

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA SALA PENAL

ESTADO ELECTRÓNICO 061

La Sala Penal del Tribunal Superior de Antioquia en cumplimiento al inciso 3° del parágrafo 1 del artículo 13 del acuerdo PCSJA20-11546 del 25/04/2020 y sus prorrogas expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, fija el presente estado electrónico.

Radicado Interno	Tipo de Proceso	ACCIONANTE/SOLICITANTE DELITO	ACCIONADO / ACUSADO	Decisión	Fecha de decisión
2023-0583-1	Recurso de Queja	CRISTIAN CAMILO MÚNERA GÓMEZ	,	Corre traslado por 3 días	Abril 12 de 2023
2023-0397-4	Tutela 1ª instancia	WILLIAM DE JESÚS HERNÁNDEZ MOLINA	JUZGADO 1° DE E.P.M.S. DE ANTIOQUIA Y OTROS	Concede recurso de apelación	abril 11 de 2023
2022-2027-3	auto ley 906	TRAFICO, FABRICACION O PORTE DE ESTUPEFACIENTES	JOSÉ FERNANDO AGUDELO ECHEVERRY	confirma auto de 1° Instancia	Abril 12 de 2023
2023-0045-3	auto ley 906	HOMICIDIO Y OTRO	DANIEL STEVEN VILLADA VELÁSQUEZ	confirma auto de 1° Instancia	Abril 12 de 2023
2023-0255-1	Sentencia 2ª instancia	TRAFICO, FABRICACION O PORTE DE ESTUPEFACIENTES	VÍCTOR ALFONSO OSPINA GÓMEZ	Confirma sentencia de 1° Instancia	Abril 12 de 2023
2021-0783-1	Sentencia 2ª instancia	HOMICIDIO AGRAVADO Y O	LUIS ALFONSO GALLEGO GALLEGO	Confirma sentencia de 1° Instancia	Abril 12 de 2023

FIJADO, HOY 13 DE ABRIL DE 2023, A LAS 08:00 HORAS

**ALEXIS TOBON NARANJO
SECRETARIO**

DESEFIJADO EN LA MISMA FECHA A LAS 17:00 HORAS

**ALEXIS TOBON NARANJO
SECRETARIO**

TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA DE DECISIÓN PENAL

Medellín, once (11) de abril dos mil veintitrés (2023)

Radicado: 0500160 000 00 2022 00851 (2023-0583-1)

Procesado: Cristian Camilo Múnera Gómez

En audiencia preparatoria del 31 de marzo de 2023 el Juzgado Quinto Penal del Circuito Especializado de Antioquia dentro del proceso con CUI. 0500160 000 00 2022 00851 tramitado en contra de Cristian Camilo Múnera Gómez resuelve las oposiciones probatorias y decreta las pruebas que se van a practicar en el juicio oral, aclarando el Despacho a las partes que las reglas para los recursos son: frente a lo que se decreta, el de reposición y frente a lo que se niega, apelación. Ante lo cual la defensa interpone recurso de reposición y en subsidio apelación, frente a unos puntos de la decisión, procediendo el despacho a reponer parcialmente la misma en relación a que se le debe exhibir y correr traslado a la defensa, de la entrevista realizada al señor Edwin de Jesús Tobón Zapata y NO REPUSO, en relación a negar y rechazar el testimonio de Edwin De Jesús Tobón Zapata y en tanto frente a dicho punto indicó la judicatura no procedía la apelación, concedió el Recurso de Queja y ordenó remitir las diligencias a esta Corporación.

Radicado: 0500160 000 00 2022 00851 (2023-0583-1)
Procesado: Cristian Camilo Múnera Gómez
Auto: Traslado para sustentación del Recurso de Queja

Conforme con lo establecido por el artículo 179D del Código de Procedimiento Penal, por Secretaría de la Sala, córrase el traslado a la recurrente para que dentro de los tres días siguientes, sustente el recurso.

CÚMPLASE

El suscrito Magistrado ¹
EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA

¹ Puede validar la autenticidad del documento firmado electrónicamente ingresando en la dirección: <https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/firmaelectronica>

Firmado Por:
Edilberto Antonio Arenas Correa
Magistrado
Sala 001 Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **ad994c1d4116b3c9658ff3c65dd98e98cc4ba32e329b453f932f355d3f6c838f**

Documento generado en 11/04/2023 05:33:57 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

Radicado: 05000-22-04-000-2023-00108 (N.I. 2023-0397-4)

Accionante: William de Jesús Hernández Molina

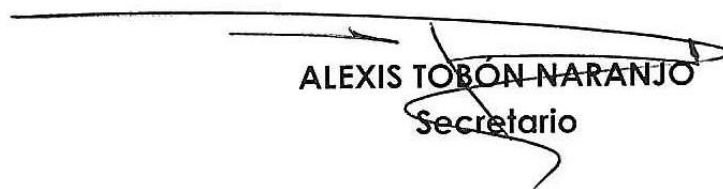
Accionado: Juzgado 1° de E.P.M.S. Antioquia y otro.

CONSTANCIA SECRETARIAL: Para los fines correspondientes, pongo en conocimiento de la H. Magistrada ISABEL ÁLVAREZ FERNÁNDEZ expediente digital de la acción constitucional de primera instancia, dentro de la cual el accionando Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial de Medellín y Antioquia interpone oportunamente recurso de apelación frente al fallo de primera instancia¹.

Es de anotar que el trámite de notificación culminó el día 28 de marzo de 2023, fecha en la que cual hubo de tenerse notificado conforme a lo establecido en el inciso 3 del artículo 8° de la ley 2213 de 2022 al accionante y al accionado Juzgado 1° de E.P.M.S. de Antioquia, a quien se les remitió vía correo electrónico la respectiva notificación del fallo de tutela, sin que acusaren recibido del mismo, siendo efectivo su envío el 24 de marzo de 2023².

Así las cosas, se computaron los términos para impugnar la decisión desde el siguiente día hábil a la última notificación, es decir los términos transitaron desde las ocho de la mañana (08:00 a.m.) del día veintinueve (29) de marzo de 2023 hasta las cinco de la tarde (05.00 p.m.) del día treinta y uno (31) de marzo de 2023.

Medellín, abril diez (10) de 2023.


ALEXIS TOBÓN NARANJO
Secretario

¹ Archivo 22

² Archivo 27

**REPUBLICA DE COLOMBIA
RAMA JURISDICCIONAL DEL PODER PÚBLICO**



**TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA PENAL**

Ref.

Radicado: 05000-22-04-000-2023-00108 (N.I. 2023-0397-4)

Accionante: William de Jesús Hernández Molina

Accionado: Juzgado 1° de E.P.M.S. Antioquia y otro.

Medellín, abril once (11) de dos mil veintitrés

Para que sea desatado ante la Sala de Casación Penal de la Honorable Corte Suprema de Justicia, se concede el recurso de apelación interpuesto de forma oportuna por la Directora Ejecutiva Seccional de Administración Judicial de Medellín y Antioquia, contra la sentencia de tutela de primera instancia, proferida en esta Corporación.

Remítase el expediente para tal fin.

CÚMPLASE

**ISABEL ÁLVAREZ FERNÁNDEZ
MAGISTRADA**

Firmado Por:

**Isabel Alvarez Fernandez
Magistrada
Sala 001 Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **7b466bef5626f7b5c3d1d85998d6fc50dea774520c997eaca6633023c4c09718**

Documento generado en 12/04/2023 10:34:33 AM

**Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**

República de Colombia



Rama Judicial

Tribunal Superior Distrito Judicial Antioquia

Sala Penal

Magistrada ponente: **María Stella Jara Gutiérrez**

Radicación: 05761600031220220002801(2022-2027-3)
Procedencia: Juzgado Promiscuo del Circuito de Sopetrán, Antioquia.
Procesado: JOSÉ FERNANDO AGUDELO ECHEVERRY
Delito: Tráfico, fabricación y porte de estupefacientes
Motivo: Apelación auto niega preclusión
Decisión: Confirma
Acta y fecha: No. 060, marzo 7 de 2023

Medellín, Ant., marzo 7 de 2023

1. Asunto

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por la fiscalía en contra del auto proferido por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Sopetrán, Antioquia, el 14 de diciembre de 2022, mediante el cual negó la solicitud de preclusión elevada por el recurrente.

2. Hechos y actuación procesal

El 15 de octubre de 2022, siendo aproximadamente las 12 y 30 de la tarde, en el sector rural del municipio de Olaya, sector conocido como Las Partidas de Llanadas, el señor JOSÉ FERNANDO AGUDELO ECHEVERRY fue

sorprendido llevando consigo dentro de un costal y en una bolsa plástica sustancia estupefaciente que al ser sometida a la prueba preliminar PIPH dio positivo para cocaína y sus derivados con peso neto de 125,12 gramos y otra sustancia que dio positivo para Cannabis con un peso neto de 529 gramos.

El 1º de junio de 2016, ante el Juzgado Promiscuo Municipal de Liborina, Antioquia, en cumplimiento de funciones de control de garantías, la Fiscalía General de la Nación formuló imputación en contra de JOSÉ FERNANANDO AGUDELO ECHEVERRY como autor del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, de conformidad con el artículo 376 inciso 2 y 3 del Código Penal.

El 17 de noviembre de 2022, la vista fiscal presentó solicitud de preclusión en favor de JOSÉ FERNANDO AGUDELO ECHEVERRY, diligencias cuyo conocimiento correspondió al Juzgado Promiscuo del Circuito de Sopetrán, Antioquia y la audiencia de preclusión fue convocada para el 12 de diciembre de la misma anualidad.

Durante su intervención el representante de la fiscalía, después de hacer alusión a los hechos relevantes del caso y a las normas que facultan a la fiscalía para solicitar la preclusión, expresó que la postulación estaba amparada en la causal 4 del artículo 332 de la Ley 906 de 2004, es decir, por atipicidad de la conducta.

Para ello indicó que la pretendida atipicidad del comportamiento investigado se deducía del artículo 376 inciso 2 y 3 del Código Penal y de la línea jurisprudencial desarrollada por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia sobre la materia.

Asegura que la atipicidad se cumple dado que la conducta investigada está prevista como delito en el artículo 376 incisos 2 y 3 del Código Penal, con todo, expresa, la antijuridicidad material entendida en los términos del artículo 11 del Código Penal no se cumple, habida cuenta que su acreditación no se logra con un plan metodológico ni el despliegue de actos urgentes, en tanto el daño real debe ser causado a la salud pública a pesar de la cantidad de sustancia incautada, pues, asegura, la Corte Suprema de Justicia, expresa que no debe considerarse ese aspecto objetivo -la cantidad de sustancia llevada consigo por el autor- sino se tiene ese factor subjetivo.

Continuó diciendo que el delito investigado atenta en contra del bien jurídico de la salud pública el cual no se vulnera con el solo hecho de que procesado fuera sorprendido llevando consigo una gran cantidad de sustancia estupefacientes, pues no se puede suponer que el procesado la tuviera consigo con fines de suministro o venta. Lo anterior, asegura, cuenta con respaldo en la sentencia de la Corte en cita con radicado 52032 de 7 de septiembre de 2022 donde se indica que con el solo hecho de llevar consigo gran cantidad de estupefaciente no se puede suponer la finalidad de distribución del alcaloide por parte del autor como tampoco la culpabilidad.

Finaliza su intervención reiterando la petición de la preclusión por atipicidad de la conducta -Art. 332 -4- del Código Penal- con apoyo en la jurisprudencia citada.

La defensa coadyuva la petición de la fiscalía, así, demanda de la judicatura decretar la preclusión de la investigación solicitada al amparo de la causal 4 del artículo 332 de la Ley 906 de 2004, en tanto, a pesar de la gran cantidad de estupefaciente incautada no se cuenta con prueba respecto del efectivo daño al bien jurídico de la salud pública y la intención del autor de distribuir esa sustancia alcaloide que llevaba consigo.

DECISIÓN DEL JUZGADO

Después de realizar una síntesis de la petición de la fiscalía indica que estando el proceso en la etapa de indagación preliminar y habiéndose formulada la imputación, la fiscalía está facultada para demandar la preclusión de la investigación por cualquier causal prevista en el artículo 332 de la Ley 906 de 2004.

En cuanto a la pretensión de la preclusión de la investigación por atipicidad de la conducta, tras no verificarse el ingrediente subjetivo relativo a la intención del autor de traficar o distribuir la sustancia estupefaciente, considera no se dan los presupuestos para su decreto, dado que:

Los elementos materiales probatorios aportados son el acta de incautación de elementos firmada por el Pt Jorge Luis Giraldo, según el cual al procesado se le sorprendió con una bola plástica color negro, en cuyo interior se encontró una sustancia vegetal similar a marihuana y otra pulverulenta que se asemeja a la cocaína. El Formato de Investigación de Campo que da cuenta de las labores de vecindario donde se describe que el hallazgo se dio en un lugar solitario, rural y boscoso.

Según información de inteligencia no se halló requerimiento del procesado por esa autoridad. Además, fue allegado el interrogatorio del imputado donde expresó que es barbero, bachiller y soltero, también habló sobre el motivo por el cual llevaba esas sustancias, indicando que personas, a quienes no señaló por el nombre ni el lugar de ubicación, lo raparon le quitaron las cejas y lo obligaron a llevar en un costal la sustancia incautada para que pagara una deuda.

Obra en el plenario la narración de la captura en corregimiento Llanada en la que un integrante de la patrulla que ve a una persona sentada en un costado de la vía, enseguida se dirigen a él para realizarle un registro, encontrando en su poder un costal y dentro de ella unas bolsas plásticas que dijo eran de su propiedad. Dentro de las mismas hallaron dos sustancias, una pulverulenta la otra vegetal, la primera dio positivo para cocaína con peso neto de 125,12 gramos, la segunda marihuana con un peso neto 529 gramos de marihuana.

Considera que la fiscalía tiene la obligación aportar los elementos de conocimiento que acreditan la causal enervada lo cual no hizo, pues debió demostrar probatoriamente la causal invocada. Son conjeturas cuando hizo mención a unas decisiones de la Corte Suprema donde por sentencia se absuelve a unos procesado, en razón a que la fiscalía no demostró en juico oral la intención del sujeto agente de vender o traficar la sustancia alcaloide.

La Corte ha planteado en la radicación 31.780 que es indispensable aportar la prueba de la acreditación de la causal invocada para soportar la preclusión, el único elemento de juicio es la declaración del indiciado, con todo la Corte dijo que ese elemento de convicción no era suficiente para demostrar la causal.

Apelación fiscalía. Considera que la decisión debe ser revocada por las siguientes razones:

Contrario a lo expresado en el artículo 27 de la Ley 906, el juzgado asegura que la preclusión por esta causal, y en casos como el que se investiga, solo puede ser decretada al término de un juicio oral.

Está de acuerdo con que se deba exigir plena prueba de la causal de tipicidad, pero cree, contrario a lo expresado por el juez, que en este caso no es posible demostrar el elemento subjetivo de la tipicidad para el delito de tráfico,

fabricación o porte de estupefacientes consagrado en el artículo 376 bajo la modalidad de llevar consigo.

La defensa, en condición de no recurrente, intervino para reiterar el apoyo a la petición de la fiscalía de decretar la preclusión de la investigación que por el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes se adelanta en contra de su prohijado.

CONSIDERACIONES

Esta Sala de Decisión, acorde con lo consagrado en el numeral 1º del artículo 34 del C.P.P. es la competente para resolver la presente alzada, en atención a que estamos en presencia de un recurso de apelación que fue interpuesto y sustentado de manera oportuna en contra de una providencia interlocutoria de 1ª instancia proferida por un Juzgado Penal que hace parte de uno de los Circuitos que integran este Distrito Judicial.

Acorde con los argumentos del disenso propuestos por la recurrente en la alzada, considera la Sala que de los mismos se desprenden el siguiente problema jurídico:

¿Se cumplían con todos los presupuestos necesarios para poder precluir por atipicidad la actuación procesal que se surte en contra de JOSÉ FERNANDO AGUDELO ECHEVERRY, a quien le formularon imputación por incurrir en la presunta comisión del delito de tráfico de estupefacientes, tipificado en el inciso 2º y 3 del artículo 376 C.P. bajo el verbo rector de llevar consigo?

El recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía se circunscribe a determinar si el Ente Acusador pudo o no demostrar la causal de preclusión postulada en favor del procesado JOSÉ FERNANDO AGUDELO ECHEVERRY, a quien se

le endilgaron cargos por incurrir en la presunta comisión del delito de tráfico de estupefaciente, en tanto la Fiscalía considera que no pudo demostrar el ingrediente subjetivo del delito imputado, mientras que el Juzgado de primer nivel expuso que la Vista Fiscal no acreditó en debida forma esa ausencia de intención de distribuir, a título oneroso o gratuito, las sustancias estupefacientes que llevaba consigo el día de marras.

De cara a lo anterior, la Sala considera que el *A quo* acertó en no acceder a la petición de preclusión deprecada por la Fiscalía por las razones que a continuación se exponen:

Es un hecho cierto e irrefutable que el Procesado fue capturado en flagrancia cuando portaba un alijo que contenía una sustancia vegetal que al ser sometida a la prueba de P.I.P.H resultó ser positiva para marihuana, arrojando un peso neto de 529 gramos, la que excedía en 26 veces los límites permitidos para la dosis personal, también con una sustancia pulverulenta que al ser analizada dio positivo para cocaína con un peso neto de 125,12 gramos, 124 veces más de la dosis mínima, si partimos de la base consistente en que acorde con lo consignado en el inciso 2º del ordinal J del artículo 2º de la Ley 30 de 1.986, es dosis para uso personal la cantidad de marihuana que no exceda de veinte (20) gramos y de cocaína no superior a un (1) gramo.

Lo anterior, necesariamente debe ser confrontado con la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia a partir de la sentencia SP2940-2016 del 09 de marzo de 2016, radicado número 41.760, en la cual se adujo que en aquellos eventos en los que el acusado de porte de estupefacientes incurra en un exceso en los límites tolerados para la dosis personal, se debería tener en cuenta la finalidad o el propósito que el sujeto agente pretenda darle a los narcóticos, lo que se constituía como una especie de ingrediente subjetivo del delito de tráfico de estupefacientes en la modalidad de porte o de llevar consigo; lo cual quiere decir que en los eventos

de excesos en los límites tolerados para la dosis personal, cuando la finalidad de los estupefacientes no sea otra diferente que la del consumo personal del acriminado, se estaría en presencia de una conducta atípica.

De igual manera el Tribunal no puede desconocer el rol esencial que en estos asuntos juega la cantidad de las sustancias estupefacientes incautadas al sujeto agente, porque en muchas ocasiones, acorde con las circunstancias específicas del caso en concreto, los excesos intolerables a los límites permitidos para la dosis personal pueden generar inferencias con las que es factible colegir que la intención del sujeto agente al transportar o portar semejantes cantidades de narcóticos es una diferente al consumo o al uso recreativo de los mismos.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira se pronunció en un asunto como el que convoca a la Sala, exponiendo que de lo establecido en los artículos 29 y 250 de la Carta, en consonancia con el artículo 7º C.P.P. se desprende que la carga de la prueba le corresponde a la Fiscalía, por lo que es obvio que en aquellas hipótesis de tráfico de estupefacientes en las cuales el Ente Acusador, culminado el juicio, no haya podido cumplir con esa carga probatoria de demostrar que el propósito o la intención del sujeto agente era uno diferente, se debe proferir una sentencia contraria a sus pretensiones punitivas¹.

Además, el mentado órgano colegiado señaló que:

“Al ser la preclusión una de las causales de terminación anormal de los procesos penales, por cuanto se finiquita un proceso penal mediante un acto procesal diferente a la sentencia del cual también dimanar los efectos que son propios de la cosa juzgada, de vieja data la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha sido del criterio consistente en que la parte que pretenda resultar exitoso al deprecar una causal de preclusión adquiere la carga de demostrarla de manera plena e indubitable”².

¹ Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, Sala de Decisión Penal, M.P. Manuel Yarzagaray Bandera. Auto interlocutorio de 2ª instancia. 29 de noviembre de 2019.

² Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira. Ibídem.

Al respecto la Corte ha dicho:

“La fuerza de cosa juzgada que entraña la preclusión, como decisión que pone fin al ejercicio de la acción penal de manera anticipada, exige que la causal que la funda se encuentre demostrada de manera cierta o, lo que es igual, que respecto de la misma no exista duda o posibilidad de verificación contraria con un mejor esfuerzo investigativo (CSJ AP, 24 jun. 2008, Rad. 29344; CSJ AP, 27 sept. 2010, Rad. 34177; y CSJ AP, 24 jul. 2013, Rad. 41604).

En tales condiciones, si la Fiscalía acredita en debida forma alguna de las causales previstas por el artículo 332 del Código de procedimiento Penal, corresponde al Juez de conocimiento decretar la preclusión...”³

Los elementos materiales probatorios aportados son: (i) el acta de incautación de elementos signada por el Pt Jorge Luis Giraldo. De ella surge claro que al procesado se le sorprendió con una bola plástica color negro, en cuyo interior se encontró una sustancia vegetal similar a marihuana en cantidad de 529 gramos y otra pulverulenta que se asemeja a la cocaína con 125,12 gramos. (ii) El Formato de Investigación de Campo de acuerdo con el cual el lugar de los hechos queda ubicado en predio rural, solitario y boscoso. (iii) informe de inteligencia donde reporta que el procesado no era requerido por esa autoridad; (iv) Interrogatorio llevado a cabo al imputado JOSÉ FERNANDO AGUDELO ECHEVERRY. Comentó que ese 15 de octubre de 2022 se encontraba en una finca a donde había sido conducido por varios hombres a quienes le debía un dinero, con el fin de saldar esa deuda con trabajo. Estando ahí hombres con acento paisa lo amenazaron, le raparon el cabello, las cejas y las pestañas y después le dieron un costal y le ordenaron ubicarse en la orilla de la carretera y esperar a que pasara un motociclista y a él entregarle ese paquete, momentos después vio una camioneta de la Policía Nacional cuando

³ Corte Suprema de Justicia. M.P. Gustavo Enrique Malo Fernández. Radicado 48.204. AP 5151-2016.

lo abordaron intentó comentarles lo ocurrido, pero en ese momento encontraron la sustancia estupefaciente.

Acorde con lo anterior, la Sala válidamente puede concluir que el A quo atinó con la decisión confutada, porque en momento alguno la Fiscalía pudo acreditar plena e indubitablemente la causal de preclusión deprecada, la cual tenía que ver con la atipicidad del delito de tráfico de estupefacientes presuntamente endilgado al procesado FERNANDO AGUDELO ECHEVERRY.

Lo anterior, en tanto faltó la verificación del dicho del procesado, según el cual tenía en su poder ese paquete que contenía estupefacientes, porque varios hombres lo llevaron a una finca so pretexto de realiza labores agrícolas, pues estando allí fue rapado su cabello, cejas y pestañas y obligado a llevar hasta la orilla de la carretera un costal para ser entregado a un motociclista, instante en que se presentó la patrulla de la Policía y como resultado del registro encontró las sustancias estupefaciente de marihuana y cocaína.

Confrontación necesaria habida cuenta que el procesado, según el informe de captura en flagrancia, nada dijo a los institucionales de lo que estaba sucediendo en la finca, tampoco hay constancia de que fuera rapado su cabello, las cejas y el cabello. No se indagó sobre el predio a donde fue llevado el procesado como tampoco las personas que supuestamente le restringieron su libertad y causaron daños en su integridad personal. Tampoco si el señor JOSÉ FERNANDO AGUDELO ECHEVERRY formuló denuncia penal por esos graves hechos, según los cuales hombre no identificados no solo atacaron su integridad personal, sino que lo obligaron a llevar una sustancia ilícita hasta el lugar de la captura.

Esa historia del procesado, se insiste, debe ser acreditada por la fiscalía, en tanto no es circunstanciada y es imprecisa y por esa razón con visos de mentira, máxime cuando no denunció lo supuestamente acaecido.

Así las cosas, no le asiste razón al recurrente, por tanto, a la Sala confirmará la providencia apelada.

En mérito de todo lo antes lo expuesto, la Sala Penal de Decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Antioquia, administrando justicia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la providencia del 14 de diciembre de 2022 proferida por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Sopetrán, Antioquia, mediante la cual no accedió a una petición de preclusión deprecada por la Fiscalía dentro del proceso que se surte en contra de JOSÉ FERNANDO AGUDELO ECHEVERRY por el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes.

SEGUNDO: La presente decisión queda notificada en estrados y contra ella no procede recurso alguno.

TERCERO. ORDENAR la devolución de la actuación al despacho de origen para que, sin dilaciones, continúe con el curso del proceso.

Los magistrados,

(firma electrónica)
MARÍA STELLA JARA GUTIÉRREZ

(firma electrónica)
PLINIO MENDIETA PACHECO

(firma electrónica)
RENÉ MOLINA CÁRDENAS

Firmado Por:

Maria Stella Jara Gutierrez
Magistrada
Sala Penal
Tribunal Superior De Antioquia

Plinio Mendieta Pacheco
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 002 Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Rene Molina Cardenas
Magistrado
Sala 005 Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **2f02bafdbef2b9690f2e6b705566b775ed87f8cec04824ae7a63f13fa43e7a95**

Documento generado en 08/03/2023 10:58:30 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA DE DECISIÓN PENAL

Magistrada ponente: **María Stella Jara Gutiérrez**

Rad. CUI	05679-60-00335-2022-00060-01 (2023-0045-3)
Delito	Homicidio y otro
Acusado	Daniel Steven Villada Velásquez
Asunto	Auto no aprueba preacuerdo
Decisión	Confirma
Acta y fecha	No. 061, marzo 7 de 2023

Medellín, siete (7) de marzo de dos mil veintitrés (2023)

Aprobado mediante Acta No. 061 de la fecha.

ASUNTO

Se pronuncia la Sala sobre el recurso de apelación interpuesto por la defensa de DANIEL STEVEN VILLADA VELÁSQUEZ, contra el auto proferido el 14 de diciembre de 2022, por medio del cual el Juzgado Promiscuo del Circuito de Santa Bárbara, Antioquia, no aprobó el preacuerdo realizado por las partes.

HECHOS

Fueron narrados en la formulación de la imputación del 24 de agosto de 2022 de la siguiente manera:

“El día 20 de marzo de este año, siendo las 23:20 horas, en el Hospital Santa María se Santa Bárbara se practica inspección técnica a cadáver de quien en vida respondía al nombre de Juan Carlos Jiménez Navarro con cedula de ciudadanía No. 71 319 688 de 41 años, quien estando en el establecimiento de razón social y abierto al público Sala del Azar recibe

múltiples heridas con arma de fuego en compañía de una dama identificada como Andrea Grisales Rendón con cedula 1.041.350.484 e igual recibe heridas con arma de fuego. Ambos son trasladados al Hospital de la localidad donde fallecen.

El occiso Juan Carlos recibe una herida en región mamaria izquierda, dos heridas en región hipocondrio lado izquierdo, una herida en región lumbar lado izquierdo, una herida en región intraescapular izquierdo para un total de cinco heridas ocasionadas todas con arma de fuego.

La occisa Andrea Grisales presenta una herida en región antebrazo izquierdo cara posterior, una herida en región antebrazo izquierdo cara anterior, una herida en región axilar izquierdo ocasionadas con arma de fuego. En sus prendas en el bolsillo del pantalón, le hallan 12 cartuchos calibre 38 milímetros”.

ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

Por estos hechos, el 24 de agosto de 2022, se formuló imputación en contra de DANIEL STEVEN VILLADA VELÁSQUEZ¹ en calidad de coautor del concurso de conductas punibles de homicidio simple -artículo 103 del C.P.- en concurso homogéneo y sucesivo, y tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios partes o municiones agravado por los numerales 1 y 5 del artículo 365 del C.P.

En audiencia celebrada el 1 de noviembre de 2022 ante el Juzgado Promiscuo del Circuito de Santa Bárbara, Antioquia, la fiscalía presentó los términos del preacuerdo al que llegó con el procesado y su defensor². El convenio consistió en que el acusado aceptaba la responsabilidad en calidad de coautor de las conductas punibles imputadas y la Fiscalía a cambio, degradaba al grado de complicidad su participación en la conducta punible de porte de armas de fuego, solo como una ficción jurídica para efectos del preacuerdo.

La Fiscalía explicó que la pena mínima prevista para la conducta punible descrita en el artículo 365 agravada es de 18 años. Reducida a la mitad por virtud de la rebaja del artículo 30 para los cómplices, arroja un monto de nueve años de prisión. Debido al preacuerdo esa fue la pena pactada, a la que se le aumentan

¹ A partir del minuto 00:23:45

² Intervención a partir del minuto 00:10:15

dos años por el concurso con el delito de homicidio simple, para un total de 11 años de prisión de pena pactada.

La defensa confirmó que esos eran los términos del preacuerdo³.

Seguidamente la Juez interrogó al procesado tal cual lo dispone el artículo 131 del C.P.P. Así, verificó que la renuncia a los derechos de guardar silencio y al juicio oral por parte del procesado DANIEL STEVEN VILLADA VELÁSQUEZ se había llevado a cabo conforme con los literales b, k y l del artículo 8 de la Ley 906 de 2004.

DECISIÓN IMPUGNADA

En desarrollo de la audiencia de continuación del preacuerdo celebrada el 14 de diciembre de 2022, la juez no aprobó la negociación⁴. En su sentir la pena pactada es desproporcionada, por tanto, desprestigiaba a la administración de justicia.

Además, consideró que la determinación de la pena no fue correcta en la medida en que debió partirse de la pena establecida para la conducta punible de homicidio y no la prevista para el porte de armas de defensa personal.

DE LA APELACIÓN

La Defensa⁵ afirma que en el proceso de determinación de la pena se debe partir del delito que contemple la sanción más grave. En ese sentido, la conducta punible de porte de armas de fuego agravada contempla una pena de 18 años, superior a los 208 meses previstos para el delito de homicidio simple.

De otro lado, la suma de los 12 meses por cada homicidio resulta ser una pena proporcional.

³ Intervención a partir del minuto 00:16:00

⁴ Intervención a partir del minuto 00:04:45

⁵ Intervención a partir del minuto 00:11:11

Siendo así, pide que se revoque la decisión y que se apruebe el preacuerdo celebrado por las partes.

NO RECURRENTE

El delegado de la Fiscalía⁶ argumentó que la pena pactada en el preacuerdo es proporcionada y no atenta contra el principio de legalidad.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

De conformidad con el numeral 1 del artículo 34 de la Ley 906 de 2004, la Sala es competente para desatar la alzada, limitada al estudio de los argumentos de inconformidad expuestos por el apelante y de aquellos que estén ligados de manera inescindible a ellos.

El problema jurídico que le corresponde abordar a la Corporación a petición del recurrente se concreta en determinar si el A quo erró al improbar el preacuerdo celebrado entre DANIEL STEVEN VILLADA VELÁSQUEZ y la fiscalía general de la nación, tras considerar que la pena de prisión acordada -11 años- dada la aceptación de cargos por los delitos de homicidio simple en concurso homogéneo y el de fabricación, tráfico o porte de armas agravado no respeta la legalidad, tampoco las finalidades de los preacuerdos consagrados en el artículo 348 de la Ley 906 de 2004, en tanto resulta pírrica en desmedro del prestigio de la administración de justicia.

El señor DANIEL STEVEN VILLADA VELÁSQUEZ⁷, fue imputado en calidad de coautor de las conductas punibles de homicidio simple -artículo 103 del C.P.- en concurso homogéneo y sucesivo y heterogéneo con la de tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios partes o municiones agravado, acode con el artículo 365 numerales 1 y 5 del del Código Penal. Cargos que aceptó y, junto con su defensor, y el fiscal concretaron el beneficio -rebaja punitiva para los

⁶ Intervención a partir del minuto 00: 14:16

⁷ A partir del minuto 00:23:45

cómplices consagrada en el artículo 30 del Código Penal- y pactaron una pena de prisión de nueve años.

Para resolver el problema jurídico planteado, vale la pena recordar que de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, para la individualización de la pena en los casos de concurso de conductas punibles, el tratamiento punitivo debe realizarse acorde con el artículo 31 del Código Penal. Siguiendo ese derrotero se debe individualizar debidamente la pena para cada delito concurrente y luego efectuar una comparación para hallar el de mayor gravedad, la cual se tomará como base y se aumenta hasta en otro tanto, teniendo en cuenta el número de punibles, su naturaleza, gravedad, modalidad de la conducta, intensidad, es decir, los criterios de que trata el artículo 61 inciso 3 del Código Penal.

Sobre el alcance del artículo 31 del Código Penal la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia expresó⁸:

“Si se está ante la responsabilidad penal por una pluralidad de conductas punibles, el tratamiento punitivo está consagrado en el artículo 31 del Código Penal.

La confrontación de la pena individualizada para cada ilicitud permite determinar cuál es la más grave, está consideración no procede hacerse con fundamento en la prevista por el legislador.

La sanción más grave así establecida será la base para aumentarla hasta en otro tanto, considerándose como factores de ese incremento el número de ilícitos concurrentes, su naturaleza, gravedad, modalidad de la conducta, intensidad del elemento subjetivo, entre otros.

Ese incremento “hasta en otro tanto” tiene límites, a saber: i) conforme al artículo 31 del C.P., el incremento no puede superar el duplo de la pena básica individualizada en el caso concreto para el delito más grave, ii) tampoco la sanción definitiva puede superar la suma aritmética de las penas que correspondería a cada punible en el caso concreto (sistema de acumulación jurídica de las penas), iii) otro de los topes se relaciona con la prohibición en el concurso de delitos de no superar la pena los 60 años de prisión (artículo 31-2 de la Ley 599 de 2000, modificado por el artículo 1° de la Ley 890 de 2004), regla que no hay que confundir con el límite para tasar la pena individualmente para cada ilicitud que establece el artículo 37 del C.P. en 50 años (modificado por el artículo 2 de la Ley 890 de 2004), diferencias explicadas por esta Sala, entre otras decisiones, en el Rdo.41350 del 30-04-2014, iv) la no reformatio in peius es otro límite en razón a que los errores en la tasación de la pena del factor “otro tanto”, no pueden ser modificados posteriormente por el superior funcional al resolver la apelación, la casación, o la doble conformidad judicial de la primera condena, cuando el condenado sea el único recurrente o peticionario, como tampoco lo pudo hacer el juez al resolver la redosificación de penas por acumulación de penas o por principio de favorabilidad”.

⁸ SP338-2019 Rad. 47675 del 13 de febrero de 2019. M.P. Eugenio Fernández Carlier.

Como se anticipó, en el presente asunto, como resultado del preacuerdo celebrado entre la fiscalía y la defensa material y técnica, el procesado DANIEL STEVEN VILLADA VELÁSQUEZ aceptó cargos en calidad de coautor de los punibles de homicidio simple -artículo 103 del C.P.- en concurso homogéneo - Art. 31- y porte o tenencia de armas de fuego, accesorios partes o municiones agravado, acorde con el artículo 365 del C.P numerales 1 y 5 del Código Penal.

Los términos de la negociación fueron definidos en el escrito de preacuerdo de manera muy similar a lo expresado por la fiscalía en la audiencia de verbalización del preacuerdo donde el delegado, sobre ese particular, expresó:

“(...) Así que el señor DANIEL STEVEN VILLADA VELASQUEZ se declara Penalmente Responsable de los delitos de Homicidio simple agotado en las personas que en vida respondieron a los nombres de JUAN CARLOS JIMENEZ NAVARRO y ANDREA GRISALES RENDON y fabricación, trafico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones agravado.

Ahora, se acuerda degradar, solo como ficción jurídica y únicamente para los efectos de este acuerdo, la conducta punible deducida al imputado de porte ilegal de armas de fuego agravado al grado de complicidad... perdón.

Pena privativa de la libertad: el punto de referencia es la pena prevista por el artículo 365 inciso 2 numerales 1 y 5, esto es, dieciocho (18) años que serán decrecidos en la mitad merced al acuerdo celebrado quedando un total de nueve (9) años, a los que se adicionarán dos (2) años más, a voces del artículo 31 del Código Penal en lo que concierne a los punibles de Homicidio. La pena definitiva queda en un monto de once (11) años.

Penas accesorias: Se impondrá la inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones publican, por el término de duración de la pena privativa de la libertad.

Subrogados penales: para la Fiscalía General de la Nación no habrá lugar al subrogado de ejecución de la condena, tampoco procederá la sustitución de la pena en centro penitenciario por la modalidad domiciliaria.

Como viene de verse, a cambio de la manifestación de culpabilidad del procesado y de la renuncia de sus garantía al juicio oral y a guardar silencio la fiscalía, exclusivamente con fines de rebaja punitiva y como único beneficio otorgó la diminuyente punitiva prevista en el artículo 30 del Código Penal para los cómplices, pero solo respecto del delito de porte o tenencia de armas de

fuego, accesorios partes o municiones agravado, acorde con el artículo 365 del C.P numerales 1 y 5 del Código Penal, es decir, la rebaja no cobijó, porque no se dijo, los dos delitos de homicidio simple. Recuérdesse lo expresado por el delegado fiscal: *“Ahora, se acuerda degradar, solo como ficción jurídica y únicamente para los efectos de este acuerdo, la conducta punible deducida al imputado de porte ilegal de armas de fuego agravado al grado de complicidad... perdón...”*. Y cuando el juzgado concedió el uso de la palabra a la defensa para que se pronunciara respecto de los términos de la negociación ratificó lo manifestado por la fiscalía.

Esta apreciación de la Sala se evidencia en la fijación de la pena, pues cuando hizo mención del proceso de individualización de la pena, solo se refirió respecto del punible de porte o tenencia de armas de fuego, accesorios partes o municiones agravado, acorde con el artículo 365 del C.P numerales 1 y 5 del Código Penal, para lo cual indicó que la pena ascendía a 18 años, en virtud del agravante, al cual deducía la mitad, para un total de nueve años. Mírese que no individualizó la pena para el delito de homicidio simple, llevado a cabo en concurso homogéneo y tampoco realizó la confrontación.

Si el beneficio concedido al procesado consistió únicamente en disminuir en la mitad la pena mínima de prisión señalada del delito de porte o tenencia de armas de fuego, accesorios partes o municiones agravado, el concurso delictual estaba compuesto por este punible, cuya pena se degradó a nueve años de prisión, y el homicidio simple ejecutado en concurso homogéneo; por tanto, la conducta punible de mayor gravedad sería el homicidio simple porque está penado con 208 meses de prisión, de acuerdo con el artículo 103 del Código Penal, mientras que el porte o tenencia de armas de fuego, accesorios partes o municiones agravado ostentaba una pena de nueve años de prisión, se reitera, según la negociación.

Como consecuencia de lo anterior, el monto de la pena de prisión negociada no se ajusta a la legalidad, porque, siguiendo los derroteros del artículo 31 citado, siendo el homicidio simple el de mayor gravedad debía incrementarse en otro tanto, por el homicidio simple en concurso homogéneo y una vez más por el de

porte o tenencia de armas de fuego, accesorios partes o municiones agravado, cuya pena se había acordado en nueve años.

Como resultado de lo anterior, la decisión confutada será confirmada, pero por las razones presentadas por la Sala.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE ANTIOQUIA, EN SALA DE DECISIÓN PENAL,** administrando justicia,

RESUELVE

PRIMERO: Confirmar la decisión confutada.

SEGUNDO: Remitir el expediente ante el Juzgado de origen para lo de su cargo.

TERCERO: Contra esta determinación no procede recurso alguno.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

MARÍA STELLA JARA GUTIÉRREZ
Magistrada Ponente

(Firma electrónica)

PLINIO MENDIETA PACHECHO
Magistrado

(Firma electrónica)

RENÉ MOLINA CÁRDENAS
Magistrado

Firmado Por:

Maria Stella Jara Gutierrez
Magistrada
Sala Penal
Tribunal Superior De Antioquia

Plinio Mendieta Pacheco
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 002 Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Rene Molina Cardenas
Magistrado
Sala 005 Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia
Firma Con Salvamento De Voto

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **aeb6d5521a81433a71ada12d4413e12585036844cce9077b919b6d968d3d3d21**

Documento generado en 13/03/2023 11:54:41 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA

SALA DE DECISIÓN PENAL

Medellín, veintiocho (28) de marzo de dos mil veintitrés (2023)

Proyecto discutido y aprobado en sesión de la fecha, Acta 058

PROCESO: 05 376 60 00339 2021 00157 (2023 0255)
DELITO: TRÁFICO DE ESTUPEFACIENTES
ACUSADO: VÍCTOR ALFONSO OSPINA GÓMEZ
PROVIDENCIA: SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

La Sala procede a resolver lo pertinente frente al recurso de apelación interpuesto por el defensor del procesado, en contra de la sentencia proferida el 01 de febrero de 2023, por el Juzgado Penal del Circuito de La Ceja (Antioquia), mediante la cual CONDENÓ al señor VÍCTOR ALFONSO OSPINA GÓMEZ por hallarlo responsable del delito de TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES.

ANTECEDENTES

Se dice en las diligencias que el día 9 de mayo de 2021 a eso de las 14:10 horas, en el establecimiento carcelario transitorio ubicado en el Comando de la Policía de la Ceja, ubicado en la Carrera 24 No. 22 – 50 Barrio Obreros de Cristo, el señor VÍCTOR ALFONSO OSPINA GÓMEZ se presentó con el fin de ingresar comestibles a las personas privadas de la libertad y aprovechando el momento en que se verifica el contenido de los comestibles, el mencionado lanzó un paquete a las celdas donde se encuentran los detenidos. Al ser observado el momento por el personal de guardia y sin perder de vista, revisaron el contenido estableciéndose que se trataba de una bolsa plástica con sustancia vegetal con características similares a la Marihuana. De

inmediato se le dieron a conocer sus derechos en calidad de persona capturada. De la prueba de P.I.P.H para sustancia vegetal la sustancia incautada arrojó resultado positivo para marihuana y sus derivados en un peso neto de 10.6 gramos.

El 10 de mayo de 2021, ante el Juez Segundo Promiscuo Municipal de La Ceja (Antioquia) fueron celebradas las audiencias de legalización de captura y formulación de imputación.

LA DECISIÓN OBJETO DE ALZADA

El A quo encontró sustento para emitir un fallo condenatorio, teniendo en cuenta los elementos materiales probatorios presentados por la fiscalía y la aceptación de cargos que hiciera el acusado. Impuso la pena pactada de 35 meses y 6 días y negó los sustitutos penales, por expresa prohibición legal.

En cuanto a la solicitud de prisión domiciliaria por la calidad de padre cabeza de familia, sostuvo que se acreditó que el señor Víctor Alfonso es padre de una niña de un año de edad y que convive con la madre de la niña, la señora Mónica Cardona y en la casa viven otros dos menores de edad, hijos de la señora Mónica. No obstante, afirmó que la calidad de padre cabeza de familia no se acreditó, porque no es el señor Víctor quien en forma exclusiva esté a cargo del cuidado de los menores, quienes cuentan con la madre. Tampoco se acreditó ausencia de ayuda sustancial de miembros del grupo familiar, pues se desconoce cómo está conformado el núcleo familiar paterno y materno.

LA IMPUGNACIÓN

El señor defensor del procesado, inconforme con la decisión, interpuso y sustentó oportunamente el recurso de apelación.

Insiste en la solicitud de concesión de la prisión domiciliar para su prohijado, pues considera que sí reúne las condiciones para tenerlo como padre cabeza de familia.

Afirma que claramente el señor Ospina Gómez, tiene a su cargo, 3 personas menores de edad, a saber: su menor hija Lujana María Ospina Cardona, de 10 meses de edad y los menores Kevin Andrés Gaviria Cardona y Yair Stiven Gaviria Cardona. Es claro que se merece ser considerado un hombre como cabeza de familia, no solamente cuando tiene a su cargo de manera permanente a sus hijos propios, sino también cuando tiene a su cargo otras personas incapaces o incapacitadas para trabajar, que integren su núcleo familiar. Dos son hijos biológicos de su compañera permanente, con quien lleva, una relación de unión libre, estable, permanente y singular, de más de 10 años de duración, por lo que se puede determinar que cuando inicio dicha relación estos menores de edad tenían 6 y 2 años respectivamente, por lo que efectivamente ellos reconocen a Víctor Alfonso, como su padre, y como la persona que los sostiene anímica, moral y materialmente.

Si bien la madre de los menores está acompañando y velando para el cuidado y el sostenimiento de estos menores de edad, también es claro que las normas, habilita que, aun estando permanente en el hogar, también se prevé la situación en que esa otra persona tenga alguna incapacidad física, sensorial o moral o inclusive psíquica, que

no le permiten tomar a su cargo en forma permanente el sostenimiento de sus hijos menores.

Asegura que la señora Mónica Cardona Patiño, a pesar de ser bachiller, se ha dedicado por completo durante más de 10 años, a ejercer como ama de casa, a dedicarse exclusivamente al cuidado de sus hijos, teniendo en cuenta que inclusive dentro de ese núcleo familiar, su hijo mayor Kevin Andrés, tiene algunos problemas psicológicos, que viene arrastrando desde su niñez, con ocasión de la muerte violenta de su padre biológico. Es decir, como tal no está incapacitada, es cierto, pero sin embargo no se puede desconocer que el entorno familiar donde vive, tendría una descompensación y un rompimiento total en cuanto que tenga que dejar a sus 3 hijos menores en manos de otra u otras personas, y que esa situación, sí le da una especie de incapacidad moral, porque no podría trabajar dejando expuestos a sus 3 menores hijos.

Dice que aporta con la sustentación una circunstancia específica, en cuanto a la ausencia de ayuda sustancial del grupo familiar que compone esta familia, cuando manifiesta que el señor Orlando de Jesús Cardona Ramírez, padre de Mónica Cardona Patiño, falleció hace 30 años, y su señora madre Noemi de Jesús Patiño de Cardona, es una anciana de 75 años de edad, absolutamente incapacitada para trabajar y apoyarla en el cuidado de estos 3 menores de edad, mientras ella trabaja para conseguir el sustento de sus hijos.

Y si bien no se puede desconocer que, dentro del núcleo familiar de ambos compañeros, pueden existir hermanos y puede ser en numerosa cantidad, éstos ya tienen sus hogares conformados y sus responsabilidades propias con hijos menores a quien deben cuidar y brindar protección como lo exige la ley.

CONSIDERACIONES

La Sala sólo se referirá al tema que es objeto de apelación, teniendo en cuenta las limitaciones del juez de segunda instancia y que en el caso se tiene la calidad de apelante único, por lo cual no puede hacerse más gravosa la situación del procesado.

El problema jurídico planteado en esta ocasión se limita a determinar si el señor Víctor Alfonso Ospina es o no acreedor al sustituto penal de la prisión domiciliaria.

El A quo sostuvo que no se acreditó la calidad de padre cabeza de familia del procesado y el recurrente afirma que es suficiente la existencia de los menores a cargo, pues la madre se ha dedicado por más de 10 años a ejercer como ama de casa.

En cuanto a la calidad de padre cabeza de familia, es necesario anotar los presupuestos que deben tenerse en cuenta conforme con la jurisprudencia de la Honorable Corte Constitucional y la Honorable Corte Suprema de Justicia.

En efecto, en decisión del 24 de noviembre de 2021, Radicado 60212, M.P. Dr. Luis Antonio Hernández Barbosa, la Sala de Casación Penal de la Honorable Corte Suprema de Justicia recordó:

Al realizar un recuento de la jurisprudencia de la Corte relacionada el subrogado penal de la prisión domiciliaria como madre o padre cabeza de familia, el Ad quem precisó que para su concesión deben concurrir todos los presupuestos establecidos en la ley. Igualmente, indicó que la finalidad de este subrogado penal es la protección integral de los menores cuando la persona que ha sido privada de su libertad es la única que puede brindarles los requerimientos físicos, morales y de cuidado personal para su desarrollo adecuado.

(...)

Con apoyo en las sentencias C184-03 y SU388-05 de la Corte Constitucional, el Ad quem aclaró el concepto de mujer cabeza de familia –concepto extendido por vía jurisprudencial al hombre que esté en la misma situación— y los presupuestos indispensables para reconocer tal condición, como son: i) que se tenga a cargo la responsabilidad de hijos menores o de otras personas incapacitadas para trabajar; (ii) que esa responsabilidad sea de carácter permanente; (iii) no sólo la ausencia permanente o abandono del hogar por parte de la pareja, sino que aquélla se sustraiga del cumplimiento de sus obligaciones como padre; (iv) o bien que la pareja no asuma la responsabilidad que le corresponde y ello obedezca a un motivo verdaderamente poderoso como la incapacidad física, sensorial, síquica o mental o, como es obvio, la muerte; (v) por último, que haya una deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros de la familia, lo cual significa la responsabilidad solitaria de la madre para sostener el hogar. De igual manera, recordó que la Corte Constitucional estableció que 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.

Por lo indicado, la Sala tiene claro que la calidad de padre o madre cabeza de familia debe demostrarse con prueba clara y suficiente que permita concluir sin duda alguna que el procesado es la única persona que puede brindarle el cuidado al menor de edad que está a su cargo o a las personas incapacitadas y no solo para el suministro económico, sino para el cuidado integral, físico, psicológico y moral. De tal suerte que la detención de la persona implica el estado de abandono del menor o del incapacitado.

En el caso, el propio recurrente reconoce que para el cuidado de la hija menor del procesado y de los otros menores de edad, está la madre, persona joven y con capacidades plenas para el cuidado de los niños. Igualmente, si bien no se conoce la conformación total de los núcleos familiares, el propio abogado en su sustentación sostiene la existencia de la abuela materna, persona con la que también cuentan los hijos del procesado.

Analizada la prueba presentada, la Sala observa que es insuficiente para los efectos queridos por el recurrente, porque además de establecer claramente que los menores de edad tienen a su madre para su cuidado, no menciona para nada la familia extensa de ambos padres y también se encuentra presente la abuela materna de los niños.

Visto lo anterior, la Sala confirmará la sentencia impugnada.

Con fundamento en lo expuesto, el Tribunal Superior de Antioquia, Sala de Decisión Penal, administrando Justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley, resuelve **CONFIRMAR** la sentencia de fecha, naturaleza y origen atrás indicados, conforme a lo anotado en la parte motiva de esta providencia.

La decisión aquí tomada queda notificada en estrados y contra ella procede el recurso de Casación, el cual debe ser interpuesto dentro de los cinco días siguientes a su notificación, de acuerdo con lo establecido en el artículo 98 de la ley 1395 de 2010.

CÓPIESE, CÚMPLASE Y DEVUÉLVASE

EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA
Magistrado

NANCY ÁVILA DE MIRANDA
Magistrada

MARÍA STELLA JARA GUTIÉRREZ
Magistrada

Firmado Por:

**Edilberto Antonio Arenas Correa
Magistrado
Sala 001 Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia**

**Nancy Avila De Miranda
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 003 Penal
Tribunal Superior De Antioquia - Antioquia**

**Maria Stella Jara Gutierrez
Magistrada
Sala Penal
Tribunal Superior De Antioquia**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **efae4e200bd7b6953a80e871d4c25b4273ca50284ef2424464fba0154d2d0497**

Documento generado en 28/03/2023 01:07:19 PM

**Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**

TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA DE DECISIÓN PENAL

Medellín, veintiocho (28) de marzo de dos mil veintitrés (2023)

Proyecto discutido y aprobado en sesión de la fecha, Acta 058

PROCESO: 05 756 60 00349 2019 00334 (2021 0783)
DELITOS: HOMICIDIO AGRAVADO
 HURTO CALIFICADO Y AGRAVADO
ACUSADO: LUIS ALFONSO GALLEGO GALLEGO
PROVIDENCIA: SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

La Sala procede a resolver lo pertinente frente al recurso de apelación interpuesto por el Defensor del Procesado, en contra de la sentencia proferida el 03 de mayo de 2021, por el Juzgado Penal del Circuito de Sonsón (Antioquia), mediante la cual CONDENÓ al señor LUIS ALFONSO GALLEGO GALLEGO por el delito de HOMICIDIO AGRAVADO.

En la misma providencia, se absolvió al procesado por el delito de HURTO CALIFICADO Y AGRAVADO.

ANTECEDENTES

Conforme se desprende de las diligencias, los hechos que dieron origen a la presente investigación, se presentaron el 8 de diciembre de 2019 entre las 11:00 y 11:30 de la noche. Miembros de la SIJIN de Sonsón el 09 de diciembre de 2019 a las 9:10 AM, realizaron la diligencia de inspección técnica a cadáver en la Vereda Arenillal, zona rural de Sonsón, de la persona que en vida respondía a los nombres de HERNÁN JOSUÉ LÓPEZ CARDONA, deceso que fue a

consecuencia natural y directa de "shock hipovolémico", generado por "politraumatismo craneo encefálico severo", que fue ocasionada con objeto contundente. De los elementos materiales probatorios, de la evidencia física y de la información legalmente obtenida, se converge que el autor del hecho fue el señor LUIS ALFONSO GALLEGO GALLEGO, teniendo como presunto motivo de la agresión, el apoderamiento de una suma de dinero que la víctima llevaba consigo, producto de la venta de un café que hiciera el mismo día en las horas de la mañana.

Las audiencias preliminares en donde se legalizó la captura y se formuló imputación fueron celebradas el 01 de enero de 2020, ante el Juzgado Promiscuo Municipal de Argelia (Antioquia) y el 22 de enero de 2020, ante el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Sonsón (Antioquia).

El proceso pasó al Juzgado Penal del Circuito de Sonsón (Antioquia) en donde el 26 de febrero de 2020, la Fiscalía formuló la acusación. La audiencia preparatoria tuvo lugar el 8 de junio y 14 de julio de 2020 y el juicio oral se desarrolló los días 10 de noviembre de 2020, 8 de marzo y 6 de abril de 2021. La sentencia condenatoria y absolutoria fue leída el 3 de mayo siguiente.

LA DECISIÓN OBJETO DE ALZADA

El A quo consideró que con las pruebas allegadas al juicio se pudo demostrar la ocurrencia del hecho y la responsabilidad del acusado. Tuvo en cuenta que el procesado acompañaba a la víctima cuando el hecho ocurrió y además se contaba con el testimonio del señor Norbey Orozco Isaza, quien observó al acusado junto al cadáver, con

movimientos rápidos que permiten concluir que se encontraba en la búsqueda frenética del presunto botín.

LA IMPUGNACIÓN

1. El señor Defensor del Procesado, inconforme con la decisión, interpuso y sustentó oportunamente el recurso de apelación.

Sus argumentos pueden sintetizarse de la siguiente forma:

- Expresa que su defendido ha resultado condenado en este proceso, por manifestaciones nebulosas realizadas por quien denomina el A quo como testigo directo pero que en realidad fue demostrado ante dicha judicatura que presuntamente dicho sujeto pudo ser el autor de la conducta.

- Sostiene que la Fiscalía tenía como hipótesis previa que quien se encontró por última vez con el occiso fue el joven Luis Alfonso Gallego Gallego, dado a que los testigos de la Fiscalía que vieron por última vez con vida al señor Hernán Josué López Cardona, dieron fe de dicha situación, incluso desde el momento de haberse descubierto el cadáver del occiso. Éste señalamiento fue atomizado por toda la vereda Arenillal, del corregimiento de los Medios, y posterior a ello, aprovechada esta información por quien pudo haber sido el victimario, con el fin de limpiar el hecho cometido y afirmar su coartada. Esta apreciación de la defensa no es caprichosa, puesto que fue plenamente demostrada en el juicio de primera instancia.

- Afirma que el testimonio de NORBEY OROZCO ISAZA presenta varias inconsistencias: La primera refiere a que manifiesta que no

tiene buena memoria, pero al parecer recuerda perfectamente lo que le dijo según él "el hijo de la bruja", manifestando en unas oportunidades que lo vio arrodillado, en otras que lo vio de pie y que además lo que vivencia fue a unos metros de la casa de CHORIZO, es decir del señor Fernando, exactamente donde se encontró el occiso el día de los hechos pero que extrañamente no manifestó sino hasta tiempo después, según él, por miedo. Como segundo punto, el joven dice no haberse encontrado a nadie más en el camino, cuando realmente y de manera cierta se topó con la señora Margot, quien lo vio a unos metros de la Brecha bajando por la carretera principal la cual queda unos 400 metros antes del lugar de los hechos y donde se observó por la misma MARGOT al señor Hernán Josué López con vida en aparente estado de embriaguez, es decir que confrontado al testimonio de la señora Margot, Norbey no dice la verdad. Lo tercero es que NORBEY sólo aporta su versión días después de los hechos, cuando los demás habitantes de la vereda ya rumoraban que el último sujeto que se encontró con el occiso fue Luis Alfonso, pero desconociendo la versión de Margot y en el afán de salvar su coartada, aporta esta historia que se hace extraña, inconsistente y nebulosa. (Si se observan las entrevistas rendidas por éste y Salvador López después de encontrar la versión de Norbey, en una de ellas manifiesta que escuchó dos golpes y que reconoció a quien estaba en el piso, y en la otra como referencia dice escuchar un golpe y no reconocer a quien se encontrara en el suelo, además de otras incongruencias como las de haber oído gemidos y en otra de las versiones no escuchar más que unos golpes).

- Dice que el testimonio de la señora MARGOT es la declaración más importante, pues manifiesta haberse encontrado a Norbey unos metros antes de la Brecha donde se encuentra al señor Hernán Josué

López, con vida en aparente estado de embriaguez. Revela además que para ingresar a su finca debe pasar incluso por el patio de la finca de Fernando "Chorizo" de donde presuntamente se sacó el azadón con el que ultimaron la vida del occiso y que no vio a ningún otro sujeto, es decir que LUIS ALFONSO GALLEGO, sale de la escena, pues ya no se encontraba cerca del señor Hernán Josué, había abandonado el lugar, camino a su hogar, (quedando su representado en la misma ausencia que los otros dos sujetos de quienes no se volvió a hablar /el conductor y el ayudante/). Lo cierto de este testimonio es que, en primer lugar, se contrapone a lo dicho por Norbey en el sentido de éste manifestar que "no se encontró a nadie más" cuando en realidad, poco tiempo antes de llegar a la Brecha, se cruza con la señora Margot. Lo segundo es que la distancia en que se encontraba Norbey de la Brecha donde se encontraba Hernán Josué, es más corta que la distancia existente desde la Brecha hasta el lugar de los hechos, además descendiente y principal mientras que de la Brecha al lugar de los hechos, se dijo que era ascendiente y pedregosa, a saber, se hace razonable y lógico que NORBEY de manera inevitable se encontró con el señor HERNÁN JOSUÉ si no en la Brecha, muy poca distancia después pero imposiblemente en el lugar de los hechos, por lo que en este punto NORBEY también miente.

- Agrega que es claro que quien al fin de cuentas termina apareciendo en última presencia de Hernán Josué, es Norbey y no Luis Alfonso como lo dicen los testigos de referencia. Así, quien únicamente señala a su prohijado es el mismo Norbey, quien como se dijo, conserva una gran posibilidad de ser el último sujeto en presencia del occiso cuando aún tenía vida y en una distancia anterior al lugar de los hechos.

- Subraya el aparente estado físico del occiso en ese momento (en aparente estado de embriaguez y casi dormido), lo cual también añade fuerza al argumento de la imposibilidad de llegar primero al lugar de los hechos antes de encontrarse con el joven NORBEY. Por último, debe resaltarse que del azadón, solo se dijo estar en cadena de custodia, pero siendo quizá la prueba más importante no fue tomada para su análisis, en aras de esclarecer algún vestigio que señalara con precisión al victimario de este hecho.

Sostiene que la duda debe resolverse a favor del procesado y, por tanto, solicita revocar la sentencia y en su lugar absolver a su representado.

2. El señor apoderado de las víctimas, como sujeto no recurrente, sostuvo:

Frente a la prueba arrimada al caso, el apelante pretende descalificar al testigo de cargos NORBEY OROZCO ISAZA por ser una persona primaria y analfabeta, pero en su declaración mostró esa humildad y honestidad con la que cuentan nuestros campesinos. Si bien es cierto, la relevancia que quiere dar el apelante al testimonio de MARGOT MUÑOZ VILLA, no genera ninguna revelación que contradiga lo expresado por OROZCO ISAZA.

El señor defensor pretende hacer creer que por lo narrado por la señora Margot, es entonces responsable del nefasto homicidio el señor Norbey Orozco, ya que fue la única persona que vio en la carretera diferente al punto donde se hallaba Hernán Josué López y que como no había más personas éste es el asesino. Pero la razón por la que no observó más personas cerca al cuerpo del hoy occiso es simple, el señor Luis Alfonso se escondió en el monte al escuchar la presencia de un velocípedo en el que transitaba por ese camino

Margot y su hijo. No se puede perder de vista lo dicho por el administrador de la fonda San Palestre, quien informó que Luis Alfonso se encontraba con Hernán Josué López Cardona, el conductor de la chiva de la vereda y su ayudante y salieron a eso de las 11:30 pm. El tránsito de Norbey por el lugar fue un hecho circunstancial.

Solicita se confirme la sentencia.

CONSIDERACIONES

El problema jurídico planteado en esta oportunidad a la Sala se contrae en determinar si al juicio se allegaron pruebas suficientes para obtener un conocimiento más allá de toda duda sobre la responsabilidad del acusado.

Para el A quo, las pruebas practicadas en el juicio son suficiente, mientras que el recurrente sostiene que existen dudas que deben resolverse en favor del procesado.

Para decidir, la Sala escuchó atentamente los registros de lo ocurrido en el juicio oral y de una vez dirá que la sentencia impugnada será confirmada. Estas son las razones:

1. Es claro que al juicio se presentaron dos testigos que manifestaron sin lugar a dudas que el procesado es conocido como el hijo de “la bruja”, persona a quien distinguen de tiempo atrás por ser vecino de la vereda. El señor Norbey Orozco agregó que hizo reconocimiento fotográfico y Rafael Bustamante sostiene que se trata de la persona que está detenida inculpada por homicidio en este proceso.

2. Luis Alfonso Gallego fue visto por Salvador López Bustamante el día 8 de diciembre de 2019 cuando abordó la misma “chiva” que tomó su padre para regresar a su parcela. Y pudo darse cuenta cómo su padre estuvo con el señor Luis Alfonso en una fonda ingiriendo licor, tal como lo corroboró el dueño del establecimiento, el señor Rafael Bustamante, quien agregó que el señor Hernán Josué pagaba lo que consumían. Igualmente, el señor Rafael Bustamante dejó claro que Hernán Josué estaba muy borracho y salió de su negocio en compañía de Luis Alfonso, más el conductor y el ayudante de la “chiva”. El vehículo tenía que recorrer muy poco camino para dejar a los señores Hernán Josué y Luis Alfonso, quien eran vecinos y lógicamente deberían seguir juntos hacia sus parcelas.

3. El señor Norbey Orozco Isaza aseguró que estaba por el lugar y que primero ingresó al establecimiento del señor Rafael Bustamante, quien ya estaba cerrando el negocio, lo cual fue corroborado por el señor Rafael. Luego de allí siguió a pie hasta su vivienda y tenía que recorrer el mismo camino por el cual debían seguir Hernán Josué y Luis Alfonso. En un punto escuchó unos golpes, dice que como partiendo unos cocos, y más adelante observó a una persona en el piso y a otra acurrucada. Trató de iluminar con la linterna que llevaba para ver a la persona que estaba en el piso, pero la otra no se lo permitió le bajó la linterna y le dijo que siguiera. Incluso, le dijo que le ayudaba a llevar a su compañero, pero no quiso. Siguió su camino y más adelante la persona que estaba con la que estaba tendida en el piso, lo alcanzó. Norbey le iluminó la cara y le preguntó por el amigo, a lo cual le contestó que lo había dejado dormido, que después subía. El testigo aseguró que reconoció a la persona por ser un vecino y que es el hijo de un señor a quien llaman “la bruja”.

4. La escucha del señor Norbey de dos golpes como partiendo cocos, la forma como vio a una persona (quien resultó ser Hernán Josué) tendido en la carretera, la posición en que se encontraba el señor Luis Alfonso en ese momento y la actitud que asumió impidiendo que Norbey lo iluminara con la linterna y no aceptando ayuda para llevarlo hasta su casa, para posteriormente dejarlo abandonado, son situaciones que unidas convergen a un única explicación lógica: la autoría del hecho por parte del ahora procesado.

5. La teoría del señor defensor está basada en la duda, pues especula que bien pudo ser el testigo Norbey quien cometió el crimen. Afirma que desde un inicio se sospechó de Luis Alfonso y que el rumor corrió y por eso el señor Norbey se aprovecha de la situación para inculparlo. Pero el investigador de la policía judicial, Galy Mauricio Morales, dijo en el juicio que inicialmente le informó una señora que ella pasó por la carretera y vio al señor Hernán Josué en la carretera solo como borracho o dormido y que atrás se había encontrado con el señor Norbey, de quien no sabía el nombre, pero sí de su abuela. Ninguna otra prueba se llevó al juicio sobre rumores, comentarios o sospechas frente alguna persona. Es claro que fue por el testimonio del señor Norbey que se inculpó al ahora procesado.

6. La Sala no aprecia inconsistencias en el testimonio del señor Norbey Orozco Isaza como lo predica el recurrente. El testimonio por él rendido se estima, claro, contundente, circunstanciado y creíble. Y es de anotar que si la defensa encontró algunas diferencias en sus versiones anteriores no hizo un uso adecuado de ellas para impugnar credibilidad, pues no se le mostró al testigo la parte en donde se podía apreciar alguna contradicción de fondo y tampoco se le permitió que explicara la supuesta contradicción. La Sala observa que sus dichos

concuerdan con los otros medios de conocimiento. Es claro que pasó por el lugar con posterioridad al tránsito de la víctima y su victimario. El señor Rafael Bustamante dejó claro que el señor Hernán Josué salió del negocio con Luis Alfonso y después llegó Norbey, quien compró algo y siguió. También es claro que la señora Margot Muñoz pasó en una motocicleta y simplemente vio en la carretera caminando al señor Norbey y más adelante en el piso al señor Hernán Josué, pero ella no se detuvo en ningún momento, ni habló con ninguno de ellos. Por tanto, no es de extrañar que el señor Norbey dijera en el juicio que en el camino no se encontró con nadie más. Lo mismo, no resulta raro que Margot Muñoz solamente haya visto al señor Hernán en el piso y a ninguna otra persona.

Si bien el testigo Norbey dijo que no tenía buena memoria y que padecía de problemas de aprendizaje, por lo cual no sabe leer, ni escribir, de allí no se desprende que no pudiera dar un testimonio claro y circunstanciado.

El lugar donde ocurrió el hecho y el lugar donde la testigo Margot vio al señor Hernán en el piso como dormido, no se puede decir que sea el mismo, pero de allí no se desprende que el testigo Norbey haya mentido. Es claro que la señora Margot iba en la motocicleta y pasó por un lado de Norbey y luego por un lado del señor Hernán, sin que pueda afirmar qué sucedió con posterioridad. Esto es, el testimonio de la señora Margot no desmiente los dichos del testigo Norbey.

Tampoco inquieta que la versión del señor Norbey se haya conocido días después del homicidio, pues fue buscado por el hijo de la víctima para averiguar si había visto algo, al tener información que debió pasar por el lugar en donde fue encontrado su padre muerto.

El señor defensor fundamenta las dudas en su particular forma de apreciar las pruebas, pero en realidad ellas apuntan exclusivamente a señalar al procesado como el autor del hecho, pues su comportamiento de otra forma es inexplicable al tenerse en cuenta que compartía con el señor Hernán Josué y se dirigía con él hacia el mismo lugar sin que existiera razón alguna para dejarlo abandonado a su suerte.

Con fundamento en lo expuesto, el Tribunal Superior de Antioquia, Sala de Decisión Penal, administrando Justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley, resuelve **CONFIRMAR** la sentencia de fecha, naturaleza y origen atrás indicados, conforme a lo anotado en la parte motiva de esta providencia.

La decisión aquí tomada queda notificada en estrados y contra ella procede el recurso de Casación, el cual debe ser interpuesto dentro de los cinco días siguientes a su notificación, de acuerdo con lo establecido en el artículo 98 de la ley 1395 de 2010.

CÓPIESE, CÚMPLASE Y DEVUÉLVASE

EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA
Magistrado

NANCY ÁVILA DE MIRANDA
Magistrada

MARÍA STELLA JARA GUTIÉRREZ
Magistrada

Firmado Por:

**Edilberto Antonio Arenas Correa
Magistrado
Sala 001 Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia**

**Nancy Avila De Miranda
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 003 Penal
Tribunal Superior De Antioquia - Antioquia**

**Maria Stella Jara Gutierrez
Magistrada
Sala Penal
Tribunal Superior De Antioquia**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **254332da017c790e7580bba41f5d52c3963ca3b471654c1372eb048554ca51ea**

Documento generado en 28/03/2023 01:07:26 PM

**Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**