

DESCRIPTOR: Principios *nom bis i ídem*
Indubio pro reo

RESTRICCIÓN: Valoración probatoria

TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN
SALA DE DECISIÓN PENAL

Magistrado Ponente:
Santiago Apráez Villota
Aprobado acta No. 121

Medellín, Julio veintiséis (26) de dos mil diecisiete (2017).

Se pronuncia la Sala sobre la apelación interpuesta por el representante de la Fiscalía contra la sentencia absolutoria emitida el 29 de septiembre de 2016 por el Juez 2º Penal del Circuito Especializado de Medellín.

ANTECEDENTES

1. Con posterioridad al 20 de julio de 2013, operó en el barrio Belalcázar de esta ciudad un grupo delincuenciales conocido como “*El combo de Belalcázar*”, el cual tenía como objetivo llevar a cabo distintas conductas punibles como desplazamientos forzados, extorsiones y tráfico de estupefacientes.

Se pudo establecer que Wilson Andrés Duque Álzate (“*Pilila*”) era uno de los líderes de esa organización, en tanto que Heladio de Jesús Rojo Jaramillo se apoyaba en esa estructura para llevar a cabo desplazamientos forzados y cobro de extorsiones a los habitantes de los sectores de Belalcázar y de la Finquita.

2. Con base en esos hechos, fueron capturados Heladio de Jesús Rojo Jaramillo, Wilson Andrés Duque Álzate y Franky Esteban Toro Quintero, llevándose a cabo el 9 de mayo de 2015 las audiencias preliminares ante la Juez 3ª Penal Municipal con función de control de garantías, quien legalizó el procedimiento de aprehensión, atendió la formulación de imputación que hiciera la fiscalía e impuso a los antes mencionados medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario.

3. El 1º de septiembre de 2015, la fiscalía presentó escrito de acusación en contra de Heladio de Jesús Rojo Jaramillo, Wilson Andrés Duque Álzate y Franky Esteban Toro Quintero, correspondiéndole el conocimiento de la actuación al Juzgado 2º Penal del Circuito Especializado de Medellín, cuyo titular, luego de agotar el trámite de rigor, el 29 de septiembre de 2016 profirió sentencia absolutoria en favor de los acusados.

4. El Juez empezó advirtiéndole que ante el retiro de cargos por el delito de desplazamiento forzado que hizo la fiscalía, los procesados serían absueltos por este punible. En razón a lo anterior advirtió que el análisis de la prueba lo cifraría en el delito de concierto para delinquir agravado, labor que le exigía decidir si le otorgaba credibilidad a los testigos de la fiscalía o a los de la defensa, especialmente al de los propios implicados.

Al desatar ese ejercicio el funcionario destacó como acontecimiento antecedente al proceso, la denuncia instaurada por Heladio de Jesús Rojo en contra de varios de los testigos de cargo y las condenas irrogadas a ellos, entre estas la sentencia en la cual se condenó a Cristian David y Yeison Daniel Melchor Carmona a 20 años de prisión al hallarlos penalmente responsables de los delitos de porte ilegal de armas y tentativa de homicidio, este último

cometido sobre el hijo del Heladio de Jesús Rojo Jaramillo, acusado en esta causa.

Igualmente, recalcó que a través de la estipulación número 8 se probó que Heladio de Jesús Rojo colaboró a la Fiscalía General de la Nación en la desarticulación de la estructura criminal denominada “*La Finquita*”, permitiendo así la ubicación y captura de Cristián David Melchor Carmona (“*El Viejo*”), Yeison Daniel Melchor Carmona (“*Yela*”), Carlos Andrés Agudelo Cardona (“*Diarrea*”) y Jorge Leonardo Flórez Cardona (“*Choche*”).

Otro hecho que resaltó el funcionario es que una vez fueron capturados y condenados Cristian Daniel y Yeison Daniel Melchor Carmona, fue denunciado Heladio de Jesús Rojo Jaramillo por pertenecer a la banda criminal llamada “*Belalcazar*”, razón por la cual fue capturado el 8 de mayo de 2015 junto a siete sujetos más.

Enseguida advirtió que rechazaba el testimonio de Cristian David Melchor Carmona, pasando a recordar que en juicio aceptó ser el jefe del combo “*La Finquita*”, el cual sostenía enfrentamientos con el de “*Belalcazar*” liderado por “*Pilila*” y Heladio de Jesús Rojo Jaramillo; que con este último sostuvo enfrentamientos verbales y tiroteos porque quería apropiarse de unos lotes; que él y su hermano fueron condenados por la denuncia que formulara Heladio de Jesús Rojo en su contra y que debido a esos encuentros entre ambos grupos delincuenciales, uno de los dos hijos de Heladio de Jesús resultó herido.

Aseguró que Jorge Leonardo Flórez Cardona confirmó la existencia del grupo armado ilegal al reconocer que se encuentra condenado por pertenecer a la banda “*Los Melchor*” y por el desplazamiento forzado de Heladio de Jesús Rojo, a quien observó asesinar a Mario Melchor Carmona.

Igualmente, se aplicó a reproducir algunas de las aseveraciones de los testigos de la fiscalía Celfi del Pilar Carmona Noreña (madre de Cristian David), Lina Clarisa Osorio (esposa de Cristian David), Johan Camilo Jaramillo, Pablo

Esteban Moreno Carmona (primo de los hermanos Melchor), Yolmi Orrego Montes (esposa de David Melchor), Elda Rosa Cuervo (madre de Humberto Antonio Puerta Cuervo alias “Chili”), Beatríz del Socorro García Villa y Carlos Mario Mazo García.

Tras resumir esos testimonios y realizar algunos comentarios de forma concomitante a cada uno de ellos, razonó el *a quo*:

“Así, de conformidad a la valoración de estos testimonios, observamos que caen en tantas y tan frontales contradicciones, al punto de tergiversar las afirmaciones en sus deponencias, que apenas como botón de muestra resaltamos una de las más protuberantes, en especial lo afirmado por Pablo Esteban Moreno Carmona y Lina Clarissa Osorio Villa, quienes al unísono niegan la existencia de la banda de los Melchor o de la Finguíta, pues que reconocen solo existe la banda de Belalcazar, dejando consignado el alto grado de parcialidad, atendiendo a que son los mismos condenados por su pertenencia al grupo, quienes en este proceso, dieron fe de la existencia de la cofradía los Melchor o la Finguíta”.

En sentir del funcionario, riñe con la alta peligrosidad que pretendieron mostrar los testigos de Heladio de Jesús, que Celfi del Pilar Carmona Noreña y Yolmi Orrego Montes señalaran que lo único que vieron portar a aquel fue un machete, circunstancia que indica que no ostenta la jefatura del grupo, pues esta se gana por el conocimiento en armas, como indican las reglas de la experiencia.

Al aplicarse a valorar el testimonio de Yolmi Orrego expresó que contradice a su esposo Cristian David Melchor, pues indica que quien lesionó a James Rojo fue un integrante del combo “La Paralela”, mientras que aquel aseguró que fue alguien perteneciente a “La Finguíta”. También cuestionó a esta testigo por afirmar que “Pilila” en el año 2012 le dijo que se tenía que unir a la banda, en tanto que en la entrevista manifestó que en esa reunión se encontraban Saúl, Heladio, “Barbado” y otras personas, para luego afirmar que no asistió a esa

reunión. Asimismo, la criticó porque aseveró no haber denunciado anteriormente por miedo, lo que hizo cuando quedó desprotegida al ser capturado su compañero sentimental, y afirmar que compraba droga a los de “*Belalcazar*”, cuando este combo y el de su esposo mantenían enfrentados.

De igual manera señaló que Carlos Mario Mazo García “*deja a lo largo de su declaración una estela de mentises*”, destacando las siguientes: *i)* se negó a señalar los nombres de quienes integraban la banda “*Los Melchor*”, cuando Frank y Luis Amado Murillo afirmaron que Mazo García en compañía de “*Los Melchor*” le vendieron un lote; *ii)* en juicio indicó que en la muerte de su sobrino participaron cuatro personas, pese a que en una entrevista anterior dijo que habían sido seis personas y en otra aseveró que fueron tres sujetos, quienes llegaron al sitio en un vehículo, mientras que en juicio expresó que lo hicieron caminando; *iii)* en una entrevista manifestó que conocía a “*Pilila*” y que este se mantenía en un taller del barrio, pero en juicio afirmó no recordar ese sitio; *iv)* en juicio oral expresó que no conocía el nombre de alias “*Ojón*” pese a que en una entrevista se refirió a él como Franky Esteban y dio sus características físicas, entre estas que era moreno, pero en juicio se pudo observar que este no era su color de piel.

Luego de aludir a esas inconsistencias en los testigos, refirió que quedó probado que Heladio de Jesús Rojo Jaramillo contaba con un derecho de posesión sobre un predio ubicado en la parte baja del barrio Belalcazar en el sector “*La Finquita*”, del cual fue despojado por la banda “*Los Melchor*”, conforme a la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Penal del Circuito Especializado, datada el 20 de febrero de 2015.

Se ocupó del testimonio de Johan Camilo Jaramillo, quien dijo ser consumidor de estupefacientes desde que tenía 14 años. Por ello, en palabras del funcionario “*al tratarse de una persona farmacodependiente y encontrarse sometido a un régimen de disciplina para satisfacer su adicción, lo obliga a superar las normas de conducta morales sino legales*”, precisando posteriormente que este es destinatario de una protección especial por parte

del Estado. Señaló también que el testigo en juicio aseguró que “Ojón” trabajó con Heladio de Jesús de 2012 a 2015, pese a que no lo nombró en una entrevista en que le preguntaron por los integrantes del combo.

Cuestionó también a Jorge Leonardo Flórez Cardona por expresar que Heladio de Jesús Rojo Jaramillo participó en la muerte Jorge Mario Melchor Carmona y decir que lo reconoció porque se quitó la capucha y pudo ver su rostro, pues riñe con la lógica y la experiencia, que alguien para realizar un delito llegue con la cara cubierta, pero se la destape tras cometerlo.

De otra parte, le resultó sospechoso que no se haya vinculado a Heladio de Jesús Rojo Jaramillo al proceso adelantado en el Juzgado Tercero Penal del Circuito Especializado de Medellín que culminó con sentencia absolutoria para Franky Esteban Toro Quintero y Wilson Andrés Duque Álzate, calendada el 6 de junio de 2013. Consideró entonces que los hechos aquí debatidos son los acontecidos a partir del 20 de julio de 2013, luego de lo cual pasó a hacer algunas anotaciones respecto a la prohibición de doble incriminación.

A manera de conclusión de la valoración probatoria anterior, expresó:

“Este despacho, con plena certeza y convencido de que existen más razones para creer el relato de los testigos de descargos, que lo ponen en evidencia como personas sin problemas Rojo Jaramillo y trabajadores Duque Álzate y Toro Quintero después de su liberación con base en declaratoria de inocencia, estimamos a partir de las circunstancias que se lograron reconstruir a través de los medios de prueba atrás vistos, que efectivamente lo pretendido fue ejecutar vindicta en contra de Rojo Jaramillo, haciéndolo ver concertado con Duque Álzate y Toro Quintero, todo en la existencia de un problema personal entre los mencionados por la posesión del lote que alegaba Rojo Jaramillo le pertenecía, como finalmente lo reconoce Pablo Esteban Moreno Carmona, primo de los hermanos Melchor, al admitir que el conflicto con su familia se inició en el año 2012 “creo que empezó por unos lotes”, un “problema entre Heladio y los Melchores, aclara que “ellos tenían unos lotes y Heladio también, entonces chocaban, uno decía que era del otro y el otro del otro”.

Luego de hacer algunas precisiones respecto a la tipicidad y la verificación que debe realizarse de los elementos normativos y descriptivos, otorgó razón a la fiscalía por solicitar la absolución por el delito de desplazamiento forzado, agregando además que la conducta era atípica porque las amenazas no fueron dirigidas contra un sector de la población, afirmación que desarrolló de forma extensa en la sentencia.

5. La anterior decisión fue recurrida en apelación por el Fiscal 64 Especializado, quien empezó refutando al juez por afirmar que no se probó la existencia del combo “*Belalcazar*”, toda vez que ese hecho fue acreditado mediante estipulación probatoria. En ese orden de ideas, aseguró, la fiscalía solo debía probar la vinculación de los procesados a la organización delincuenciales y determinar el rol que cumplía cada uno al interior de la misma.

No comparte que el funcionario sólo se haya referido a los testimonios de los policías David Cantillo Pacheco y Edwar Fabián Calderón Pinilla diciendo que estos afirmaron no haber visto a Duque Álzate y Toro Quintero cometiendo delito alguno, pues la labor de estos policiales era verificar la información ofrecida por una fuente humana el 20 de julio de 2013 que daba cuenta de una organización delincuenciales denominada “*Belalcazar*”; por tanto, afirmó, los uniformados debieron ser valorados como testigos directos, dado que hicieron presencia en el sector de injerencia de la cofradía criminal y desarrollaron actividades de verificación que permitieron la identificación de once personas, seis de las cuales se encuentran condenados. Para el fiscal *“llegar a la conclusión del A Quo para desacreditar estos testigos carece de toda lógica y sentido común, pues los agentes policiales no residen en ese sector y en el evento de observar a los procesados ejecutando alguna conducta punible de manera inmediata debían proceder con la captura en situación de flagrancia.”*

Tampoco refrenda que el juez haya desestimado el testimonio de Cristián David Melchor Carmona al tenerlo como sesgado por las disputas que tuvo con Heladio de Jesús Rojo por unos lotes, toda vez que aquel fue integrante del combo “*La Finquita*” y conocía a los de “*Belalcazar*” porque tenían enfrentamientos con ellos. Resaltó que este testigo expresó que tras la

liberación de “*Pilila*” en el año 2013 tuvo reuniones con él para convenir una unión entre ambas cofradías.

En tanto el juez desacreditó a Cristian David Melchor por haber mencionado que Heladio de Jesús pertenece a la organización desde 2004, mientras que la madre de aquel aseguró que desde 2012, el fiscal replicó que ello es una situación comprensible si se tiene en cuenta que la referida mujer es ama de casa y no tenía por qué conocer quiénes eran los miembros del combo delincencial al que se enfrentaban sus hijos, razón por la cual solo relacionó a Heladio de Jesús Rojo, precisamente porque la amenazó directamente a ella.

Contrario al juez, no le parece extraño que los testigos de la familia Melchor solo denunciaran cuando los integrantes de esa familia pertenecientes a la “*Finquita*” fueron capturados, si se tienen en cuenta los homicidios de Juan Esteban Mazo y Mario Melchor Cardona. Adicional a ello, señaló el fiscal que los denunciantes no podían acudir a las autoridades porque en contra de sus familiares existían ordenes de captura.

En su sentir, la valoración probatoria de Jhojan Camilo Jaramillo fue sesgada y subjetiva, por cuanto lo *“tilda de enfermo por su calidad de consumidor y resta sin ningún argumento sólido el dicho que rinde el mismo en la audiencia de juicio oral, es un factor relevante analizar que este testigo es ajeno a la familia CARMONA NOREÑA, además fue residente toda la vida en el barrio Belalcázar hasta el año 2015 que salió desplazado, testigo de cargo clave en el juicio porque perteneció a la organización delincencial realizando expendio de estupefacientes en el sector”*.

Igualmente, desaprueba la afirmación del juez atinente a que la calidad de fármaco dependiente de Jhojan Camilo Jaramillo lo hacía una persona manipulable para la policía judicial, pues lo correcto era que compulsara copias de haber sido así, agregando a ello que el decreto de este testimonio obedeció a que denunció a unos integrantes del combo “*Belalcazar*” con posterioridad a la acusación, para la cual Franky Esteban Toro Quintero ya estaba capturado, por lo que encuentra explicable que no denunciaría a este, cual fue una de las que el juez le restó credibilidad.

También reprocha al funcionario por no otorgar credibilidad a Pablo Esteban Carmona Agudelo porque este se negó a declarar sobre los miembros de la organización “*La Finquita*”, replicando el recurrente que al testigo le asiste el derecho a no auto incriminarse.

Afirmó que frente a Beatriz del Socorro García Villa nada dijo el juez y que esta fue denunciante junto a Heladio De Jesús Rojo Jaramillo en el proceso que se adelantó contra el combo “*La Finquita*”, resaltando que la testigo en juicio oral refirió que con posterioridad a la desarticulación de esa organización, Heladio de Jesús Rojo realizaba cobros ilegales a los habitantes del sector.

A partir de la afirmación del funcionario en el sentido que los testigos de cargo denunciaron a Heladio de Jesús Rojo para vengarse de las denuncias por él formulados, se pregunta el ente acusador “*por qué en el marco de la presente investigación resultaron condenados los señores Juan Guillermo Colorado Ossa, Carlos Mario Morales Rodríguez, Jehyner Hernando Marín Ramírez, Juan David Aguirre Granda, Milton Yair Gómez Tejada y Garyn Estiven Ballesteros Sarria por los delitos de Concierto para Delinquir Agravado y Desplazamiento Forzado Agravado, será que estos últimos también fueron víctimas de las supuesta venganza de la familia CARMONA NOREÑA, pues la respuesta que salta a la vista que no, se trata de personas que preacordaron con fundamento en los elementos materiales probatorios con vocación de prueba con los que contaba la fiscalía que no son otros que los que se practicaron en la referida audiencia de juicio oral*”.

Como el juez aseguró que no se podía emitir sentencia condenatoria por el delito de concierto para delinquir porque la fiscalía solicitó absolución por el punible de desplazamiento forzado, respondió que es un error conceptual exigir que se demuestren desplazamientos forzados, extorsiones y tráfico de estupefacientes como delitos autónomos, pues para la configuración del concierto para delinquir solo se requiere probar que varias personas que se unieron para realizar delitos, como, insistió, se probó mediante estipulación probatoria.

A manera de conclusión expuso el delegado de la fiscalía:

“Por ello considero en forma respetuosa que debe proferirse un fallo condenatorio en contra de los señores HELADIO DE JESUS –sic– ROJO JARAMILLO, WILSON ANDRÉS DUQUE ÁLZATE y FRANKY ESTEBAN TORO QUINTERO, puesto que toda la sentencia debe fundamentarse con inclinación a las pruebas legalmente aportadas y practicadas en juicio y no como concluyó el juzgador en valoraciones subjetivas que posteriormente fueron justificadas en una sentencia absolutoria extensa y repetitiva, que más que contener una valoración objetiva de las pruebas practicadas en juicio contiene una justificación a la posición subjetiva del juez de instancia, no observa la fiscalía una valoración probatoria de cara a establecer si se cumplieron los requisitos legales para que se configure la conducta de Concierto para Delinquir Agravado y se hace una amplia referencia a los elementos subjetivos del tipo penal de Desplazamiento Forzado, fallo absolutorio que no requería tal análisis dada la solicitud de la Fiscalía de proferir sentencia de carácter absolutorio respecto de este cargo en específico”.

6. Como no recurrentes se pronunciaron los defensores contractuales de los procesados.

6.1. En primer lugar, lo hizo el apoderado de Heladio de Jesús Rojo Jaramillo, quien inició diciendo que los testigos de cargo tuvieron interés en declarar contra su representado porque este denunció la organización ilegal “*La Finquita*”, permitiendo así la desmantelación de esta banda y que se condenara a sus integrantes.

Luego de señalar que los miembros de policía judicial son prueba de referencia, expresó que Cristián David Melchor Carmona y Jorge Leonardo Flórez Cardona no merecen credibilidad por incoherentes, reiterando que concurrió en ellos un deseo de venganza hacia Heladio de Jesús por las denuncias que

instauró contra ellos. Al igual que el funcionario, llama la atención en que este último testigo mencionó que Heladio de Jesús se quitó la capucha luego de asesinar a Mario Meza, narración que en su sentir contradice las reglas de la experiencia.

Frente a los testigos de cargo presentó los siguientes reparos: *i)* a Celfy del Pilar Carmona Noreña la criticó porque no mencionó cuál era la actividad que desempeñaban sus hijos Cristian David y Yeison Melchor Carmona, en tanto que mintió cuando afirmó que Heladio de Jesús cobraba arriendos en el sector de la Finquita; *ii)* a Lina Clarisa Osorio Villa, compañera sentimental de Yeison Melchor Carmona, la tildó como un testimonio ineficaz porque no presenció de forma directa los hechos; *iii)* Johan Camilo Jaramillo nunca vinculó a Heladio con actividades delincuenciales, solo expresó que trabajó con él en el área de construcción; *iv)* Pablo Esteban Agudelo Carmona incurrió en contradicciones que fueron puestas en evidencia mediante la impugnación de credibilidad; *v)* lo importante del testimonio de Helda Rosa Cuervo, madre de “Chili”, es que demuestra que una vez capturados “Los Melchor”, Heladio bajó a la “Finguita” a recuperar sus lotes; y *vi)* Carlos Mario Mazo García afirmó no haber tenido negocios con los hermanos “Melchor”, pero se probó con uno de los testigos de la defensa – de quien omite mencionar el nombre– y un contrato de compraventa que Mazo García participaba de la venta de los lotes de los “Melchor”.

Luego se refirió de la prueba de la defensa, indicando que esta acreditó la animadversión entre los testigos y Heladio de Jesús, para luego detallar el contenido de cada una de las estipulaciones probatorias y de los testimonios de descargo.

En este último punto destacó que Greis Nataly Mazo y Dalis Yinet Román Hernández afirmaron que compraron un lote a los hermanos Melchor, el cual luego fue reclamado de manera pacífica por Heladio de Jesús Rojo Jaramillo. Asimismo, que Frank Mauricio y Fernando Carmona Noreña, desmintieron a su hermana Celfy de Pilar Carmona al afirmar que esta no fue desplazada por Heladio de Jesús, sino que se cambió de residencia porque el propietario del inmueble, Fernando Carmona Noreña, le pidió que se lo restituyera porque estaban dejando entrar al mismo a miembros de “Los Melchor”.

Con base en la sentencia condenatoria emitida por el Juzgado Tercero Penal Especializado de Medellín mediante la cual se condenan a los integrantes del grupo la “Finguita”, la constancia de la Unidad de Víctimas en la que se le incluye a Heladio de Jesús Rojo en el registro único de población nacional de víctimas y el testimonio de este último, concluyó el censor que Heladio de Jesús fue desarraigado de su territorio y que acudió a las autoridades a denunciar los hechos.

En razón a lo anterior demandó al Tribunal impartir confirmación a la decisión absolutoria.

6.2. Con igual propósito presentó escrito el apoderado de Wilson Andrés Duque Álzate, quien inició asegurando que ninguno de los testigos relacionó a su representado con la organización criminal, como que “*simplemente dicen que lo vieron en la principal de Belalcazar*”.

Resaltó que los policías Edwar Fabián Calderón y David Cantillo Pacheco verificaron la información en el sector y en juicio no lo reconocieron como integrante de la organización, señalando además que estos investigadores refirieron que las disputas entre los combos empezaron por unos lotes, situación en la que no tuvo ninguna injerencia su asistido.

Aseguró que no es cierto, como afirmó el fiscal, que Cristián David Melchor informó que se reunió con posterioridad al año 2013 con Wilson Duque Álzate para convenir una unión entre los combos, como quiera que aquel solo dijo que se encontraron en el año 2009 y trataron el tema de las confrontaciones entre los grupos de Valenciano y Sebastián.

Igual que el anterior defensor, realizó algunos comentarios frente a los testigos de cargo, básicamente los siguientes: *i)* Jorge Leonardo Flórez Cardona solo mencionó haber escuchado que “*Pilila*” era el jefe del “*Combo de Belalcazar*”,

pero que no le consta ello, que no sostuvo enfrentamientos con él por los lotes; *ii)* Celfi del Pilar Carmona Noreña y Lina Clarisa Osorio Villa tampoco relacionaron a “*Pilila*” como integrante de la banda, y mencionaron que lo veían en el barrio sin ninguna actitud extraña; *iii)* frente a Johan Camilo Jaramillo realizó igual reproche que el juez, esto es que es consumidor de estupefacientes y que no ha superado su adicción, al punto que en juicio expuso que su última ingesta había sido la noche anterior a esa diligencia; *iv)* Yolmi Urrego Montes entra en contradicciones con su esposo Cristian David al decir que este se reunió en varias oportunidades con Wilson Andrés, cuando su consorte solo mencionó un encuentro en el año 2009; *v)* esta testigo dijo que existieron varias reuniones con “*Pilila*” y que en una de ellas hubo un cruce de disparos, contrario a lo expuesto por Cristian David; *vi)* Helda Rosa Cuervo y Beatriz del Socorro García Villa no mencionaron a Wilson Andrés (“*Pilila*”).

De otra parte, consideró acertado que el juez expresara que nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo hecho, relacionando a ello que Wilson Andrés Duque Álzate ya fue procesado por el delito de concierto para delinquir por hechos ocurridos de 2010 a 2013 por su pertenencia a la organización “*Belalcázar*”.

Concluyó afirmando que a través de los testimonios de descargo Iván Darío Álvarez, Shirly Yurani Arcila Bedoya, Oswaldo de Jesús Martínez, Roberto Alonso Gómez y Yobany Espinal, y de las 37 facturas que fueron incorporadas como prueba, se acreditó que “*mi prohijado es una persona que no hace parte de una organización delincuencia y que se ha dedicado a varias actividades laborales*”.

7. En audiencia llevada a cabo el 15 de junio anterior se anunció que sería revocada la decisión absolutoria en lo que respecta a Heladio de Jesús Rojo Jaramillo y Wilson Andrés Duque Álzate, pero no se llevó a cabo en esa fecha la audiencia de que trata el artículo 447 de la Ley 906 de 2004 porque los defensores solicitaron el aplazamiento de la misma.

8. En consecuencia, el 21 de junio anterior la fiscalía y la defensa de Heladio de Jesús Rojas hicieron el pronunciamiento correspondiente a los tópicos del

artículo 447 del código de procedimiento penal, en tanto que la de Wilson Andrés Duque lo hizo el 4 de julio subsiguiente.

SE CONSIDERA:

Es competente la Sala para desatar el recurso de alzada interpuesto por la fiscalía, quien tiene interés y legitimidad en acudir a esta instancia para que se revise la sentencia condenatoria.

Sea lo primero aclarar que se allegó como prueba de la defensa la sentencia absolutoria emitida por el Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Medellín del 6 de junio de 2013 en la cual fueron absueltos, entre otros, Wilson Andrés Duque Álzate y Franky Esteban Toro Quintero por su pertenencia a la organización delincriminal conocida como “*Belalcázar*”.

La existencia de esa sentencia obliga a la Sala a reparar en el principio “*non bis in ídem*”, el cual en su faceta subjetiva se concreta en la imposibilidad del Estado de juzgar a alguien por un asunto respecto al cual se ha emitido un pronunciamiento judicial, como garantía de los principios de justicia material, seguridad jurídica y el respeto a la cosa juzgada.

Lo anterior exige establecer si en este caso se ha vulnerado dicha garantía, labor que requiere confrontar los hechos por los cuales la fiscalía decidió llamar nuevamente a juicio a Wilson Andrés Duque Álzate y Franky Esteban Toro Quintero, y aquellos que fueron juzgados en la sentencia del 6 de junio de 2013 en la que se planteó como situación fáctica la siguiente:

“La investigación se inició a raíz de un atentado terrorista, por un artefacto explosivo que fue arrojado el día 31 de octubre de 2010, en la carrera 63 No. 1010 C -55, sector La Finquita del barrio Tricentenario de esta ciudad donde resultaron afectados en su integridad física los señores ALFONSO NARVAEZ y YEISON DANIEL MELCHOR CARMONA y por los cuales se señaló como presuntos responsables a WILSON ARLEY RIOS -sic- CARRASQUILLA, ALEXANDER RIOS -sic- CARRASQUILLA y ANDRES -sic- FELIPE RODRIGUEZ, quienes al parecer hacían parte de una

organización delictiva dedicada al tráfico de estupefacientes y la extorsión a los comerciantes de los barrios Belalcázar, Toscana y Minuto de Dios. Como los integrantes de esta organización delictiva se encontraban detenidos por otros hechos, se señaló como nuevos integrantes de dicha organización delictiva a MAURICIO LEÓN TAVERA VERGARA, alias EL ENANO, jefe del grupo y encargado de la distribución de armas y estupefacientes al grupo; WILSON ANDRÉS DUQUE ÁLZATE, alias PILILA, se dice es el coordinador del grupo en el barrio Belalcázar, encargado del recaudo de extorsiones y de la venta de estupefacientes, segundo al mando en la organización, FRANCY ESTEBAN TORO QUINTERO, alias OJON -sic-, se dice que coordina con alias PILILA el cobro de las extorsiones y la distribución para la venta de estupefacientes, segundo al mando en el barrio Belalcázar, controla el cobro de los parqueaderos en los alrededores de la feria de ganado... (subrayas del Tribunal).

Entretanto, los hechos que dieron lugar a que la fiscalía formulara acusación nuevamente contra Franky Esteban Toro y Wilson Andrés Duque Álzate son los siguientes:

*“Mediante información suministrada por fuente humana; -sic- suscrita el pasado veinte (20) de julio del fenecido año dos mil trece (2013) se tuvo conocimiento de la existencia de un combo delincuencia que se autodenominaba **EL COMBO DE BELALCAZAR** dedicado a la comisión de conductas delictivas como homicidios, desplazamientos forzados, hurtos, micro tráfico. -sic- micro extorsión perpetrados en la comuna cinco (5) de la ciudad; conocimiento este que originó la realización de actos de verificación; donde pudo obtenerse entrevistas a personas que en calidad de víctimas referenciaron hechos concretos cometidos por los integrantes de la denominada banda, advirtiendo además alias o apodos de los que conformaban la organización y previamente reconocidos.*

El día ocho (8) de mayo de la anualidad que avanza se realizó procedimiento de REGISTRO Y ALLANAMIENTO a varios inmuebles con el propósito de hacer efectivo los requerimientos judiciales sobre los integrantes de la organización; dando como resultado la aprehensión de los señores HELADIO DE JESUS -sic- ROJO JARAMILLO; WILSON ANDRES -sic- DUQUE ALZATE -sic-; CARLOS MARIO MORALES RODRIGUEZ -sic-, JEHYNER HERNANDO MARIN -sic-; FRANCKY ESTEBAN TORO QUINTERO; JUAN DAVID

*AGUIRRE GRANDA; JUAN GULLERMO COLORADO SOSA; MILTON
JAIR GOMEZ -sic- TEJADA...* (subrayas de la Sala).

Al confrontar tales sucesos se encontraría que no se ha vulnerado el *non bis in idem*, pues el objeto de este nuevo proceso de acuerdo a la acusación se circunscribe a la participación de Wilson Andrés y Franky Esteban a la organización “*Belalcázar*” con posterioridad al 20 de julio de 2013, fecha para la cual el Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado había proferido sentencia absolutoria a favor de los mencionados por su militancia al grupo delincencial.

Sin embargo, en virtud de la prohibición de doble incriminación y el respeto a la cosa juzgada, aquello que debe establecerse es si Franky Esteban y Wilson Andrés, luego de recobrar su libertad en razón a la absolución proferida el 20 de julio de 2013, siguieron perteneciendo al combo delincencial de “*Belalcázar*”, análisis distinto al que se realizará frente a Heladio de Jesús Rojo Jaramillo, pues respecto a su accionar criminal ningún juzgamiento se ha adelantado.

Es precisamente por lo anterior que será absuelto Francky Esteban Toro Quintero, pues si bien se probó que fungía como expendedor de estupefacientes al servicio de la organización de “*Belalcazar*”, no se logró precisar, debido a la falta de concreción de las preguntas de la fiscalía, las fechas en las cuales desempeñó tal actividad, por lo que impera su absolución para mantener indemne la prohibición de doble incriminación; siendo distinta la situación de Wilson Andrés Duque Alzate, pues como se verá más adelante su accionar delictivo se prolongó con posterioridad a esa fecha.

Al ingresar en las razones esgrimidas por el funcionario para optar por la absolución, este consideró que operó el principio “*in dubio pro reo*”, como quiera que los testigos de cargo no le generaron la certeza suficiente dado que, aseguró, concurría en ellos un deseo de perjudicar a los procesados y entraron en contradicciones en desarrollo de sus testimonios, de las cuales se ocupó extensamente en su providencia.

Pues bien, de todos los testigos que desestimó el funcionario, solo encuentra acertado desechar a Carlos Mario Mazo Agudelo, pues entró en contradicciones y expuso algunos hechos que no estuvo en capacidad de percibir, como que afirmó que reconoció a los homicidas de su sobrino pese a que llevaban cubierto el rostro y mostró inconsistencias en las declaraciones rendidas con anterioridad al juicio respecto a los participantes de ese hecho, a lo cual se aúna que se probó a través de prueba de la defensa que trabajaba en el combo “*Los Melchores*”, contrario a lo afirmado en juicio. Esas inconsistencias, entre otras, son las que impiden otorgarle plena credibilidad a este testigo, razón por la cual sus aseveraciones no serán tenidas en cuenta en orden a adoptar esta decisión.

Ya en lo que tiene que ver con los demás testigos de cargo, quedó probado que Cristian David y Jorge Leonardo Flórez Cardona, integraron una organización delincencial conocida como “*Los Melchores*” y que entre ellos y Heladio de Jesús Rojo Jaramillo se presentaron varios enfrentamientos en razón a unos lotes ubicados en el sector “*La Finquita*”, donde operaba la cofradía criminal que llevaba ese mismo nombre, como también que en uno de esos altercados resultó herido James Rojo, hijo del acusado Heladio Rojo Jaramillo, quien denunció a los miembros del combo “*Los Melchores*”, permitiendo así su captura y posterior judicialización.

En efecto, esos hechos antecedentes cobran relevancia para valorar los testimonios de Cristian David y Jorge Leonardo, así como el de sus familiares; sin embargo, tales hechos no son suficientes para descalificarlos y negarles cualquier eficacia probatoria de forma automática, pues en tratándose de prueba testimonial, siempre será necesario verificar las condiciones particulares del testigo y su coherencia, tanto externa como interna, para así poder concluir sobre la verosimilitud o no de sus dichos, labor en la cual se encuentra que varias de las inconsistencias que puso de presente el juez para desestimarlos no son tales.

Así, en cuanto al reproche del juez consistente en que Cristián David Melchor mencionó que Heladio de Jesús pertenecía a la organización de “*Belalcazar*” desde 2004, mientras que la madre de aquel, Celfi Carmona, aseguró que desde el 2012, no deja de asistirle razón al delegado fiscal al replicar que la referida ciudadana es ama de casa, por manera que no debía saber quiénes eran los integrantes de este combo delincencial, contrario a Cristián David, quien en su condición de líder del grupo “*La Finquita*”, estaba al tanto del actuar de la cofradía con la cual solían enfrentarse. Siendo así, es comprensible que Celfi Noreña solo asociara a Heladio de Jesús Rojo Jaramillo como miembro del combo “*Belalcazar*” cuando fue amenazada de forma directa por él en el año 2012, máxime cuando esta última agrupación no actuaba en el barrio en que ella residía, sino en uno colindante.

En punto al testimonio de Celfi Noreña, la defensa planteó que es refutada por sus hermanos Frank Mauricio y Fernando Carmona Noreña, lo cual no es cierto, pues estos confirman que aquélla sí abandonó el barrio “*La Finquita*”; incluso, Frank Mauricio reconoció que a su hermana Celfi Noreña le exigieron que debía entregar el dinero que recibía como arriendo por su propiedad a un tercero, distinto es que ambos testigos no involucraran a Heladio de Jesús Rojo Jaramillo en ese hecho.

El argumento que utilizó el juez para descalificar los testimonios de Lina Clarisa Villa y Yolmi Orrego se concreta en que estas solo realizaron las denuncias con posterioridad a la captura de sus respectivos consortes, lo cual es lógico, pues con posterioridad a esas aprehensiones se sintieron desprotegidas, toda vez que antes eran resguardadas por ellos y el combo delincencial que estos manejaban.

En relación a Pablo Esteban Agudelo Carmona, contrario a lo aseverado por el funcionario, este reconoció la existencia del combo “*La Finquita*”, como que mencionó que mantenía enfrentamientos con los de “*Belalcázar*” por unos lotes; sin embargo, omitió mencionar los nombres de quienes integraban aquella agrupación, lo cual se explica en que eran sus primos y su hermano los partícipes de la misma.

Frente al relato que hizo Jorge Leonardo Flórez Cardona respecto al asesinato de su pariente Mario Melchor en el sentido que “*estaba a unos 30 o 50 metros del crimen, estaba detrás de unos arbustos, llegaron varios encapuchados, le propinaron ocho puñaladas a Jorge Mario Melchor Carmona en el cuello, cuando él cae al piso el señor Heladio se quita la capucha y le dispara 7 veces, repetidamente. Yo estoy ahí asustado, no me dejo ver, escuché entre 6, 7 disparos, como yo estuve indefenso no tenía un arma me quedé quieto y espero que ellos se vayan*”, la Sala, contrario al juez, no considera increíble que los atacantes hayan decidido cubrir sus rostros mientras atravesaban el barrio “*La Finquita*” y que Heladio de Jesús al llegar al sitio donde se perpetraría el crimen, al percatarse que no había riesgo alguno en ser observado, mostrara el rostro a su enemigo antes de ultimarlos. Al respecto debe recordarse que la defensa no indagó respecto a las condiciones del lugar ni ahondó en detalles que llevaran a inferir que ese homicidio se dio en un sitio concurrido, pues de ser así, sí resultaría inverosímil que el acusado haya revelado su identidad.

De forma similar, no se encuentran inconsistencias en el testimonio de Yolmi Orrego, pues en primer lugar, tanto en el interrogatorio como en el contrainterrogatorio aseguró que su desplazamiento se dio en diciembre de 2012; segundo, explicó que si bien hubo varias reuniones entre su esposo Cristian David como jefe del combo de “*La Finquita*” y Wilson Andrés Duque Álzate “*Pilila*” en representación del grupo de los “*Belalcázar*”, al iniciar su testimonio solo mencionó el encuentro acaecido en el año 2012 porque fue a ese al cual ella asistió; tercero, cuando la testigo afirmó que quien hirió a James Rojo fue alguien de la “*Paralela*”, no se refería a un grupo delincuenciales sino al sitio así conocido, el cual conforme a su testimonio y al de Cristian David, se encuentra ubicado en el barrio la “*Finquita*”; y, cuarto, si la testigo insiste en que su esposo es inocente del atentado que sufrió James Rojo es porque debido a su falta de conocimientos en derecho y de la figura de la coautoría, considera que este no debió responder porque no fue quien propició el disparo que impactó contra el cuerpo de la víctima, pero nótese que la declarante nunca ha negado que su consorte tuvo participación en ese hecho.

Como se ve, las razones que expresó el juez para negar cualquier credibilidad a los testigos Cristian David Carmona, Jorge Leonardo Flórez, Yomi Urrego,

Pablo Esteban Agudelo Carmona y Celfi del Pilar Carmona no son contundentes, por manera que debe otorgárseles mérito a sus aseveraciones en cuanto a la existencia del grupo delincucional de “*Belalcázar*” y la participación de los procesados en el mismo, máxime cuando varios de los testigos integraban la cofradía que se enfrentaba a esta, por manera que estaban en posibilidad de conocer respecto a su accionar, a lo cual se aúna que operaban en barrios colindantes, lo cual favorecía esa percepción de los hechos.

Curiosamente, el funcionario, pese a que negó la credibilidad de los anteriores testigos por las aludidas “*inconsistencias*”, sí otorgó eficacia a algunos de sus apartes; fíjese que a partir de las afirmaciones que hicieron Celfi del Pilar y Yolmi Orrego, atinentes a que en el enfrentamiento que estas presenciaron, en el cual resultó herido el joven James Rojo -hijo de Heladio Rojo- por miembros del combo “*La Finquita*”, Heladio de Jesús llegó en búsqueda de los “*Melchores*” armado con un machete, circunstancia que en sentir del juez “*revierte seriamente indicativa de que no ostenta tal jefatura, pues como las reglas de la experiencia enseñan, adquirida esta en la práctica judicial, el jefe de la banda gana el liderazgo, precisamente por su conocimiento en armas y manejo, pero aquí ocurrió lo contrario, pues que sale a buscar a los enemigos con un machete*”.

La regla de la experiencia usada por el juzgador podría favorecer a Heladio de Jesús Rojo, si no fuera porque es falsa la premisa de la cual parte, cual es que este no utilizaba revólveres o pistolas, en tanto deviene de una valoración sesgada de la prueba, pues olvidó el funcionario que varios testigos, entre ellos algunos extraños a la familia Melchor dieron cuenta del porte de armas por parte de Heladio de Jesús Rojo. En efecto, Elda Rosa Cuervo afirmó en juicio que observó cómo Heladio de Jesús “*sacó dos armas y se las puso a los dos señores aquí en la cien*” y les dijo “*que hicieran el favor que ahí no iban a construir porque ese lote era de él*”.

De todas maneras, el hecho probado que Heladio de Jesús armado con un machete y en compañía de otros hombres del combo “*Belalcázar*”, fuera en búsqueda de los líderes del grupo de “*La Finquita*” para desafiarlos, no

demuestra el perfil de una persona indefensa, sino el de alguien que no sentía miedo de enfrentarse a un grupo delincuenciales.

Pero si aun en gracia de discusión se aceptase la tesis del juez en el sentido que las declaraciones de los testigos pertenecientes al combo “*La Finquita*” y sus familiares son exageradas y obedecen a un deseo de perjudicar a Heladio de Jesús por la denuncia previa que este hizo contra aquellos, siguen obrando en la actuación tres testigos ajenos a la familia Melchor a partir de las cuales es posible afirmar que los procesados pertenecieron al combo de “*Belalcazar*”; pero ocurrió, que a dos de ellas, sin explicación alguna, el juez les negó eficacia, en tanto que el tercero fue valorado conforme a una regla probatoria inexistente, cual es que su calidad de consumidor lo llevó a faltar a la verdad.

Nos referimos en primer lugar a Elda Rosa Cuervo, quien afirmó haber adquirido de los “*Melchores*” la posesión de un lote por valor de cinco millones de pesos, la cual tuvo que pagar nuevamente a Heladio de Jesús en el año 2013 porque este convocó una reunión y *“él nos dijo que él era propietario de ese terreno de ahí... él me dijo que si yo no le pagaba ese dinero, así fuera cada mes 100 mil pesos, que me atuviera a las consecuencias, con eso él me quería decir que si yo no le daba ese dinero me tenía que salir de ahí”*.

En esa misma línea, se cuenta con el testimonio Beatriz del Socorro García Villa, quien merecía especial atención en este proceso de valoración de la prueba, pues en casos como este en los cuales se plantea que los declarantes de cargo desean perjudicar a los procesados por eventos sucedidos con anterioridad al juicio, testigos como la referida ciudadana, que gozan de imparcialidad y objetividad, resultan de valía en orden a hacer la reconstrucción de los hechos.

Beatriz del Socorro, tras referir que fue víctima de desplazamiento forzado por parte de la familia Melchor y que instauró denuncia criminal en contra de sus miembros, confirmó que el problema entre Heladio de Jesús y el grupo de la “*Finquita*” inició porque ambos querían hacerse con las rentas ilegales que se cobraban por los lotes y que la actividad que desempeñaba Rojo Jaramillo

“era la de cobrar la vacuna a la gente”, indicando luego que pudo percatarse de ello porque “yo fui testigo de cuando él bajaba a la finca a cobrarle el cachito a la gente, en varias ocasiones yo estuve donde mi hermana y él pasaba cobrando”.

Mírese entonces que estas testigos confirman varias de las aseveraciones que rindieron los integrantes de la familia Melchor, concretamente los de Cristian David y Jorge Leonardo Flórez Cardona, en el sentido que en nombre del grupo delincencial la “*Finquita*”, se habían apropiado ilegalmente de unos terrenos por los cuales cobraban un “*impuesto*” mensual a los residentes de ese sector y que las disputas que se suscitaron con Heladio de Jesús Rojo, se debieron a que este quiso arrebatárles esos lotes, como ocurrió, pues una vez fueron capturados “*Los Melchores*”, quien empezó a hacerse con las rentas de esas extorsiones fue Heladio de Jesús Rojo Jaramillo.

Es que, si bien se probó mediante la estipulación probatoria número 6 que Heladio de Jesús ostentaba la posesión de tres lotes, no se acreditó que fuese por estos que él exigía a los residentes una cuota mensual. Además, aquello que indican las anteriores testigos es que eran varios los predios sobre los cuales efectuaba los cobros; de hecho, expresó Cristián Camilo Melchor que las casas de toda su familia fueron apropiadas por Heladio de Jesús y que luego cobraba por ellas a través del uso de la fuerza, actuar que dista mucho de un negocio jurídico convencional.

El tercer testimonio ajeno a la familia Melchor que desestimó el juez fue el de Johan Camilo Jaramillo, a quien censuró por ser consumidor de estupefacientes, bajo el entendido que “*el hecho mismo de una persona farmacodependiente y encontrarse sometido a un régimen de disciplina para satisfacer su adicción, lo obliga a superar las normas de conducta no solo morales sino legales*” y pudo ser manipulado por su estado de debilidad al conformar un grupo marginado de la sociedad.

Tales apreciaciones no pueden ser de recibo, pues raya con la dignidad y la honra de una persona, tildarla de mentirosa e irrespetuosa de las normas

legales por ser consumidora de estupefacientes, cual fue el discurso del funcionario, como que esa conclusión solo puede desprenderse de encontrar falencias en sus aseveraciones, lo cual no ocurrió, en tanto el testigo salió indemne después de los severos conainterrogatorios a los que se le sometió, mostrando que estuvo en capacidad de percibir los hechos que declaró debido al contacto que tuvo con la organización criminal.

En efecto, expresó Johan Camilo Jaramillo que durante casi toda su vida residió en el sector de “Belalcázar”; que en este existía una organización criminal a la cual el pertenecía y que se dedicaba a cobrar extorsiones a los tenderos, dueños de parqueaderos y habitantes del sector; y que otra de las actividades que desarrollaba era el expendio de estupefacientes, el cual era liderado por Wilson Andrés Duque (“Pilila”). Para mayor claridad del asunto, conviene recordar algunos de los apartes del testimonio de Johan Camilo Jaramillo en que se refiere a esos hechos. Veamos:

Fiscal: Johan usted indicó que “Pilila” era el jefe de la estructura delincuencia. ¿por qué sabe usted eso?

Testigo: Porque él era el que si uno o sea... vendiéndole vicio al que se le llevan las cuentas o al que se le rinde cuentas del producido era a él y si en el barrio pasaba algo o alguna cosa al que tenía que decirle o pedirle permiso como se dice era a él y si usted hacia algo, ah! el “Mono” dijo, el “Mono”, Wilson, “Pilila” él era el que mandaba.

Fiscal: ¿usted indico que en algún momento trabajó con ellos?

Testigo: Sí

Fiscal: ¿Quién le entregaba a usted la droga?

Testigo: En ocasiones me la entregaba “Rúa” que ya está detenido, otro integrante que era “Colada” que no sé dónde está y ya con ellos dos fue con los que tuve contacto para...

Fiscal: ¿A quién le rendía usted cuentas del producido de la venta de estupefacientes?

Testigo: Cuando estaba la “Rúa” a la “Rúa”

Fiscal: ¿Y después?

Testigo: Después no porque cuando capturaron a la “Rúa” solo estuve unos días en el barrio trabajando y me tocó pagarle al “Mono” porque una droga que se habían llevado, se la había llevado la policía, la había incautado y me tocó pagársela

Fiscal: ¿Y por qué le tocó pagar esa plata al “Mono”?

Testigo: porque él era el dueño de eso.

Fiscal: ¿Cómo así que él era el dueño?

Testigo: Al ser él el dueño de la droga, al ser él el que la manda a vender a él hay que liquidarle.

Fiscal: ¿A qué se refiere con que él la mandaba a vender?

Testigo: si él la trae y yo soy el trabajador yo la tengo que vender”.

Esas aseveraciones que hiciera Johan Camilo Jaramillo están respaldadas por los testigos Cristián David Melchor y Jorge Leonardo Flórez Cardona, así como por Yolmi Orrego, quienes afirmaron que el combo de “*Belalcázar*” era liderado por alias “*Pilila*” desde hacía varios años, que además era quien dirigía la “*plaza de vicio*”; incluso, refirió Cristian David que en una ocasión se reunió con este para tratar asuntos entre ambas cofradías criminales.

Es de aclararse que las pruebas de la defensa de Wilson Andrés Duque apuntaron a mostrar que este desempeñaba distintas actividades mercantiles, como que Iván Darío Álvarez, Wbaldo Martínez Quintero y Geovany Alberto Espinal indicaron que aquel era vendedor de camisetas, comerciante de vehículos y propietario de un taller de automotores, debiéndose reparar que tales testigos no pasaban todo el tiempo con el procesado, por manera que no tenían por qué conocer si este llevaba o no actividades de expendio de estupefacientes y cobro de impuestos, pero lo cierto es que lo ubican en un taller de vehículos y conforme a varios testigos de cargo, era precisamente en un taller que se llevaba a cabo el tráfico de estupefacientes. Y, aunque la consorte de Duque Álzate, Sirly Yurany Arcila Bedoya, informara que desde el 2014 se trasladaron a la zona rural, lo cierto es que conforme al testimonio del Patrullero Cantillo y sus labores de verificación al lugar, se probó que Duque Álzate se encontraba en el sector de “*Belalcázar*” con posterioridad a septiembre de 2013.

Es menester precisar que Johan Camilo Jaramillo aclaró que durante el año 2013 Wilson Andrés Duque todavía ostentaba la jefatura del barrio, que después de su salida de la cárcel siguió delinquiendo y que ese pago que tuvo que hacerle por la droga que perdió tuvo lugar después de la captura de “*Rúa*”, acontecimiento que ocurrió a finales del año 2014.

Lo anterior en orden a aclarar que están probados hechos posteriores a la sentencia absolutoria emitida en favor de Wilson Andrés Duque Álzate, por manera que no existe vulneración alguna al *non bis in ídem*, distinto a lo ocurrido con Franky Esteban Toro Quintero, pues si bien se probó que fungía como “*jibaro*” al servicio de aquel, como se advirtió al iniciar ese proveído, no se logró precisar las fechas en las cuales desempeñó tal actividad, por lo que impera su absolución en salvaguarda de dicha garantía.

Ello por cuanto los únicos testigos que vinculan a Franky Esteban Toro alias “*Ojon*” como vendedor de estupefacientes son Pablo Esteban Agudelo Carmona, Johan Camilo Jaramillo y Carlos Mario Mazo; pero, ocurre que este último testigo no es creíble para la Sala, como se explicó anteriormente, en tanto que los otros dos no precisaron si fue con posterioridad al 20 de junio de 2013 que Toro Quintero trabajaba para la organización “*Belalcázar*”.

De otra parte, el testimonio de Johan Camilo Jaramillo también confirma que Heladio de Jesús, si bien no se dedicaba al expendio de estupefacientes, se servía del grupo “*Belalzacar*” para apoderarse de los lotes de la “*Finguita*”, pues está probado que aquel integraba dicho grupo y que en una ocasión se dirigió con Heladio de Jesús hasta una vivienda de ese sector, donde este último haciendo uso de armas de fuego les exigió a varias personas que se marcharan de ese lugar, so pena de afrontar las consecuencias.

Como se observa, existen tres testigos ajenos a la familia Melchor, esto es Elda Rosa Cuervo, Beatriz del Socorro Villa y Johan Camilo Jaramillo, que confirman algunas versiones de los miembros del grupo “*La Finguita*” y sus familiares que asistieron a juicio, a partir de los cuales se arriba a la certeza que Wilson Andrés Duque dirigía el expendio de estupefacientes y el cobro de las eufemísticamente llamadas “*vacunas*” a nombre de la organización delincriminal de “*Belalcazar*”, cuya existencia quedó probada mediante estipulación probatoria.

Del mismo modo, se encuentra probado que entre Heladio de Jesús Rojo Jaramillo e integrantes del grupo delincriminal “*La Finguita*” se presentaron

enfrentamientos que se intensificaron en el año 2013, razón por la cual aquel se apoyó en la estructura criminal de “*Belalcázar*” para exterminar el combo de la “*Finguita*” y hacerse con las rentas que estos venían cobrando a los pobladores de ese barrio para permitirles habitar allí.

En ese orden, puede afirmarse que Heladio de Jesús Rojo Jaramillo y Wilson Andrés Duque Bedoya actualizaron el tipo penal de concierto para delinquir con fines específicos; sin embargo, solo quedó probado que el segundo de los mencionados actuó en calidad de líder, en tanto que existen dudas respecto a que concurra esa condición en Heladio de Jesús Rojo, pues conforme a la valoración probatoria que se hizo, aquello que enseñan las pruebas es que se apoyó en la citada cofradía para llevar a cabo los desplazamientos y cobro de extorsiones, pero no que liderara la misma.

Ahora, en lo que tiene que ver con la segunda categoría dogmática del delito, cabe advertir que no confluye en el actuar de Heladio de Jesús Rojo y Wilson Andrés Duque ninguna causal de justificación de las contempladas en el artículo 32 del Código Penal, lo que permite afirmar la presencia de antijuridicidad formal y en cuanto a su aspecto material se evidencia que efectivamente fue vulnerado el bien jurídico colectivo de la seguridad pública, pues los habitantes de los barrios Belalcázar y la Finguita se vieron sometidos a un ambiente de intimidación y zozobra que alteró el normal desenvolvimiento de sus relaciones sociales.

Ya en cuanto a la culpabilidad, puede predicarse responsabilidad en cabeza de los procesados al ser imputables con capacidad de comprender y regularse de acuerdo con esa comprensión, quienes tenían conciencia de la ilicitud de su actuar y les era demandable un actuar conforme a derecho.

Acreditados entonces los tres presupuestos de la conducta punible, se revocará la decisión de instancia en lo tocante a Heladio de Jesús Rojo Jaramillo y Wilson Andrés Duque y, en su lugar, se le condenará al primero como penalmente responsable del delito de concierto para delinquir con fines

específicos (artículo 340, inciso 2º), en tanto que al segundo por igual delito, pero se le atribuye además la calidad de líder (artículo 340, incisos 2º y 3º).

Finalmente, en aras de salvaguardar la prohibición de doble incriminación que opera en favor de Franky Esteban Toro Quintero, se mantendrá incólume la decisión de primera instancia mediante la cual se le absolvió de los cargos formulados.

Dosificación punitiva:

Frente a este aspecto, en desarrollo de la audiencia del artículo 447 del Código de Procedimiento Penal los defensores al unísono solicitaron que se impusiera la pena mínima dentro del primer cuarto.

Sea lo primero recordar que contra Heladio de Jesús Rojo se procede por la conducta de concierto para delinquir con fines específicos que desarrolla el inciso 2º del artículo 340 del Código Penal, al igual que contra Wilson Andrés Duque Álzate, contra quien además opera la circunstancia prevista en el inciso 3º de ese mismo artículo referente a la calidad de líder del grupo delincencial.

Conforme a ello, los límites punitivos que deberán tenerse en cuenta en relación a Heladio de Jesús Rojo Jaramillo oscilan entre 8 y 18 años de prisión – 96 a 216 meses– y multa de 2.700 a 30.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes (en adelante s.m.l.m.v.), de los cuales se desprenden los siguientes cuartos de movilidad:

Cuarto mínimo: 96 a 126 meses de prisión y multa de 2.700 a 9.525 s.m.l.m.v;

Primer cuarto medio: 126 a 156 meses de prisión y multa de 9.525 a 16.350 s.m.l.m.v;

Segundo cuarto medio: 156 a 186 meses de prisión y multa de 16.350 a 23.175 s.m.l.m.v;

Cuarto máximo: 186 a 216 meses de prisión y multa de 23.175 a 30.000 s.m.l.m.v;

Ahora, como frente a Wilson Andrés Dugue Álzate se aplica la circunstancia agravante específica prevista en el numeral 3° del artículo 340 del código penal, las penas anteriores deberán aumentarse a la mitad, operación que arroja unos nuevos marcos sancionatorios que fluctúan entre 12 y 27 años de prisión -144 a 324 meses de prisión, y multa de 4.050 a 45.000 s.m.l.m.v, de los cuales se extraen los siguientes cuartos:

Cuarto mínimo: 144 a 324 meses de prisión y multa de 4,050 a 14.287,5 s.m.l.m.v;

Primer cuarto medio: 189 a 234 meses de prisión y multa de 14.287,5 a 24.525 s.m.l.m.v;

Segundo cuarto medio: 234 a 279 meses de prisión y multa de 24.525 a 34.762,5 s.m.l.m.v;

Cuarto máximo: 279 a 324 meses de prisión y multa de 34.762,5 a 45.000 s.m.l.m.v;

En cumplimiento de los lineamientos del artículo 61 del código penal, se tiene que la fiscalía no dedujo en la audiencia prevista en el artículo 447 del código de procedimiento penal circunstancia de mayor punibilidad alguna, razón por la cual la pena a imponer se ubicará en el primer cuarto, dentro de los cuales se impondrá la mínima para ambos procesados por las siguientes razones: *i)* la gravedad de la conducta no supera la prevista por el legislador al tipificar el delito; *ii)* se trata de un tipo penal de peligro; y *iii)* considera la Sala que esas sanciones mínimas son suficientes para la materialización de los fines y funciones que persigue la pena.

En consecuencia, se impondrá a Wilson Andrés Duque Álzate una pena de ciento cuarenta y cuatro (144) meses de prisión y multa de cuatro mil cincuenta (4.050) s.m.l.m.v., en tanto que para Heladio de Jesús Rojo Jaramillo lo será de noventa y seis (96) meses de prisión, y multa de dos mil setecientos (2.700) s.m.l.m.v.

Asimismo, se les impone la accesoria de rigor por el mismo lapso de la privativa de la libertad.

3. De la forma de ejecución de la pena:

En este caso, aunque el análisis para la concesión del mecanismo sustitutivo de la ejecución de la pena y de la prisión domiciliaria (artículos 63 y 38 del código penal) se haga de cara a lo establecido por la Ley 1709 de 2014 o de acuerdo a los parámetros fijados por la Ley 599 de 2000, sin las modificaciones introducidas por aquella normatividad, no resulta procedente el otorgamiento de ninguno de esos beneficios, pues no se cumplen los requisitos objetivos para ello.

En efecto, los artículos 38 y 63 originales exigen como requisitos para la concesión de los beneficios allí incorporados que la pena mínima prevista en la ley sea de 5 años y que la sanción impuesta no supere los 3 años, respectivamente, montos que son inferiores a los previstos por el legislador para las conductas por las que se procede contra Heladio de Jesús y Wilson Andrés y las sanciones que fueron impuestas a ambos.

En ese mismo orden, se encuentra que la Ley 1709 de 2014 en su artículo 68 A establece que no se concederán la suspensión condicional de la ejecución de la pena ni la prisión domiciliaria a los condenados por la conducta de concierto para delinquir agravado.

3.1. De la prisión domiciliaria solicitada por la condición de padres cabeza de familia por los defensores en la audiencia prevista del artículo 447 del Código de procedimiento penal.

Para sustentar su pretensión la defensa de Heladio de Jesús Rojo empezó trayendo a colación dos estipulaciones probatorias: mediante la primera de ellas se dio por acreditado que su representado se venía desempeñando en el área de la construcción; y a través de la segunda, que el 5 de febrero de 2013 Heladio de Jesús y su hijo James Rojo Jaramillo fueron víctimas de un atentado, como consecuencia del cual este último sufrió una lesión medular que le generó una parálisis de las extremidades inferiores.

Asimismo, allegó dos declaraciones extrajuicio en las que las declarantes afirman que James Rojo depende de su padre y un concepto psicológico que estableció que *“James pertenece a un grupo familiar conformado por el padre y una hermana menor, quien es la que en la actualidad sostienen económicamente al grupo familiar, la madre no se encuentra en el hogar pues esta al cuidado de sus padres ancianos enfermos...desde el punto de vista psicológico y emocional James es un ser totalmente dependiente de su padre, a pesar de que a simple vista se observa una actitud positiva y de resiliencia se puede apreciar en su interior angustia, impotencia, ansiedad producido -sic- todo esto por la incertidumbre de saber qué va a pasar con su padre y por ende con el -sic- ya que como se apunto depende cien por ciento de el -sic-”*.

Por su parte, la petición de Wilson Andrés Duque Álzate la fundó en que tiene varios hijos menores (de quienes aportó los registros civiles de nacimiento) y que uno de ellos, Samantha Duque Arcila, sufrió alteraciones emocionales por la privación de la libertad de su padre ya que fue procesado en otra causa penal en la que resultó absuelto y padece de una desviación de la columna que obliga a su madre Sirly Yurany Arcila Bedoya estar con ella todo el tiempo, razón por la cual, aseguró el defensor, es Wilson Andrés el llamado a responder económicamente por el hogar, dado que los abuelos de los infantes no pueden hacerse cargo por su estado de salud. Aunado a ello, expresó que la prisión domiciliaria habría de hacerse efectiva en una residencia distinta al lugar donde se ha afirmado que Wilson Andrés llevaba a cabo su actuar delictivo

y que este se desempeña en el campo de la construcción. Para sustentar su pretensión, además de los documentos referidos, arrió varias fotografías en las que se observa al procesado con su menor hija y realizando distintas actividades en el campo, así como plurales entrevistas sobre el particular, las historias clínicas de Samanta Duque Arcila y de su abuela, y un documento contentivo de varias firmas en el que se afirma que el procesado no representa un peligro para la comunidad.

En orden a resolver las anteriores peticiones, conviene traer a colación los aspectos que corresponde valorar al juzgador para la concesión de la prisión domiciliaria como padre cabeza de familia, los cuales han sido señalados por la jurisprudencia, a saber:

“Sobre este particular debe decirse que, en primer lugar, es requisito legalmente impuesto que el menor no cuente con otra figura paterna, es decir, que a quien debe imponerse la medida de aseguramiento sea la madre cabeza de familia o el padre que esté en dichas condiciones. La existencia de otra figura paterna reclama la obligación de cuidado por parte de quien no se ve afectado por la detención preventiva y elimina el factor de desprotección que haría operante la disposición.

En el análisis respectivo debe considerarse, por supuesto, la definición de madre cabeza de familia consagrada por la Ley 82 de 1993 y que se refiere a aquella mujer que “quien siendo soltera o casada, tenga bajo su cargo, 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”, así como los criterios identificadores suministrados por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, que en esencia son los establecidos en la Sentencia SU-388 de 20051, previamente citada.

De otro lado, la norma establece como requisito necesario que quien debe soportar la medida de detención preventiva efectivamente esté al cuidado del menor cuya protección se reclama. La condición de que el menor deba estar “bajo el cuidado” de la persona que debe soportar la medida de aseguramiento es un concepto que debe ser valorado en cada caso por el juez...pero cuya recta aplicación está dirigida a impedir que por virtud de la retención del padre o la madre en un centro de reclusión, el menor quede en completo desamparo.

¹ M.P. Clara Inés Vargas Hernández

(...)

El juez en cada caso analizará la situación especial del menor, el delito que se le imputa a la madre cabeza de familia, o al padre que está en sus mismas circunstancias, y el interés del menor, todo lo cual debe ser argumentado para acceder o negar el beneficio establecido en la norma que se analiza.

Los límites y controles a la concesión de la medida de detención preventiva domiciliaria se complementan, además, por las disposiciones legales del artículo 314 estudiado, que imponen al procesado el cumplimiento de ciertas obligaciones tendientes a garantizar su comparecencia al proceso, como son “permanecer en el lugar o lugares indicados, a no cambiar de residencia sin previa autorización, a concurrir ante las autoridades cuando fuere requerido, y, adicionalmente, podrá imponer la obligación de someterse a los mecanismos de control y vigilancia electrónica o de una persona o institución determinada, según lo disponga el juez”²(CCC-154/07, negrillas de la Corte).

Por lo anterior, es menester que el juez competente para determinar la procedencia o no del beneficio de la prisión domiciliaria, luego de considerar los requisitos objetivos que consagra la norma procedimental penal, realice un análisis concienzudo y mediante un ejercicio de ponderación, verifique el cumplimiento de todas las circunstancias fácticas que rodean la solicitud, consistentes en: «i) el interés superior del menor, ii) la gravedad de la conducta que lesionó el bien jurídico tutelado, iii) la situación de indefensión en que pueda verse abocado el niño o adolescente y iv) la garantía de que el beneficiado no vaya a evadir la justicia» (Ver CSJ STP, 6 de agosto de 2013, Rad. 68.224 y CSJ STP, 14 de mayo de 2013, Rad. 66.744)³.

Siguiendo esos lineamientos jurisprudenciales, aquello que encuentra la Sala en los dos casos es que tanto el hijo con incapacidad física de Heladio de Jesús Rojo Jaramillo, como los hijos menores de Wilson Andrés Duque Alzate, cuentan con otra figura familiar que ante la ausencia de sus progenitores pueden asumir su cuidado.

En efecto, si nos atenemos a la información que James Rojo Carvajal entregó a la Psicóloga Ángela María Tamayo Correa y que fue aportada por el defensor de su padre en la audiencia del artículo 447 del código de procedimiento

² Sentencia C-154 de 2007.

³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sala de decisión de tutelas No. 3. Radicado:77028. Fecha: 2 de diciembre de 2014.M.P.: Patricia Salazar Cuellar

penal, su familia está integrada no sólo por Heladio de Jesús sino también por una hermana ya mayor de edad de nombre Safry Rojo Carvajal, quien “*es la que en la actualidad sostiene económicamente el grupo familiar*”, pero, además, si bien es el padre quien ejerce la autoridad, aplica las normas y los límites, existe “*una buena relación entre los integrantes de la familia (padre, hijo e hija) sobresaliendo la solidaridad con el menos favorecido en este caso James*”, de manera que, si aún se aceptara que el procesado es padre cabeza de familia y que James no puede velar por sí mismo, aquello que resulta definitivo es que cuenta con otro miembro del grupo familiar, su hermana mayor de edad, quien puede asumir el cuidado de su consanguíneo.

Y, en el caso de Wilson Andrés Duque Álzate, lo cierto es que sus hijos menores cuentan con la figura materna, pues así se desprende de las entrevistas rendidas por Giovanny Espinel Arcila y el suegro de aquel Humberto de Jesús Arcila, de modo que no puede decirse que existe ausencia absoluta de otros miembros del hogar en el cuidado de los mismos.

Conviene aclararles a los defensores que no es únicamente el aspecto económico referido al sostenimiento del hogar aquello que debe tenerse en cuenta cuando se trata de analizar la prisión sustitutiva, pues de ser así habría que sustituirla en todos los casos en que los internos contribuyen al mantenimiento del hogar. Tampoco la afectación de orden psicológico que pueda derivarse de la ausencia del padre o la madre, como mal parecen entender los togados.

La privación de uno de los miembros que integran la unidad familiar siempre traerá consecuencias en el orden económico y afectivo, por lo que no es posible acudir a la figura de la prisión domiciliaria en los términos del artículo 314 y 461 del código de procedimiento penal con el argumento que la privación de la libertad del padre o la madre produce estrechez económica o genera cambios emocionales en sus hijos, lo cual es, se itera, una consecuencia previsible del encarcelamiento de alguno de ellos.

Lo que cuenta aquí en la ausencia absoluta de otros miembros de la unidad familiar, mayores de edad, que puedan ejercer el cuidado de los hijos menores o incapacitados, lo cual, como se dijo, no sucede en estos casos.

Por otra parte, la Sala ha venido sosteniendo que no son unas lacónicas entrevistas o declaraciones extra juicio, con un contenido igual, la prueba de la condición que se reclama y que lo indicado es que en desarrollo de la ejecución de la pena los trabajadores sociales adscritos a los juzgados de esa especialidad realicen la labor de verificar las condiciones familiares de los internos, a fin de que se pueda lograr un mayor acercamiento a su situación, en orden a que el juez adopte una determinación sobre el particular.

Sin otras consideraciones, entonces, se denegará la sustitución de la prisión intramuros por domiciliaria, también como padres cabeza de familia. Como consecuencia, se dispondrá la captura de los procesados, a fin de que cumplan la sanción en el establecimiento carcelario que designe el INPEC.

~~De cara a esos derroteros la Sala no encuentra procedente el otorgamiento del beneficio reclamado para ninguno de los dos sentenciados, al no encontrar acreditados los requisitos para ello.~~

~~En efecto, en lo que respecta a Heladio de Jesús Rojo Jaramillo, si bien se acreditó mediante la historia clínica que su hijo James Rojo —mayor de edad— es discapacitado es tanto sufre de “*plejía en las extremidades inferiores*”, no se probó que este requiriera estar siempre bajo el cuidado de otra persona debido a sus condiciones físicas, pues sabido es que existen personas con tal discapacidad que pueden valerse por sí mismas y que logran llevar una vida en normales condiciones; de hecho, en la historia clínica no se hace ninguna recomendación en ese sentido y aquello que se advierte del concepto psicológico allegado es el daño emocional propio que se le puede generar a cualquier persona con la privación de la libertad de un ser querido, máxime cuando se trata de su padre.~~

~~Pero, aunque se aceptara que en estos momentos James Rojo depende totalmente de su padre, conforme a ese mismo dictamen, cuenta con una hermana que tiene 19 años y su madre se encuentra viva, por manera que es esta última la llamada a responder por él, pues no se probó que estuviera imposibilitada para hacerlo, pues no existe ningún elemento que acredite que esta tiene que estar al cuidado de sus padres, como se afirmó en el dictamen psicológico.~~

~~Adicional a ello, es contradictorio que el defensor afirme que James Rojo está siempre bajo el cuidado de Heladio Rojo, pues conforme a la estipulación probatoria número 10 que fue traída a colación en la audiencia de individualización de pena, el procesado entre los años 2011 y 2015 “desarrollaba la actividad comercial en el sector de ala construcción, desarrollando trabajos para diferentes empresas”, lo que quiere decir que no siempre se encontraba en la casa con su hijo y que se ausentaba de esta.~~

~~Conclusiones similares deben hacerse frente a Wilson Andrés Duque Álzate pues cuenta con su cónyuge Sirlly Yurany Arcila Bedoya, quien puede hacerse cargo de sus menores hijos y no se acreditó que la menor Samanta Duque padeciera una condición especial que requiriera tener a una persona a su lado, pues las historias clínicas allegadas hablan de una limitación ósea que fue superada; de hecho, en la última de estas, esto es la del 20 de junio de 2017 de la Nueva EPS se establece que esta menor no tiene discapacidades.~~

~~Ello por un lado, pues la otra razón que impide otorgar el beneficio reclamado estriba en que~~

~~**2.2 Requisitos que deben ser valorados y ponderados por el Juez al resolver sobre la solicitud de prisión domiciliaria del padre o madre cabeza de familia.**~~

~~Es claro el numeral 5° del artículo 314 de la Ley 906 de 2004, cuando estableció una serie de condicionamientos para la procedencia de la sustitución de la detención intramural, por la domiciliaria, cuando es reclamada por el padre o la madre cabeza de familia.~~

~~Entre esos requisitos, se hallan entre otros:~~

~~1. Que su hijo sea menor de edad o,~~

~~2. Que el descendiente sufra discapacidad permanente, siempre que haya estado bajo su cuidado.~~

~~Además, si bien el artículo 68A del Código Penal (modificado por el canon 32 de la Ley 1709 de 2014) contempla unas prohibiciones para la concesión de beneficios, el inciso 3° ejusdem consignó que tales excepciones no se aplicarían, entre otros, frente a «la sustitución de la detención preventiva y de la sustitución de la ejecución de la pena en los eventos contemplados en los numerales 2, 3, 4 y 5 del artículo 314 de la Ley 906 de 2004».~~

~~Y si bien es cierto, la medida de prisión domiciliaria por vía del numeral 5° aludido, está encaminada a garantizar que el padre o madre cabeza de familia no evada la acción de la justicia protegiendo con ello el funcionamiento de la administración judicial y el orden justo constitucionalmente consagrado, tiene además un fin de garantía del bienestar de los menores de edad, que podría verse afectado con la privación de la libertad del progenitor encargado de su manutención y cuidado en un establecimiento penitenciario.~~

~~Sin embargo, si bien la regla en cuestión tiene un fin proteccionista y de respeto al interés superior del menor, tal finalidad no puede ser absoluta, pues su aplicación debe atender a las condiciones particulares de los menores de edad involucrados y a la existencia de una verdadera y manifiesta situación de indefensión que pueda poner en peligro su bienestar.~~

~~Sobre el punto ha dicho la Corte Constitucional que:~~

~~...corresponde al juez de control de garantías evaluar la situación del menor cuya madre o padre deben soportar una medida de aseguramiento, con el fin de determinar si resulta factible conceder el beneficio de la detención domiciliaria. De hecho, la misma norma precisa que la detención preventiva en establecimiento carcelario podrá ser modificada por la detención domiciliaria, en expreso reconocimiento de que la valoración de su concesión debe quedar a cargo del juez de control de garantía.~~

~~Sobre este particular debe decirse que, en primer lugar, es requisito legalmente impuesto que el menor no cuente con otra figura paterna, es decir, que a quien debe imponerse la medida de aseguramiento sea la madre cabeza de familia o el padre que esté en dichas condiciones. La existencia de otra figura paterna reclama la obligación de cuidado por~~

~~parte de quien no se ve afectado por la detención preventiva y elimina el factor de desprotección que haría operante la disposición.~~

~~En el análisis respectivo debe considerarse, por supuesto, la definición de madre cabeza de familia consagrada por la Ley 82 de 1993 y que se refiere a aquella mujer que “quien siendo soltera o casada, tenga bajo su cargo, 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”, así como los criterios identificadores suministrados por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, que en esencia son los establecidos en la Sentencia SU-388 de 2005⁴, previamente citada.~~

~~De otro lado, la norma establece como requisito necesario que quien debe soportar la medida de detención preventiva efectivamente esté al cuidado del menor cuya protección se reclama. **La condición de que el menor deba estar “bajo el cuidado” de la persona que debe soportar la medida de aseguramiento es un concepto que debe ser valorado en cada caso por el juez...pero cuya recta aplicación está dirigida a impedir que por virtud de la retención del padre o la madre en un centro de reclusión, el menor quede en completo desamparo.**~~

~~(...)~~

~~**El juez en cada caso analizará la situación especial del menor, el delito que se le imputa a la madre cabeza de familia, o al padre que está en sus mismas circunstancias, y el interés del menor, todo lo cual debe ser argumentado para acceder o negar el beneficio establecido en la norma que se analiza.**~~

~~Los límites y controles a la concesión de la medida de detención preventiva domiciliaria se complementan, además, por las disposiciones legales del artículo 314 estudiado, que imponen al procesado el cumplimiento de ciertas obligaciones tendientes a garantizar su comparecencia al proceso, como son “permanecer en el lugar o lugares indicados, a no cambiar de residencia sin previa autorización, a concurrir ante las autoridades cuando fuere requerido, y, adicionalmente, podrá imponer la obligación de someterse a los mecanismos de control y vigilancia electrónica o de una persona o institución determinada, según lo disponga el juez”⁵ (CC C-154/07, negrillas de la Corte).~~

~~Por lo anterior, es menester que el juez competente para determinar la procedencia o no del beneficio de la prisión~~

⁴ M.P. Clara Inés Vargas Hernández

⁵ Sentencia C-154 de 2007.

domiciliaria, luego de considerar los requisitos objetivos que consagra la norma procedimental penal, realice un análisis concienzudo y mediante un ejercicio de ponderación, verifique el cumplimiento de todas las circunstancias fácticas que rodean la solicitud, consistentes en: «i) el interés superior del menor, ii) la gravedad de la conducta que lesionó el bien jurídico tutelado, iii) la situación de indefensión en que pueda verse abocado el niño o adolescente y iv) la garantía de que el beneficiado no vaya a evadir la justicia» (Ver CSJ-STP, 6 de agosto de 2013, Rad. 68.224 y CSJ-STP, 14 de mayo de 2013, Rad. 66.744).

Además, ha dicho la Corte Constitucional sobre el juicio de ponderación que debe hacer el juez frente a los derechos de los menores en el caso del padre o madre cabeza de familia que solicita el beneficio de la prisión domiciliaria lo siguiente:

*...aunque la presencia de un principio constitucional de cierto peso abstracto no hace inocuo el juicio de ponderación, sí demarca una clara línea de solución a la colisión de principios. El juez constitucional reconoce, por tanto, una medida que restrinja el esquema de protección del menor, porque limita el goce de sus derechos fundamentales prevalentes, debe ser sometida a un examen de constitucionalidad de mayor rigor que establezca si el sacrificio al que se someten dichas garantías se justifica necesariamente en aras de la satisfacción de los intereses que se le contraponen. En otros términos, **el juicio de ponderación debe dirigirse a establecer si el sacrificio infligido a los derechos de los menores es rigurosamente necesario frente al beneficio perseguido por la norma.** (C 154/07, énfasis agregado).*

Por lo tanto, el funcionario competente para resolver la solicitud de sustitución de una medida intramural por la domiciliaria elevada por el padre o madre cabeza de familia privado de la libertad— sujetos de especial protección constitucional por su situación de vulnerabilidad—, debe, luego del análisis de los factores atrás descritos, llevar a cabo un juicio de ponderación entre el interés superior del menor y la satisfacción del orden justo, ambos, axiomas constitucionalmente consagrados, para determinar si es necesario el sacrificio a que podría someterse uno de estos con la decisión que se adopte.

En consecuencia, deberá el procesado purgar la pena impuesta en el establecimiento carcelario que disponga el INPEC, para lo cual se librará orden de captura en su contra. Por lo expuesto, esta Sala de Decisión del

Tribunal Superior de Medellín, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

1. Confirmar la sentencia absolutoria emitida en favor de Francky Esteban Toro Quintero y revocarla en relación con los procesados Heladio de Jesús Rojo Jaramillo y Wilson Andrés Duque Álzate, por las razones expuestas en la parte motiva de este fallo.

2. Como consecuencia de lo anterior se condena a Heladio de Jesús Rojo Jaramillo y Wilson Andrés Duque Álzate como autores penalmente responsables del delito de concierto para delinquir agravado por el cual fueron acusados, a las penas principales de noventa y seis (96) meses de prisión y multa equivalente a dos mil setecientos (2.700) s.m.l.m.v., para el primero, y ciento cuarenta y cuatro (144) meses de prisión y multa de cuatro mil cincuenta (4.050) s.m.l.m.v., para el segundo; y a los dos a la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso de la pena privativa de la libertad.

3. Negar a los procesados Rojo Jaramillo y Duque Álzate la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la sustitución de la prisión intramuros por domiciliaria, incluso como padres cabeza de familia, por no reunir los requisitos legales para ello. En consecuencia, se dispone su inmediata captura para que cumplan con la pena impuesta en el sitio de reclusión que señale el INPEC.

4. Sacar copias de esta sentencia con destino a las autoridades que por ley corresponda.

Contra esta sentencia procede el recurso extraordinario de casación.

A su ejecutoria, regresa al juzgado de origen, para lo de su cargo.

Por el Magistrado Sustanciador se citará a audiencia de lectura de este fallo, en la cual se notificará su contenido a las partes e intervinientes.

~~1. Revocar la sentencia absolutoria emitida el 22 de mayo de 2014 por el Juez 16 Penal del Circuito y, en su lugar, declarar penalmente responsable del delito de acto sexual violento agravado a José Norberto Tamayo Jaramillo, identificado con la Cédula de Ciudadanía No. 71.738.057, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.~~

~~2. Condenar a José Norberto Tamayo Jaramillo a las penas principal de cincuenta y dos (52) meses de prisión y accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso.~~

~~3. Negar a José Norberto Tamayo Jaramillo la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria; por tanto, la pena impuesta se hará efectiva en el establecimiento carcelario que para el efecto determine el INPEC, para lo cual se librará orden de captura en su contra.~~

~~4. Sacar copias de esta sentencia con destino a las autoridades que por ley corresponde.~~

~~A la ejecutoria de esta sentencia, regrese la actuación al juzgado de origen y remítanse copias de la misma a las autoridades que por ley corresponda.~~

~~Contra esta providencia procede el recurso extraordinario de casación.~~

~~Por el Magistrado Sustanciador se citará a audiencia de lectura de esta sentencia, en la que se notificará a las partes su contenido.~~

CÚMPLASE

SANTIAGO APRÁEZ VILLOTA
Magistrado

ÓSCAR BUSTAMANTE HERNÁNDEZ
Magistrado

LEONARDO EFRAÍN CERÓN ERASO
Magistrado