-09-12-34 del 23 de diciembre de 2009, sintetizándose que del primero existen estudios de oportunidad y conveniencia, pero el yerro viene al momento de la ejecución, puesto que el contratista no tenía ni la idoneidad ni la capacidad. Y sobre el segundo, citó que se criticó no verificar que el oferente cumpliera a plenitud con las exigencias, ya que no obra constancia del certificado del revisor fiscal, ni del pago de aportes a los sistemas de salud, pensión, riesgos profesionales, lo cual no es un requisito esencial y por lo cual se descarta la configuración del tipo.

9

Luego de tales precisiones, indicó la primera instancia que la idoneidad del contratista y por ende el principio de selección objetiva sí se acreditó. Puntualmente señaló lo expuesto por OMAIRA CASTRO LIZARAZO en el sentido que por el tipo de contrato, los requisitos eran ser persona natural y que la propuesta esté enmarcada con los precios del mercado, señalando además que fueron revisados por la asesora jurídica y ella al ser contadora desconocía las normas de contratación.

Adicionó que Jairo Rodríguez tiene un taller de mecánica en Rionegro, él fue quien entregó la documentación y actuó de buena fe, asimismo, que la presente denuncia fue una retaliación de Iván Zafra y que la Contraloría y Procuraduría archivaron los procesos fiscal y disciplinario.

Prosiguió replicando que el incumplimiento específico de las normas y principios de la contratación radicó en la ausencia de estudios previos y la falta de idoneidad del contratista. Refirió

nuevamente que la empresa *Taller Vidal Rivera* era ficticia, por lo que no tenía forma de cumplir lo contratado con la administración, corroborando la falta de idoneidad al no ejecutar el objeto contractual; sin embargo, este pudo ejecutarse por un tercero, como lo sería el taller de los *hermanos Rodríguez*, según el testimonio de Teresa Moreno.

Se siguió aludiendo que, la versión de Vidal Rivera Jurado y la prueba documental incorporada, da cuenta de la ausencia del cumplimiento de algunos presupuestos esenciales. Igualmente, existe un hecho indicador en la configuración del ilícito descrito en el artículo 409 del Código Penal, puesto que los contratos se realizaron vulnerando el principio de selección objetiva. Detalló, en el caso se evidencia que el interés indebido de los servidores públicos consistió en adelantar la contratación sin un proceso real de selección objetiva que permitiera verificar la idoneidad y experiencia del contratista.

Y respecto al desconocimiento de los requisitos legales esenciales citó, no se cumplieron los principios de transparencia, economía, planeación, responsabilidad y selección objetiva, así como las reglas de selección en contratos de mínima cuantía porque no se adelantó estudios previos para la escogencia con base en la oferta y atendiendo la experiencia e idoneidad.

En ese sentido concretó respecto a FRANCISCO JAVIER ATUESTA DÍAZ, que como alcalde suscribió contratos ostensiblemente contrarios al régimen sin motivar el porqué se apartó de las reglas de los contratos de mínima cuantía, ordenó la liquidación y pago de la factura 006 de 2009 sin un proceso contractual y sin soporte documental, aspecto que sumado al interés en favorecer al taller tradicional del pueblo que para esa vigencia no podía contratar, configura la responsabilidad penal en los dos reatos.

Similar argumento sirve para acreditar la tipicidad objetiva de OMAIRA CASTRO LIZARAZO, LEYVIN HARVEY CABALLERO y JACKELINE ARIAS TOSCANO, como secretarios de despacho, puesto

que omitieron sus funciones y no observaron el cumplimiento de los requisitos esenciales en materia de contratación. Explicó a continuación lo atinente al principio de confianza legítima y precisó que si bien los contratos suscritos por ARIAS CASTRO y CABALLERO adolecen de una cotización del contratista, no se demostró que el comportamiento fuese doloso, puesto que de los testimonios de María Jessica Rangel Ávila y Jaime Luis Parra Vergara se refirió que la revisión de documentos estuvo en cabeza de otras personas, los cuales no ahondaron en la capacidad del contratista.

Respecto a CASTRO LIZARAZO, se advierte el testimonio de Vidal Rivera Jurado en que señaló a la *doctora Castro*, Jorge Eliecer y otros funcionarios quienes participaron en la repartición de dinero, pero tal tema no se abordó con suficiencia, por lo que no hay suficientes pruebas para demostrar la existencia de un interés ilícito. No ocurre así referente al punible de contrato sin cumplimiento de requisitos legales ya que, la propia OMAIRA CASTRO LIZARAZO, indicó no haber verificado la idoneidad del contratista, atendiendo la cuantía del negocio, actuar de buena fe y que los contratos pasaban previamente por supervisión de la asesora jurídica. Sin embargo, tales argumentos no son justificables por cuanto, detalló que la documentación la entregó Jorge Eliecer Rodríguez y solamente conocer un taller en el pueblo, el cual es el de los *hermanos Rodríguez*.

11

Adicionalmente, por cuanto actuó como supervisora, dejó constancia del cumplimiento del contrato y ordenó el pago, a pesar que Vidal Rivera Jurado no desarrolló el objeto acordado; asimismo, según el manual de funciones y competencias de su cargo se requerían conocimientos en normatividad contractual estatal.

En punto a la dosificación punitiva para el reato de contrato sin cumplimiento de requisitos legales e interés indebido en la celebración de contratos se tiene similar sanción y por ende se dividieron los cuartos así: **mínimo:** 64 a 102 meses, inhabilidad de 80 a 114 meses y multa de 66.66 a 124.995 SMLMV; **medios:** 102 a 178 meses, inhabilidad de 114 a 182 meses y multa de 124.995 a 241.665

SMLMV; y **máximo:** 178 a 216 meses, inhabilidad de 182 a 216 meses y multa de 241.665 a 300 SMLMV. Ulterior limitó la movilidad al mínimo y en virtud de los criterios del artículo 61 del Código Penal se finiquitó una pena de 102 meses de prisión, inhabilidad de 114 meses y multa de 124.995 SMLMV para OMAIRA y FRANCISCO JAVIER.

Sin embargo, atendiendo que frente a ATUESTA DÍAZ se configuró un concurso heterogéneo, se incrementará la pena en 20 meses, arrojando una sanción principal de 122 meses de prisión, multa de 249.99 SMLMV e inhabilidad para el ejercicio de funciones públicas por 134 meses.

Por último, se negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria, disponiendo orden de captura inmediata contra FRANCISCO JAVIER ATUESTA DÍAZ y diferida hasta la firmeza del fallo para OMAIRA CASTRO LIZARAZO.

V. DE LA SUSTENTACIÓN RECURSOS DE APELACIÓN

12

5.1. Recurso Fiscalía General de la Nación

El delegado fiscal inició su intervención solicitando mantener la determinación condenatoria en contra de FRANCISCO JAVIER ATUESTA DÍAZ y OMAIRA CASTRO LIZARAZ, revocando la determinación absolutoria.

Refirió que se comparte la conclusión atinente a la demostración de los elementos objetivos del tipo, pero se aparta en lo concerniente a no haber corroborado el dolo, pues de las propias conclusiones del Despacho se denota que sí se demostró. Esto por cuanto se concluyó la falta de idoneidad del contratista, que el taller *Vidal Rivera* era de *papel* y que solo se conocía un taller en el pueblo, además por cuanto existió un interés ajeno para la adjudicación de los contratos.

Señaló respecto a JACKELIN ARIAS TOSCANO y LEYVIN HARVEY, que es contradictoria su absolución por cuanto ellos

actuaron como delegatarios de FRANCISCO JAVIER, quien sí fue condenado, adicionando que la argumentación sobre los testimonios de María Jessica y Jaime Luis era *muy débil*. Adicionando que existe prohibición de delegar lo delegado.

Citó que si a OMAIRA CASTRO LIZARAZO se le condenó por contrato sin cumplimiento de requisitos legales, debió también hacerlo por el delito de interés en la celebración de contratos.

Y mencionó que existió una errada valoración suasoria pues las narrativas de Vidal Rivera Jurado y Teresa Montero son suficientes.

5.2. Recurso del apoderado de FRANCISCO JAVIER ATUESTA DÍAZ

Inició el opugnador criticando el estudio suasorio efectuado por la primera instancia, puntualizando que en el proceso no existe un contrato firmado por FRANCISCO JAVIER ATUESTA DÍAZ en calidad de alcalde, ya que se le censuró haber ordenado el pago de una factura, adoleciendo de un proceso contractual, por lo que ello significaría estar ante otro punible.

13

Recapituló que los contratos son 5 y fueron suscritos por los Secretarios en virtud de una delegación, mientras que a ATUESTA DÍAZ se le relacionó una factura y una resolución, los cuales hicieron parte de un proceso contractual, pero no son contrato y tampoco se firmaron por el acusado.

Mencionó que la factura 006 de 2009 es un documento aislado que hacía parte de un contrato del que no se estableció quién lo firmó o elaboró; y la resolución 084 de 2009 es también un folio aislado suscrito por su prohijado para la reparación de la camioneta de la policía y como el rubro se sacaba del fondo de seguridad, requería la orden del alcalde como requisito precontractual. Se sumó, no se allegó la carpeta contractual a la que pertenecían esos legajos.

Continuó aludiendo que sí se ejecutó el objeto contractual, ello conforme los testimonios de Jorge Bretón, Jorge Prada y Jaime Luis, así como documentos que se ingresaron. Reseñó que según Jaime Luis Parra los contratos no fueron direccionados y que de Teresa moreno se entiende la idoneidad del contratista.

Añadió que la Fiscalía no mencionó norma que especifique el tiempo de creación de una empresa y su contratación, así como un interés de Vidal Rivera en perjudicar la administración de ATUESTA DÍAZ.

Por último criticó que frente a los demás se les absolvió por no haberse demostrado el dolo, lo cual debió ocurrir igualmente hacia su defendido, máxime cuando no convergía inhabilidad para la contratación de los hermanos *Rodríguez*, por lo que no se puede hablar de un interés indebido.

5.3. Recurso del apoderado de OMAIRA CASTRO LIZARAZO

14

Inició el opugnador recordando los hechos jurídicamente relevantes y precisando que a OMAIRA CASTRO LIZARAZO se le endilgaron las irregularidades en los contratos SHG-OS-09-07-17 y SHG-OS-09-12-34, ambos de 2009.

Siguió aludiendo que para la modalidad de contratación las solemnidades o requisitos exigidos son menores y teniendo en cuenta la documentación de la etapa precontractual, se evidencia la atipicidad objetiva.

Respecto al verbo rector tramitar señaló, del contrato SHG-OS-09-07-17 se aplicó el artículo 46 del Decreto 2474 de 2008 y frente al contrato SHG-OS-09-12-34 se dio aplicación a lo señalado por el artículo 1° del Decreto 3576 de 2009, así entonces se entiende el cumplimiento de todas las exigencias. Enfatizó en el estudio de oportunidad y conveniencia suscritos por la encartada, elaborados por Oscar Mauricio Sánchez y probados por la jurídica Nora Cristina

Gutiérrez, previo a celebrar los contratos, en donde se justifica la adquisición del objeto contractual, igualmente se cuenta con la propuesta de Vidal Rivero Jurado con los documentos que soportaban el perfil del contratista.

Adicionó, según el *A quo* OMAIRA debió constatar de forma presencial o personal la existencia del taller y no limitarse a los documentos presentados, lo cual está por fuera de la órbita de sus competencias. Añadió, de la fecha de la matrícula al momento de la celebración de los 2 contratos, ya había transcurrido 8 y 11 meses.

Sumó frente al verbo rector de *celebrar*, que se cuenta con las minutas contractuales suscritas y, en punto al de *liquidar*, que no fuese acusado, se enmarcó en los parámetros de Ley.

Continuó aludiendo, respecto al principio de confianza legítima que OMAIRA CASTRO LIZARAZO cumplió sus funciones, apoyada en su equipo de trabajo técnico y jurídico para la proyección y revisión de los mismos.

15

En lo relativo a la atipicidad subjetiva, consignó que el estudio del dolo debe hacerse con la información *ex ante* que contaba el sujeto y no con la que pudo obtener *ex post*, concretando que no es cierto que su defendida supiera que estaba interviniendo en la celebración de un contrato con la violación del principio de selección objetiva, máxime porque la alocución de Vidal Rivero de no contar con la idoneidad es posterior.

Por último, criticó el proceso de dosificación punitiva en tanto se le reprochó como circunstancia de mayor punibilidad el haber actuado en *coparticipación criminal*, lo que no corresponde con lo acusado, ya que a OMAIRA se le reprochó como autora.

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 2004, este Tribunal es competente para conocer de los recursos de apelación interpuestos por la Fiscalía General de la nación y la bancada defensiva, contra la sentencia proferida el 19 de diciembre de 2022, por el Juzgado 8° Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento 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. Imputación jurídica

Los encartados FRANCISCO JAVIER ATUESTA DÍAZ, OMAIRA CASTRO LIZARAZO, JACKELINE ARIAS TOSCANO y LEYVIN HARVEY CABALLERO fueron acusados, entre otros delitos, de los punibles de contrato sin cumplimiento de requisitos legales e interés indebido en la celebración de contratos, descritos en los artículos 410 y 409 del Código Penal, cuyo tenor literal refiere:

“ARTÍCULO 410. CONTRATO SIN CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS LEGALES. El servidor público que por razón del ejercicio de sus funciones tramite contrato sin observancia de los requisitos legales esenciales o lo celebre o liquide sin verificar el cumplimiento de los mismos, incurrirá en prisión de sesenta y cuatro (64) a doscientos dieciséis (216) meses, multa de sesenta y seis punto sesenta y seis (66.66) a trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de ochenta (80) a doscientos dieciséis (216) meses.”

“ARTÍCULO 409. INTERES INDEBIDO EN LA CELEBRACIÓN DE CONTRATOS. El servidor público que se interese en provecho propio o de un tercero, en cualquier clase de contrato u operación en que deba intervenir por razón de su cargo o de sus funciones, incurrirá en prisión de sesenta y cuatro (64) a doscientos dieciséis (216) meses, multa de sesenta y seis punto sesenta y seis (66.66) a trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de ochenta (80) a doscientos dieciséis (216) meses.”

6.3. Problema jurídico

Teniendo en cuenta los reproches esgrimidos en la alzada, le corresponde a la Sala de Decisión determinar si de los medios probatorios es válido colegir la responsabilidad penal de los encartados, frente a los delitos endilgados. Ahora, para dar solución a los recursos, se adoptará la siguiente estructura metodológica, (i) se harán precisiones sobre el principio de congruencia y los hechos jurídicamente relevantes, (ii) se abordará el estudio del ilícito de interés indebido en la celebración de contratos y (iii) se analizará lo concerniente al punible de contrato sin cumplimiento de requisitos legales.

6.4. Principio de congruencia y hechos jurídicamente relevantes

El principio de congruencia se encuentra consignado en el artículo 448 de la Ley 906 de 2004¹, y obtiene relevancia en tanto guarda estrecha relación con los derechos al debido proceso y a la defensa, en tanto delimita la condena a aquellos cargos formulados respecto de los cuales el procesado tuvo la posibilidad de controvertir. En otras palabras, es un límite impuesto al poder punitivo del Estado al momento de definir el proceso penal, en tanto se garantiza que solo puede condenarse a una persona por los delitos que le fueron enrostrados en la acusación, ya que esta demarca los aspectos fácticos y jurídicos en los que se desarrollará el juicio².

Tal precepto debe mantenerse en tres aspectos fundamentales: el personal, el fáctico y el jurídico, siendo la coherencia absoluta para los dos primeros, en tanto se ha avalado por la jurisprudencia la posibilidad de modificar la calificación jurídica endilgada al procesado³.

¹ ARTÍCULO 448. CONGRUENCIA. El acusado no podrá ser declarado culpable por hechos que no consten en la acusación, ni por delitos por los cuales no se ha solicitado condena.

² SP1714-2019, radicado 45718, MP Luis Guillermo Salazar Otero.

³ SP029-2019, radicado 52326, MP Eyder Patiño Cabrera.

Quiere decir ello, la congruencia como principio estructural del proceso penal se puede afectar de forma positiva – exceso – o negativa – omisión – cuando: “(i) se condena con afectación del núcleo fáctico, esto es, por hechos distintos o delitos diferentes a los atribuidos en las audiencias de formulación de imputación o de acusación, (ii) se condena por un ilícito que no se mencionó fácticamente en el acto de formulación de imputación, ni fáctica o jurídicamente en la acusación; (iii) se condena por el delito atribuido en la audiencia de formulación de la acusación, pero se deduce, además, circunstancias genéricas o específicas de mayor punibilidad no imputada o acusada; (iv) se suprime una circunstancia genérica o específica de menor punibilidad reconocida en la acusación”⁴

Ahora, frente al particular problema de la especificación sobre la génesis factual, es pertinente hacer referencia a lo expuesto por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia respecto a la diferencia entre los hechos jurídicamente relevantes, hechos indicadores y medios de prueba, así⁵:

En armonía con lo anterior, ha hecho énfasis en las diferencias entre: (i) hechos jurídicamente relevantes -los que pueden subsumirse en la respectiva norma penal-; (ii) hechos indicadores -los datos a partir de los cuales pueden inferirse los hechos jurídicamente relevantes-; y (iii) medios de prueba -los testimonios, documentos, evidencias físicas, etcétera, útiles para demostrar directamente el hecho jurídicamente relevante, o los respectivos hechos indicadores- (CSJSP, 8 mar. 2017, Rad. 44599, entre muchas otras). Sobre esta base, ha resaltado que el artículo 288 establece que en la en la audiencia de imputación solo se puede hacer alusión a los hechos jurídicamente relevantes.

Puntualizándose, los hechos jurídicamente relevantes son aquellos que “corresponden al presupuesto fáctico previsto por el legislador en las respectivas normas penales”⁶. Bajo tal entendido, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en reciente fallo reiteró, sobre la construcción de la base fáctica fundamental, que la misma:

⁴ Ver SP2211-2022, radicado 54304, MP. Fernando León Bolaños Palacios.

⁵ CSJ SP2042-2019, radicado 51007 del 5 de junio de 2019.

⁶ Radicado 44599, del 8 de marzo de 2017, reiterado en SP4792-2018, rad.52507 MP. Patricia Salazar Cuellar.

“(i) se interprete de manera correcta la norma penal, lo que se traduce en la determinación de los presupuestos fácticos previstos por el legislador para la procedencia de una determinada consecuencia jurídica; (ii) el fiscal verifique que la hipótesis de la imputación o la acusación abarque todos los aspectos previstos en el respectivo precepto; y (iii) se establezca la diferencia entre hechos jurídicamente relevantes, hechos indicadores y medios de prueba, bajo el entendido que la imputación y la acusación concierne a los primeros, sin perjuicio de la obligación de relacionar las evidencias y demás información recopilada por la Fiscalía durante la fase de investigación –entendida en sentido amplio-, lo que debe hacerse en el respectivo acápite del escrito de acusación (CSJ SP, 08 Marzo 2017, Rad. 44599; CSJSP, 08 Marzo 2017, Rad. 44599, CSJ SP1271-2018, Rad. 51408; CSJ SP072-2019, Rad. 50419; CSJ AP283-2019, Rad. 51539; CSJ SP384-2019, Rad. 49386, entre otras)”⁷

Para el *sub examine*, es necesario advertir, que si bien la descripción de hechos jurídicamente relevantes realizados por la Fiscalía General de la Nación fue caótica, con acierto el Juez de primera instancia limitó el reproche fáctico a los siguientes presupuestos:

(i) Para el reato de interés indebido en la celebración de contratos, consistió en adelantar un trámite contractual sin realizar un proceso real de selección que permitiera verificar la idoneidad y experiencia del contratista, ello con miras a favorecer a los *hermanos Rodríguez*, quienes se encontraban imposibilitados para contratar con la administración pública por cuanto, Pedro Pablo Rodríguez era concejal.

(ii) Y frente al reato de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, se criticó la vulneración al principio de selección objetiva por cuanto, el taller Vidal Rivera *es de papel* y no contaba con la experiencia ni idoneidad para realizar las tareas contratadas.

De otra parte, frente a los punibles de Peculado por apropiación a favor de terceros, prevaricato por acción y falsedad ideológica en documento público, cargos igualmente enrostrados de manera indistinta a los procesados, en los actos de formulación de imputación y acusación, ninguna referencia se ha hecho ni se hará en este

⁷ Ver SP2211-2022, radicado 54304, MP. Fernando León Bolaños Palacios.

proveído, en tanto fueron objeto de declaratoria de extinción de la acción penal por prescripción, decisión que no fue objeto de reproche alguno por las partes e intervinientes en esta actuación. Luego, por sustracción de materia, se abstiene la Sala de realizar cualquier consideración al respecto.

6.5. Cuestiones previas

Inicialmente es preciso señalar que, de conformidad con los artículos 7° inciso 4°, 372 y 381 de la Ley 906 de 2004, para condenar se requiere el conocimiento más allá de toda duda sobre el delito y la responsabilidad penal del acusado en él, fundado en las pruebas incorporadas en el juicio oral, pues, *contrario sensu*, si emergen dudas en torno a alguno de esos aspectos, ellas deben resolverse a favor del procesado en aplicación del principio *in dubio pro reo*; asimismo, que los hechos jurídicamente relevantes expuestos en la audiencia de formulación de imputación⁸ y acusación deben ser congruentes con la sentencia.⁹

20

En igual sentido, es válido reiterar que, conforme el artículo 16 de la Ley 906 de 2004, es prueba *“la que haya sido producida o incorporada en forma pública, oral, concentrada, y sujeta a confrontación y contradicción ante el Juez de conocimiento”*.

6.6. Interés indebido en la celebración de contratos

Sobre este delito, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia sintetizó como elementos estructurales del tipo:

“(i) Un sujeto activo calificado toda vez que exige la condición de servidor público, no obstante, la responsabilidad penal se extiende a particulares que cumplen funciones públicas.

(ii) El sujeto pasivo es el Estado como titular de la contratación.

(iii) El objeto material se circunscribe al contrato u operación estatal en cuyo desarrollo debe intervenir el agente por razón del cargo o de la

⁸ CSJ Radicación No. 31280, del 8 de julio de 2009

⁹ CSJ. Sentencia SP4132-2019, Radicación No. 52054. del 25 de septiembre de 2019

función. El objeto jurídico atañe a la protección que hace del cumplimiento recto y probo de las atribuciones del Estado.”¹⁰

A la par, se ha señalado que el ilícito se direcciona a los escenarios en que el servidor público se *interese* en provecho propio o de un tercero de un contrato en donde debe intervenir por motivos del cargo; a su vez, el elemento *interés indebido*, consiste en aquel que se contravía al general o se opone al bien común que debe ser el orientador de la actividad pública.

Corolario, “*Lo fundamental es que exista una desviación de los fines contractuales entendida como el desconocimiento de los principios de imparcialidad, transparencia y objetividad, para dar paso a una ventaja o propósito particular de cualquier naturaleza, y no si existió o no infracción a la ley propio del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales.*”¹¹

Ahora, para la configuración de este ilícito es deber de la Fiscalía General de la Nación demostrar “(i) en qué consistió el interés del servidor público -aspecto fáctico-, (ii) por qué el mismo puede catalogarse como indebido -juicio valorativo-; y (iii) cuáles fueron las actuaciones a través de las cuales se exteriorizó el interés ya que no puede penalizarse la simple ideación sin que trascienda el fuero interno del sujeto.”¹²

Del asunto en ciernes no cabe la menor duda de la condición de servidores públicos por cuanto, FRANCISCO JAVIER ATUESTA DÍAZ se desempeñaba como alcalde, JACKELINE ARIAS TOSCANO fungió como Secretaria General y de Gobierno, LEVIN HARVEY CABALLERO actuó como Secretario de Planeación y OMAIRA CASTRO LIZARAZO actuó en calidad de Secretaria de Hacienda y Crédito. Igualmente, tampoco existe duda frente a que los secretarios fueron delegados por el primer mandatario con el fin de adelantar los procesos contractuales al interior de sus dependencias, aspectos que no fueron

¹⁰ Ver SEP090-2022, Rad. 00203, MP. Ariel Augusto Torres Rojas.

¹¹ *Ib.*

¹² *Ib.*

rebatidos en juicio por ninguna de las partes e intervinientes, ni tampoco son objeto de controversia en los recursos elevados, habiendo sido, por el contrario acreditados a través de la prueba documental incorporada al juicio oral por la Fiscalía.

Hechas las anteriores precisiones, itérese, el *A quo* concluyó la responsabilidad penal de este punible únicamente en lo que concierne a ATUESTA DÍAZ, esto por cuanto favoreció el taller tradicional- *de los hermanos Rodríguez*-, con el que no se podía contratar. Contrariamente, consideró la Fiscalía General de la Nación que se demostró, más allá de cualquier duda, la responsabilidad para los secretarios de despacho. Sin embargo, para la Sala de Decisión Penal es claro que las apreciaciones acá descritas son erradas.

Veamos,

Para el caso que nos ocupa, el numeral 1°, literal *f* del artículo 8° de la Ley 80 de 1993 refiere, como inhabilitados para la contratación a los servidores públicos, por lo que podría inferirse que el taller de los *hermanos Rodríguez* –bajo su representante legal- estaba inhabilitado para contratar con la administración por cuanto, Pedro Pablo Rodríguez fungía como concejal para el 2008 y 2009. Circunstancia que se extiende a Teresa Moreno, esposa de Pedro Pablo, en virtud de lo señalado en el numeral 2°, literal *c*, del ya citado artículo.

Empero de dicha situación, lo cierto es que no se plasmó desde la formulación de acusación y por ende no se demostró, la case o el tipo de interés ilícito que tendrían los funcionarios investigados en favorecer al denominado taller de los *hermanos Rodríguez*. Es más, ni siquiera se puede entender la existencia de algún vínculo entre la familia Rodríguez o el taller y los acá acusados, del cual emergería la intención ilícita de favorecerlos a través de la contratación.

Y es que, en el escenario de juicio oral únicamente se cuenta con la versión de Vidal Rivera Jurado, quien mencionó dedicarse a sacar

arena del río durante los años 2008 y 2009, que en Rionegro solo existía el taller de los *hermanos Rodríguez* y que el taller *Vidal Rivera* no existía – sobre este punto se abordará más adelante –. Respondió igualmente, durante la campaña FRANCISCO JAVIER ATUESTA DÍAZ le pidió colaboración a cambio de darle un contrato, luego le solicitó documentos, pero al no contar con ellos, autorizó a *Papero* que le prestara \$1.000.000 y se los diera a Jairo Eliecer Rodríguez, viajaron a Bucaramanga y fueron a la Cámara de Comercio en donde realizaron las trámites de creación del establecimiento denominado *taller Vidal Rivera*.

Sumó, Iván Piñeres y Jairo Eliecer Rodríguez le requirieron unas firmas a lo cual accedió, le dieron \$150.000 o \$200.000 y le indicaron que el resto era para la *doctora Castro*, sin saber quién es y sin constarle si le entregaron algún dinero a la enunciada mujer.

Entonces, de la particular versión entregada por Rivera Jurado, se concuerda con lo descrito por el *A quo* atinente a que no se desarrolló ni abordó con suficiencia la existencia de algún interés ilícito por parte de los acusados OMAIRA CASTRO LIZARAZO, JACKELINE ARIAS TOSCANO y LEVIN HARVEY CABALLERO, en favorecer al taller de los *hermanos Rodríguez* con la contratación de sus dependencias. Y se aparta la Colegiatura de la conclusión atinente a que se demostró la intensión de favorecer por parte de FRANCISCO JAVIER ATUESTA DÍAZ.

Y es que, de lo último enunciado, si bien no se desconoce cuando Vidal Rivera Jurado aseveró que FRANCISCO JAVIER le pidió unos documentos e intermedió para que un prestamista le entregara \$1.000.000 con el fin de constituir el establecimiento *taller Vidal Rivera*, de ello no es posible colegir la existencia de un favorecimiento ilegal en lo concerniente a los 7 contratos que se acusaron, máxime por cuanto en el curso del juicio oral ni siquiera se corroboró que un contrato fuese desarrollado o algún rubro presupuestal hubiese sido entregado al taller de los *hermanos Rodríguez*, en palabras más precisas, que se les hubiera favorecido en la actividad contractual.

Es más, de la exposición vertida por el testigo de cargo se podría inferir un tipo de interés a su favor, pues sería el burgomaestre quien intervino e incitó la conformación del *taller Vidal Rivera* con el cual luego se suscribieron varios contratos a pesar de la aparente carencia de experiencia e idoneidad, no obstante, tal recuento es ajeno a los hechos relevantes.

Lo cierto es que, el Ente Acusador erró desde el momento de la formulación de acusación, al no precisar en qué consistió el *interés indebido* de los servidores públicos, por lo cual, devino imposible para el delegado fiscal que asumió la etapa de juicio, demostrar una situación fáctica de la cual ni siquiera se tenía claridad aparente; asimismo, es menester puntualizar que la hipótesis relativa a ausencia de idoneidad o experiencia, por si sola, no es suficiente para inferir la desviación de los fines contractuales y la existencia de un ánimo de favorecer en oposición al bienestar general, esto además, teniendo en cuenta que tal aspecto fáctico no fue acusado en tanto, se itera, el reproche frente a este reato consistió en favorecer al taller de los *hermanos Rodríguez*, pese a estar inhabilitados para la contratación.

24

Se enfatiza, “*Lo sancionable en este delito es «la prevalencia del interés particular del servidor público que interviene sobre el general de la comunidad en el proceso de contratación, contraviniendo los principios y fines que rigen la administración pública»*¹³ por lo que es obligación demostrar el aspecto fáctico en que consistió el interés del servidor público, porque debe catalogarse como indebido y las actuaciones mediante las que se exteriorizó dicho interés de beneficiar, lo cual claramente no aconteció ya que la narrativa de Vidal Rivera Jurado es insuficiente para dicho fin.

Consecuente de lo hasta acá enunciado, corresponde a la Sala de Decisión Penal confirmar el fallo absolutorio respecto de JACKELINE ARIAS TOSCANO, LEVIN HARVEY CABALLERO y

¹³ Ver SEP108-2023, rad. 50288, MP. Blanca Nélida Barreto Ardila y Jorge Emilio Caldas Vera.

OMAIRA CASTRO LIZARAZO y revocar la determinación condenatoria relativa a FRANCISCO JAVIER ATUESTA DÍAZ realizando la correspondiente redosificación punitiva.

6.7. Contrato sin cumplimiento de requisitos legales

6.7.1. Generalidades

En reciente proveído, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia reiteró que para la configuración del punible se requiere, *“la condición de sujeto activo calificado, esto es, un servidor público en ejercicio de sus funciones; asimismo, se trata de un tipo penal de conducta compuesta alternativa, es decir que incurrirá en el punible, el servidor público que proceda de tres maneras: i) si tramita el contrato sin observar los requisitos legales esenciales que hacen parte de la etapa precontractual ii) si celebra el contrato sin verificar dichos requisitos y iii) cuando liquida el contrato en circunstancias similares”*¹⁴

A la par, es menester que esta Colegiatura detalle que al ser un tipo en blanco, impera la remisión a otras normas, especialmente la Ley 80 de 1993 y a las reglas especiales sobre contratación; asimismo, que el requisito del contrato omitido o vulnerado debe tener la condición de esencial, *“A efectos de facilitar la identificación de los requisitos sustanciales de un contrato, deben atenderse los criterios derivados de la teoría general del negocio jurídico (SP17159-2016, nov. 23, rad. 46037), según los cuales se tienen por tales: (i) «aquellas cosas sin las cuales, o no produce efecto alguno o degenera en otro contrato diferente» (art. 1501 C.C.); (ii) los que de ser incumplidos conllevan la nulidad absoluta del contrato estatal (art. 44 L. 80/1993); y, (iii) en especial, las formas legales que materializan uno o varios principios de la contratación pública (arts. 23-26 y 29, ibidem).”*¹⁵

En igual sentido, puntualícese que es un punible eminentemente *doloso*, por lo que el sujeto activo debe tener claridad respecto los

¹⁴ Ver SP386-2023, rad. 62645, MP. Gerson Chaverra Castro.

¹⁵ Ver SP3478 de 2021, rad. 53219, MP. Patricia Salazar Cuellar.

hechos que configuran el delito, la voluntad de su realización y omitir los requisitos esenciales en la etapa de trámite, celebración o liquidación. Bajo tal entendido, la delegación de la función contractual puede, eventualmente, derivar en ausencia de la responsabilidad penal, sin embargo, para concluirse ello debe analizarse que:

“la responsabilidad penal del representante legal de la persona jurídica de derecho público se produce cuando éste omite, previo a la celebración de los negocios jurídicos, verificar que los funcionarios delegados -como ocurre en este caso-, hayan respetado los procedimientos necesarios para contratar, bien sea por licitación pública o contratación directa, conforme la naturaleza o cuantía del contrato; como también, cuando se aparta del deber de corroborar que fueron llevadas a cabo todas las etapas necesarias en el cometido de garantizar una selección que satisfaga el interés general.”¹⁶

6.7.2. Solución

Lo primero que tiene que destacar la Sala es que el debate suasorio y estudio efectuado por el *A quo*, se limitó a la vulneración del principio de selección objetiva por cuanto, el taller *Vidal Rivera* no contaba con la idoneidad y experiencia para desarrollar el objeto contractual. Tal circunstancia, no fue avalada para JACKELINE ARIAS TOSCANO y LEVIN HARVEY CABALLERO en razón al principio de *confianza legítima*, por cuanto otras personas revisaron la documentación y contrariamente, se entendió acreditada para OMAIRA CASTRO LIZARAZO y FRANCISO JAVIER ATUESTA DÍAZ.

En efecto, no queda duda alguna que en el curso del debate oral se demostró con suficiencia por la Fiscalía General de la Nación, que el *Taller Vidal Rivera*, pese a tener documentación legal, en la realidad no existió por cuanto así lo recalcó el supuesto representante legal, Vidal Rivera Jurado. Es más, tal condición de apariencia se confirmó por los deponentes de descargo Teresa Moreno y OMAIRA CASTRO LIZARAZO, de quienes se advierte en sus narrativas que conocían el taller de los *hermanos Rodríguez* como el existente en Rionegro.

¹⁶ Ver SP386-2023, rad. 62645, MP. Gerson Chaverra Castro.

Denótese, la totalidad de contratos acusados a los procesados se realizaron de manera directa en razón a ser de mínima cuantía – con independencia del SHG-0S-09-12-34 –, por lo que su regulación, para ese instante, se encontraba en el artículo 46 del Decreto 2474 de 2008 cuyo tenor literal dispone,

“Artículo 46. Contratación de mínima cuantía. Cuando el valor del contrato por celebrar sea igual o inferior al diez por ciento (10%) de la menor cuantía, la entidad podrá contratar tomando como única consideración las condiciones del mercado, sin que se requiera obtener previamente varias ofertas, haciendo uso del procedimiento que según el Manual de Contratación de la entidad le permita obtener la oferta más favorable teniendo en cuenta la naturaleza del bien o servicio a contratar.

Cuando la entidad adquiera bienes o servicios en establecimientos que correspondan a la definición de "gran almacén" señalada por la Superintendencia de Industria y Comercio, se presumirá que ha adquirido a precios de mercado.

El contrato así celebrado podrá constar en un documento firmado por las partes, o mediante intercambio de documentos escritos entre la entidad y el contratista, o mediante la factura presentada por el proveedor de bienes o servicios aceptada por la entidad, o en órdenes de trabajo, compra o de servicio, o en cualquier otro instrumento definido por la entidad en el manual de contratación siempre que reúna las condiciones de existencia y validez del negocio jurídico.

En la contratación de mínima cuantía no se dará aplicación a lo señalado en el Título I del presente decreto, sin perjuicio que la entidad cuente con los respectivos estudios y documentos previos que la justifiquen, y se siga el procedimiento que consagre el Manual de Contratación.

Parágrafo. Lo señalado en el presente artículo se aplicará en las demás causales de selección abreviada y en el concurso de méritos cuando la cuantía del contrato sea inferior al diez por ciento (10%) de la menor cuantía.”

Aunado lo antes dicho, el artículo 44 *ib.* describió el procedimiento a seguir en la modalidad contractual de menor cuantía.

Por otro lado, recuérdese que según la Fiscalía General de la Nación y la primera instancia, lo vulnerado en el asunto de trato fue el principio de selección objetiva, definido por el Consejo de Estado como:

“la selección objetiva consiste en la escogencia de la oferta más favorable para la entidad, siendo improcedente considerar para ello motivaciones subjetivas. Para tal efecto, con carácter enunciativo, la norma consagra factores determinantes para esa elección, los cuales deben constar de manera clara, detallada y concreta en el respectivo

pliego de condiciones, o en el análisis previo a la suscripción del contrato si se trata de contratación directa, y que sobre todo, deben apuntar al cumplimiento de los fines estatales perseguidos con la contratación pública.

Lo anterior significa que en la contratación, sea mediante licitación o concurso públicos o contratación directa, la administración está obligada a respetar los principios que la rigen –transparencia, economía y responsabilidad- y los criterios de selección objetiva establecidos en las bases del proceso para la escogencia del contratista al que se le adjudicará el contrato por haber presentado la mejor propuesta, tales como cumplimiento, experiencia, organización, equipos, plazo, precio, etc., los cuales deberán ser previamente analizados y evaluados por la entidad con arreglo a las condiciones del pliego que rigen el respectivo proceso, con el fin de determinar en forma motivada que la propuesta elegida resulta ser en realidad la más ventajosa.

Por lo tanto, el deber de selección objetiva constituye uno de los principios más importantes de la contratación pública, dada su virtualidad de asegurar el cumplimiento de los demás, como que con él se persigue garantizar la elección de la oferta más favorable para la entidad y el interés público implícito en esta actividad de la administración, mediante la aplicación de precisos factores de escogencia, que impidan una contratación fundamentada en una motivación arbitraria, discriminatoria, caprichosa o subjetiva, lo cual sólo se logra si en el respectivo proceso de selección se han honrado los principios de igualdad, libre concurrencia, imparcialidad, buena fe, transparencia, economía y responsabilidad.”¹⁷

Lo anterior en razón a la carencia de experiencia e idoneidad del contratista puesto que el denominado *Taller Vidal Rivera* fue una ficción, lo que directamente incidió en la afectación de los requisitos esenciales de todos los contratos, ello es, la capacidad para obligarse.

28

Siendo así y existiendo claridad en lo ya descrito, el análisis se abordará de manera independiente para cada uno de los acá implicados.

6.7.2.1. Responsabilidad de OMAIRA CASTRO LIZARAZO

En lo que concierne a CASTRO LIZARAZO, se le recriminaron los contratos SHG-0S-09-07-17 del 13 de julio de 2009 y SHG-0S-09-12-34 del 23 de diciembre de 2009.

Respecto al primero de ellos – SHG-0S-09-07-17 –, se cuenta con el estudio de oportunidad y conveniencia, en donde se plasmó como

¹⁷ Ver fallo rad. 07001-23-31-000-1999-00546-01(21489), CP. Ruth Stella Correa Palacio.

objeto contractual el de suministrar e instalar los siguientes accesorios: polarización de los 6 vidrios, 2 estribos para acceso a las puertas y una capa playera para la camioneta NISSAN OSA-850 de la administración municipal¹⁸; en el citado documento, se indicaron además las obligaciones de las partes, plazo, lugar de ejecución, valor del contrato por \$4.000.000, disponibilidad presupuestal y análisis del mercado.

A la par se observa: (i) convocatoria a las veedurías¹⁹, (ii) constancia de fijación y desfijación²⁰, (iii) propuesta suscrita por Vidal Rivera Jurado del 13 de julio de 2009²¹, (iv) antecedentes disciplinarios, fiscales y penales, RUT, cámara de comercio y documento de identidad de Rivero Jurado²², (v) copia del contrato²³, (vi) factura No. 0018 del *Taller Vidal Rivera* del 16 de julio de 2008²⁴, (vii) acta de liquidación y terminación²⁵ y (viii) constancia de cumplimiento²⁶.

De la anterior recopilación documental se entiende, existieron falencias en el estudio de oportunidad y conveniencia por cuanto no se informó el término para presentar propuestas y, al parecer, únicamente se allegó la del *Taller Vidal Rivera*, asimismo, tampoco se realizó la evaluación y adjudicación motivada conforme el artículo 44 del Decreto 2474 de 2008. No obstante, se concuerda con la defensa técnica cuando señaló en la alzada que se presentaron por Vidal Rivera Jurado los documentos necesarios para, primigeniamente, establecer una relación contractual con la administración municipal, los cuales son certificado de antecedentes, RUT y cámara de comercio del establecimiento.

¹⁸ Archivo 03ElementosMaterialesProbatoriosParte3, folio 11 a 13.

¹⁹ Archivo 03ElementosMaterialesProbatoriosParte3, folio 16.

²⁰ Archivo 03ElementosMaterialesProbatoriosParte3, folio 17.

²¹ Archivo 03ElementosMaterialesProbatoriosParte3, folio 14.

²² Archivo 03ElementosMaterialesProbatoriosParte3, folio 24 a 30.

²³ Archivo 03ElementosMaterialesProbatoriosParte3, folio 19 y 20.

²⁴ Archivo 03ElementosMaterialesProbatoriosParte3, folio 8.

²⁵ Archivo 03ElementosMaterialesProbatoriosParte3, folio 21 y 22.

²⁶ Archivo 03ElementosMaterialesProbatoriosParte3, folio 26.

Sin embargo, la falencia determinante que acarrea la responsabilidad penal respecto a este contrato radica en que OMAIRA CASTRO tenía conocimiento de la inexistencia del *Taller Vidal Rivera* y prescindió de ejercer el control que se le imponía en razón a su calidad de Secretaría de Hacienda y Crédito Público. O en palabras más sencillas, a pesar de tener claridad sobre la falta de capacidad por ausencia de idoneidad y experiencia para ejecutar el objeto contractual por Vidal Rivero Jurado, determinó la suscripción del negocio jurídico.

Y es que, deviene imposible para la Sala de Decisión Penal desconocer que en el juicio oral la propia CASTRO LIZARAZO aseveró en su exposición, ser oriunda de Rionegro y conocer que el taller de los *hermanos Rodríguez* lleva mucho tiempo en el municipio, a la par, con la prueba documental se corroboró que CASTRO LIZARAZO actuó en el control de la ejecución. Aspectos que permiten inferir con acierto que tenía conocimiento de la simulación respecto la existencia del *Taller de Rivera Vidal*.

Replíquese, sobre este contrato no se recriminó penalmente la omisión en punto de alguno de los documentos necesarios, o que los mismos fueran falaces – aspecto último que tampoco se demostró –, sino que se reprochó el hecho de, tener conocimiento sobre la inexistencia del taller de Vidal Rivera Jurado y, aun así, haber entablado una relación contractual con él, lo que trascendió a la vulneración del principio de selección objetiva por la potísima razón que el contratista estaba imposibilitado a ejecutar el objeto acordado.

Adiciónese acá, si bien Teresa Moreno respondió que Vidal ayudó a Jairo Eliecer Rodríguez en un taller y, presuntamente, Rivero Jurado constituyó el *Taller Vidal Rivera* en el 2008, prescindió de entregar mayores detalles al respecto como el sitio donde funcionaba, lo cual convalida la tesis acusatoria concerniente a la inexistencia del establecimiento con el cual se contrató, misma que se probó con el testimonio del propio Vidal Rivero Jurado, de quien destáquese, no se

demonstró intención de perjudicar o ánimo vindicativo alguno en contra de los acá implicados.

De otro lado, en lo que concierne al contrato SHG-0S-09-12-34 del 23 de diciembre de 2009, cabe precisar que se tramitó bajo subasta inversa, cuya regulación se encuentra en los artículos 17 y siguientes del Decreto 2574 de 2008, con las modificaciones del Decreto 3576 de 2009.

Al respecto, como prueba documental se allegó, (i) estudio de oportunidad y conveniencia²⁷, (ii) constancia de fijación y desfijación de veedurías²⁸, (iii) convocatoria a las veedurías²⁹, (iv) aviso de invitación pública No. 010-SH³⁰, (v) acta de cierre de contratación directa de mínima cuantía³¹, (vi) informe de evaluación del contratista Vidal Rivera Jurado³², (vii) constancia de fijación del aviso de invitación pública³³, (viii) propuesta de Vidal Rivero Jurado³⁴, (ix) constancia de cumplimiento y acta de liquidación³⁵ y (x) el contrato³⁶. Todos ellos bajo el objeto de *“realizar mantenimiento y reparación de los vehículos a cargo de la policía nacional que presta sus servicios al municipio de Rionegro Santander”*

31

De tales legajos, la Corporación encuentra que se desconoció lo señalado en el artículo 22 del Decreto 2474 de 2008, puesto que era necesario contar con por lo menos 2 proponentes y, en este asunto, solo se tiene la propuesta de Rivero Jurado. Empero, tal y como ocurrió en el contrato señalado previamente, la ilicitud frente a la cual se concluye la responsabilidad penal de CASTRO LIZARAZO se limita al conocimiento de la inexistencia del taller contratado y omitir tal situación suscribiendo el negocio jurídico.

²⁷ Archivo 03ElementosMaterialesProbatoriosParte3, folio 101 a 103.

²⁸ Archivo 03ElementosMaterialesProbatoriosParte3, folio 104.

²⁹ Archivo 03ElementosMaterialesProbatoriosParte3, folio 105.

³⁰ Archivo 03ElementosMaterialesProbatoriosParte3, folio 106 a 108.

³¹ Archivo 03ElementosMaterialesProbatoriosParte3, folio 109.

³² Archivo 03ElementosMaterialesProbatoriosParte3, folio 110.

³³ Archivo 03ElementosMaterialesProbatoriosParte3, folio 101 y 113.

³⁴ Archivo 03ElementosMaterialesProbatoriosParte3, folio 114 a 120.

³⁵ Archivo 03ElementosMaterialesProbatoriosParte3, folio 122 a 124.

³⁶ Archivo 03ElementosMaterialesProbatoriosParte3, folio 125 y 126.

Aclárese acá, si bien en el escrito de acusación se destacó la falsedad en los documentos presentados por el contratista, lo cierto es que tal aspecto fue ajeno al debate probatorio. Siendo así, se presume la autenticidad de los legajos puestos a consideración de la secretaria de Hacienda y Crédito Público, pero ello no derruye su convicción en celebrar un contrato con una persona sin experiencia e idoneidad, a pesar de ser conocedora de dicha situación.

Corolario, no es posible avalar los argumentos defensivos atinentes al principio de confianza legítima, por cuanto el estudio documental lo realizaron Oscar Mauricio Sánchez y Nora Cristina Gutiérrez, o que no era plausible exigirle a OMAIRA, como Secretaria de Hacienda constatar de forma presencial o personal la existencia del taller, ello por cuanto en el juicio oral se demostró que era conocedora de la ficción del *Taller Vidal Rivero* y pese a ello, de manera dolosa, suscribió 2 contratos con este contratista.

Destáquese una vez más, Vidal Rivero Jurado en juicio oral afirmó que el *Taller Vidal Rivera* fue una invención, aspecto corroborado por Teresa Moreno y CASTRO LIZARAZO quienes respondieron tener conocimiento que el taller de los *hermanos Rodríguez* eral el que funcionaba y con el cual se contrataba.

Siendo así, en lo relativo a OMAIRA CASTRO LIZARAZO se confirmará el fallo condenatorio por el punible de contrato sin cumplimiento de requisitos legales.

6.7.2.2. Responsabilidad de JACKELINE ARIAS TOSCANO

Por su parte, a JACKELINE ARIAS TOSCANO en su calidad de Secretaria de Gobierno del municipio de Rionegro, le fueron endilgados los contratos SGG-08-046 y SGG-08-049 del 18 y 24 de noviembre de 2008, respectivamente. Frente a ellos, la primera instancia coligió la ausencia de *dolo* por cuanto la encartada, en virtud del principio de

confianza legítima, delegó la revisión de la documentación a servidores de la misma Secretaría General y de Gobierno, quienes no ahondaron en verificar la capacidad del contratista; contrariamente, en el recurso vertical la Fiscalía planteó que la justificación ofrecida por María Jessica Rangel Ávila y Jaime Luis Parra Vergara es débil, máxime porque no se podía delegar lo delegado.

Respecto al negocio SGG-08-046 de 2008 hay que señalar, nuevamente, se tramitó bajo contratación directa por mínima cuantía, lo que significa que su regulación se encuentra en el Decreto 2474 de 2008. Siendo así, como prueba documental obra en el expediente las siguientes:

(i) Copia del contrato cuyo objeto es el de mantenimiento y suministro de repuestos para la camioneta del municipio de Rionegro³⁷, (ii) acta de inicio³⁸, (iii) acta de terminación y liquidación³⁹, (iii) factura del *Taller Vidal Rivera* del 1° de diciembre de 2008⁴⁰, (iv) comprobante de egreso del 10 de diciembre de 2008 por valor de 5.978.000⁴¹, (v) comprobante general del 9 de diciembre de 2008 por valor de \$14.000.000⁴² y (vi) contrato de prestación de servicios SGG-08-046⁴³.

33

En este punto, si bien el Ente Acusador criticó que no se señaló de *dónde se sacó el valor del contrato* e inexistencia de propuesta, lo penalmente reprochado fue que el contratista no tenía la idoneidad para la ejecución del contrato pues, se itera, el *Taller Vidal Rivera* fue una ficción.

Entonces, se concuerda en la carencia de la convocatoria y pliego de condiciones en donde se justifica el valor a contratar, no así en lo relativo a la propuesta, pues la misma se incorporó por la defensa

³⁷ Archivo 03ElementosMaterialesProbatoriosParte3, folio 127 y 128.

³⁸ Archivo 03ElementosMaterialesProbatoriosParte3, folio 129.

³⁹ Archivo 03ElementosMaterialesProbatoriosParte3, folio 130 y 131.

⁴⁰ Archivo 03ElementosMaterialesProbatoriosParte3, folio 132 y 133.

⁴¹ Archivo 03ElementosMaterialesProbatoriosParte3, folio 134.

⁴² Archivo 03ElementosMaterialesProbatoriosParte3, folio 136.

⁴³ Archivo 03ElementosMaterialesProbatoriosParte3, folio 137 a 141.

técnica. No obstante, tales deficiencias fueron explicadas por María Jessica Rangel Ávila, quien aseveró que laboró en la Secretaría General y Gobierno para el periodo en que JACKELINE fungió como secretaria, explicó que dicha dependencia tenía muchas funciones como las de talento humano, nómina, vacaciones, viáticos, comparendos, derechos de petición, contratación, comités, transporte escolar, espacio público, edictos y circulares, entre otras.

Describió igualmente, en la Secretaría laboraba la jefe de la dependencia o secretaria, subsecretario y ella como auxiliar, asimismo, que había un asesor jurídico quien revisaba los procesos de contratación previo a la suscripción por ARIAS TOSCANO.

En ese sentido, se encuentra acertada la decisión absolutoria por parte del *A quo* en tanto, el proceso precontractual y de revisión de documentos fue realizado por servidores quienes al final, le reportaban a la acusada para la suscripción el cumplimiento de los requerimientos de Ley. Y es que, si el reproche penal gira en torno a la carencia de idoneidad y experiencia del contratista, empero este presentó junto con la propuesta los documentos mínimos exigidos, por lo que se le puso de presente el contrato SGG-08-046 de 2008 para la suscripción, de modo alguno puede concluir la Sala de Decisión Penal que ella era concedora de la vulneración al principio de selección objetiva.

Se adiciona, a diferencia de lo ocurrido con la encartada OMAIRA CASTRO LIZARAZO, la Fiscalía General de la Nación no tuvo la suficiencia probatoria para demostrar que JACKELINE era concedora sobre la inexistencia del *Taller Vidal Rivera* y que a pesar de esa convicción determinó la firma de un negocio con tal contratista; ello pues la práctica probatoria se limitó a la incorporación documental sin que de la misma se pueda, aunque sea inferir el dolo en la actuación pues como se indicó, existió una propuesta con los legajos exigidos.

Similar suerte sigue lo acaecido con el contrato SGG-08-049, del cual el Ente persecutor se limitó a indicar la falta de especificación en los valores, tanto del contratante como del contratista, para nuevamente criticar penalmente la ausencia de idoneidad del *Taller Vidal Rivera* por su inexistencia y la consiguiente falta de capacidad en desarrollar el objeto contractual.

Respecto a ello, recapitúlese, como prueba documental se ingresó, (i) factura del *Taller Vidal Rivero*⁴⁴, (ii) constancia de fijación y desfijación así como convocatoria a las veedurías⁴⁵, (iii) aceptación de la propuesta suscrita por ARIAS TOSCANO⁴⁶, (iv) propuesta de Vidal Rivera Jurado por valor de \$5.380.000⁴⁷, (v) invitación dirigida a Rivera Jurado para presentar propuesta⁴⁸, (vi) acta de inicio y certificado de cumplimiento⁴⁹, (vii) factura del *Taller Vidal Rivera* por \$5.380.000⁵⁰, (viii) acta de liquidación⁵¹, (ix) estudios previos⁵² y (x) copia del contrato SGG-08-049⁵³. Legajos que se entienden auténticos por cuanto no se corroboró alguna falsedad en el estadio de debate.

Entonces, en lo relativo a este negocio basta con decir que se dio cumplimiento pleno a lo preceptuado en el artículo 44 del Decreto 2474 de 2008, entendiéndose que el contratista presentó, con su propuesta, los documentos que se requerían para establecer la relación contractual con la administración, aspecto que sumado a la ausencia de medio suasorio dirigido a demostrar que JACKELINE ARIAS TOSCANO era concedora de la inexistencia del *Taller Vidal Rivero*, conllevan a colegir la ausencia de dolo y por ende, confirmar la determinación absolutoria.

6.7.2.3. Responsabilidad de LEVIN HARVEY CABALLERO

⁴⁴ Archivo 03ElementosMaterialesProbatoriosParte3, folio 142.

⁴⁵ Archivo 03ElementosMaterialesProbatoriosParte3, folio 143 y 144.

⁴⁶ Archivo 03ElementosMaterialesProbatoriosParte3, folio 145.

⁴⁷ Archivo 03ElementosMaterialesProbatoriosParte3, folio 146 a 153.

⁴⁸ Archivo 03ElementosMaterialesProbatoriosParte3, folio 154 y 155.

⁴⁹ Archivo 03ElementosMaterialesProbatoriosParte3, folio 157 y 158.

⁵⁰ Archivo 03ElementosMaterialesProbatoriosParte3, folio 159 y 160.

⁵¹ Archivo 03ElementosMaterialesProbatoriosParte3, folio 160 y 161.

⁵² Archivo 03ElementosMaterialesProbatoriosParte3, folio 163 a 188.

⁵³ Archivo 03ElementosMaterialesProbatoriosParte3, folio 189.

A CABALLERO, en su calidad de Secretario de Planeación e Infraestructura, le fue reprochada la suscripción del contrato SPI 09-08-105 del 5 de agosto de 2009 y al igual que lo señalado para JACKELINE, su absolución devino por la ausencia de *dolo* por cuanto el acusado, en virtud del principio de confianza legítima, delegó la revisión de la documentación a servidores de la misma secretaria de planeación e infraestructura, quienes no ahondaron en la capacidad del contratista.

Al respecto, en juicio oral se recibió la narrativa de Jaime Luis Parra Vergara, quien laboró en la Secretaría como subsecretario y explicó, del trámite contractual, que inicialmente se recibe la necesidad del operador y se inicia con el proceso. En punto al contrato celebrado con el *Taller Vidal Rivera*, describió que hizo un suministro para la maquinaria y actuó de buena fe, por cuanto le entregaron la cámara de comercio y el RUT, desconociendo si tenía la capacidad, pero infiriendo la misma a partir de los documentos presentados por el propio contratista.

36

Entonces, como prueba documental se contó con, (i) factura No 0016 del *Taller Vidal Rivera* por \$5.340.000⁵⁴, (ii) autorización a Iban Piñeres para reclamar un cheque⁵⁵, (iii) comprobante de egreso por \$10.680.000⁵⁶, (iv) constancia de recibido del suministro⁵⁷, (v) acta de liquidación, informe de supervisión, acta de terminación y acta de inicio⁵⁸, (vi) resolución y póliza de seguro⁵⁹, (vii) copia del contrato⁶⁰, (viii) aceptación de la propuesta de Vidal Rivero Jurado⁶¹, (ix) carta de invitación a Rivera Jurado⁶² y (x) estudios de necesidad⁶³.

⁵⁴ Archivo 03ElementosMaterialesProbatoriosParte3, folio 32.

⁵⁵ Archivo 03ElementosMaterialesProbatoriosParte3, folio 33.

⁵⁶ Archivo 03ElementosMaterialesProbatoriosParte3, folio 34 y 35.

⁵⁷ Archivo 03ElementosMaterialesProbatoriosParte3, folio 37 y 39.

⁵⁸ Archivo 03ElementosMaterialesProbatoriosParte3, folio 42 a 47.

⁵⁹ Archivo 03ElementosMaterialesProbatoriosParte3, folio 48 a 53.

⁶⁰ Archivo 03ElementosMaterialesProbatoriosParte3, folio 54 y 556.

⁶¹ Archivo 03ElementosMaterialesProbatoriosParte3, folio 56 a 62.

⁶² Archivo 03ElementosMaterialesProbatoriosParte3, folio 73.

⁶³ Archivo 03ElementosMaterialesProbatoriosParte3, folio 74 a 91.

En lo atinente a este trámite, la Fiscalía censuró en el escrito de acusación, erradamente, la ausencia de propuesta y yerro en los estudios previos, sobre lo primero se tiene que si bien no se aportó como tal dicho documento, sí se advierten los legajos necesarios para suscribir el contrato en adjunto con la respectiva aceptación. Y de lo segundo se evidencia que los mismos obran en el trámite contractual. Finalmente, en punto a la crítica que giró el debate suasorio, ello es la falta de idoneidad y experiencia del contratista, pues el taller es una ficción, resta decir que no se cuenta con medio cognoscitivo relativo al conocimiento de tal situación por LEVIN HARVEY y, contrariamente, si coexisten los documentos que demuestran, aunque sea por ficción, la existencia de un establecimiento de comercio apto para el desarrollo del objeto contractual.

A lo atrás señalado debe sumarse, con acierto la primera instancia determinó la imposibilidad de corroborar el dolo en la actuación del procesado en tanto, la revisión de los documentos que acreditaron la presencia del *Taller Vidal Rivera* fue ajena al implicado, labor que, como bien lo señaló el deponente Jaime Luis, se realizó de buena fe al presumirse auténticos los folios allegados y, de los cuales se infería la capacidad a partir del RUT y cámara de comercio.

Bajo tal entendido, la determinación absolutoria se encuentra acertada y se confirmará.

6.7.2.4. Responsabilidad de FRANCISCO JAVIER ATUESTA DÍAZ

Cabe recordar, FRANCISCO JAVIER para la fecha de los hechos fungía como alcalde de Rionegro, Santander, delegó la contratación en sus secretarios e intervino, directamente, en la conformación ficticia del *Taller Vidal Rivera*.

Respecto lo último dicho, Vidal Rivera Jurado en juicio oral describió, sin ser controvertido, que ATUESTA DÍAZ le prometió un contrato por su ayuda, luego, cuando ya actuaba como burgomaestre,

le pidió documentación y al no tenerla, autorizó el préstamo de \$1.000.000 a través de *papero* para que el testigo se trasladara a Bucaramanga y realizara los trámites en la conformación falaz del establecimiento de comercio con el cual, se suscribieron los contratos tildados de ilícitos por vulneración al principio de selección objetiva.

En palabras más sencillas, para FRANCISCO JAVIER ATUESTA DÍAZ se encuentra corroborado el conocimiento sobre la mendacidad en la existencia del *Taller Vidal Rivera* y por ende, en la ausencia de idoneidad, experiencia y capacidad en la ejecución contractual.

Destáquese al respecto, aunque OMARIA CASTRO en su salida procesal habló de un supuesto interés en perjudicar por parte de Vidal, lo cierto es que de esa manifestación no se allegó medio de corroboración y, entiende la Sala de Decisión, que la rencilla es del señor Zafra, más no de quien actuó como testigo de cargo acá.

A la par, no es de recibo los argumentos defensivos atinentes a que se ejecutó el objeto contractual y que los negocios no fueron *direccionados*, pues lo cierto es que FRANCISCO JAVIER, a pesar de conocer sobre la inexistencia del *Taller Vidal Rivera*, prescindió de su labor de control y vigilancia frente a sus delegados para el respeto de los principios y normatividad contractual. Se adiciona, tampoco es acertado la tesis concerniente a la idoneidad del contratista en virtud de lo expuesto por Teresa Moreno, tal y como ya se sintetizó en el acápite 6.7.2.1.

Recapitulando, hasta este punto se han visto los contratos SGG-08-046 y SGG-08-049 del 2008 celebrados en la Secretaría General y de Gobierno, SHG-0S-09-07-17 y SHG-0S-09-12-34 de 2009 de la Secretaria de Hacienda y Crédito y SPI 09-08-105 de 2009 suscrito por la Secretaria de Infraestructura y Planeación, en los cuales se coligió la existencia de los documentos mínimos requeridos para la contratación, pero el punto de quiebre era el conocimiento frente a la ficción del establecimiento *Taller Vidal Rivero*, asunto que en lo referente a FRANCISCO JAVIER si deviene claro y corroborado.

Ahora, en lo relativo a la resolución 084 de 2009 donde se autorizó a Vidal Rivera Jurado a realizar el arreglo de la camioneta perteneciente a la policía, es evidente que ese solo legajo no cumple los preceptos normativos para la suscripción de un contrato directo por mínima cuantía, esa situación sumada a lo ya señalado sobre el conocimiento de la falta de capacidad del contratista, derivan en la responsabilidad penal del encartado.

Similar suerte sigue la factura 006 de 2009 que fuese cancelada a través de cheque de Bancafé conforme se observa en el comprobante de egreso⁶⁴, esto por cuanto nada justifica haber dispuesto la cancelación por un presunto servicio prestado, a un contratista sin idoneidad, experiencia ni capacidad y prescindiendo de adelantar la más mínima fase contractual.

Sobre estos dos legajos, el apoderado de ATUESTA DÍAZ describió que no son contratos, sino documentos aislados, desconociendo el componente documental que integra la carpeta contractual y las propias implicaciones del testigo de cargo Vidal Rivera Jurado, alegación frente a la cual no se aportó medio suasorio alguno y por lo cual, no tiene la suficiencia para derruir la tesis acusatoria que sí encontró respaldo cognoscitivo.

Corolario de lo descrito hasta este punto, se confirmará el fallo condenatorio contra FRANCISCO JAVIER ATUESTA DÍAZ por el punible de contrato sin cumplimiento de requisitos legales en concurso homogéneo.

6.8. Dosificación punitiva

En primera medida, criticó la defensa técnica de OMAIRA CASTRO que el *A quo* señalara la circunstancia de mayor punibilidad de obrar en coparticipación, pues la misma no fue endilgada; sin

⁶⁴ Archivo 03ElementosMaterialesProbatoriosParte3, folio 194 y 195.

embargo, basta con revisar el escrito de acusación para confirmar que tal situación sí le fue atribuida a su prohijada, por lo cual, ninguna modificación se realizará al proceso de dosimetría punitiva, más aún por cuanto se advierte acertado el parámetro fijado por el fallador de primer grado.

Por otro lado, reitérese que esta Sala de Decisión Penal determinó la absolución de FRANCISCO JAVIER ATUESTA DÍAZ por el delito de interés indebido en la celebración de contratos; en ese orden de ideas, el fallo de primera instancia determinó que las sanciones por los reatos acusados son similares, fijó por el punible del artículo 409 del Código Penal una punición de 102 meses de prisión, multa de 124.995 SMLMV y 114 meses de inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas, a la cual le sumó 20 meses y arrojó como pena final 122 meses de prisión, multa de 249.99 SMLMV e inhabilitación por 134 meses de prisión.

Entonces, teniendo como premisa que los motivos para fijar la pena por la primera instancia fueron correctos, sumado a que ATUESTA DÍAZ se encontró responsable del reato de contrato sin cumplimiento de requisitos legales en concurso homogéneo, se mantendrá la base de los 102 meses de prisión, multa de 124.995 SMLMV y 114 meses de inhabilitación, incrementándose en 10 meses y 10 SMLMV y arrojando, en consecuencia, 112 meses de prisión, multa de 134.995 SMLMV e inhabilitación de 124 meses.

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,

VII. RESUELVE:

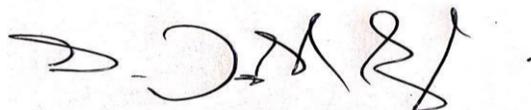
PRIMERO. MODIFICAR el numeral quinto de la sentencia del 19 de diciembre de 2022, emanada del Juzgado 8° Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bucaramanga y en su lugar, **ABSOLVER** a **FRANCISCO JAVIER ATUESTA DÍAZ** del delito de

interés indebido en la celebración de contratos; consecuente, imponer como nueva sanción 112 meses de prisión, multa de 134.995 SMLMV e inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas de 124 meses, conforme con lo expuesto en el cuerpo motivo de este pronunciamiento.

SEGUNDO. CONFIRMAR el fallo en todo lo demás que fue objeto de apelación.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



SUSANA QUIROZ HERNÁNDEZ

Magistrada

41



PAOLA RAQUEL ÁLVAREZ MEDINA

Magistrada



JAIRO MAURICIO CARVAJAL BELTRÁN

Magistrado



República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público

Distrito Judicial de Bucaramanga (Santander)
Tribunal Superior
Sala Penal

Magistrada ponente: Paola Raquel Álvarez Medina.
Radicado: 68001-6000-159-2021-04561-01 (22-387A).
Procesado: Carlos Eduardo Velásquez Cortez.
Delito: Hurto agravado.
Decisión: Confirma sentencia.

APROBADO ACTA No. 1199

Bucaramanga, cuatro (4) de diciembre de dos mil veintitrés (2023)

ASUNTO

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la defensa de **Carlos Eduardo Velásquez Cortez**, contra la sentencia del 28 de abril de 2022, mediante la cual el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Bucaramanga con función de conocimiento, lo condenó a la pena principal de 84 meses de prisión, al hallarlo responsable de los delitos de hurto calificado y agravado, en concurso heterogéneo con tráfico, fabricación, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones (arts. 239,240 inc. 2°, 241 N° 11 y 365 del C.P.).

HECHOS

Según el escrito de acusación, el 17 de julio de 2021, sobre las 00:25 horas, en el sector de la carrera 23 con calle 20 del barrio San Francisco de Bucaramanga, una patrulla de vigilancia de la Policía Nacional abordó al ciudadano Sergio Andrés Guillen Santander, quien informó que minutos antes cuando se encontraba en el establecimiento comercial Tinos Pizza ubicado en la carrera 25 con calle 24 de esta ciudad, un sujeto le hurtó su teléfono celular marca Redmi Note 9s, color azul, con carcasa roja, quien portaba arma de fuego con la que realizó dos disparos cuando pretendía recuperar su dispositivo. Los agentes del orden emprendieron su búsqueda siendo interceptado en la carrera 21 con calle 20 del barrio Alarcón de la



*Apelación sentencia anticipada - Rad: 68001-6000-159-2021-04561-01 (22-387A).
Procesado: Carlos Eduardo Velásquez Cortez.
Decisión: Confirma sentencia del 28 de abril de 2022.*

misma localidad, quien se identificó como Carlos Eduardo Velásquez Cortez, que al practicarle un registro personal le fue hallada un arma de fuego tipo revolver marca Smith Wesson, calibre 38 corto, con número interno 70367, número externo 0894370, pavonado, cache de nácar y con cinco (5) cartuchos calibre 38 marca Indumil, dos (2) percutidos, sin que exhibiera permiso para su porte, así como un equipo móvil marca Redmi Note 9S.

ACTUACIÓN PROCESAL

1. El 17 de julio de 2021, ante el Juzgado Tercero Penal Municipal de Bucaramanga con función de control de garantías, se legalizó la captura en flagrancia de Carlos Eduardo Velásquez Cortez. Así mismo, la agencia fiscal le imputó los delitos de hurto calificado y agravado, en concurso heterogéneo con tráfico, fabricación, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones (arts. 239,240 inc. 2°, 241 N° 11 y 365 del C.P.), cargos que no aceptó; finalmente, a petición de la fiscalía, el despacho le impuso medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario, determinación contra la cual no se interpusieron recursos.

2. El 13 de septiembre de 2021 la fiscalía radicó escrito de acusación contra Velásquez Cortez, por la misma atribución jurídica, que por reparto correspondió al Juzgado Tercero Penal del Circuito de Bucaramanga con función de conocimiento, autoridad que el 12 de noviembre siguiente, en lugar de instalar la audiencia de acusación, la fiscalía informó que celebró un preacuerdo con el encartado, consistente en que, a cambio de aceptar responsabilidad penal por los delitos imputados, degradaría su participación a cómplice para efectos punitivos, fijando la pena a imponer en 84 meses de prisión, pacto que reitera la defensa. El procesado manifestó que conoce sus términos y que acepta los cargos por esta vía de forma libre, consciente, voluntaria y debidamente asesorado; en ese sentido, el despacho aprobó el acuerdo aludido.



*Apelación sentencia anticipada - Rad: 68001-6000-159-2021-04561-01 (22-387A).
Procesado: Carlos Eduardo Velásquez Cortez.
Decisión: Confirma sentencia del 28 de abril de 2022.*

Seguidamente, corrió traslado del artículo 447 del C.P.P., pero se suspendió la diligencia.

El 15 de diciembre de 2021 continuó, pero la defensa señaló que está pendiente lo relacionado con la reparación de la víctima, pues no ha sido posible que esta reciba lo atinente a ese concepto pues dijo que no quiere saber nada del proceso, por lo que accedió al perito experto, quien tasó esa suma en \$200.000 pesos, atendiendo a que el bien hurtado fue recuperado, estando pendiente su consignación, por lo que solicitó el aplazamiento de la audiencia.

El 8 de febrero de 2022 la fiscalía corrió traslado de una consignación que se realizó a favor del señor Sergio Andrés, quien se presentó a la vista pública y manifestó que, si recibió ese monto, pero no lo comparte porque aún toma medicamentos por el miedo que le quedó, dado que siente mucho temor, por lo que desea presentarse con un abogado para presentar un nuevo dictamen, para lo cual objeta el de la defensa. El apoderado judicial de Velásquez Cortez señaló que la víctima se cerró a la banda de recibir cualquier suma de dinero. El despacho le concede al ofendido 3 días para aportar el dictamen de oposición al de la defensa.

El 18 de febrero siguiente, se reanudó la vista pública, en la cual el representante de la víctima indicó que su representado sufragó gastos para el pago de un profesional por las secuelas psicológicas que sufrió por los hechos investigados, por lo que pide que se le permita el expediente penal para estudiarlo y solicitó el aplazamiento de la diligencia.

El 28 de abril de 2022, se continuó la audiencia de traslado del artículo 447 del C.P.P., en la cual la fiscalía se pronunció a la individualización del procesado natural de Barquisimeto -Venezuela, indicó que no tiene antecedentes penales en este país, carece de dirección de residencia y teléfono, se dedica a la construcción, no cuenta con arraigo confirmado y no tiene derecho a ningún subrogado penal. Por su parte, la defensa adujo que



*Apelación sentencia anticipada - Rad: 68001-6000-159-2021-04561-01 (22-387A).
Procesado: Carlos Eduardo Velásquez Cortez.
Decisión: Confirma sentencia del 28 de abril de 2022.*

se cancelaron los dineros por concepto de perjuicios a la víctima quien no estuvo de acuerdo, por lo que solicita la rebaja punitiva por ese concepto.

3. El 28 de abril de 2022, el juzgador profirió la sentencia respectiva, contra la cual la defensa interpuso el recurso de apelación que sustentó dentro del término legal.

4. El 14 de junio 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 endilgado y la responsabilidad penal de Carlos Eduardo Velásquez Cortez con fundamento en la aceptación de cargos por vía del preacuerdo, la cual respondió a una manifestación consciente, libre y voluntaria, debidamente asesorada por su defensor, así como con los elementos materiales de prueba expuestos, por lo que dictó sentencia condenatoria en su contra.

En consecuencia, el *a quo* lo condenó a la pena de 84 meses de prisión por los delitos de hurto calificado y agravado, en concurso heterogéneo con tráfico, fabricación, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones (arts. 239,240 inc. 2º, 241 N° 11 y 365 del C.P.); además, le impuso la sanción accesoria de inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso de la pena privativa de la libertad; igualmente, le denegó los subrogados penales y decretó el comiso del arma de fuego incautada a favor de la Fuerzas Militares de Colombia.

En cuanto al objeto de la censura, advirtió que no opera el fenómeno previsto en el artículo 269 del C.P. dado que, amén de que no está regulada en la Ley 906 de 2004, la reparación integral debe ser realizada de manera voluntaria entre la víctima y el victimario porque no existe un procedimiento en el cual se pueda discutir mediante elementos materiales probatorios el monto de

¹ Documento 25 del Expediente Electrónico.



los perjuicios morales, como en este caso que sí ocurrieron, atendiendo a la gravedad de los hechos, pues incluso quiso quitarle la vida mediante los dos disparos que le propinó al perjudicado, lo que se pretende indemnizar con \$200.000 pesos, por lo que se opone al documento presentado como dictamen, dado que ese valor no comprende los perjuicios materiales y morales.

RECURSO DE APELACIÓN

La defensa de Carlos Eduardo, luego de citar varios apartes normativos, adujo que su defendido tiene derecho a que se le otorgue el descuento punitivo consagrado en el artículo 269 del C.P. dado que se trata de un derecho y no un beneficio, por lo que no puede estar sometido a la voluntad de la víctima. Señala que, ante la negativa contundente del ofendido para llegar a un acuerdo con relación a la reparación, adelantó conversaciones en pro de superar tal situación, pero su respuesta fue que “no iba a recibir nada”, pues ni siquiera dio la posibilidad de una suma concreta; en ese sentido, a efectos de lograr demostrar un monto por ese concepto, en virtud del artículo 373 del C.P.P., designó a un profesional del derecho de la Lista de Auxiliares de la Justicia, para que llevara a cabo un avalúo de los perjuicios ocasionados con la conducta delictiva, siendo procedente la prueba pericial, pues es idónea para su demostración, atendiendo a lo obrante en el expediente.

Adujo que de tal dictamen corrió traslado a la fiscalía, a la víctima y al despacho, al punto que el primero acudió a la audiencia de traslado del artículo 447 del C.P.P. y señaló tajantemente que no estaba de acuerdo con la reparación, por lo que le concedieron 3 días para presentar las objeciones, aclaraciones o lo que considere pertinente; sin embargo, en la siguiente diligencia hizo presencia un abogado que lo representaba, a quien el juez le corrió traslado del dictamen aludido para que presentara objeciones o aclaraciones, fijando nueva fecha para continuar. Finalmente, el 28 de abril de 2022 se continuó el trámite, pero nunca recibió traslado de dichas objeciones, correcciones o aclaraciones al dictamen presentado, dado que no fueron presentadas por el apoderado de víctimas.



Empero, pese a presentar dicho dictamen y haber sido objeto de contradicción por parte de la víctima, quien no se pronunció en el término señalado, sin precisar una suma de dinero diferente y habiéndosele consignado por Efecty la tasada, dado que fue imposible por el Banco Agrario por la nacionalidad venezolana del procesado, no se accedió a ese descuento. Critica que la apreciación del juzgador, sobre que la indemnización debe ser acordada entre víctima y victimario, es netamente subjetiva y contraria a los principios del debido proceso, pues se trata de un derecho y no un beneficio, por lo que no puede estar sujeto a la voluntad del ofendido, dado que los derechos tienen su fuente en la ley. Aduce que el *a quo* confundió la figura de la indemnización integral con el incidente de reparación, pues son totalmente distintas, dado que la primera sí está contenida en el proceso regulado por la Ley 906 de 2004 en virtud del principio de favorabilidad atendiendo a la coexistencia de codificaciones, pero esa figura no es la que postula.

Aduce que la gravedad de la conducta no es un supuesto que se encuentra inmerso en el artículo 269 del C.P., por lo que su inclusión por parte del juez de primer grado quebranta los principios de legalidad, seguridad jurídica, imparcialidad y objetividad. Señala que el juez de primer grado le dio al dictamen la connotación de un documento cuando ello no es así, pues se trata de una prueba pericial que no puede ser rechazada o excluida dado que goza de licitud y legalidad. Critica que el *a quo* fungió como parte al valorar este aspecto porque objetó el dictamen sin soporte probatorio al considerar que debió tasarse el monto de los perjuicios materiales y morales dado que se generaron.

Refiere que lo discurrido en la sentencia le cercena la posibilidad de aclarar, corregir o adicionar esa prueba, como lo haría ante un eventual caso en el que la víctima hubiera criticado el dictamen con elementos que lo sustentaran, lo cual no hizo en su oportunidad; finalmente, aclaró que dicha rebaja punitiva procede únicamente respecto del delito contra el patrimonio económico, que luego de dosificarse junto al otro ilícito contra la seguridad



Apelación sentencia anticipada - Rad: 68001-6000-159-2021-04561-01 (22-387A).
Procesado: Carlos Eduardo Velásquez Cortez.
Decisión: Confirma sentencia del 28 de abril de 2022.

pública daría una pena a imponer que oscila entre 2 años y 6 meses, a 4 años de prisión, por lo que solicita que se revoque la sentencia de primer grado y, en su lugar, se dosifique la pena aplicando la rebaja prevista en el artículo 269 del C.P.

NO RECURRENTES.

No se pronunciaron al respecto.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Para acceder a la rebaja de pena por indemnización integral, la jurisprudencia (cfr., entre otras, CSJ AP2759-2021, rad. 56.012) ha fijado las siguientes condiciones:

(i) que ocurra antes de dictarse sentencia de primera instancia; (ii) que se haya restituido el objeto material del delito, cuando ello sea posible, o, en su defecto, se haya cancelado el valor de éste; y (iii) que sea integral, lo que comporta la obligación de indemnizar los perjuicios causados. Esta última eventualidad se tendrá por cumplida si se demuestra que la víctima fue indemnizada, ya sea por obrar acuerdo al respecto, por acreditarse por cualquier medio de prueba que la reparación se produjo respecto de todos los daños y perjuicios, materiales o morales causados por la infracción o, de resultar irreconciliables las posturas entre víctima y victimario, el procesado atendió el pago del monto establecido por un perito designado para el efecto (CSJ SP16816-2014, rad. 43.959; CSJ SP4318-2015, rad. 42.208; CSJ AP7870-2016, rad. 47369, entre otras).

Bien se ve, entonces, que la rebaja está condicionada al cumplimiento concurrente -no alternativo- de las exigencias de indemnización y restitución. Así lo ratifica la SP2295-2020, rad. 50.569, que a la hora de definir la integralidad de la reparación señala: *“la reparación que exige el artículo 269 del C.P., para abrir paso a la obtención de la rebaja allí prevista, debe ser integral, concepto que incluye, además de la restitución del objeto material del delito o su valor, la indemnización de los perjuicios causados”*.



Esta última exigencia, tiene dicho la Corte Suprema de Justicia, está gobernada por los principios y normas del derecho privado, por lo tanto, podrá entenderse satisfecha con la celebración de un acuerdo entre víctima y victimario, evento en el cual el arreglo surge vinculante para el juzgador, o en caso contrario, deberá determinarse a través de los diferentes medios probatorios:

*“De manera que le corresponde al juez verificar las reales condiciones en las que se presenta la reparación integral, con miras a que los derechos de las víctimas no queden expósitos y a la par se le otorgue al procesado una rebaja inmerecida. Con tal fin el juez puede acudir a cualquier medio probatorio obrante en la actuación, **sin que pueda exigirse para su reconocimiento la manifestación de la víctima sobre su aceptación de lo ofrecido por el acusado.**”*

Ahora bien, conforme a los artículos 94 y 96 de la Ley 599 de 2000, la conducta punible genera la obligación de reparar los daños materiales y morales que se deriven de su comisión, obligación que corresponde en forma solidaria a los penalmente responsables y a quienes de conformidad con la ley estén obligados a responder.

*El daño material, como lo dispone el artículo 1613 del Código Civil, comporta el daño emergente y el lucro cesante; doctrinaria y jurisprudencialmente se ha sostenido que tanto el daño emergente como el lucro cesante, pueden a su vez presentar las variantes de consolidado y futuro. Por perjuicio consolidado se entiende aquel que existe, es el perjuicio cierto, que «ya se exteriorizó», es «una realidad ya vivida». En tratándose del daño emergente, consiste en los desembolsos, egresos, o gastos efectuados; si se trata del lucro cesante, consiste en que «se haya concluido la falta del ingreso». Se considera perjuicio no consolidado aquella disminución del patrimonio de la víctima que sobrevendrá, es futuro; ésta categoría se concreta en los desembolsos, egresos o gastos aún no efectuados (daño emergente futuro) y, en los ingresos que dejarán de percibirse (lucro cesante futuro). De allí que, no existe discusión en cuanto a que el daño emergente y el lucro cesante futuros no pueden considerarse como peticiones accesorias, de acuerdo con el alcance que tiene esta acepción, ya que en sí mismos constituyen el daño material, **elemento integrante de la pretensión de condena al pago de perjuicios.***

Por su lado, los daños morales se clasifican en los objetivados, que son «...aquellos daños que repercuten en la capacidad productiva o laboral de la persona agraviada, y que por consiguiente son cuantificables pecuniariamente.». Y los subjetivados que «...lesionan el fuero interno de las personas perviviendo en su intimidad y se traducen en la tristeza, el dolor, la congoja, o la aflicción que sienten las personas con la pérdida, por ejemplo, de un ser querido. Daños que por permanecer en el interior de la persona no son cuantificables económicamente.» .



De otra parte, el monto de la disminución (de la mitad a las tres cuartas partes) en las penas señaladas para los delitos contra el patrimonio económico, depende del momento en el que se haya materializado la indemnización y del sujeto de quien surgió la voluntad de hacerlo, como lo ha sostenido la jurisprudencia de la Sala. (CSJ SP 26 jun. 2013, rad. 40243).² (Negrilla de la Sala).

En el caso que ocupa la atención de la Sala, la recurrente insiste que su prohijado Carlos Eduardo Velásquez Cortez tiene derecho a la rebaja punitiva prevista en el artículo 269 del C.P. dado que, amén de haberse restituido el bien hurtado, indemnizó integralmente a la víctima con la suma de \$200.000 pesos que consignó a su favor, derivados del dictamen suscrito por la profesional del derecho Fany Amparo Jerez Flórez que tasó tal aspecto en ese quantum. Así, según considera, pese a que el ofendido no aceptó ese valor, tampoco lo estipuló de otra manera ni soportó su censura mediante elementos materiales probatorios, máxime que para derruir el zanjado por el experto, debía presentarse otro dictamen, lo cual no hizo pese a otorgársele la oportunidad en dos ocasiones; asimismo, se opuso a las consideraciones del *a quo*, pues la gravedad de la conducta no es un presupuesto para su reconocimiento al ser un derecho, ni debió desechar tal valoración por considerarla ajena a la realidad, por no constituirse en una parte, la cual bien pudo hacerlo.

Sobre el particular en el expediente electrónico obra el documento denominado *21InformeAvaluoPericial* suscrito por la abogada Fany Amparo Jerez Flórez, auxiliar de la justicia, en el que, luego de analizar los tópicos (i) hechos, (ii) consideraciones, (iii) daños materiales, (iv) daño emergente, (v) lucro cesante, (vi) indemnización integral por los perjuicios causados y, (vii) *recapitulación*, concluyó que “*para la víctima SERGIO ANDRÉS GUILLEN SANTANDER cédula 1090177026 se le reconoce la suma de DOSCIENTOS MIL PESOS M.L.C. (\$200.000.00)*”. Además, en la página 4 del documento se observa la copia de la factura de venta de la empresa Efecty N° 9-201168706 del 8 de febrero de 2022 a las 12:19:28 horas, por valor de \$200.000 pesos, consignado desde el *015502 CARRERA 13 PASEO DEL COMERCIO :: CALLE 35 No 13-47 BUCARAMANGA, SANTANDER*, fungiendo como remitente

² CSJ SP2295-2020. Radicación n° 50659 del 8 de julio de 2020.



Apelación sentencia anticipada - Rad: 68001-6000-159-2021-04561-01 (22-387A).
Procesado: Carlos Eduardo Velásquez Cortez.
Decisión: Confirma sentencia del 28 de abril de 2022.

HENEL ESTUPIÑAN NA con cédula de ciudadanía 13195390, celular 3132731037 y destinatario SERGIO ANDRÉS GUILLEN SANTANDER con cédula de ciudadanía 1090117026, teléfono 3017457777.

Ahora, en la audiencia del 8 de febrero de 2022, el juez le preguntó al señor Sergio Andrés Guillen Santander si recibió la consignación antes aducida, quien manifestó *“sí señor, yo la recibí, me mandaron la foto ahorita. No he retirado ni nada”*³, pero cuando le preguntó si comparte ese valor dijo: *“No, no señor, yo no la comparto (...) pues juez yo todavía estoy tomando medicamentos, porque siempre el miedo que tengo, la presión que tengo, siempre, la verdad, me estoy volviendo como loco, por el miedo que no puedo salir a la calle, no puedo hacer absolutamente nada sin temor a nada, entonces no”*. Más adelante dijo *“yo no voy aceptar \$200.000 pesos, porque yo no quiero aceptar ninguna cantidad de dinero”*.

Bajo esos postulados, la Sala considera que no se han satisfecho los presupuestos legales para entender configurado el fenómeno pos delictual previsto en el artículo 269 del C.P.P., pues si bien se efectuó la restitución del objeto material del delito, dado que se indicó que el equipo móvil hurtado fue devuelto a su dueño, lo cierto es que no se acreditó el pago del monto indemnizatorio, porque aunque se arrió la factura de venta de Efecty N° 9-201168706 del 8 de febrero de 2022 por el valor antes indicado, no se comprobó que el ofendido hubiera recibido tal dinero, dado que señaló que no lo recibiría, carga que no puede ser trasladada a aquel, máxime cuando siempre manifestó que dicha suma no lo reparaba integralmente.

Y es que *“La fecha límite del retiro del giro por parte del destinatario es de treinta (30) días calendario, contados a partir de la fecha desde la cual el giro está disponible. Si el giro no es retirado en ese plazo, se considera no distribuible y es puesto a disposición del usuario remitente hasta por tres (3) meses desde la fecha de imposición del giro, vencidos los cuales sin que se*

³ Récord: 3:00 en adelante. Audiencia del 8 de febrero de 2022.



Apelación sentencia anticipada - Rad: 68001-6000-159-2021-04561-01 (22-387A).
Procesado: Carlos Eduardo Velásquez Cortez.
Decisión: Confirma sentencia del 28 de abril de 2022.

reclame se aplicará el Artículo 52 de la Ley 1369 de 2009.”⁴, luego mal podría considerarse que la transacción realizada ante tal entidad constituiría pago por consignación de la indemnización.

Así las cosas, aun cuando la jurisprudencia ha destacado que en caso de resultar irreconciliables las posturas entre víctima y victimario, puede realizarse el pago del monto establecido por un perito designado para el efecto, en este caso, no ocurrió de esa manera, por tanto, no encuentra la Sala satisfechos a cabalidad los requisitos legales para que opere el evento pos delictual antes descrito, máxime que al existir debate sobre el monto de los perjuicios ocasionados, precisamente al interior del incidente de reparación integral se podría dilucidar lo antedicho, por lo que se confirmará la sentencia de primera instancia.

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 en esta instancia.

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

CÚMPLASE

Los Magistrados,

⁴[https://mapapap.efecty.com.co/preguntas-frecuentes#:~:text=\(%20%2B%20\)%20%20C2%BF%20Tengo%20una%20fecha,cual%20el%20giro%20est%C3%A1%20disponible.](https://mapapap.efecty.com.co/preguntas-frecuentes#:~:text=(%20%2B%20)%20%20C2%BF%20Tengo%20una%20fecha,cual%20el%20giro%20est%C3%A1%20disponible.)



Apelación sentencia anticipada - Rad: 68001-6000-159-2021-04561-01 (22-387A).
Procesado: Carlos Eduardo Velásquez Cortez.
Decisión: Confirma sentencia del 28 de abril de 2022.

PAOLA RAQUEL ÁLVAREZ MEDINA

JAIRO MAURICIO CARVAJAL BELTRÁN

JUÁN CARLOS DIETTES LUNA



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura

PROYECTO REGISTRADO A TRAVÉS DEL EXCEL
INSTITUCIONAL DE LA SECRETARÍA DE ESTA SALA
ESPECIALIZADA EL **12 DE JULIO DE 2023**.

*El expediente obra en un cuaderno digital de
OneDrive*

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SALA DE DECISIÓN PENAL

MAGISTRADO PONENTE: GUILLERMO ÁNGEL RAMÍREZ ESPINOSA

Bucaramanga, seis (6) de diciembre de dos mil veintitrés (2023)
Discutido y Aprobado virtualmente por Acta No. 1208.

OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por la representante de víctimas, contra la sentencia proferida el 15 de agosto de 2023 por el Juzgado Dieciocho Penal Municipal con Función de Conocimiento de Bucaramanga, mediante la cual absolvió a **Nelcy Castellanos Delgado** del delito de **violencia intrafamiliar agravada en concurso homogéneo y sucesivo**; a lo cual se procede de conformidad al artículo 179 del C.P.P.

HECHOS

La primera instancia los expuso de la siguiente manera¹: «*La delegada de la Fiscalía General de la Nación en su escrito de acusación informó, que entre el primero (01) y tres (03) de julio de dos mil diecisiete (2017), NELCY CASTELLANOS DELGADO, maltrató físicamente a sus dos menores hijos, quienes se encontraban al cuidado de su progenitor, esto es, del señor CEFERINO ESPINOSA CARVAJAL, toda vez que este ostenta su custodia legalmente, los hechos acaecen teniendo en cuenta que los menores, para la fecha anotada, se encontraban pasando un fin de semana con la acusada, quien al parecer habría golpeado uno de ellos en sus ojos, esto es a la víctima -sic- de iniciales D. ESPINOSA CASTELLANOS, hecho que es percibido por el señor CEFERINO ESPINOSA, quien le advirtió de un ojo "extraño", por lo que indagó sobre ello, y el niño le expresó que "mi mamá pegó". Por ello decidió buscar asistencia médica, donde se determinó que el infante tenía -sic- una leve hiperemia -*

¹ Archivo 031 carpeta primera instancia digitalizada.

sic-ocular en su ojo derecho. Por esta razón el padre de los menores puso en conocimiento lo ocurrido a las autoridades pertinentes.

La fiscalía explicó en su escrito de acusación, que luego de su investigación logró establecer que la acusada usualmente golpeaba a sus hijos, sin aparente razón, usando elementos tales como palos de escobas, chandletas y correas, además, de tratarlos con palabras groseras.»

ACTUACIÓN PROCESAL

En audiencia de diciembre 12 de 2017², ante el Juzgado Primero Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Bucaramanga se formuló imputación a **Nelcy Castellanos Delgado** por el delito de violencia intrafamiliar agravada en concurso homogéneo y sucesivo (art. 229 inciso 2º CP), cargos que no aceptó.

La fiscalía radicó el escrito de acusación³ que correspondió por reparto al Juzgado Dieciocho Penal Municipal con Función de Conocimiento de Bucaramanga (antes Juzgado Primero Penal Municipal con Función de Conocimiento de Bucaramanga)⁴, ante el cual se celebró la respectiva audiencia el 24 de mayo de 2018⁵.

La preparatoria se llevó a cabo el 2 de abril de 2019⁶, oportunidad en la cual se efectuó el decreto probatorio que fue parcialmente apelado por la fiscalía, sin embargo, el 26 de julio siguiente⁷ se profirió auto inhibitorio por el Juzgado Sexto Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bucaramanga.

² Archivo 001, folio 9 carpeta de primera instancia digitalizada.

³ Archivo 001, folios 3-8 carpeta primera instancia digitalizada.

⁴ Archivo 002 carpeta de primera instancia digitalizada.

⁵ Archivo 003 carpeta primera instancia digitalizada.

⁶ Archivo 006 carpeta primera instancia digitalizada.

⁷ Archivo 009 carpeta primera instancia digitalizada.

El juicio oral se desarrolló en sesiones del 16 de septiembre siguiente⁸, 5 de agosto de 2021⁹, 17 de enero¹⁰, 12 de julio¹¹ y 27 de septiembre¹² de 2022, 17 de abril¹³ y 15 de agosto¹⁴ de 2023, en esta última data se profirió la sentencia absolutoria que fue apelada por la apoderada de víctimas.

SENTENCIA RECURRIDA

Mediante providencia del 15 de agosto de 2023, el Juzgado Dieciocho Penal Municipal con Función de Conocimiento de Bucaramanga absolvió a **Nelcy Castellanos Delgado** del delito de **violencia intrafamiliar agravada**, argumentando que el órgano de persecución penal no cumplió su carga demostrativa, en tanto que existen dudas sobre la tipicidad subjetiva y la antijuricidad de la conducta.

Como fundamento de su decisión, destacó que si bien se demostró la calificación de los sujetos involucrados, la estancia de los niños en la vivienda de su progenitora durante el fin de semana, el maltrato causado a uno de los menores y la incapacidad médico legal dictaminada, no se corroboró si la acción fue ejecutada por la enjuiciada y si ésta configura el injusto atribuido, o se enmarca dentro de los actos de corrección a los que alude el artículo 262 del Código Civil.

Afirmó que en el presente asunto no se acreditó el dolo de maltratar necesario para la configuración del ilícito reseñado, sino que en mala manera, dichos actos se encaminaban a reconducir el comportamiento de sus descendientes, pues según el relato de los niños eran consecuencia de un proceder que la procesada consideraba inadecuado, por ejemplo, no hacer

⁸ Archivo 011 carpeta primera instancia digitalizada.

⁹ Archivo 019 carpeta primera instancia digitalizada.

¹⁰ Archivo 021 carpeta primera instancia digitalizada.

¹¹ Archivo 024 carpeta primera instancia digitalizada.

¹² Archivo 026 carpeta primera instancia digitalizada.

¹³ Archivo 029 carpeta primera instancia digitalizada.

¹⁴ Archivo 031 carpeta primera instancia digitalizada.

caso o romper alguna cosa, de ahí que perseguían infundir respeto y disciplina.

Puntualizó que no se allegó prueba directa de la responsabilidad penal de la encartada, toda vez que el menor que fungió como testigo único lo recuerda de una manera genérica, siendo impreciso en señalar la fecha de ocurrencia de la conducta, pues solo indicó recordar un acto de violencia dirigido a su hermano con una chancleta, lo cual riñe lo dicho por la víctima a la médico forense, en torno a que la conducta de maltrato aconteció con la mano de su ascendiente materna.

Advirtió que previo a este evento la relación ya se encontraba fraccionada, de manera que el comportamiento no causó una vulneración ni puso en peligro la unidad familiar, concluyendo que existían serias dudas con relación a la tipicidad subjetiva y la antijuridicidad de la conducta, lo que impedía afirmar que la procesada incurrió en el ilícito enrostrado, acotando que la incertidumbre debe resolverse en su favor.

EL RECURSO

La apoderada de víctimas apeló¹⁵ con el propósito que se revoque la decisión adoptada, y en su lugar se condene a **Nelcy Castellanos Delgado** como autora del delito de violencia intrafamiliar agravada.

En sustento de la alzada argumentó que, el Estado tiene la obligación de proteger a los niños, niñas y adolescentes contra el maltrato, anotando que tanto la jurisprudencia constitucional como la especializada han decantado los límites del derecho de corrección, con relación al cual se ha consolidado que éste no es de carácter absoluto, sino que tiene como baremo el interés superior del menor, ya que su finalidad radica en formar y educar

¹⁵ Archivo 033 carpeta de primera instancia digitalizada.

al hijo a través de sanciones moderadas con el objetivo de reconvenirlo por sus actos contrarios, sin llegar a comprometer la integridad física o la dignidad humanada.

Señaló que debe tratarse de un acto proporcional a la gravedad de la falta, pues el exceso de rigor se entenderá como un comportamiento generador de violencia carente de justificación alguna, so pena de avalar el maltrato frente a la desobediencia o la incursión en alguna falta por parte de los descendientes, además de aludir a la lesividad del delito de violencia intrafamiliar y a la prueba indiciaria en materia penal.

Afirmó que las pruebas practicadas en el juicio oral permiten determinar que la conducta de la procesada no se enmarcó en actos de corrección, sino en el tipo penal de violencia intrafamiliar, pues a través de ellas se evidenció que los menores fueron maltratados por la acusada, quien tenía pleno conocimiento que estaba golpeando a sus hijos y que ello no se ajustaba al concepto de autoridad que tenía derecho a ejercer, pues había sido orientada por la profesional del ICBF desde el año 2015 sobre lo inadecuado de acudir constantemente al daño físico.

Censuró que la instancia omitiera valorar los indicios producto de las inferencias lógico jurídicas que tienen cabida dentro del sistema procesal penal, conforme el principio de libertad probatoria, en virtud del cual quedó acreditado que el niño DEC padeció una lesión ocular en las referidas calendas, respecto de la cual se conceptuó la relación de causalidad con el golpe de su progenitora, quien previamente también maltrató significativamente a su hermano.

En cuanto a la lesividad del bien jurídico tutelado, adujo que el juez unipersonal obvió considerar i) que los menores DEC y SEC tenían solo 4 y 7 años de edad, siendo altamente vulnerables; ii) que la conducta ocurrida entre el 1º y 3 de julio de 2017 conformaba un patrón de violencia, pues la

encartada en oportunidades previas había golpeado a sus hijos de manera desproporcionada e injustificada; y iii) que debido a los hechos de violencia los infantes se sentían incómodos con la presencia de su madre, por lo cual se afectó la unidad familiar a partir de esos malos tratos.

LA RÉPLICA

La **defensa**¹⁶ deprecó la confirmación de la sentencia absolutoria por atender a lo debatido probatoriamente y estar conforme a derecho, argumentando que contrario a lo referido por la apelante, es ella quien se aferra a apreciaciones o interpretaciones propias que ninguna certeza u objetividad evidencia respecto de la posible responsabilidad penal de la inculpada.

Señaló que el disenso radica en el alcance correctivo de los actos desplegados por la encartada, sin realizar una valoración adecuada de la prueba para inferir si esta figura se dio, a lo cual aunó que no controvertió lo relativo a la existencia de duda en torno a los elementos de la conducta punible, que impidió alcanzar el conocimiento más allá de toda duda razonable y desvirtuar la presunción de inocencia que la favorecía, dando lugar a la aplicación del principio in dubio pro reo.

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 representante de víctimas contra la sentencia absolutoria del 15 de agosto de 2023, proferida por el Juzgado Dieciocho Penal Municipal con Función de Conocimiento de Bucaramanga, dentro del proceso que se le

¹⁶ Archivo 035 carpeta de primera instancia digitalizada.

sigue a **Nelcy Castellanos Delgado** por el delito de **violencia intrafamiliar agravada** en concurso homogéneo y sucesivo.

2. Problema jurídico. -

Se trata de establecer si, como lo aduce la apoderada de víctimas, existe prueba que lleve al conocimiento más allá de duda razonable con relación a la materialidad de la conducta y la responsabilidad penal de la procesada, razones por las cuales imperaría revocar la decisión absolutoria y en su lugar imponer la consecuencia jurídica señalada en el artículo 229, inciso 2° de la Ley 599 de 2000.

Los reparos planteados por la censora están dirigidos a cuestionar la valoración probatoria realizada por la instancia, en tanto, a partir de ella entendió que el comportamiento de la encartada tenía fines correctivos, desconociendo la concurrencia de los elementos del reato endilgado, inclusive a partir de prueba indiciaria, así como la afectación al bien jurídico tutelado de la armonía y unidad familiar.

Conforme a los argumentos expuestos por la opugnadora la Sala desarrollará los siguientes temas: i) la realización del maltrato en la conducta punible de violencia intrafamiliar y el principio de lesividad, ii) la prueba de referencia, iii) la valoración probatoria y iv) el caso concreto.

3. Desarrollo de la decisión.

3.1. La realización del maltrato en la conducta punible de violencia intrafamiliar y el principio de lesividad.

La descripción típica del artículo 229 del C.P., es la siguiente: *«El que maltrate física o psicológicamente a cualquier miembro de su núcleo familiar incurrirá*

siempre que la conducta no constituya delito sancionado con pena mayor, en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años.

La pena se aumentará de la mitad a las tres cuartas partes, cuando la conducta recaiga sobre un menor, una mujer, una persona mayor de 60 años o que se encuentre en incapacidad o disminución física, sensorial o psicológica o se encuentre en estado de indefensión».

A partir de lo anterior, la Corte Suprema de Justicia¹⁷ ha indicado que se puede materializar la conducta en un solo acto *siempre que tenga suficiente trascendencia como para lesionar de manera cierta el bien jurídico de la unidad y armonía familiar, circunstancia que debe ser ponderada en cada asunto; o en la suma de varios comportamientos; por ejemplo, tratándose de una reiteración de abuso emocional o psicológico.*

Con relación al principio de lesividad, entendido como *«obligación ineludible para las autoridades [de] tolerar toda actitud [...] que de manera significativa no dañe o ponga en peligro a otras personas, individual y colectivamente consideradas, respecto de los bienes y derechos que el orden jurídico penal está llamado como última medida a proteger¹⁸»*, se predicó en la providencia citada en punto del delito de violencia intrafamiliar que *no está exento de una valoración sobre la significativa lesión o puesta en peligro del bien jurídico, de manera que, si no se puede predicar un efectivo menoscabo en tal sentido, la acción deberá declararse atípica por su insignificancia, «sin perjuicio de que también pueda contemplarse como un [tema] atinente a la antijuridicidad de la acción, o como causal de ausencia de responsabilidad en el injusto, o incluso como un principio general de interpretación que impide la configuración de la conducta punible sin tener que profundizar en las categorías dogmáticas del delito.*

En cuanto al análisis lógico de la situación como criterio para valorar la afectación del bien jurídico de la familia, se debe resaltar lo decantado por la

¹⁷ CSJ SP964 de 2019, Radicado 46935.

¹⁸ CSJ SP de 13 de mayo de 2009, Radicado 31362, citado en CSJ SP964 de 2019, Radicado 46935.

Corte Suprema de Justicia¹⁹, es labor del intérprete estudiar si el comportamiento adosado al sujeto pasivo de la acción penal posee la entidad suficiente para poner en peligro o dañar el bien jurídico tutelado (principio de lesividad), que tratándose del delito de violencia intrafamiliar es la armonía y unidad familiar.

Así, dicho análisis consiste en describir el comportamiento de los sujetos involucrados en la conducta a la luz del marco institucional, social, tradicional, etc., en el cual se desarrolle el hecho. Estas condiciones deben estar fundadas en datos de índole objetiva, pues de otra manera no podrían considerarse elementos propios de cada situación. Así, las acciones serán explicables (es decir, comprensibles racionalmente) cuando se ajustan de manera objetiva a la situación, a pesar de que sea distinguible (i) la situación tal como era y (ii) tal como la veía o interpretaba el agente. Bajo tal contexto, el juez tendrá que establecer si la conducta fue lesiva o no del interés jurídico materia de amparo.

A manera de ejemplificación, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia²⁰ señaló los siguientes factores objetivos de ponderación para el análisis lógico situacional en cada caso:

«i) Las características de las personas involucradas en el hecho. Más allá de la constatación de que los sujetos activo y pasivo de la conducta cumplen con la condición requerida por el tipo del artículo 229 del Código Penal (es decir, pertenecer ambos al mismo núcleo familiar), se deben estimar los rasgos que los definan y vinculen ante la institución social objeto de amparo (la familia). En tal sentido, serán relevantes factores como la edad, posición dentro de la institución, relación que tenían los implicados antes del evento, etc.

ii) La vulnerabilidad (concreta, no abstracta) del sujeto pasivo. Como factor de particular importancia dentro de los indicados, será prevalente la debilidad manifiesta que pueda predicarse en la supuesta víctima, ya sea en razón de su sexo, edad, salud, orientación, dependencia económica o afectiva hacia el agente, etc. De

¹⁹ *Ibíd.*

²⁰ *Ibíd.*

ahí es posible establecer una relación directamente proporcional entre una mayor vulnerabilidad del sujeto pasivo y una mayor afectación o menoscabo del bien.

(iii) La naturaleza del acto o de los actos que se reputan como maltrato. Se trata de la apreciación del daño o puesta en peligro concreto del objeto material de la acción. Ello implica que la lesividad de un comportamiento se analizará en función de los intereses de las personas involucradas, como se dijo en CSJ SP, 13 may. 2009, rad. 31362. Por ejemplo, la bofetada de un padre contra su hijo tendrá menos relevancia que un acto que le produzca incapacidad médica o daño psicológico.

(iv) La dinámica de las condiciones de vida. Aparte de la situación concreta de cada sujeto de la conducta, son de igual importancia datos como la vivienda en donde opera el núcleo, su estrato social, el rol de los demás integrantes de la familia, así como todo evento propio de la convivencia que incidiera en la producción del resultado.

Y (v) la probabilidad de repetición del hecho. Por obvias razones, si el peligro de volver a presentarse el incidente que se predica como maltrato es nulo o cercano a cero, la lesión a la unidad de las relaciones de la familia, o la armonía que se predica en esta, deberá tener similar o idéntica trascendencia. Son tales escenarios los que en últimas pueden calificarse de "aislados" o "esporádicos" y serán valorables de acuerdo con datos como el estado actual de la relación de los sujetos de la conducta, la forma en que se haya resuelto el conflicto, las medidas adoptadas para no reincidir, etc.».

3.2. La prueba de referencia.

De acuerdo 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 medio suasorio.

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 2017²¹, en los siguientes términos: *«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.»* (Subraya la Sala)

²¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de 6 de diciembre de 2017. M.P. Dra. Patricia Salazar Cuéllar. Radicado: 49915.

3.3. Valoración probatoria.

La reconstrucción de la verdad propiciada por el proceso no es de carácter absoluto, sino relativo, en tanto depende de la actividad probatoria de las partes, es decir, sobre la capacidad de informar lo que éstas dicen, para que el funcionario judicial pueda formarse con base en ello el conocimiento necesario para concluir qué fue lo que aconteció en un determinado espacio de la realidad.

En el escenario probatorio, el legislador estimó que los *hechos y circunstancias de interés para la solución correcta del caso, se podrán probar por cualquiera de los medios establecidos en el código o por cualquier otro medio técnico o científico que no viole los derechos humanos* (artículo 373 del CPP). Lo que se traduce, en que, para probar un determinado hecho, las partes pueden valerse de cualquier medio que sea pertinente, necesario, legal, descartándose así, el sistema tarifado.

Su finalidad es la construcción de una verdad procesal que permita asumir una postura definitiva para resolver la disyuntiva planteada por las partes, la cual resulta de un análisis individual de los medios de conocimiento y la valoración conjunta e íntegra de los mismos, al ser un deber del juez referirse a la totalidad de las pruebas legalmente decretadas y posteriormente ingresadas al proceso, bien sea para acogerlas como elemento estructural de su fallo o para indicar que las mismas finalmente no realizan ningún aporte para el esclarecimiento del hecho investigado, a través de una argumentación en la que se expliquen las razones por las cuales sus pretensiones fueron acogidas o desestimadas.

En ese sentido, el legislador estableció en el artículo 380 de la Ley 906 de 2004 que, *«los medios de prueba, los elementos materiales probatorios y la evidencia física, se apreciarán en conjunto»*, determinando para tales efectos en cada capítulo unos criterios de valoración, cuya función es *«estructurar en el*

fallador una idea clara acerca de la verdad procesal a la cual se enfrenta, para de esa manera arribar a una conclusión que, o bien acoja la proposición del fiscal ora lo haga con la de la defensa.»²²

Así, por ejemplo, a efectos de extractar el mérito que le corresponde al testimonio, éste se examina de conformidad con los criterios de apreciación previstos en el artículo 404 del Código de Procedimiento Penal, lo cual implica que *«el juez deberá atender los principios técnico científicos sobre la percepción y la memoria y, especialmente, lo relativo a la naturaleza del objeto percibido, al estado de sanidad de los sentidos por los cuales se apreció lo narrado, las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se percibió, los procesos de rememoración, el comportamiento del testigo durante el interrogatorio y el conainterrogatorio, la forma de sus respuestas y su personalidad. Por manera que, al valorar la prueba testimonial, el juez puede «no solo acogerla o rechazarla integralmente, sino parcialmente, atendiendo a los criterios de apreciación racional, sin que ello implique, per se, el desconocimiento de las reglas de la sana crítica, ni por ende, un error de apreciación probatoria» (cfr. CSJ SP, 18 ene. 2001, rad. 13265).»²³*

Por tanto, *aunque es ideal que los declarantes hayan percibido directamente el hecho desde una posición privilegiada como ocurre con el testigo ático, no por ello puede descartarse su aporte informativo en la reconstrucción del hecho, pues si las pruebas deben ser valoradas en conjunto, es ese conglomerado probatorio el que permite al juez acercarse lo más posible a la verdad procesal relativa en punto de la materialidad de la conducta y la responsabilidad del procesado, sin que sea acertado descartar la valía de toda una declaración porque no se percibió un momento del desarrollo de la conducta, como parece asumirlo el ad quem en este caso. (CSJ SP6353-2015, Radicado 39233)*

3.4. Caso concreto. –

Con relación a los reparos formulados en punto de la valoración probatoria y la conclusión que a partir de ella arribó el juez de instancia,

²² CSJ SCP, SP8087-2017, junio 7, rad: 47295.

²³ CSJ SCP, SP5391-2018, diciembre 5, Rad: 51889.

atinente a la materialidad de la conducta y la responsabilidad penal que se le endilgaba a **Nelcy Castellanos Delgado**, debe precisar en primer lugar la Sala cuáles fueron los hechos atribuidos a la encartada, a efectos de realizar algunas precisiones con relación al principio de congruencia.

En la audiencia de imputación celebrada el 12 de diciembre de 2017²⁴, la fiscalía realizó la descripción de hechos jurídicamente relevantes en los siguientes términos:

«Nelcy Castellanos Delgado es la madre de los menores S.E.C., y D.E.C.²⁵, los menores S.E.C., y D.E.C., no comparten la casa de habitación desde mediados de, con la señora Nelcy Castellanos Delgado, desde mediados del año 2017. Actualmente la custodia de los menores está por cuenta del señor Ceferino Espinosa Carvajal, sin embargo, la señora Nelcy Castellanos Delgado comparte los fines de semana con los menores.

Para el fin de semana comprendido entre el 1º y el 3 de julio del 2017, los menores S.E.C., y D.E.C., se encontraban en la casa de la señora madre, Nelcy Castellanos Delgado. El menor D.E.C., una vez arriba a su hogar venía con un ojo extraño, a lo que se le pregunta al menor y éste contesta que la mamá le había pegado, razón por la cual fue llevado al médico y el galeno encuentra una leve hiperemia ocular en el ojo derecho, enviándose a valoración prioritaria por oftalmología prioritaria.

Los menores S.E.C., y D.E.C., manifiestan que su madre Nelcy Castellanos Delgado los golpea con correa, con la mano, con una chanda, sosteniendo que por nada lo hace, sosteniendo que si se tiraban al piso les pegaba, si jugaban afuera les pegaba, si jugaban los dos les pegaba, sosteniendo que los golpes los recibían en los brazos, las piernas y la espalda. En igual forma que su expresión para con ellos es a través de insultos.

²⁴ Récord: 5:20 a 15:40.

²⁵ Se suprimen los nombres en protección de los derechos fundamentales de los menores, conforme la jurisprudencia en la materia.

*Manifiesta el padre del menor Ceferino Espinosa Carvajal, que a raíz del comportamiento de la madre **Nelcy Castellanos Delgado** para con sus menores hijos S.E.C., y D.E.C., le fue retirada la custodia y el progenitor quedó a cargo de los dos menores.*

Así las cosas, tenemos que por los hechos acaecidos entre el 1º y el 3 de julio del 2017, específicamente lo que tiene que ver con una agresión de orden física en los cuales se adelanta esta investigación por violencia intrafamiliar se procede siendo víctima el menor D.E.C.; asimismo en lo que tiene que ver con las agresiones verbales se procede siendo víctimas los menores S.E.C., y D.E.C.

***Nelcy Castellanos Delgado** con su comportamiento afecta la integridad física del menor D.E.C., y psicológicamente a los menores S.E.C., y D.E.C., al recibir insultos por su parte.*

***Nelcy Castellanos Delgado** conocía que estaba a miembros de su grupo familiar y aún así usted quiso agredirlos, con ese actuar **Nelcy Castellanos** lesiona el bien jurídico de la familia, el cual no está amparado por causal de justificación alguna al tenor de lo expuesto en el artículo 32 del Código Penal sustantivo, asimismo usted **Nelcy** tenía la capacidad de comprender que maltratar a un miembro de su núcleo familiar es un delito, que para este caso son sus menores hijos, con quien si bien es cierto no comparte una unidad doméstica, usted podía determinarse de acuerdo con esa comprensión y usted era consciente que su comportamiento era antijurídico y le era exigible no maltratar a nadie.*

(...)

*Frente a esta situación doña **Nelcy** observamos cómo efectivamente los cargos que se le están imputando a usted es por una violencia física para lo que tiene que ver para con el menor DEC, porque usted le pega en uno de sus ojitos y eso le trae una situación de orden oftalmológica con ese nombre, se llama hiperemia ocular en el ojo derecho.*

Ahora bien, se informa también por parte de su otro menor hijo que el trato que usted tiene para con ellos es que usted les pega por algún tipo de situaciones,

hay una violencia de carácter física, además cada vez que usted los trata a ellos y los insulta eso también se llama un maltrato de orden psicológico.

Como son los dos menores afectados estamos viendo que usted incurre dos veces en el mismo delito y en varias oportunidades, frente a eso, eso se llama un concurso de delitos.»

En similares términos se formuló acusación el 24 de mayo de 2018, donde se precisó el sitio de ocurrencia de los hechos calle 17N # 56-27, acotando la cognoscente que la temporalidad correspondía a los días 1º al 3 de julio de 2017 (minuto 32:40).

Recuento a partir del cual refulge la errónea forma en que fueron circunstanciados los hechos jurídicamente relevantes, pues la atribución de la modalidad concursal no se realizó conforme las circunstancias de tiempo, modo y lugar de los otros eventos, limitándose a especificar lo relacionado con el golpe causado al menor D.E.C., en su ojo derecho, que se presentó durante la visita de los niños a su progenitora el aludido fin de semana.

Las referencias genéricas al maltrato físico y verbal presuntamente inferido por la procesada a sus descendientes, resultan contrarias a la claridad que debe predicarse de la imputación fáctica, pues si bien se aludió a golpes e insultos en perjuicio de S.E.C., y D.E.C., se omitió precisar las calendas en que se produjeron, el modo en que se materializaron o esbozaron, si tuvieron lugar previo o no a la asignación de la custodia de los niños a su ascendiente paterno, entre otros aspectos que permitieran a la encartada y su defensa adelantar un ejercicio de controversia idóneo.

En consecuencia, atendiendo el principio de congruencia, la Sala no abordará el asunto en la modalidad concursal en la que se le atribuyó la conducta de violencia intrafamiliar agravada a **Nelcy Castellanos Delgado**, sino que limitará sus consideraciones a los supuestos fácticos relativos al

maltrato físico del menor D.E.C., entre los días 1º al 3 de julio de 2017, mientras departía el fin de semana con su madre en el inmueble ubicado en la calle 17N # 56-27 de Bucaramanga.

De cara a lo cual realizará el análisis de los medios de conocimiento que se incorporaron en el juicio oral, empezando por Ana Elvira Aguilera Norato²⁶ perito del Instituto Nacional de Medicina Legal, por medio de la cual se incorporaron los informes periciales de clínica forense del 14 de julio de 2017, 29 de mayo de 2018 y 19 de febrero de 2019, relativos al menor D.E.C., en el primero de 4 años de edad, quien presentaba al primer examen una anisocoria a expensas de midriasis derecha, consistente en una diferencia en el tamaño de las pupilas por dilatación de una de ellas.

En el último dictamen valoró la historia clínica elaborada por el especialista en oftalmología, a partir de la cual concluyó que existió relación de causalidad entre el golpe referido por el menor y los síntomas derivados de aquel, que se trató de un mecanismo de trauma contundente y dictaminó una incapacidad médico legal definitiva de 10 días sin secuelas.

En el conainterrogatorio refirió que únicamente examinó el órgano descrito como afectado, que en la primera valoración no existían huellas de lesión reciente para dictaminar una incapacidad, que no observó otros hallazgos diferentes al aludido ni marcas de violencia en el menor, de ahí que estableciera lo pertinente a partir de la historia clínica del área de oftalmología.

Ceferino Espinosa Carvajal²⁷ afirmó que la procesada es la madre de sus hijos S.E.C., y D.E.C., de 9 y 7 años respectivamente, anotando que le fue concedida su custodia en junio de 2016 por la Comisaría de Familia de La Joya, posterior al seguimiento realizado para verificar el maltrato físico

²⁶ Audiencia de juicio oral del 16 de septiembre de 2019, minuto 25:38 a 1:02:55.

²⁷ Audiencia de juicio oral del 16 de septiembre de 2019, minuto 1:06:15 a 1:53:30.

inferido por su progenitora, toda vez que en las visitas encontraba moretones en el cuerpo de aquellos, además de comentar que convocó infructuosamente a la encartada a conciliaciones ante el ICBF.

Afirmó que los menores se reunían con su ascendiente materna durante los fines de semana (viernes a domingo), uno de ellos que abarcaba el lunes festivo la procesada pasó a recogerlos y los trasladó a su vivienda, sin embargo, al regresar observó que su hijo D.E.C., sentía molestia en el ojo derecho mientras usaba el celular y al indagarle refirió que había sido golpeado por su mamá, por lo que procedió a revisarle aquel órgano que se encontraba negro.

Acto seguido lo llevó al servicio de urgencias de la Clínica Iumist, siendo remitido a oftalmología por la gravedad de la lesión, comentando que la comisaría de familia restringió la estadía de los niños en la residencia de la acusada y las visitas sin acompañamiento, de ahí que los encuentros se hagan de manera habitual en presencia de sus familiares, sin que se volvieran a presentar eventos similares.

Comentó que también S.E.C., ha sido objeto de maltrato físico por parte de su progenitora, en una oportunidad lo golpeó en el lado izquierdo del rostro generándose un morado, razón por la cual las autoridades educativas solicitaron la intervención del ICBF, momento para el cual ya le había sido otorgada la custodia a él.

La fiscalía le refrescó memoria en torno a la fecha de ocurrencia de los hechos, advirtiéndole que correspondía al 29 de junio de 2017 según la denuncia formulada, además de informar que el niño D.E.C., cursaba el grado preescolar.

A instancias de la defensa reiteró que se percató de la molestia ocular de su hijo mientras aquel revisaba el celular, que los menores han sido

agredidos en otras ocasiones, que en la oportunidad atribuida a la encartada considera estuvieron en peligro, sin que aquellos hayan referido algún tipo de maltrato verbal, anotando que las agresiones cesaron aproximadamente seis (6) meses previos a su declaración, a la par que reconoció su interés en que los niños compartieran con su progenitora.

Mercedes Espinosa Carvajal²⁸, hermana del denunciante y tía de los menores, averó que los niños residen con su colateral hace tres (3) meses y la familia se encarga de su cuidado mientras el papá trabaja, comentando que acompañó a D.E.C., a la cita programada para atención especializada dado que al regresar de la visita con su progenitora presentó dolor ocular y tenía la pupila dilatada.

Advirtió que en virtud de ello fueron remitidos a medicina legal, la comisaría de familia y la fiscalía para la denuncia, que para la época el menor oscilaba entre cuatro (4) a cinco (5) años, que los niños referían maltrato previo por parte de su mamá, que fueron convocados en el colegio atendiendo a las manifestaciones de S.E.C., acerca de agresiones físicas en su contra, además de averar que durante las visitas vigiladas la progenitora acude al inmueble familiar y comparte a las afueras con sus hijos, sin avizarar algún acto constitutivo de maltrato.

La investigadora Claudia Juliana Moreno Blanco²⁹ rindió el informe de fecha 28 de septiembre de 2017, en el cual desarrolló lo relativo a la entrevista de los menores S.E.C., y D.E.C., identificados con los Registros Civiles de Nacimiento NIUP 1.030.180.230 y 1.099.757.754 respectivamente, el arraigo social y familiar de la procesada, sus antecedentes, anotaciones y plena identidad, entre otras labores.

²⁸ Audiencia de juicio oral del 16 de septiembre de 2019, minuto 1:56:55 a 2:14:12.

²⁹ Audiencia de juicio oral del 5 de agosto de 2021, minuto 10:10 a 1:12:20.

Por intermedio de la declarante se incorporó la entrevista rendida el 22 de septiembre de 2017 por el niño S.E.C., «Tengo siete años, estudio en el colegio que se llama Miraflores, de segundo C, me gusta la materia artística y no me gusta sociales, no me gusta porque le toca escribir y leer, perdón, me toca escribir y escribir, allá tengo amigos y juego al ponchado, escondite, a los ladrones y policías, a veces soy policía y a veces ladrón, vivo con mi nona doña Nelly, mi papá Ceferino, mi tía Mercedes, mi tío no me acuerdo el nombre y mi hermano David.

Me siento bien en esa casa, mi papá me trata bien, no es regañón, yo me porto bien, y cuando no me porto bien me pega, a veces me pega con correa, mi mamá si le sacaba una matria -sic- mal con correa, chandleta, lazos de cuero, mi mamá me pega más que mi papá, pero yo no vivo con mi mamá, antes si, antes era feo vivir con ella, porque ella su yo jugaba en el puso me pegaba, si yo jugaba afuera me pegaba, si nosotros jugábamos, David y yo nos decía Stevan, David vengan que les voy a pegar, también me gritaba, Stevan por qué no me hace caso, Stevan por qué me regó los platos, me decía groserías, chino hp por qué no hace esto, me tocó limpiarle el piso y trapear, me ponía a lavar las ollas, hacer la comida, de todo, pero yo hacía todo rico cuando cocinaba, hacía el café y lo hacía rico, cuando yo vivía con mi mamá vivía mi nona Elodia, mi tía Mirelba, Elbeny, Albeiro, una niña que llama Sofía, Norberto y ya.

Cuando mi mamá me pegaba, me pegaba por los brazos y me los dejaba morados, las piernas y la espalda, me daba coscorriones y pellizcos, me pegaba por la cara, eso me dolía mucho, también me pegaba mi tía Mirelba y mi nona Elodia, me pegaban porque sí, yo lavaba la cocina me pegaba, si hacía algo rico me pegaban, me pegaban mucho, no me gustaba estar en esa casa. Mi mamá solo me dio un regalo de cumpleaños me dieron unas medidas y un carro y ya.

Ahora estoy viviendo con mi papá, me siento bien y feliz, ahora que si estamos en el colegio mi mamá va y nos rapa, cuando viene mi hermano David también lo rapa, no me gusta que vaya al colegio, me dice que venga y nos gasta algo pero ella no nos gasta nada, nos regaña todos los días, cuando llama por teléfono nos grita y no me gusta hablar con ella porque nos grita mucho y a mi hermano también, todas las semanas veo a mi mamá en el colegio, espera a la salida, me recoge mi tía

Mercedes pero mi mamá nos rapa y eso no me gusta. Yo quiero mucho a mi tía Mercedes y a mi papá, a mi mamá no, no quiero volver a verla ni hablar por teléfono con ella, mi papá si me quiere, pero mi mamá me odia». (récord: 42:25)

En la misma fecha fue entrevistado el menor D.E.C., quien efectuó el relato a saber: *«Tengo cinco años, me llamo D Espinosa, estudio donde mi profesora Carmen Sofía, voy de primero, he aprendido con la profesora Carmen Sofía me hace dictados de palabras, he aprendido los números varios, hasta el diez, tengo amigos uno se llama Esteban, Lucía y juego con ellos al ponchado, al escondite, vivo con mi mamá Smith, con mi papá, con Mechas y mi nona la mamá de mi papá.*

Pero mi mamá Nelcy es quien me pega y no me compra nada, me pega porque si, cuando yo no lo hago caso me pega y cuando yo le rompo alguna cosa también me pega, si parto otra cosa me pega, me pega con la chancleta, con la correa, con el palo de la escoba, me pega en las piernas en las dos, casi me saca este ojo, me pegó porque yo le rompí algo, me dolió, en la espalda con la correa, con la mano y chancla y ya, mi mamá vive arriba pero no con mi papá, mi papá no me ha pegado, solo mi mamá, a mí no me gusta estar con mi mamá porque ella me pega, cuando yo rompo una cosa ella me pega, no me gusta estar con ella, ella no me da nada de regalo, yo no quiero ver a mi mamá Nelcy, estoy con mi papá y me gusta.» (minuto 45:32 a 46:56)

Aunado a ello, incorporó el observador de los alumnos S.E.C., y D.E.C., en el Instituto Educativo Las Américas y los informes evaluativos, además de aclarar que no existía proceso de psicorientación, indagándosele sobre el acudiente registrado, que fue la procesada durante los años 2015 - 2016 y Mercedes Espinosa en la siguiente anualidad (2017).

En el contrainterrogatorio aclaró que en las entrevistas de los menores hicieron presencia su progenitor y el defensor de familia, que en los documentos del establecimiento educativo no avizoró reporte alguno de

maltrato y que no recordaba la palabra utilizada por S.E.C., en el reglón 8 de su relato (matria), aclarando que ello obedeció a un error mecanográfico.

La defensa interrogó a Kathia Eugenia Orejuela Luna³⁰, quien refirió que atendió en el ICBF a la procesada en el año 2015, en virtud de una solicitud de restablecimiento de derechos por maltrato elevada por el progenitor de los niños, lo que ameritó la realización de visita domiciliaria y la citación de la encartada para la indagación correspondiente, diligencias que no permitieron establecer eventos de agresión concretos.

Evidenció la existencia de un lazo afectivo fuerte entre los menores y su ascendiente materna, así como la garantía de sus derechos por parte de la última, no obstante, advirtió que ha acudido a pautas de crianza inadecuadas para la enseñanza de normas, límites y disciplina de sus hijos, razón por la cual le brindó asesoría sobre los métodos de corrección diferentes al castigo físico, acotando que no observó temor o rechazo que permitiera inferir maltrato frecuente o significativo.

El niño SE.C.³¹ calificó como malo el trato recibido por su mamá dado que le asignaba junto a su hermano la labor de vender cebolla, contrario al comportamiento de su ascendiente paterno, comentando que en la casa colabora con el aseo semanal y la cocción de alimentos, ello a partir de los 4 o 5 años que su tía le enseñó.

Refirió que en su anterior colegio ocasionalmente lo recogía su madre y el ambiente se tornaba pesado, pues tenía la sensación que lo iban a regañar, anotando que reside con su ascendiente paterno, su hermana y su madrastra, que si bien compartía residencia con su hermano fue trasladado a la vivienda de su tía para cursar allí los estudios, que ambos atienden las

³⁰ Audiencia de juicio oral del 12 de julio de 2022, minuto 16:00 a 29:50.

³¹ Audiencia de juicio oral del 27 de septiembre de 2022, audio 2, minuto 3:25 a 19:50.

directrices de su progenitor relativas a la orden de las habitaciones y que no lo ha influenciado para declarar contra la procesada.

Comentó que D.E.C., fue golpeado en el rostro con una chancleta que le arrojó su progenitora, que la causa fue romper un vaso en el que bebía un jugo y que no alcanzó a reaccionar para protegerlo.

A instancias de la fiscalía advirtió que reside con su progenitor desde que cumplió cuatro (4) años y que su hermano vive en otro inmueble con la familia paterna hace aproximadamente cuatro (4) meses, además de afirmar que no comparte tiempo con su progenitora porque no volvió a visitarlos después de sus declaraciones acerca del maltrato.

La procesada **Nelcy Castellanos Delgado**³² manifestó que el trato de sus hijos ha sido bueno, que los menores eran un poco hiperactivos por lo que tenían un comportamiento regular, que su actitud frente a la desobediencia únicamente comprendía llamados de atención y regaños ocasionalmente, comentado que la relación con el progenitor de los niños ha sido mala desde su separación, que supone la denuncia por el rencor derivado del abandono del hogar y, que desconoce la influencia que pueda ejercer sobre aquellos dado que no tiene contacto con ellos aproximadamente tres (3) años antes.

Refirió que en las fechas señaladas por la fiscalía en la acusación los infantes estuvieron con ella, pero no recordó haber golpeado en la vista a su hijo D.E.C., anotando que debía ejercer la corrección de sus hijos, sin golpearlo en el referido órgano.

³² Audiencia de juicio oral del 27 de septiembre de 2022, audio 2, minuto 37:12 a 45:56.

Emilce Castellanos Delgado³³, Ana Hilda Castellanos Delgado³⁴ y Elodia Delgado Jerez³⁵, afirmaron que no observaron maltrato físico alguno contra los menores por parte de la procesada en el tiempo de la acusación, época en la que algunas de ellas residían en el mismo inmueble, la otra hermana mantenía contacto frecuente, que los niños se caracterizaban por su hiperactividad, sin embargo, la corrección se realizaba a través de llamados de atención e imposición de algunas medidas.

Siendo esta la prueba recaudada, procederá la Sala a estudiar si los medios aportados por la fiscalía cumplen el estándar exigido por el legislador para la emisión de un fallo condenatorio, conforme lo reclamado por la apoderada de víctimas, además de verificar si el comportamiento endilgado se encuadra dentro de los denominados actos de corrección y lo relativo a la lesividad de la conducta.

Lo primero que se destaca dentro del caso de marras es que los menores D.E.C., y S.E.C., no concurrieron al juicio oral como testigos de cargo, pues la delegada del órgano de persecución penal consideró contrario al interés superior del menor imponerles asistir a la vista pública y declarar contra su progenitora, dado que ello implicaba revictimizarlos ante la necesidad de traer a su memoria eventos de maltrato que ocurrieron a su escasa edad.

En consecuencia, solicitó como prueba de referencia las entrevistas que rindieron el 22 de septiembre de 2017, las cuales fueron incorporadas a través de la investigadora Claudia Juliana Moreno Blanco, conforme lo autorizado en la audiencia preparatoria.

Declaraciones de las que resulta importante el relato efectuado por D.E.C., dado que su hermano se limitó a referir múltiples hechos de maltrato

³³ Audiencia de juicio oral del 27 de septiembre de 2022, audio 2, minuto 52:10 a 59:58.

³⁴ Audiencia de juicio oral del 27 de septiembre de 2022, audio 2, minuto 1:14:00 a 1:28:25.

³⁵ Audiencia de juicio oral del 27 de septiembre de 2022, audio 2, minuto 1:46:00 a 2:05:50.

que no fueron ubicados temporal ni espacialmente, sin embargo, el prenombrado refirió haber sido golpeado en un ojo *-casi me saca este ojo, me pegó porque yo le rompí algo, me dolió-*, lo cual coincide precisamente con la acusación realizada, permitiendo vislumbrar la existencia de la agresión física, la percepción de su entidad y la autora de la misma.

Aunado a ello, la fiscalía practicó los testimonios de Ceferino Espinosa Carvajal, Mercedes Espinosa Carvajal y Claudia Juliana Moreno Blanco -quien incorporó sendos documentos-, a la par que se adujo la prueba pericial rendida por la médico legista Ana Elvira Aguilera Norato.

En ese orden, contrario a lo mencionado por la delegada del órgano de persecución penal en los alegatos conclusivos, en el presente asunto no sólo se incorporó prueba de referencia para acreditar la materialidad de la conducta endilgada y la responsabilidad de **Nelcy Castellanos Delgado**, no obstante, la concurrencia de algunas personas que no avizoraron directamente el maltrato objeto de juzgamiento, quienes en todo dan cuenta que los menores estuvieron con su progenitora el fin de semana que transcurrió entre el 1º al 3 de julio de 2017, la lesión que presentaba D.E.C., posterior a departir con su madre y, las diligencias que se adelantaron en materia médica y judicial.

De otro lado, no puede desconocer la Sala que el yerro que pudo surgir de la decisión de no presentar los menores en el juicio oral, fue subsanado en la práctica probatoria de la defensa, en tanto, presentó como testigo directo al infante S.E.C., quien no solo evidenció de manera genérica los malos tratos que recibían de su ascendiente materna, sino que comentó que su hermano fue golpeado en el rostro con una chandleta que le arrojó la encartada por romper un vaso en el que tomaba jugo.

Atestaciones últimas que permiten afirmar que presencié la agresión de manera directa y personal, al punto que así lo describió en su

interrogatorio, además de referir que quiso interponerse, pero no habría alcanzado a reaccionar, de ahí que sea incuestionable su condición de testigo directo, se itera, quien complementó lo conocido a través de la declaración anteriores *-casi me saca este ojo, me pegó porque le rompí algo, me dolió-*, pues la agresión se ubicó en ambos casos en el rostro de E.D.C., y se le endilgó a **Nelcy Castellanos Delgado**.

Tratándose de un golpe que no pasó desapercibido para sus familiares al regresar de la visita con su mamá, concretamente para su padre Ceferino Espinosa Carvajal, quien una vez advertida la molestia ocular de su hijo le indagó lo sucedido y lo auscultó verificando la existencia de una lesión, situación que lo motivó a acudir al servicio de urgencias y posteriormente al especialista en oftalmología, así como a medicina legal por remisión de las autoridades.

Allí se evidenció una anisocoria a expensas de midriasis derecha, además de concluir con fundamento en la historia clínica del profesional en salud que atendió al ofendido, que existía una relación de causalidad entre el golpe referido por él y los síntomas derivados del mismo, que se trató de un mecanismo de trauma contundente y, de dictaminarle una incapacidad médico legal definitiva de 10 días sin secuelas.

En ese orden, sí se llevó a juicio una declaración que da cuenta de los hechos objeto de acusación de manera personal, en tanto, el menor S.E.C., fue preciso al señalar cómo su progenitora lanzó un elemento al rostro de su hermano y las razones de su proceder, lo que analizado conjuntamente con la sindicación contenida en la prueba de referencia, la demostración de la visita de los menores a su ascendiente materna, el regreso con un golpe que ameritó atención oftalmológica y las evidencias corporales referidas por la perito, permiten inferir a esta Colegiatura que el menor sí fue víctima de maltrato físico intrafamiliar.

Siendo del caso relieves que no es posible demeritar las versiones de los menores que fueron incorporadas válidamente al acervo, a partir de declaraciones anteriores que no ingresaron conforme el debido proceso probatorio, como lo hizo la instancia cuando confrontó los relatos de los niños en torno a la forma o el elemento con que se ocasionó el golpe (mano o chandleta), pues se acudió a la narración efectuada ante la médico legista, no obstante que la única entrevista autorizada para aducir conforme el artículo 438 del CPP, fue la que rindieron ante la investigadora Claudia Juliana Moreno Blanco.

De otro lado, en contraposición a lo señalado por el juez unipersonal sí se corroboró que la acción fue ejecutada por la procesada, no solo porque obra una atribución directa por parte de sus descendientes, el menor S.E.C., durante el interrogatorio directo realizado por la defensa el 27 de septiembre de 2022, y la declaración anterior de la víctima D.E.C., sino porque ello se desprende de otros factores como el abandono de la vivienda de su padre para compartir con su progenitora el fin de semana y al hallazgo de daño ocular a su regreso.

Información a partir de la cual la única conclusión posible es que fue la enjuiciada quien maltrató físicamente a la víctima, sin que la presencia de otras personas en la vivienda suscite duda acerca de la identidad de la persona que pudiere realizar la conducta juzgada, se itera, atendiendo a la sindicación que realizaron sus propios hijos, inclusive lo informado por las declarantes de descargo que pretendieron desmentir cualquier indicio de agresiones.

En torno a la adecuación del comportamiento de la encartada en los actos de corrección que autoriza el artículo 262 del Código Civil, también disiente esta Colegiatura de lo argumentado por el a-quo, pues el daño corporal que se le infligió a la víctima no puede justificarse en el marco de la vigilancia de la conducta, la corrección y la sanción moderada que se predica

de los padres con relación a los hijos, particularmente porque no resulta proporcional a la falta del menor.

Ello, en el entendido que existe la prohibición de hacerlo mediante un castigo que comprometa su integridad física o moral, *«Menos puede ser aceptable el castigo, cuando es fruto de la ira provocada por la actitud del hijo ni de la incapacidad del padre por hacer prevalecer su autoridad frente a su descendiente que la desafía»*³⁶, que se ajusta al contexto relatado por los infantes pues el golpe fue la respuesta a romper un elemento.

En la providencia en cita, la Corte Suprema de Justicia también indicó que *«El derecho de corrección que la ley reconoce a los padres no es arbitrario ni absoluto, su ejercicio por el padre no tiene finalidad distinta de la de educar y formar al hijo, mediante sanciones moderadas cuando sean necesarias para reconvenirlo por sus actos contrarios a ese fin, sin comprometer su integridad física o moral.*

Desde luego, los padres no han perdido la facultad de ejercer la autoridad, sino que en bien del hijo esta debe estar desprovista de toda forma de maltrato, la persuasión y las razones para inducirlo a hacer algo o abstenerse de hacerlo, legitima la potestad para ejercerla sobre la que se aplica con arbitrariedad.»

Jurisprudencia a la que no se ajustó el fallo apelado, pues si bien se reconoció el maltrato inferido por la procesada a su hijo D.E.C., inclusive respecto de su hermano, se descartó la tipicidad del comportamiento al catalogarlo como inadecuado, demeritando la connotación del hecho denunciado, lo que terminó por avalar el actuar violento de **Nelcy Castellanos Delgado** frente a sus consanguíneos.

Sin embargo, refulge para la Sala que el derecho de corrección no autorizaba un daño a la integridad del ofendido, recuérdese que le ocasionó una incapacidad médico legal definitiva de diez (10) días, además de generar

³⁶ CSJ SCP, SP3888-2020. RAD. 54380.

un impacto en el niño que entendió estuvo en peligro el órgano visual, lo que no puede calificarse como un mero acto de corrección inadecuado, lo que conduciría admitir cualquier conducta frente a un daño o desobediencia de un sujeto de especial protección.

En ese orden, concluye esta Colegiatura que lo probado no corresponde al ejercicio de la acción de corrección de la madre frente a su hijo, sino a un acto de violencia irrazonable y desproporcionado de la encartada, constitutivo de maltrato físico que sanciona el artículo 229 del CP, a todas luces ajeno a su poder correccional pues es el resultado de la ira experimentada frente a un insuceso, máxime cuando ya se había ilustrado a la encartada lo inadecuado de los métodos que utilizaba, según lo relatado por la testigo de la defensa Kathia Eugenia Orejuela Luna.

Tampoco se puede afirmar que el bien jurídico tutelado no sufrió atentado alguno en virtud del comportamiento desplegado por la acusada, pues se incorporó el registro civil de nacimiento de D.E.C., a partir del cual se evidenció que aquella es su progenitora, lo que impide cernir alguna duda sobre el vínculo familiar que existía, el cual no se desvirtúa por el hecho que no cohabitaran para la fecha de ocurrencia de los hechos, *«habida consideración que la relación existente entre padres e hijos subsiste a las contingencias de la separación y, por ende, "existe el deber de configurar un mundo en común a partir del respeto sentido y recíproco entre ellos".»*³⁷

Lazo familiar que no se fraccionó en virtud de la asignación de la custodia al progenitor de los niños, pues si bien implicó que no compartieran la residencia, lo que según Ceferino Espinosa Carvajal tuvo lugar tras la verificación del maltrato inferido por parte de **Nelcy Castellanos Delgado**, ciertamente la familia paterna permitía el contacto con la progenitora en procura del bienestar de los infantes, de ahí que se autorizaran las visitas

³⁷ CSJ SCP, SP213-2023, RAD. 59805.

durante los fines de semana a la vivienda de la procesada, escenario en el que ocurrió el maltrato objeto de juzgamiento.

Situación que generó la prohibición de los encuentros conforme lo advertido por el denunciante, lo que fue confirmado por el menor S.E.C., cuando afirmó que posterior a su relato sobre las agresiones de su progenitora dejó de visitarlos, además fue reconocido por la enjuiciada durante su interrogatorio, afirmando que no tenía contacto con sus descendientes aproximadamente hace tres (3) años, tiempo en el que han convivido con sus familiares paternos.

En ese contexto, no es posible concluir que no se afectó la dinámica familiar en virtud del hecho objeto de juzgamiento o que la condena impuesta a la procesada termina por vulnerarlo efectivamente, pues la acción que ocasionó el daño a la relación entre la madre y sus hijos, fue la violencia que exteriorizó en contra de aquellos, en lo que concierne a la presente actuación respecto del niño D.E.C., lo que ameritó que se adoptaran determinaciones tendientes a salvaguardar su bienestar.

En cuanto a la circunstancia de agravación endilgada en razón de la minoría de edad del ofendido, el órgano de cierre de la justicia penal ha decantado que tiene justificación en *«el amparo prevalente que se les defiende desde la Constitución a los niños, niñas y adolescentes, en razón a su debilidad manifiesta y extrema vulnerabilidad por su condición de ser humano en proceso de formación y desarrollo»*.

Deber de amparo que por igual se establece en normas que integran el bloque de constitucionalidad³⁸, en especial la Convención sobre los Derechos del Niño³⁹, que ha conducido a la jurisprudencia constitucional y penal a predicar un principio de corresponsabilidad, esto es que cualquier persona puede solicitar la intervención de

³⁸ Artículos 24 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (CC C-540 de 2007) y 10 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CC C-393 de 2007).

³⁹ Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y posteriormente aprobada en Colombia a través de la Ley 12 de 1991.

las autoridades cuando en el entorno público y privado se adviertan hechos o circunstancias que pongan en riesgo la vida e integridad de los menores de edad, ya sea por acción o ante una situación de desamparo (CC C-368 de 2014).

En esa perspectiva la Sala ha considerado igualmente que la protección reforzada de los derechos de los niños, niñas y adolescentes implica que la sanción agravada de la violencia intrafamiliar en su contra carezca de exigencias adicionales, diferentes a la constatación de su condición de menor de edad, toda vez que los fines constitucionalmente trazados para su protección demandan penas más severas frente a supuestos de violación dolosa de sus prerrogativas (CSJ SP, 2 sep. 2020, rad. 55325).»⁴⁰

Minoría de edad en torno a la cual no se cierne duda alguna dado que D.E.C., nació el 20 de julio de 2012, de manera que para la fecha de ocurrencia de los hechos estaba próximo a cumplir cinco (5) años de edad, adecuándose al supuesto contemplado en el inciso segundo del artículo 229 del CP, que sanciona con mayor severidad la conducta de maltrato que recae sobre un menor de edad.

Ahora, si bien la defensa practicó los interrogatorios de las familiares de la procesada, quienes afirmaron no haber observado ni conocido de comportamientos violentos de su parte contra sus hijos, toda vez que la corrección la realizaba a través de llamados de atención e imposición de conducta, lo analizado hasta ahora desmiente tales aseveraciones, particularmente el hallazgo corporal observado en el ofendido, lo cual evidencia que sus manifestaciones estuvieron mediadas por el interés de favorecer a su consanguínea, en tanto que las restantes pruebas aducidas terminaron por afianzar la hipótesis incriminatoria.

Corolario de ello, esta Magistratura no encuentra fundadas las serias dudas a las que aludió la instancia con relación a la tipicidad subjetiva y la

⁴⁰ CSJ SCP, SP213-2023, RAD. 59805.

antijuridicidad de la conducta, en virtud de las cuales dio aplicación al principio de in dubio pro reo; por lo que se procederá a revocar la sentencia recurrida para en su lugar proferir fallo de carácter condenatorio contra **Nelcy Castellanos Delgado**, declarándola penalmente responsable por la comisión del delito de **violencia intrafamiliar agravada** por hechos ocurridos entre el 1º al 3 de julio de 2017, con relación a su menor hijo D.E.C.

3.4.1. Dosificación de la pena.

Corolario de la rescisión del fallo absolutorio, corresponde a la Sala determinar la pena a imponer, para lo cual se atenderá a lo señalado en los artículos 60 y 61 del Código Penal, recurriendo además a la jurisprudencia que describe el proceso dosimétrico en cuatro fases, i) definición de los extremos o límites punitivos del delito; ii) división del ámbito punitivo de movilidad en cuartos; iii) selección del cuarto de movilidad dentro del cual el juez tasará la pena; y iv) determinación de la pena en concreto⁴¹.

Así las cosas, conforme lo dispone el canon 229 del estatuto sustantivo, mediante el cual se tipifica el punible de violencia intrafamiliar, la pena a imponer oscila entre los cuatro (4) a ocho (8) años de prisión, que en virtud de la causal de agravación contenida en el inciso segundo, en tanto, la conducta recayó sobre un menor de edad, se aumentan de la mitad a las tres cuartas partes, operación que conduce a que los extremos punitivos correspondan a setenta y dos (72) a ciento sesenta y ocho (168) meses, los cuales constituirán los límites en atención a los cuales esta Colegiatura pasará a fijar el sistema de cuartos aplicable:

Primer cuarto	Segundo Cuarto	Tercer Cuarto	Último Cuarto
72 a 96 meses	97 a 120 meses	121 a 144 meses	145 a 168 Meses

⁴¹ CSJ SCP, AP828-2014, febrero 26, rad: 36765.

Definidos los anteriores, corresponde seguidamente la delimitación del cuarto de movilidad, el cual conforme se extrae de la jurisprudencia antes citada, se concreta considerando la concurrencia de las circunstancias de agravación y atenuación punitiva dispuestas en los artículos 58 y 55 del C.P., respectivamente, mismas que no fueron objeto de atribución a **Nelcy Castellanos Delgado**, hipótesis admisible conforme lo ha expuesto el órgano de cierre de la justicia penal, para que el fallador se ubique dentro del primer cuarto de movilidad⁴².

En virtud de lo anterior, es claro que no existen circunstancias que hagan imperativa la imposición de una pena superior, por lo que se someterá al rango punitivo establecido dentro del primer cuarto, es decir que la pena a imponer a la procesada oscilara entre los setenta y dos (72) y noventa y seis (96) meses de prisión.

Por último, en aras de su determinación en concreto, una vez realizada la ponderación en el caso de marras y en consonancia con los preceptos de necesidad, proporcionalidad, razonabilidad y la función que la pena ha de comportar, encuentra este ente administrador de justicia necesario y suficiente imponer a la encartada la pena de setenta y dos (72) meses de prisión, así como la condena a la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo tiempo de la pena principal, conforme lo dispone el artículo 52 del C.P.

3.4.2. De los mecanismos sustitutivos de la pena de prisión.

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

El artículo 63 del C.P., conforme la modificación efectuada a través de la Ley 1709 de 2014, consagra que la ejecución de la sentencia podrá

⁴² CSJ SCP, SP marzo 14 de 2007, rad: 25666.

suspenderse por un período de prueba de dos (2) a cinco (5) años cuando i) la pena impuesta sea de prisión que no exceda de cuatro (4) años; ii) la persona condenada carezca de antecedentes penales; iii) no se trate de uno de los delitos contenidos en el inciso 2º del artículo 68A de la Ley 599 de 2000; iv) los antecedentes personales, sociales y familiares del sentenciado sean indicativos de que no existe necesidad de la ejecución de la pena.

En ese orden de ideas, refule para la Sala la improcedencia del aludido mecanismo, dado que el primer requisito no se satisface, en tanto la pena impuesta supera ostensiblemente los límites de permisibilidad determinados en la norma, ocurriendo lo propio con el tercer presupuesto, en tanto el reato de violencia intrafamiliar se encuentra enlistado en el artículo 68A de la Ley 599 de 2000, haciéndose innecesario el análisis de los demás presupuestos, ya que claramente se puede deducir que **Nelcy Castellanos Delgado** no se hace acreedora de este instituto jurídico, como quiera que no confluye para su otorgamiento el aspecto objetivo.

3.4.2.2. De la prisión domiciliaria.

El artículo 38 del Código Penal con la expedición de la ley 1709 de 2014, fue adicionado con el artículo 38B, en el cual se prevén como requisitos para conceder al prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión en establecimiento carcelario que, i) la sentencia se imponga por conducta punible cuya pena mínima prevista en la ley sea de ocho (8) años de prisión o menos; ii) no se trate de uno de los delitos incluidos en el inciso 2º del artículo 68A del estatuto adjetivo; iii) se demuestre el arraigo familiar y social del condenado y, iv) se garantice mediante caución el cumplimiento de algunas obligaciones.

En cuanto al requisito objetivo referido a la cantidad de pena mínima prevista en la respectiva disposición penal, es claro que en el presente caso se cumple, toda vez que la sanción de prisión correspondiente al delito

previsto en el canon 229, inciso segundo, del estatuto sustantivo, parte de seis (6) años, sin embargo, se itera que el reato objeto de juzgamiento se encuentra dentro de aquellos excluidos de beneficios y subrogados penales, por tanto, resulta inane el estudio de los demás presupuestos, dada la evidente improcedencia de la prisión domiciliaria.

De conformidad con lo anterior, para la Sala resulta imperativo negar los institutos jurídicos recordados, en tanto no fue posible la corroboración completa de los requisitos establecidos en la ley, siendo necesario que la enjuiciada en atención a los fines de la pena cumpla con la sanción impuesta de forma intramural; materializándose así la finalidad de prevención de la sanción, entendida como la medida que ejerce el Estado con el objeto que los ciudadanos no lesionen o pongan en peligro los bienes jurídicos que han sido tutelados.

De esta manera, una vez ejecutoriada la presente decisión, líbrese la correspondiente orden de captura por intermedio del Juez Coordinador del Centro de Servicios Judicial del Sistema Acusatorio Penal, debiéndose realizar la conducción de **Nelcy Castellanos Delgado** al establecimiento penitenciario para la respectiva reseña y su posterior reclusión en el centro penitenciario y carcelario que para el efecto dispongan las autoridades penitenciarias.

Finalmente, aclara la Sala que contra la presente providencia procede el recurso de impugnación especial de que trata la sentencia C-792 de 2014, en atención a lo dispuesto por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en la providencia AP1263 de abril 3 de 2019, en los términos dispuestos para el recurso de casación, los cuales corren de manera simultánea.

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. - Revocar la sentencia absolutoria proferida el 15 de agosto de 2023, por el Juzgado Dieciocho Penal Municipal con Función de Conocimiento de Bucaramanga, y en su lugar **condenar a Nelcy Castellanos Delgado** identificada con C.C. N.º 1.098.220.563 de Guaca (Santander), a la pena de prisión de setenta y dos (72) meses, en calidad de autora del delito de **violencia intrafamiliar agravada**, de conformidad con los hechos ocurridos entre el 1º al 3 de julio de 2017.

Segundo. - Condenar a **Nelcy Castellanos Delgado** identificada con C.C. N.º 1.098.220.563 de Guaca (Santander), a la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, por el mismo tiempo de la pena principal conforme lo dispone el artículo 52 del C.P.

Tercero. - Negar a **Nelcy Castellanos Delgado** la suspensión de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria, conforme lo expuesto.

Cuarto. - Ejecutoriada la presente sentencia, por intermedio del Juez Coordinador del Centro de Servicios del Sistema Penal acusatorio de esta ciudad, líbrese la correspondiente orden de captura en contra de **Nelcy Castellanos Delgado**.

Quinto. - Una vez ejecutoriada esta decisión, remítase copia de esta actuación a los Juzgados de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad y a las autoridades correspondientes, conforme a lo dispuesto en los arts. 166 y 462 del C. de P. P.

Sexto. - Contra la presente providencia procede el recurso de impugnación especial de que trata la sentencia C—792 de 2014, en atención a lo dispuesto por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en la providencia AP1263 de abril 3 de 2019, en los términos dispuestos para el recurso de casación, los cuales corren de manera simultánea.

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

Octavo. - 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 del proyecto el 1º de diciembre de 2023.

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SALA DE DECISIÓN PENAL

MAGISTRADO PONENTE: GUILLERMO ÁNGEL RAMÍREZ ESPINOSA

Bucaramanga, dieciocho (18) de diciembre de dos mil veintitrés (2023)
Discutido y Aprobado virtualmente por Acta No. 1243.

OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por la defensa de **Elminson Danilo Martínez Roa**, contra la sentencia proferida el 13 de julio de 2023 por el Juzgado Veintitrés Penal Municipal con Función de Conocimiento de Bucaramanga, mediante la cual lo declaró penalmente responsable en virtud de allanamiento del delito de **hurto calificado**; conforme lo descrito en el artículo 179 del C.P.P.

HECHOS

Fueron narrados por la primera instancia de la siguiente manera¹:
«Conforme escrito de acusación, el pasado 25 de abril, a las 13:15 horas, en el sector de la calle 22 con carrera 13 del barrio Girardot de esta ciudad, Elminson Danilo Martínez Roa, se apoderó de un bolso color negro, el cual contenía un teléfono celular marca Samsung A21 4 cámaras, color azul y \$50.000.00 en efectivo, de propiedad de Leidy Johana Calvete Sánchez, ejecutando violencia sobre aquella, cuando se encontraba caminando por la vía pública y se le acercó el precitado en la motocicleta de placas KKC-12B y sin bajarse del velocípedo, la intimidó con un arma blanca a la altura del pecho, exigiendo le entregara el bolso, iniciándose un forcejeo, logrando despojarla del bolso, emprendiendo la huida, la cual fue frustrada por uniformados de la Policía Nacional que patrullaban por el sector, quienes al darse cuenta de lo sucedido iniciaron la persecución, logrando capturar a Martínez Roa, incautándosele el arma blanca, el bolso y la motocicleta que utilizó para cometer el hurto.

¹ Archivo No. 27 carpeta primera instancia digitalizada.

La aprehensión que se materializó en la carrera 11 entre calles 28 y 29 del barrio Granada, de esta ciudad, el mismo día de los hechos, a eso de las 13:30 horas, estableciéndose por la afectada el valor de los elementos hurtados en la suma de \$900.000 y los perjuicios ocasionados con la conducta punible, en la suma de \$2'000.000.»

ACTUACIÓN PROCESAL

En audiencias preliminares del 26 de abril de 2023², ante el Juzgado Primero Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bucaramanga, se llevó a cabo audiencia de legalización de captura contra **Elminson Danilo Martínez Roa**, se legalizó la incautación de la motocicleta de placas KKC-12B con fines de comiso, se corrió traslado del escrito de acusación, momento en el que se le formularon cargos por el delito de hurto calificado (arts. 239 y 240 inc. 2º del CP). Finalmente se le impuso medida de aseguramiento consistente en detención domiciliaria.

Radicadas las diligencias le correspondieron por reparto al Juzgado Sexto Penal Municipal con Función de Conocimiento de Bucaramanga (actualmente Juzgado Veintitrés Penal Municipal con Funciones de Conocimiento de Bucaramanga)³, el cual programó la audiencia concentrada para el 6 de julio de 2023⁴, oportunidad en la cual se impartió aprobación al allanamiento a cargos del procesado, emitiéndose sentido de fallo condenatorio y corriéndose el traslado del artículo 447 del CPP con relación al órgano de persecución penal.

Lo propio se surtió respecto de la defensa en sesión del 13 de julio siguiente⁵, corriéndose traslado de la sentencia condenatoria de la misma fecha, contra la cual formuló recurso de apelación la citada parte.

² Archivo No. 02 carpeta primera instancia digitalizada.

³ Archivo No. 08 carpeta primera instancia digitalizada.

⁴ Archivo No. 19 carpeta primera instancia digitalizada.

⁵ Archivo No. 24 carpeta primera instancia digitalizada.

SENTENCIA RECURRIDA

Mediante providencia del 13 de julio de 2023⁶, el Juzgado Veintitrés Penal Municipal con Función de Conocimiento de Bucaramanga condenó a **Elminson Danilo Martínez Roa** como responsable del delito de hurto calificado, en virtud del allanamiento a cargos, en consecuencia, le impuso la pena de nueve (9) meses de prisión y la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término, además de negarle la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria.

Expuso la instancia que la aceptación de culpabilidad observó los parámetros legales, las garantías fundamentales, surtiéndose en una de las oportunidades señaladas en la normativa procesal penal, concretamente previo a la instalación de la audiencia concentrada, conforme a lo cual profirió fallo condenatorio.

Sobre la materialidad de la conducta enrostrada y la responsabilidad del procesado adujo que tenía sustento en suficientes elementos materiales probatorios, esto es, el informe de captura en flagrancia, el acta de derechos del capturado, el acta de incautación de elementos, el informe ejecutivo de actos urgentes, noticia criminal formulada por la víctima, documentos relativos a establecer su identidad, entre otros.

En cuanto a la individualización de la pena, indicó que concurrían los presupuestos para atenuar la pena conforme el artículo 268 del C.P., en razón a que la conducta fue cometida sobre cosa cuyo valor es inferior a un salario mínimo mensual legal vigente, aunado a que el imputado no cuenta con antecedentes penales y no se ocasionó grave daño a la víctima atendiendo a su situación económica, a la par que le reconoció una rebaja de la mitad de la pena en virtud del allanamiento a cargos y el descuento máximo que

⁶ Archivo No. 27 carpeta primera instancia digitalizada.

contempla el canon 269 *ibídem*, por haberse concretado la indemnización de perjuicios.

Relievó la imposibilidad de conceder sustitutos penales conforme la prohibición contenida en el artículo 68A del CP, con relación al delito de hurto calificado, en virtud de lo cual el sentenciado debía descontar la pena en centro carcelario.

Finalmente, ordenó el comiso definitivo de la motocicleta de placas KKC-12B, finalidad con la cual se legalizó su incautación por parte del juez de control de garantías en audiencia preliminar, encontrando que concurren los requisitos contenidos en el artículo 82 del CPP, en tanto, se acreditó su utilización para la comisión del ilícito y que es propiedad del encartado, en virtud del informe de investigador de laboratorio.

EL RECURSO

La defensa de **Elminson Danilo Martínez Roa** apeló la sentencia, con el propósito que se revoque la negativa de los sustitutos penales en aras de no hacer más gravosa su situación, así como el comiso definitivo de la motocicleta de placas KKC-12B de propiedad del procesado.

Advirtió que al encartado se le impuso medida de aseguramiento de detención domiciliaria, la cual ha cumplido de manera satisfactoria desde el 26 de abril de los corrientes, argumentando que la decisión adoptada desmejora sus condiciones de privación de la libertad y resulta contraria a la naturaleza de la pena, aunado a que no se fundó en un análisis mínimo de la dignidad humana, el arraigo familiar acreditado, la colaboración con la administración de justicia y el interés en la indemnización de la víctima, lo cual genera un desconcierto por significar una represión injusta.

En cuanto al comiso de la motocicleta censuró que no se tuviera en cuenta que el acusado indemnizó a la víctima, quien aceptó la cuantía acordada por los perjuicios causados, escenario frente al cual procedía la devolución del velocípedo a su propietario.

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 contra la sentencia condenatoria del 13 de julio de 2023, proferida por el Juzgado Veintitrés Penal Municipal con Función de Conocimiento de Bucaramanga, dentro del proceso seguido a **Elminson Danilo Martínez Roa** por el delito de hurto calificado.

2. Problemas jurídicos. -

(i) Establecer si es procedente reconocerle al procesado la suspensión condicional de la ejecución de la pena o la prisión domiciliaria, por las situaciones que alega la defensa; y (ii) determinar si como lo advirtió el opugnador, la indemnización de la víctima eliminaba la justificación para ordenar el comiso definitivo de la motocicleta.

3. Consideraciones de índole fáctico y jurídico.

3.1. La suspensión condicional de la ejecución de la pena

Sobre el tema, nos dirigimos a lo previsto en el artículo 63 del Código Penal, que consagra:

«Artículo 63. La ejecución de la pena privativa de la libertad impuesta en sentencia de primera, segunda o única instancia, se suspenderá por un

periodo de dos (2) a cinco (5) años, de oficio o a petición del interesado, siempre que concurren los siguientes requisitos:

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

Si bien la pena impuesta a **Elminson Danilo Martínez Roa** fue de nueve (9) meses de prisión, por lo que cumple el requisito objetivo que se demanda para la concesión del subrogado penal, el segundo presupuesto, pese a que se indicó la ausencia de antecedentes penales, no se encuentra satisfecho dado que el delito de hurto calificado está relacionado en la lista que consagra el artículo 68A del estatuto sustantivo, norma que no admite interpretación diferente a la de su tenor literal, que dispone:

«ART. 68 A. Exclusión de los beneficios y subrogados penales. 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.

Tampoco quienes hayan sido condenados por... hurto calificado...» (Negrillas fuera de texto).

Por tanto, como **Elminson Danilo Martínez Roa** fue condenado por el citado reato, consagrado en los artículos 239 y 240 inciso segundo del Código

Penal, se debe aplicar la prohibición contenida en el precepto normativo en cuestión, lo cual impide concederle la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

En relación con la argumentación sobre la desmejora de las condiciones de privación de la libertad del procesado, los fines de la pena y la inobservancia del arraigo familiar acreditado, la colaboración con la administración de justicia, el interés en la indemnización de la víctima, entre otras, la Sala se pronuncia conjuntamente con lo que se va decidir sobre la prisión domiciliaria.

3.2. De la prisión domiciliaria artículo 38B del Código Penal

Sobre este sustituto, la referida norma señala que para su otorgamiento deben cumplirse los siguientes requisitos: *(i) que la sentencia se imponga por conducta punible cuya pena mínima prevista en la ley sea de ocho (8) años de prisión o menos; (ii) que no se trate de uno de los delitos incluidos en el inciso 2o del artículo 68A de la Ley 599 de 2000; (iii) que se demuestre el arraigo familiar y social del condenado; (iv) que se garantice mediante caución el cumplimiento de las obligaciones señaladas en el numeral 4º de dicha disposición penal.*

La Sala estima que el sentenciado **Elminson Danilo Martínez Roa** tampoco tiene derecho a la prisión domiciliaria consagrada en los artículos 38 y 38B del CP, pues si bien la pena mínima prevista para el delito de hurto calificado corresponde a ocho (8) años, no reúne la segunda condición que exige el citado canon 38B, por cuanto el punible por el cual se procede es uno de los incluidos en el inciso 2º del artículo 68A de la Ley 599 de 2000, donde expresamente se dispone que no se concederá este tipo de beneficios a quien haya sido condenado por hurto calificado.

Ello, sin que sea necesario entrar a revisar los demás supuestos que son concurrentes y no alternativos, como lo pretende el censor cuando alude a la acreditación del arraigo familiar, además no hay lugar a estudiar la inaplicación de la mencionada norma, pues no existe ninguna razón válida para ello que justifique proceder de tal forma, por el contrario, se debe atender al delito cometido, la pena establecida en la ley y el incumplimiento de los requisitos para acceder a la prisión domiciliaria.

Tampoco serán acogidos los argumentos relacionados con la desmejora de las condiciones de privación de libertad, dado que el estudio que se realiza para el reconocimiento de sustitutos y subrogados penales concierne al cumplimiento de la pena impuesta, de ahí que esté justificada la severidad en la reclusión, entre tanto que la medida de aseguramiento se impone en una etapa incipiente en la que apenas existe una inferencia razonable de autoría o participación, la cual se encuentra plenamente acreditada en el fallo condenatorio.

Lo propio ocurre con lo esbozado acerca de la colaboración con la administración de justicia y el interés en la indemnización de los perjuicios ocasionados con el delito, lo que fue valorado para acceder a significativos descuentos de la pena que le correspondería a quien infringe con su actuar los artículos 239 y 240 inciso 2º del CP, razones por las cuales no resulta viable acudir a tales supuestos de cara a la concesión de beneficios o subrogados penales.

Sin embargo, y teniendo en cuenta que el procesado se encuentra bajo detención domiciliaria desde el 26 de abril de 2023, se entrara a considerar dicha solicitud teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 38G del C.P.

3.3. De la prisión domiciliaria del artículo 38G del Código Penal.

Dicha norma fue adicionada por la Ley 1709 de 2014, vigente a partir del 21 de enero de esa anualidad, disponiendo: *«la ejecución de la pena privativa de la libertad se cumplirá en el lugar de residencia o morada del condenado cuando haya cumplido la mitad de la condena y concurren los presupuestos contemplados en los numerales 3 y 4 del artículo 38B del presente Código, excepto en los casos en que el condenado pertenezca al grupo familiar de la víctima o en aquellos eventos en que fue sentenciado por alguno de los siguientes delitos (...).»*

Al respecto, la Sala de Casación Penal de la H. Corte Suprema de Justicia ha expuesto:

«...a la luz del referido canon para acceder a esta modalidad de prisión domiciliaria se requiere que (i) el sentenciado haya cumplido la mitad de la pena impuesta, (ii) no se trate de alguno de los delitos allí enlistados, (iii) el condenado no pertenezca al grupo familiar de la víctima, (iv) se demuestre su arraigo familiar y social, y (v) se garantice, mediante caución, el cumplimiento de las obligaciones descritas en el numeral 4 del artículo 38B del Código Penal. Beneficio que estaría llamado a conceder el juez de ejecución de penas, pues para el mismo se requiere que la pena de prisión se ejecute por tiempo superior a la mitad del fijado en el fallo correspondiente. No obstante, nada impide que ese análisis igualmente lo efectúe el sentenciador, como quiera que acorde con el artículo 37, numeral 3, de la Ley 906 de 2004, el tiempo cumplido bajo detención preventiva se reputa como parte cumplida de la pena en caso de sentencia condenatoria...».

La pena impuesta a **Elminson Danilo Martínez Roa** fue de nueve (9) meses como autor del delito de hurto calificado, sin que al momento de proferir la sentencia apelada -julio 13 de 2023- hubiere purgado la mitad de la sanción, ya que la privación de su libertad data de la fecha de ocurrencia de los hechos (abril 25 de 2023); no obstante, en la actualidad ese panorama ha variado, porque i) ya superó el monto legal exigido (cumple al 18 de

diciembre de 2023, 7 meses y 23 días); ii) el delito de hurto calificado no se encuentra enlistado en las prohibiciones del artículo 38G del CP; y iii) no se tiene conocimiento que pertenezca al núcleo familiar de la víctima.

Ahora encontramos que al encartado desde la imposición de la medida de aseguramiento se le otorgó la sustitución intramural por domiciliaria, cumpliéndola en la calle 15 No. 12-19 del barrio Gaitán, Bucaramanga, conforme se precisó en la audiencia preliminar del 26 de abril de 2023, sin que obre reporte de transgresión de las obligaciones de permanecer en su domicilio, por lo que entonces, su voluntad de someterse a la justicia y cumplir los compromisos adquiridos al permitirle permanecer privado de la libertad en su residencia, es indicativo de que al concederle la prisión domiciliaria no va a defraudar las obligaciones adquiridas.

En consecuencia, como **Elminson Danilo Martínez Roa** tiene arraigo, máxime lo averado por la fiscalía en el traslado del artículo 447 del CPP⁷, en cuanto a la residencia de dos años en aquel inmueble según lo informado por su esposa, esta Colegiatura no encuentra impedimento alguno para otorgarle la prisión domiciliaria consagrada en el artículo 38G del C.P., previa suscripción de diligencia de compromiso y pago de caución prendaria por valor de \$100.000., que deberá consignar en la cuenta de depósitos judiciales del Centro de Servicios Judiciales del Sistema Penal Acusatorio de la ciudad.

Corolario de lo anterior, al comprobarse que al encartado en la actualidad le asiste derecho al sustituto domiciliario establecido en el artículo 38G del CP, se revocará parcialmente el numeral tercero del fallo impugnado y, en su lugar, se le concederá la prisión domiciliaria conforme a lo previamente anotado.

⁷ Audiencia del 6 de julio de 2023, récord: 22.11 a 22.26

3.4. Del decreto de comiso definitivo.

Para dilucidar lo pertinente, debe la Sala precisar que el comiso, de acuerdo al artículo 82 del CP, procede *«sobre los bienes y recursos del penalmente responsable que provengan o sean producto directo o indirecto del delito, o sobre aquellos utilizados o destinados a ser utilizados en los delitos dolosos como medio o instrumentos para la ejecución del mismo, sin perjuicio de los derechos que tengan sobre ellos los sujetos pasivos o los terceros de buena fe.»*

Por su parte, el artículo 83 ibídem, prevé como medidas cautelares materiales a fin de no hacer nugatorio el comiso, la incautación y ocupación y como medida jurídica, la suspensión del poder dispositivo. *«Las anteriores medidas procederán cuando se tengan motivos fundados para inferir que los bienes o recursos son producto directo o indirecto de un delito doloso, que su valor equivale a dicho producto, que han sido utilizados o estén destinados a ser utilizados como medio o instrumento de un delito doloso, o que constituyen el objeto material del mismo, salvo que deban ser devueltos al sujeto pasivo, a las víctimas o a terceros».*

En ese orden de ideas, en la providencia SP11015 de 2016, radicado 47660 la Corte Suprema de Justicia indicó lo siguiente: *«La conclusión referida a que solo los bienes del penalmente responsable son susceptibles de comiso, cuando en los delitos dolosos se utilizan como medio de comisión de los mismos, obedece tanto a lo que específicamente registra la ley, en particular, el artículo 100 del C.P., como a la finalidad inserta en una decisión de claro acento punitivo, habida cuenta que tan extrema medida únicamente puede dirigirse, a modo de sanción, contra la persona que ejecutó o participó en el delito.[...]Todas las hipótesis en las que resulta legalmente posible acudir a la figura del comiso, deben ser aplicadas sin perjuicio de los derechos de las víctimas del delito y de los terceros de buena fe».* (Subrayas fuera del texto original).

Así, según estudió el alto tribunal, el comiso es procedente:

1. Sobre los instrumentos y efectos que no tengan libre comercio con los que se haya cometido la conducta punible o que provengan de su ejecución;
2. En delitos dolosos cuando los bienes que tengan libre comercio y pertenezcan al responsable penalmente sean utilizados para la realización de la conducta punible o provengan de su ejecución.

De esta manera, el comiso tiene un cariz estrictamente sancionatorio, dado que se desprende de la responsabilidad penal, a partir de la cual, el propietario del bien utilizado en el ilícito o cuya titularidad deriva directa o indirectamente de éste se ve privado de tal derecho, el cual pasa definitivamente al fondo especial de bienes para la administración.

La Corte Suprema de Justicia ha explicado que el comiso es *«una consecuencia del fallo de condena que, dígame de paso, ni siquiera tiene la naturaleza de pena, sino que constituye «una medida de política criminal que involucra una finalidad preventiva (especial y general) frente al fenómeno delictivo, y es a su vez portadora de un mensaje ético en el sentido que el delito no es un medio legítimo para producir riqueza, de donde deviene que la propiedad que protege el orden jurídico es aquella que se obtiene por medios lícitos»⁸.»⁹*

En ese orden, se itera, la consecuencia del mismo es despojar con carácter de cosa juzgada a una persona del derecho de dominio que ostenta sobre un bien en particular, a modo de sanción, de ahí que contrario a lo referido por el opugnador, la privación del dominio sobre los bienes no repercuta en los derechos de las víctimas ni en el resarcimiento de los perjuicios, tal como se desprende del artículo 90 del CPP, en los eventos de

⁸ Sentencia C - 782 de 2012.

⁹ CSJ SCP, AP2276-2021, RAD. 58043.

falta de pronunciamiento sobre el comiso, únicamente la Fiscalía, el Ministerio Público y la defensa está legitimados para solicitar al juez la adición de la sentencia respecto a este ítem.

Al respecto indicó el órgano de cierre de la justicia penal: *«es la consecuencia de la declaración de responsabilidad que no depende del incidente de reparación integral ni de la condena en perjuicios. Es una limitación al derecho de dominio en cuanto "priva de la propiedad del bien a su titular sin indemnización alguna, por estar vinculado con la infracción objeto de sanción o ser el resultado de su comisión.»¹⁰»¹¹*

Por manera que, no resulta procedente revocar el comiso definitivo ordenado respecto de la motocicleta de placas KKC-12B, atendiendo a la indemnización de perjuicios que efectuó el procesado, aceptada por la ofendida dentro del asunto de la referencia, en tanto que la finalidad del mismo no es resarcir los daños ocasionados con la conducta punible, sino que opera como consecuencia de la condena emitida contra el acusado, quien admitió de forma libre y voluntariamente su responsabilidad, lo que significaba asumir las consecuencias que legalmente se derivan, una de ellas, la pérdida del derecho de dominio del velocípedo a favor del Estado, medida que procede respecto del bien que se utilizó para la comisión del delito.

Corolario de lo anterior, se confirmará en los demás aspectos que fueron objeto de debate el fallo proferido el 13 de julio de 2023 por el Juzgado Veintitrés Penal Municipal con Funciones de Conocimiento de Bucaramanga.

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,

¹⁰ Sentencia C 782 de 2012.

¹¹ CSJ SCP, AP5421-2019, RAD. 56507.

RESUELVE

Primero.- Revocar parcialmente el numeral tercero del fallo impugnado y, en su lugar, **conceder a Elminson Danilo Martínez Roa** la prisión domiciliaria según lo consagrado en el artículo 38G del Código Penal, previa suscripción de diligencia de compromiso y pago de caución prendaria por valor de \$100.000 que debe consignar en la cuenta de depósitos judiciales del Centro de Servicios Judiciales del Sistema Penal Acusatorio de la ciudad; cumplido lo anterior, se **ordena** que **Martínez Roa** continúe cumpliendo la pena en su domicilio ubicado en la calle 15 No. 12-19 del barrio Gaitán, Bucaramanga, donde se encuentra actualmente.

Segundo. - Confirmar en los demás aspectos que fueron objeto de debate el fallo proferido el 13 de julio de 2023 por el Juzgado Veintitrés Penal Municipal con Funciones de Conocimiento de Bucaramanga, mediante el cual condenó a **Elminson Danilo Martínez Roa** por el delito de **hurto calificado**.

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

PERMISO

SUSANA QUIROZ HERNÁNDEZ



PAOLA RAQUEL ÁLVAREZ MEDINA

Registro de proyecto el 18 de diciembre de 2023.